



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

تحرير المجلد ٦

من مؤلفات

امام

المصنف آية الله

عبدالمعز بن عبدالمطلب

مطبعات

مكتبة المصنف آية الله و مكتبة الفيروز آباد
طهران، قم

كلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تحرير المجله

كاتب:

محمد حسين آل كاشف الغطاء

نشرت في الطباعة:

مكتبة المرتضويه

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٦٣	تحرير المجله
٦٣	اشاره
٦٣	الجزء الأول القسم الأول
٦٣	اشاره
٦٥	مقدمه الكتاب
٧٩	[مائه ماذه]
٧٩	(ماده ٢) الأمور بمقاصدها
٨٠	(ماده ٣) العبره فى العقود للمقاصد و المعانى: لا للألفاظ و المبانى.
٨٠	(ماده ٤ و ٥ و ٦) هذه القواعد الثلاث كلها ترجع إلى أصل واحد و هى الاستصحاب
٨١	أما (الماده ٧) الضرر لا يكون قديما
٨١	أما (الماده ٨) و هو أصل البراءه
٨٢	(ماده ١٢) الأصل فى الكلام الحقيقه.
٨٢	(الماده ١٣) لا عبره بالدلاله فى مقابله التصريح
٨٣	(الماده ١٤) لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص
٨٣	(ماده ١٥) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
٨٤	(ماده ١٦) الاجتهاد لا يتنقض بمثله:
٨٤	(ماده ١٧) المشقه تجلب التيسير
٨٥	(ماده ١٩) لا ضرر و لا ضرار.
٨٧	(ماده ٢١) الضرورات تبيح المحذورات
٨٧	(ماده ٢٢) الضروره تقدر بقدرها
٨٧	أو ماده ٢٣) ما جاز بعذر بطل بزواله
٨٨	(ماده ٢٤) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
٨٩	(ماده ٣٠) درء المفاسد اولى من جلب المنافع
٨٩	(ماده ٣٢) الحاجه تنزل منزله الضروره إلخ
٩٢	(ماده ٣٣) الاضطرار لا يبطل إلخ
٩٢	(ماده ٣٤) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

- ٩٢ (ماده ٣٥) ما حرم فعله حرم طلبه
- ٩٣ (ماده ٣٦) العاده محكمه
- ٩٦ (ماده ٣٩) لا ينكر تغيير الاحكام بتغيير الأزمان
- ٩٦ «ماده ٤٠» الحقيقه تترك بدلاله العاده
- ٩٧ (ماده ٤٦) إذا تعارض المانع و المقتضى يقدم المانع
- ٩٧ (ماده ٤٧) التابع تابع إلخ
- ٩٧ [ماده] (٤٨) التابع لا يفرد فى الحكم
- ٩٨ ماده (٤٩) من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته،
- ٩٨ (ماده ٥٠) إذا سقط الأصل سقط الفرع
- ٩٨ [ماده ٥١] الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود،
- ١٠٠ (ماده: ٥٢) إذا بطل الشئ بطل ما فى ضمنه
- ١٠١ (ماده ٥٣) إذا بطل الأصل يصار الى البدل
- ١٠١ (ماده ٥٤) يغتفر فى التوابع ما لا يغتفر فى غيرها: أو فى المتبوع
- ١٠١ (ماده: ٥٥، و ماده ٥٦): البقاء أسهل من الابتداء، يغتفر فى البقاء ما لا يغتفر فى الابتداء
- ١٠٢ (ماده: ٥٧) لا يتم التبرع الا بالقبض
- ١٠٢ (ماده: ٥٨) التصرف على الرعيه منوط بالمصلحه
- ١٠٣ (ماده ٥٩) الولاية الخاصه أقوى من الولاية العامه
- ١٠٤ (ماده: ٦٠) اعمال الكلام اولى من إهماله
- ١٠٥ (ماده: ٦٣) ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله
- ١٠٥ (ماده: ٦٤) المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل لتقييد إلخ
- ١٠٦ (ماده: ٦٥) الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر
- ١٠٧ (ماده: ٦٦) السؤال معاد فى الجواب
- ١٠٨ [ماده: ٦٨] دليل الشئ فى الأمور الباطنه يقوم مقامه
- ١٠٨ (ماده: ٦٩) الكتاب كالخطاب
- ١٠٨ (ماده: ٧٠) الإشارة المعهوده للأخرس كالبيان باللسان
- ١٠٩ (ماده: ٧٣) لا حجه مع الاحتمال الناشئ عن دليل
- ١١٠ (ماده ٧٥) الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان
- ١١٠ (ماده: ٧٦) البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر

- ١١١ ----- (ماده: ٧٧) البيئه لإثبات خلاف الظاهر و اليمين لإبقاء الأصل
- ١١٢ ----- (ماده: ٧٨) البيئه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره
- ١١٣ ----- (ماده: ٨٠) لا حجه مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم
- ١١٣ ----- (ماده: ٨١) قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل
- ١١٤ ----- (ماده: ٨٢) المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
- ١١٦ ----- (ماده: ٨٥) الخراج بالضمان
- ١١٨ ----- (ماده: ٨٧) الغنم بالغرم
- ١١٨ ----- (ماده: ٧٩) الفعل ينسب الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً
- ١١٩ ----- (ماده: ٩٠) إذا اجتمع المباشر و السبب يضاف الحكم الى المباشر
- ١١٩ ----- (ماده: ٩١) الجواز الشرعى ينافى الضمان
- ١٢٠ ----- (ماده: ٩٢) المباشر ضامن و ان لم يتعمد
- ١٢١ ----- (ماده: ٩٤) جنايه العجماء جبار
- ١٢١ ----- (ماده: ٩٥) الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل
- ١٢١ ----- (ماده: ٩٦) لا يجوز لأحد ان يتصرف فى ملك الغير بغير اذن،
- ١٢٢ ----- (ماده: ٩٨) تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
- ١٢٢ ----- (ماده: ٩٩) من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه
- ١٢٣ ----- (ماده: ١٠٠) من سعى فى نقض مأتم من جهته فسعيه مردود عليه
- ١٢٩ ----- (الفصل الأول) (فى قواعد البيع و سائر العقود)
- ١٢٩ ----- ١- كل جملة لا يحصل أثرها الا بأخرى من آخر فهى عقد و الا فإيقاع أو اذن.
- ١٢٩ ----- ٢- كل عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول
- ١٢٩ ----- ٣- كل إيجاب فقبوله بعد موت الموجب باطل
- ١٢٩ ----- ٤- كل من له القبول إذا مات قبله بطل
- ١٣٠ ----- ٥- أصله اللزوم فى العقود
- ١٣٠ ----- ٦- أصله الصحة فى العقود
- ١٣١ ----- ٧- أصله حمل المسلم على الصحيح- بل العاقل مطلقاً
- ١٣١ ----- ٨- كل مبيع تلف قبل قبضته فهو من مال بائعه
- ١٣٢ ----- ٩- لا بيع إلا فى ملك، ١٠- لا وقف إلا فى ملك، ١١- لا عتق إلا فى ملك ١٢- لا رهن إلا فى ملك
- ١٣٣ ----- (١٣) كلما يصح بيعه تصح هبته، و كلما لا يصح بيعه لا تصح هبته

- ١٣٤----- (١٤) كلما صحت إجارتة صحت عاريتة، و ما لا يصح- لا يصح
- ١٣٤----- (١٥) كلما صح بيعه صح رهنه- و ما لا- فلا-----
- ١٣٥----- (١٦) كلما يكال أو بوزن لا يصح بيعه قبل قبضه-----
- ١٣٥----- (١٧) الأصل في العقود الحلول إلا مع الشرط في غير الربوى-----
- ١٣٦----- (الفصل الثانى فى أحكام الشروط)-----
- ١٣٦----- (١٨) الشرط جائز بين المسلمين الا ما أحل حراما أو حرم حلالا-----
- ١٣٦----- (١٩) المؤمنون عند شروطهم الا ما خالف كتاب الله ﷻ (٢٠) الشرط أملك عليك أم لك-----
- ١٣٨----- (٢١) كل شرط تقدم العقد أو تأخر فهو باطل-----
- ١٣٨----- (٢٢) شرط الله أحق وأسبق والولاء لمن أعتق ﷻ-----
- ١٣٩----- (٢٣) شرط الواقف كنص الشارع-----
- ١٣٩----- (٢٤) كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه فهو باطل-----
- ١٤١----- (الفصل الثالث) فى القواعد المختصة بالخيارات و احكام الخيار-----
- ١٤١----- (٢٥) البيعان بالخيار ما لم يفترقا. فإذا افترقا وجب البيع-----
- ١٤١----- (٢٦) المعيوب مردود-----
- ١٤٢----- (٢٧) الخيار فى الحيوان ثلاثه ثم لا خيار-----
- ١٤٢----- (٢٨) التصرف مسقط للخيار-----
- ١٤٢----- (٢٩) التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له-----
- ١٤٣----- (٣٠) كل خيار فإنه يزلزل العقد-----
- ١٤٤----- (٣١) الأصل فى الخيار الفوريه-----
- ١٤٥----- (الفصل الرابع) فى الدين و الرهن و الضمان-----
- ١٤٥----- اشاره-----
- ١٤٦----- (٣١) كلما جاز الرهن عليه جاز ضمانه-----
- ١٤٦----- (٣٢) كل دين حال لا يتأجل-----
- ١٤٦----- (٣٣) كل دين مؤجل لا يكون حالا-----
- ١٤٦----- (٣٤) الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف-----
- ١٤٧----- (٣٥) المرهون غير مضمون الا مع التعدى أو التفريط-----
- ١٤٧----- (٣٦) المرتهن أحق برهنه-----
- ١٤٧----- (٣٧) الكفيل غارم-----

- ١٤٨----- قاعده اليد (٣٨)
- ١٤٩----- (السبب الثاني) (٣٩) قاعده الغرور
- ١٤٩----- (٤٠) الإلتلاف
- ١٥٠----- (٤١) الاحترام
- ١٥٠----- (٤٢) ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
- ١٥١----- (٤٣) الائتمان مسقط للضمان
- ١٥١----- (٤٤) الاذن مسقط للضمان
- ١٥٢----- (٤٥) التسليط و الاقدام يسقط الاحترام
- ١٥٢----- (الفصل الخامس) فى قواعد عامه متفرقه يبتنى عليها جمهوره من الفروع
- ١٥٢----- (٤٦) قاعده السلطنه
- ١٥٣----- (٤٧) قاعده الجهاله و الغرر
- ١٥٤----- (٤٨) قاعده الإحسان
- ١٥٤----- (٤٩) قاعده نفي السبيل
- ١٥٤----- (٥٠) قاعده عموم التكليف
- ١٥٥----- (٥١) قاعده الجب
- ١٥٥----- (٥٢) الأوصاف لا تقابل بالأعواض
- ١٥٦----- (٥٣) من أحيا أرضاً ميتة فهي له
- ١٥٦----- (٥٤) النهى فى العبادات يقتضى الفساد مطلقاً و فى المعاملات فى الجملة
- ١٥٨----- (٥٥) كل شىء لا يعلم الا من صاحبه فقولاه صدق فيه
- ١٥٨----- (٥٦) النساء مصدقات
- ١٥٨----- (٥٧) الضروره فى كل شىء إلا فى الدماء
- ١٥٩----- (٥٨) لا يدفع الضرر بإضرار الغير
- ١٥٩----- (٥٩) الإنسان قد لا يملك شيئاً و يملك ان يملك
- ١٥٩----- (٦٠) التقدره على التسليم شرط فى المعوضات
- ١٥٩----- (٦١) كل من صحت مباشرته لشىء صحت وكالته الا الواجبات التعبدية
- ١٦٠----- (٦٢) أصله عدم تداخل الأسباب و عدم تداخل المسببات
- ١٦٠----- (٦٣) كلما جازت الإجاره على شىء مع العلم جازت الجعاله عليه مع الجهل
- ١٦١----- (قواعد خاصه بالإقرار)

- ١٦١ ----- (٦٤) إقرار العقلاء على أنفسهم نافذ - أو جائز
- ١٦١ ----- (٦٥) كل إقرار لا يقبل بعده الإنكار
- ١٦١ ----- (٦٦) كل إنكار يصح بعده الإقرار
- ١٦١ ----- (٦٧) كل من قدر على إنشاء شيء قدر على الإقرار به أي إقراره نافذ فيه
- ١٦٢ ----- (٦٨) من ملك شيئاً ملك الإقرار به
- ١٦٣ ----- (٦٩) كل من أقر بحق لسبب مجهول قبل تفسيره له
- ١٦٣ ----- (٧٠) كل من أقر بمبهم يلزم بتفسيره و يقبل قوله فيه
- ١٦٣ ----- (٧١) كل عاربه امانه
- ١٦٣ ----- (٧٢) كل هبه يجوز الرجوع فيها بعد القبض
- ١٦٤ ----- (٧٣) كل صدقه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض
- ١٦٤ ----- (٧٤) كل تصرف من المكره عقداً أو إيقاعاً باطل
- ١٦٤ ----- (٧٥) كل معامله من عقد أو غيره من غير المالك فهي فضوليه
- ١٦٤ ----- (٧٦) القرعه لكل أمر مشكل
- ١٦٥ ----- (٧٧) لا مقاصه إلا مع اليقين و العجز عن تحصيل الحق
- ١٦٥ ----- (٧٨) كل دعوى تسمع مطلقاً
- ١٦٦ ----- (٧٩) الكافر لا تسمع شهادته لمسلم أو عليه مطلقاً مع وجود غيره و مع عدمه إلا في الوصيه كما في الآيه في واقعه خاصه
- ١٦٦ ----- (٨٠) لا نذر الا في طاعه و لا يمين إلا في مباح
- ١٦٧ ----- (٨١) قاعده العدل
- ١٦٨ ----- (٨٢) ذوات الأسباب لا تحصل إلا بأسبابها
- ١٧٣ ----- كتاب البيوع
- ١٧٣ ----- اشاره
- ١٧٤ ----- تمهيد مفيد
- ١٧٨ ----- (المقدمه) في بيان الاصطلاحات الفقهيه في البيوع
- ١٧٨ ----- اشاره
- ١٧٨ ----- الإيجاب:
- ١٨٠ ----- العقد:
- ١٨٢ ----- البيع:
- ١٨٥ ----- البيع المنعقد:

١٨٦	البيع الغير منعقد:
١٨٦	البيع الصحيح:
١٨٦	البيع الفاسد:
١٨٦	البيع الباطل:
١٨٦	البيع الموقوف:
١٨٧	البيع الفضولي:
١٨٨	البيع النافذ:
١٨٨	البيع اللازم:
١٨٨	البيع الغير اللازم:
١٨٨	الخيار:
١٨٩	البيع البات:
١٨٩	بيع الوفاء:
١٨٩	بيع الاستغلال:
١٩٠	(ماده ١٢٠) البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام:
١٩١	المالك:
١٩١	المال:
١٩٣	المال المتقوم:
١٩٤	(ماده ١٢٨) و (ماده ١٢٩) هاتان المادتان غنيتان عن البيان و كل أحد يعرف المال المنقول و غير المنقول
١٩٤	النقود:
١٩٥	العروض:
١٩٥	المقدرات:
١٩٦	(تحرير و تحوير)
١٩٧	المثلي:
٢٠٠	التمن:
٢٠٠	اشاره
٢٠٠	التمن المسمى:
٢٠٠	القيمه:
٢٠١	المثمن:

- الدين: ٢٠١
- (الباب الأول) في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع ٢٠٣
- اشاره ٢٠٣
- (الفصل الأول) فيما يتعلق بركن البيع ٢٠٣
- (ماده ١٥٧) البيع ينعقد بإيجاب و قبول. ٢٠٣
- (ماده: ١٥٨) الإيجاب و القبول في البيع عباره عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد: ٢٠٤
- اشاره ٢٠٤
- الاولى :- ان البيع بل عامه العقود هل يتوقف صدق العقد عليها على إنشائها بألفاظ أو يتحقق عقديتها بإنشائها و لو بالفعل ٢٠٤
- الثانيه :- بناء على اعتبار الألفاظ في صدق طبيعه العقد فهل يعتبر فيها ألفاظ مخصوصه ٢٠٥
- (الجهه الثالثه) و هي ان البيع و نحوه من العقود، لما كان من المعاني الإيجابيه التي لا حقيقه لها في الخارج الا بنفس إنشائها و إيجادها ٢٠٨
- (ماده ١٦٩) الإيجاب و القبول يكونان بصيغه الماضى بدون النيه ٢١١
- (ماده ١٧٠) ينعقد البيع بصيغه المضارع إذا أريد بها الحال كايه و اشترى و إذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد ٢١٣
- (ماده ١٧٢) كما يكون الإيجاب و القبول بالمشافهه يكون بالمكاتبه أيضاً، ٢١٤
- (بيع المعاطاه) (ماده ١٧٥) حيث ان القصد الأصلي من الإيجاب و القبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادله الفعلية الداله على التراضى و يسمى هذا بيع التعاطى، ٢١٥
- (ماده: ١٧٦) إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثانى. ٢١٩
- (الفصل الثانى) في بيان لزوم موافقه القبول للإيجاب ٢٢٠
- (الفصل الثالث) في حق مجلس البيع ٢٢٣
- (ماده: ١٨١) مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع ٢٢٣
- (ماده: ١٨٢) المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ٢٢٣
- (ماده ١٨٤) لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب و قبل القبول بطل الإيجاب ٢٢٥
- (الفصل الرابع) في حق البيع بالشرط ٢٢٦
- (الفصل الخامس) في إقاله البيع ٢٢٨
- اشاره ٢٢٨
- (ماده: ١٩٠) للمتبايعين ان يتقايلا المبيع برضاها بعد انعقاده ٢٢٨
- (ماده: ١٩١) الإقاله كالبيع تكون بالإيجاب و القبول ٢٢٩
- (ماده: ١٩٣) يلزم اتحاد المجلس في الإقاله ٢٢٩
- (ماده ١٩٤) يلزم ان يكون المبيع قائماً و موجوداً فى يد المشتري وقت الإقاله فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقاله. ٢٢٩
- (الباب الثانى) في المسائل المتعلقة بالبيع، ٢٣١

- اشاره - ٢٣١ -----
- (الفصل الأول) في حق شروط المبيع و أوصافه ----- ٢٣١
- اشاره ٢٣١ -----
- (ماده ١٩٧) يلزم ان يكون المبيع موجوداً. ----- ٢٣١
- (ماده ١٩٨) يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم. ----- ٢٣٢
- (ماده ١٩٩) يلزم ان يكون المبيع مالا متقوما. ----- ٢٣٣
- (ماده ٢٠٠) يلزم ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري. ----- ٢٣٣
- (ماده ٢٠١) يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله و صفاته التي تميزه عن غيره. ----- ٢٣٥
- (ماده ٢٠٢) إذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفى الإشارة إلى عينه. ----- ٢٣٥
- (ماده: ٢٠٤) المبيع يتعين بتعيينه في العقد ----- ٢٣٦
- (عنوان و بيان) ----- ٢٣٦
- (الفصل الثاني) فيما يجوز بيعه و مالا يجوز ٢٣٩
- (ماده ٢٠٦) الثمره التي برزت جميعها يصح بيعها و هي على شجرها، سواء كانت صالحه للأكل أم لا. ----- ٢٣٩
- (ماده ٢٠٨) إذا باع شينا و بين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجا على انه الماس بطل. ----- ٢٤١
- (ماده: ٢٠٩) بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينه غرقت إلخ .. ----- ٢٤٢
- (ماده ٢١٤) بيع حصه شايعه معلومه كالنصف و الثلث و العشر من عقار معين مملوك قبل الافراز صحيح. ----- ٢٤٣
- (ماده ٢١٥) يصح بيع الحصه الشائعه بدون اذن الشريك ----- ٢٤٣
- (ماده ٢١٦) يصح بيع حق المرور و حق الشرب و حق المسيل تبعاً للأرض. ----- ٢٤٤
- (الفصل الثالث) في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع ----- ٢٤٥
- اشاره ٢٤٥ -----
- (ماده ٢١٧) كما يصح بيع المكيات و الموزونات و العدديات و المذروعات كيلا و وزناً. و عدداً و ذرعا يصح بيعها جزافاً أيضاً، ----- ٢٤٥
- (ماده ٢١٨) لو باع حنطه على ان يكيلها بكيل معلوم أو يزنها بحجر معين صح البيع و ان لم يعلم مقدار الكيل و ثقل الحجر. ----- ٢٤٦
- (ماده ٢١٩) كلما جاز بيعه منفرداً جاز استثنائه من المبيع مثلا لو باع ثمره شجره و استثني منها كذا رطلا على انه له، صح البيع. ----- ٢٤٧
- (ماده: ٢٢٠) بيع المقدرات صفقه واحده مع بيان ثمن كل فرد و قسم منها صحيح، ----- ٢٤٨
- (ماده ٢٢٤) لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضا ضرر و بين قدره و ذكر ثمن مجموعته و حين وزنه و تسليمه ظهر ناقصا عن القدر. ----- ٢٥٠
- (٢٢٥) إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضا ضرر مع بيان مقداره و بيان أثمان اقسامه و اجزائه و تفصيلها ثم ظهر وقت التسليم زائداً أو ناقصاً ----- ٢٥١
- (ماده ٢٢٧) إذا بيع المجموع من العدديات المتفاوته و بين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع ----- ٢٥١
- (٢٢٨)، إذا بيع مجموع من العدديات- إلخ .. فإن الحكم بالخيار في صورته النقيصه كالحكم بالفساد في صورته الزيادة لا وجه له أصلا ----- ٢٥٣

- ٢٥٤----- (الفصل الرابع) في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح و مالا يدخل
- ٢٥٤----- (تدارك)
- ٢٥٨----- الجزء الأول القسم الثاني
- ٢٥٨----- اشاره
- ٢٦٠----- الكتاب الأول
- ٢٦٠----- اشاره
- ٢٦٠----- كلمه امام المقصود
- ٢٦١----- [اتمه كتاب البيوع]
- ٢٦١----- الباب الثالث في بيان المسائل المتعلقة بالثمن
- ٢٦١----- الفصل الأول في بيان المسائل المترتبة على أوصاف الثمن و أحواله
- ٢٦١----- [ماده: ٢٢٧] تسميه الثمن حين البيع لازمه، فلو باع بدون تسميه ثمن كان البيع فاسداً
- ٢٦١----- [ماده: ٢٢٨] يلزم ان يكون الثمن معلوماً
- ٢٦١----- [ماده: ٢٣٩] إذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته و الإشاره اليه و ان كان غائباً يحصل ببيان مقداره و وصفه
- ٢٦٢----- [ماده: ٢٤٠] البلد الذي يتعدد فيها نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شئ ء بكذا دينار و لم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً
- ٢٦٢----- [ماده: ٢٤٢] إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري ان يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها
- ٢٦٣----- الفصل الثاني في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئه و التأجيل
- ٢٦٣----- اشاره
- ٢٦٤----- [ماده: ٢٤٩] إذا باع نسيئه بدون مده تنصرف المده إلى شهر واحد فقط
- ٢٦٤----- [ماده: ٢٥٠] يعتبر ابتداء مده التأجيل و التقسيط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع
- ٢٦٥----- الباب الرابع في بيان المسائل المتعلقة في الثمن و المثلث بعد العقد
- ٢٦٥----- اشاره
- ٢٦٥----- الفصل الأول في بيان حق تصرف البائع و المشتري بالمبيع بعد العقد و قبل القبض
- ٢٦٥----- [ماده: ٢٥٢] البائع له ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له ان يحيل بثمنه دائنه
- ٢٦٦----- [ماده: ٢٥٣] للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقارا و الا فلا
- ٢٦٦----- الفصل الثاني
- ٢٦٦----- [ماده: ٢٥٤] للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد
- ٢٦٧----- [ماده: ٢٥٦] حظ البائع مقدراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح و معتبر في موضع جازت فيه زياده إلخ
- ٢٦٩----- (الباب الخامس) في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم و التسلم

٢٦٩ اشاره
٢٦٩ الفصل الأول في حقيقه التسليم و التسلم و كفيتهما
٢٦٩ (ماده: ٢٦٢) القبض ليس بشرط في البيع
٢٧٠ (ماده: ٢٦٣) تسليم المبيع يحصل بالتخليه و هو ان يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلّم المشتري إياه
٢٧٤ الفصل الثاني في المواد المتعلقة بحبس المبيع
٢٧٥ الفصل الثالث في حق مكان التسليم
٢٧٦ الفصل الرابع في مؤونه التسليم و لوازم إتمامه
٢٧٧ الفصل الخامس في بيان المواد المترتبه على هلاك المبيع
٢٧٧ اشاره
٢٧٧ (ماده: ٢٩٥) إذا قبض المشتري المبيع برضا البائع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن ليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء
٢٧٨ الفصل السادس فيما يتعلق بسوم الشراء و سوم النظر
٢٨٠ (الباب السادس) في الخيارات
٢٨٠ اشاره
٢٨٢ الخيار
٢٨٣ (خيار المجلس)
٢٨٦ (الخيار الثاني) خيار الحيوان
٢٨٨ الخيار الثالث خيار الشرط
٢٨٨ اشاره
٢٩٢ «ماده: ٣٠٥» إذا مضت مده الخيار و لم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع و ثم،
٢٩٣ «ماده: ٣٠٦» خيار الشرط لا يورث فإذا كان الخيار للبائع و مات في مدته ملك المشتري المبيع و إذا كان للمشتري فمات ملكته ورثته بلا خيار.
٢٩٣ «ماده: ٣٠٧» إذا شرط الخيار للبائع و المشتري معاً فأيهما فسخ في أثناء المده انفسخ البيع و أهما أجاز سقط خيار المجيز فقط و بقي الخيار للآخر الى انتهاء المده.
٢٩٣ «ماده: ٣٠٨» إذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدوداً من جمله أمواله
٢٩٦ بقي في المقام أمور يجدر التنبيه عليها.
٢٩٦ الأول:- ان القدر المتيقن من مورد قاعده (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) هو الخيارات الزمانيه
٢٩٧ الثاني:- ان مورد القاعده أيضاً هو البيع الشخصي فإنه هو الذي يتضح فيه حصول التلف و عدمه،
٢٩٧ الثالث:- في التنازع
٢٩٨ (استدراك و تكمله)
٢٩٩ (الفصل الثاني) خيار الوصف

- (ماده: ٣١٠) إذا باع مائلاً يوصف مرغوب فظهر خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ و إن شاء أخذ به بجميع الثمن المسمى، ٣٩٩
- (ماده: ٣١١) خيار الوصف يورث إلخ ٣٠٦
- (ماده: ٣١٢) المشتري الذي له خيار الوصف إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك بطل خياره. ٣٠٦
- (الفصل الثالث) خيار النقد ٣٠٧
- اشاره ٣٠٧
- (ماده: ٣١٣) إذا تباعاً على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا و إن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع و هذا يقال له خيار النقد. ٣٠٨
- (٣١٤) إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينه كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً، ٣٠٨
- (الفصل الرابع) خيار التعيين ٣٠٩
- اشاره ٣٠٩
- (ماده: ٣١٦) لو بين البائع أثماناً شيئين أو أشياء من القيمات كلا على حده ٣١٠
- انظر- ماده (٣١٩) خيار التعيين ينتقل الى الوارث ٣١١
- (الفصل الخامس) خيار الرؤية ٣١٢
- اشاره ٣١٢
- (ماده: ٣٢٣) المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على المال و المحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من البيع. ٣١٤
- (ماده: ٣٢٤) الأشياء التي تباع على مقتضى انموذجها يكفي الأنموذج عنها فقط. ٣١٦
- (ماده: ٣٢٦) في شراء الدار و الخان و نحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها ٣١٦
- (ماده: ٣٢٧) إذا اشترت أشياء متفاوتة صفقه واحده تلزم رؤية كل واحد على حدته. ٣١٧
- (ماده: ٣٣٥) تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خياره. ٣١٨
- اشاره ٣١٨
- (فرع) لو نسج مقداراً من الثوب أو الحصريه فاشتره على أن ينسج الباقي كالحاضر قبل يبطل للجها له ٣٢٠
- (الفصل السادس) خيار العيب ٣٢٠
- اشاره ٣٢٠
- (ماده: ٣٣٦) البيع المطلق يقتضى السلامة من العيوب ٣٢١
- (ماده: ٣٣٨) العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبره. ٣٢٤
- (ماده: ٣٣٩) العيب القديم ٣٢٨
- (ماده: ٣٤٠) العيب الذي يحدث في المبيع ٣٢٨
- و (ماده: ٣٤١) إذا ذكر البائع أن للمبيع عيب كذا و كذا ٣٢٨
- و (ماده: ٣٤٢) إذا باع مالا على أنه برىء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب. ٣٢٨

- ٣٢٨ ----- (ماده: ٣٤٣) من اشترى مالا و قبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك،
- ٣٢٩ ----- و (و ماده: ٣٤٤) بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره،
- ٣٢٩ ----- اما مسقطات هذا الخيار
- ٣٢٩ ----- اشاره
- ٣٢٩ ----- اما مسقطات الرد
- ٣٢٩ ----- اشاره
- ٣٢٩ ----- الأول:- إسقاطه بعد العقد صريحاً قبل ظهور العيب أو بعده،
- ٣٣١ ----- الثاني:- التصرف في المبيع سواء بعد ظهور العيب أو قبله
- ٣٣١ ----- الثالث:- تلف العين أو ما هو بحكم التلف كالتق و الرهن و نحوهما
- ٣٣٢ ----- الرابع:- من مسقطات الرد بالخصوص حدوث عيب عند المشتري
- ٣٣٣ ----- اما مسقطات الأرش فقط
- ٣٣٣ ----- اشاره
- ٣٣٣ ----- الأول:- ما لو اشترى ربويًا بمثله فظهر في أحدهما عيب،
- ٣٣٤ ----- الثاني:- العيب الذي لا يوجب نقصاً في قيمته بل قد تزيد به
- ٣٣٤ ----- الثالث:- ما يسقط الرد و الأرش معاً،
- ٣٣٤ ----- اشاره
- ٣٣٤ ----- «أحدها» قبول المشتري كل عيب عند العقد
- ٣٣٤ ----- «ثانيها» برأيه البائع من العيوب في العقد تفصيلاً أو إجمالاً،
- ٣٣٥ ----- «ثالثها» علم المشتري بالعيب
- ٣٣٥ ----- «رابعها» زوال العيب قبل العلم به
- ٣٣٦ ----- «خامسها» التصرف في المبيع بعد العلم بالعيب
- ٣٣٦ ----- «السادس» و هو التصرف في المبيع الذي لم تنقص قيمته
- ٣٣٦ ----- «سابعها» تأخير الرد و المطالبه بالأرش
- ٣٣٨ ----- (ماده: ٣٤٦) نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار أهل الخبره الخالين عن الغرض،
- ٣٤١ ----- (ماده: ٣٤٧) إذا زال العيب الحادث صار العيب موجبا للرد على البائع.
- ٣٤٢ ----- (ماده: ٣٤٨) إذا رضی البائع أن يأخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم
- ٣٤٥ ----- (ماده: ٣٥٠) إذا وجد مانع للرد ليس للبائع ان يسترد المبيع
- ٣٤٦ ----- (ماده: ٣٥١) ما بيع صفقه واحده إذا ظهر بعضه معيباً

- ٣٤٩ ----- (ماده: ٣٥٢) إذا اشترى شخص مقداراً معيناً من المكيلات و الموزونات
- ٣٥٠ ----- (ماده: ٣٥٣) إذا وجد المشتري في الحنطه و الشعير و أمثالهما من الحبوب المشتراه تراباً
- ٣٥٠ ----- (ماده: ٣٥٤) البيض و الجوز و ما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً
- ٣٥١ ----- (ماده: ٣٥٥) إذا ظهر المبيع كله فاسداً لا ماليه له
- ٣٥٢ ----- إذا فتنحصر مسائل الخلاف في خيار العيب في ثلاث عناوين.
- ٣٥٢ ----- اشاره
- ٣٥٢ ----- أما الأول ففي مسائل.
- ٣٥٣ ----- اما الثاني و هو الاختلاف في المسقط
- ٣٥٤ ----- و أما الثالث و هو الاختلاف في الفسخ
- ٣٥٥ ----- (الفصل السابع) خيار الغبن و التغير
- ٣٥٥ ----- اشاره
- ٣٥٥ ----- أما الأولى:- فأصله لغه الخدع
- ٣٥٥ ----- و لكن فقهاء الفريقين اعتبروا في تحقق موضوع الغبن المبحوث عنه اتصافه بشرطين.
- ٣٥٥ ----- الأول:- عدم علم المغبون بالقيمه
- ٣٥٦ ----- الشرط الثاني:- ان يكون التفاوت فاحشاً
- ٣٦٠ ----- (ماده: ٣٥٨) إذا مات من أغر بعين فاحش فلا تنقل دعوى التغير الى وارثه.
- ٣٦٠ ----- (ماده: ٣٥٩) المشتري الذي حصل له تغير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حقه.
- ٣٦٠ ----- اشاره
- ٣٦٠ ----- ان خيار الغبن يسقط بتلك المسقطات كسائر الخيارات
- ٣٦٠ ----- (فالأول) إسقاطه بعد العقد بعد العلم بالغبن
- ٣٦١ ----- (الثاني) - اشتراط سقوطه في متن العقد
- ٣٦١ ----- (الثالث) تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيار بعد علمه بالغبن
- ٣٦٢ ----- (الرابع) تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين أو بحكم التلف
- ٣٦٣ ----- (الخامس من المسقطات) عند البعض التلف،
- ٣٦٥ ----- (الثانيه) اختلف الفقهاء في ان هذا الخيار بعد العلم بالغبن هل هو على الفور أو على التراخي
- ٣٦٧ ----- (الفذلكه)
- ٣٦٩ ----- خاتمه «أبواب الخيارات»
- ٣٦٩ ----- اشاره

٣٧٧ (فائده)
٣٨١ الكتاب الثانى
٣٨١ اشاره
٣٨٣ المقدمه (فى الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالإجاره)
٣٨٣ اشاره
٣٨٣ الأجره و الكراء:
٣٨٦ (الباب الأول) «فى الضوابط العموميه»
٣٨٦ (ماده: ٤٢٠) المعقود عليه فى الإجاره هو المنفعه.
٣٨٨ (ماده: ٤٢١) الإجاره باعتبار المعقود عليه على نوعين
٣٨٩ (ماده: ٤٢٢) الأجير على قسمين،
٣٩١ (ماده: ٤٢٣) كما جاز ان يكون مستأجر الأجير الخاص شخصا واحدا كذلك يجوز ان يكون الأشخاص المتعدده
٣٩٢ (ماده: ٤٢٤) الأجير المشترك لا يستحق الأجره إلا بالعمل.
٣٩٣ (ماده: ٤٢٦) من استحق منفعه معينه بعقد الإجاره له ان يستوفى عينها أو مثلها أو ما دونها
٣٩٥ (ماده: ٤٢٩) يجوز للمالك ان يؤجر حصته الشائعه من الدار المشتركه لشريكه ان كانت قابله للقسمه أو لم تكن.
٣٩٧ (ماده: ٤٣٠) الشيوع الطارى لا يفسد عقد الإجاره،
٣٩٨ (ماده: ٤٣١) يسوغ للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترك لآخر معا
٣٩٩ الباب الثانى فى بيان المسائل المتعلقة بعقد الإجاره
٣٩٩ اشاره
٣٩٩ الفصل الأول فى بيان مسائل ركن الإجاره
٣٩٩ (ماده: ٤٣٣) تنعقد الإجاره بالإيجاب و القبول كالبيع.
٤٠٠ ماده [٤٣٥] الإجاره كالبيع أيضا تنعقد بصيغه الماضى
٤٠٠ (ماده: ٤٣٦) كما ان الإجاره تنعقد بالمشافهه كذلك تنعقد بالمكاتبه و بإشاره الأخرس.
٤٠٠ (ماده: ٤٣٧) تنعقد الإجاره بالتعاطى أيضا
٤٠١ (ماده: ٤٣٨) السكوت فى الإجاره يعد قبولا و رضاء،
٤٠٢ (ماده: ٤٣٩) لو تقاولا بعد العقد على تبادل البدل أو تزييده أو تنزله يعتبر العقد الثانى.
٤٠٢ (ماده: ٤٤٠) الإجاره المضافه صحيحه و تلزم قبل حلول وقتها
٤٠٣ (ماده: ٤٤٢) لو ملك المستأجر عين المأجور يارث أو هبه يزول حكم الإجاره.
٤٠٣ (ماده: ٤٤٣) لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجاره.

٤٠٥----- الفصل الثاني (في شروط انعقاد الإجاره و نفاذها)

٤٠٥----- اشاره

٤٠٦----- (ماده: ٤٤٦) يلزم ان يكون الأجر متصرفا بما يؤجره أو وكيل المتصرف أو وليه أو وصيه،،،

٤٠٧----- (ماده: ٤٤٧) انعقاد إيجار الفضولى موقوف على اجازة المتصرف،

٤٠٨----- (الفصل الثالث) في شروط صحة الإجاره

٤٠٨----- [ماده: ٤٤٨] يشترط في صحة الإجاره رضا العاقدين.

٤٠٩----- (ماده: ٤٤٩) يلزم تعيين المأجور

٤٠٩----- (ماده: ٤٥٠) يشترط ان تكون الأجره معلومه. (ماده: ٤٥١) يشترط في الإجاره ان تكون المنفعه معلومه

٤٠٩----- (ماده: ٤٥٢) المنفعه تكون معلومه ببيان مده الإجاره

٤٠٩----- (ماده: ٤٥٣) يلزم عند استئجار الدابه تعيين المنفعه

٤٠٩----- (ماده: ٤٥٤) يلزم في استئجار الأراضى بيان كونها لأى شى ء استؤجرت

٤٠٩----- (ماده: ٤٥٥) تكون المنفعه معلومه في استئجار أهل الصنعه ببيان العمل

٤١٠----- (ماده: ٤٥٦) تكون المنفعه معلومه في نقل الأشياء بالإشاره

٤١٠----- (ماده: ٤٥٧) يشترط ان تكون المنفعه مقدوره الاستيفاء

٤١٠----- الفصل الرابع في فساد الإجاره و بطلانها

٤١٠----- اشاره

٤١١----- (ماده: ٤٦٢) فساد الإجاره ينشأ بعضه من كون البديل مجهولاً

٤١٣----- الباب الثالث «في بيان المسائل التى تتعلق بالأجره»

٤١٣----- اشاره

٤١٣----- الفصل الأول عرفت ان البيع و الإجاره كليهما يقعان على العين

٤١٥----- الفصل الثاني في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الأجره و كيفيه استحقاق الأجر و الأجره

٤١٥----- «ماده: ٤٦٦» لا تلزم الأجره بالعقد المطلق يعنى لا يلزم تسليم بدل الإجاره بمجرد انعقادها حالا.

٤١٦----- (ماده: ٤٦٨) تلزم الأجره بشرط التعجيل،،،

٤١٦----- (ماده: ٤٦٩) تلزم الأجره باستيفاء المنفعه

٤١٨----- [ماده: ٤٧٥] يلزم على الأجر أولاً تسليم المأجور و على الأجير إيفاء العمل فى الإجاره المطلقه

٤١٨----- (ماده: ٤٧٦) ان كانت الأجره موقوته بوقت معين كالشهره و السنويه مثلا يلزم إيفائها عند انقضاء ذلك الوقت.

٤٢٠----- (ماده: ٤٧٨) لو فات الانتفاع بالمأجور بالكليه سقطت الأجره

٤٢٢----- (ماده: ٤٧٩) من استأجر حانوتاً و قبضه ثم عرض للمبيع أو الشراء

- ٤٢٣----- (ماده: ٤٨٠) لو استأجر زورقاً على مده و انقضت في أثناء الطريق تمت الإجاره إلى الوصول إلى الساحل
- ٤٢٣----- أما (ماده: ٤٨١) لو أعطى أحد داره آخر على ان يرمها و يسكنها بلا اجره
- ٤٢٥----- الفصل الثالث في ما يصح للأجير ان يحبس المستأجر فيه في استيفاء الأجره و ما لا يصح
- ٤٢٦----- الباب الرابع في (بيان المسائل التي تتعلق بمده الإيجار)-----
- ٤٢٦----- (ماده: ٤٨٤) للمالك ان يؤجر ماله و ملكه لغيره مده معلومه قصيره كاليوم أو طويله كالسنين.
- ٤٢٦----- (ماده: ٤٨٥) ابتداء مده الإجاره تعتبر من الوقت الذي سمي أي عين و ذكر عند العقد.
- ٤٢٧----- و (ماده: ٤٨٧) كما يجوز إيجار عقار على ان يكون لسنه في كل شهر أجرته كذا دراهم كذلك يصح إيجاره لسنه بكذا دراهم بدون بيان شهريته أيضاً
- ٤٢٨----- (ماده: ٤٩١) كما يعتبر الشهر الأول الناقص ثلاثين إذا اشترط
- ٤٢٨----- (ماده: ٤٩٢) لو عقدت الإجاره في أول الشهر لسنه
- ٤٢٩----- (ماده: ٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد
- ٤٣٠----- (ماده: ٤٩٥) لو استأجر أحد أجيراً على ان يعمل يوماً يعمل من طلوع الشمس إلى العصر
- ٤٣٠----- (ماده: ٤٩٦) لو استؤجر نجار على ان يعمل عشره أيام
- ٤٣١----- الباب الخامس في الخيارات
- ٤٣١----- اشاره
- ٤٣٢----- الفصل الأول «في بيان خيار الشرط»
- ٤٣٢----- [ماده: ٤٩٧] يجرى خيار الشرط في الإجاره كما جرى في البيع
- ٤٣٢----- (ماده: ٤٩٨) كما ان الفسخ و الإجاره على ما بين في ماده (٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٤) يكونان قولاً كذلك أيضاً يكونان فعلاً
- ٤٣٣----- [ماده: ٥٠٣] لو استؤجرت ارض على ان تكون كذا ذراعاً أو دونماً فخرجت زائده أو ناقصه تصح الإجاره
- ٤٣٥----- (ماده: ٥٠٤) لو استؤجرت ارض على ان كل دونم منها
- ٤٣٥----- (ماده: ٥٠٦) يصح ترديد الأجره على صورتين أو ثلاث في العمل و العامل و الحمل و المسافه و الزمان و المكان
- ٤٣٧----- (الفصل الثاني) خيار الرؤيه
- ٤٣٨----- (الفصل الثالث) في خيار العيب
- ٤٣٨----- [ماده: ٥١٣] في الإجاره أيضاً خيار العيب كما يلحظ البيع
- ٤٣٩----- (ماده: ٥١٥) لو حدث في المأجور عيب فإنه كالموجود في وقت العقد.
- ٤٤١----- (ماده: ٥١٩) لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها و لم يفسخ المستأجر الإجاره و سكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجره.
- ٤٤١----- [ماده: ٥٢٠] لو استأجر أحد دارين بكذا دراهم و انهدمت إحداهما فله ان يترك الاثنتين معاً.
- ٤٤١----- (ماده: ٥٢١) المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تكون كذا حجره و ظهرت ناقصه
- ٤٤٣----- (الباب السادس في بيان أنواع المأجور و احكامه

اشاره - ٤٤٣-----

الفصل الأول في بيان مسائل تتعلق بإجاره العقار ٤٤٣-----

(مادة: ٥٢٢) يجوز استئجار دار أو حانوت بدون بيان انها سكنى لأحد. ٤٤٣-----

ا- (مادة: ٥٢٤) من استأجر أرضاً و لم يعين ما يزرعه فيها و لم يعمم ٤٤٣-----

(مادة: ٥٢٥) من استأجر أرضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرع مكرراً صيفاً و شتاء. ٤٤٤-----

(مادة: ٥٢٦) لو انقضت مدة الإجاره قبل إدراك الزرع فللمستأجر ان يبقى الزرع في الأرض إلى إدراكه و يعطى اجره المثل. ٤٤٤-----

(مادة: ٥٢٧) يصح استئجار الدار و الحانوت مع عدم بيان كونه لأى شىء، و اما كيفية استعماله فيرجع الى العرف و العاده. ٤٤٤-----

(مادة: ٥٢٩) اعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصوده عائدته إلى الأجر ٤٤٥-----

الفصل الثاني في إجاره العروض ٤٤٧-----

(مادة: ٥٣٤) يجوز إجاره الألبسه و الأسلحه و الخيام و أمثالها من المنقولات لمدته معلومه مقابل بدل معلوم. ٤٤٧-----

(مادة: ٥٣٥) لو استأجر ثياباً على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب و لبسها في بيته أو لم يلبسها يلزمه أجرتها ٤٤٧-----

الفصل الثالث «في إجاره الدواب» ٤٤٩-----

اشاره ٤٤٩-----

(مادة: ٥٣٩) لو استؤجرت دابه معينه إلى محل معين و تعيب في الطريق فالمستأجر يكون مخيراً ٤٤٩-----

(مادة: ٥٤٠) لو اشترط حمل معين الى محل معين و تعبت الدابه في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابه أخرى و إيصاله الى ذلك المحل ٤٤٩-----

(مادة: ٥٤١) لا يجوز استئجار دابه من دون تعيين ٤٤٩-----

(مادة: ٥٤٢) لا يكفي في الإجاره تعيين اسم الخطه و المسافه ٤٥٠-----

(مادة: ٥٤٣) لو استؤجرت دابه إلى مكان و كان يطلق على بلدين فأيهما قصدت يلزم اجره المثل. ٤٥٠-----

(مادة: ٥٤٤) لو استكرت دابه الى بلده يلزم إيصال مستأجرها إلى داره. ٤٥١-----

(مادة: ٥٤٥) من استكرى دابه إلى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابه إلى محل آخر فان تلفت الدابه يضمن. ٤٥١-----

و مثل ماده (٥٤٨) ليس للمستأجر استعمال دابه أزيد من المده التي استأجرها ٤٥١-----

(مادة: ٥٥٣) لو استكرى دابه للركوب من دون تعيين من يركبها ٤٥٢-----

(مادة: ٥٥٦) ليس للمستأجر ضرب دابه الكراء من دون اذن صاحبها و لو ضربها و تلفت يضمن. ٤٥٢-----

(مادة: ٥٥٧) لو اذن صاحب دابه الكراء بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد ٤٥٣-----

(مادة: ٥٥٨) يصح الركوب على دابه استكرت للحمل. ٤٥٣-----

(مادة: ٥٦٠) وضع الحمل على الدابه على المكاري. ٤٥٤-----

(مادة: ٥٦١) نفقه المأجور على الأجر. ٤٥٤-----

الفصل الرابع في إجاره الأدمى ٤٥٥-----

٤٥٥----- (ماده: ٥٦٢) يجوز إجاره الأدمى للخدمه أو لإجراء صنعه ببيان مده أو بتعيين العمل بصوره أخرى.

٤٥٦----- و من هذا القبيل ماده (٥٦٤) لو قال أحد لآخر اعمل هذا العمل أكرمك و لم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق أجر المثل،

٤٥٦----- و منه ماده (٥٦٥) لو استخدم العمله من دون تسميه اجره تعطى أجرتهن ان كانت معلومه و الا فاجر المثل،

٤٥٧----- (ماده: ٥٦٦) لو عقدت الإجاره على ان يعطى للأجير شيئاً من القميات لا على التعيين يلزم أجر المثل

٤٥٧----- (ماده: ٥٦٧) العطييه التي تعطى للخدمه من الخارج لا تحسب من الأجره.

٤٥٨----- (ماده: ٥٦٨) لو استؤجر أستاذ لتعليم علم أو صنعه فإن ذكرت مده انعقدت الإجاره على المده

٤٥٨----- (ماده: ٥٦٩) من اعطى ولده الأستاذ ليعلمه صنعه من دون ان يشترط بينهما اجره

٤٥٨----- (ماده: ٥٧٠) لو استأجر أهل قريه معلماً أو إماماً للصلاه أو مؤذناً أو في خدمته يأخذ من أجرته من أهل تلك القريه.

٤٦٢----- (ماده: ٥٧١) الأجير الذى استأجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره، إلخ ..

٤٦٢----- [ماده: ٥٧٤] كل ما كان من توابع العمل و لم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلده و عاداتها

٤٦٣----- و ماده (٥٧٧) ان دور دلال مالا و لم يبعه ليس له اجره

٤٦٣----- (ماده: ٥٧٨) لو اعطى ماله للدلال و قال: بعه بكذا دراهم، فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل أيضاً لصاحب المال و ليس الدلال سوى الأجره.

٤٦٣----- (ماده: ٥٧٩) لو خرج مستحق بعد أخذ الدلال أجرته و ضبط المبيع أو رد بعيب لا تسترد اجره الدلال.

٤٦٣----- (ماده: ٥٨٠) من استأجر حصادين ليحصدوا زرعته الذى فى أرضه

٤٦٤----- (ماده: ٥٨١) كما انه للظئر فسخ الإجاره لو مرضت

٤٦٥----- الباب السابع فى وظيفه الأجر و المستأجر بعد العقد

٤٦٥----- اشاره

٤٦٥----- الفصل الأول فى تسليم المأجور

٤٦٥----- اشاره

٤٦٦----- (ماده: ٥٨٥) لو سلم الدار الا حجره وضع فيها اشياؤه يسقط من بدل الإجاره مقدار حصه تلك الحجره

٤٦٧----- (الفصل الثانى) فى تصرف العاقدين فى المأجور بعد العقد

٤٦٧----- (ماده: ٥٨٦) للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقاراً و ان كان منقولاً فلا

٤٦٨----- (ماده: ٥٨٧) للمستأجر إيجار ما لا يتفاوت استعماله و انتفاعه باختلاف الناس لآخر.

٤٦٨----- (ماده: ٥٨٨) إن أجر المستأجر بإجاره فاسده المأجور لآخر بإجاره صحيحه يجوز

٤٦٨----- (ماده: ٥٨٩) لو أجر أحد ماله مده معلومه لآخر بإجاره لازمه ثم أجر أيضاً تلك المده تكررراً لغيره لا تتعقد

٤٦٩----- (ماده: ٥٩٠) لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع و المشتري و ان لم يكن نافذاً فى حق المستأجر.

٤٧٠----- الفصل الثالث فى بيان مسائل تتعلق برد المأجور و إعادته

٤٧٢----- الباب الثامن (فى بيان الضمانات)

- ٤٧٢ - اشارة
- ٤٧٢ - الفصل الأول في ضمان المنفعة
- ٤٧٢ - (ماده: ٥٩٦) لو استعمل أحد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب
- ٤٧٤ - (ماده: ٥٩٩) لو استخدم أحد صغيراً بدون اذن وليه أو وصيه
- ٤٧٥ - الفصل الثاني (في ضمان المستأجر)
- ٤٧٧ - الفصل الثالث (في ضمان الأجير)
- ٤٨٠ - و قد بقيت مسائل مهمه لم تتعرض لها أو أشارت إليها بصورة مجمله يلزم بيانها.
- ٤٨٠ - اشارة
- ٤٨١ - الاولى:- ان صوره امتناع الانتفاع بالعين المأجوره و أنواعه كثيره
- ٤٨٢ - الثانيه:- لم تذكر (المجله) بطلان الإجاره أو عدمه بموت المؤجر أو المستأجر
- ٤٨٣ - الثالثه:- يجوز للمؤجر بيع العين المأجوره في أثناء مده الإجاره
- ٤٨٤ - (الرابعه):- إذا تبين بطلان الإجاره قبل استيفاء شئ ء فلا اشكال
- ٤٨٥ - الخامسه:- ان (المجله) لم تتعرض لمسائل الخلاف و النزاع
- ٤٨٩ - الكتاب الثالث في الكفاله
- ٤٨٩ - اشارة
- ٤٩١ - المقدمه (في الاصطلاحات الفقهيه الدائره بالكفاله)
- ٤٩١ - اشارة
- ٤٩١ - الكفاله:
- ٤٩٤ - الباب الأول في «عقد الكفاله»
- ٤٩٤ - اشارة
- ٤٩٤ - الفصل الأول «في ركن الكفاله»
- ٤٩٤ - (ماده: ٦٢١) تنعقد الكفاله و تنفذ بإيجاب الكفيل فقط
- ٤٩٥ - [ماده: ٦٢٢] إيجاب الكفيل يعنى أفاظ الكفاله هي الكلمات التي تدل على التعهد و الالتزام في العرف و العاده
- ٤٩٥ - (ماده: ٦٢٣) تكون الكفاله بالوعد المطلق أيضاً
- ٤٩٧ - الفصل الثاني في (بيان شرائط الكفاله)
- ٤٩٧ - (ماده: ٦٢٨) يشترط في انعقاد الكفاله كون الكفيل عاقلا و بالغاً
- ٥٠٢ - (ماده: ٦٣٢) لا تجرى النيباه في العقوبات
- ٥٠٣ - (ماده: ٦٣٣) لا يشترط يسار المكفول عنه و تصح الكفاله عن المفلس أيضاً

٥٠٤----- (الباب الثاني) في (بيان أحكام الكفالة)

٥٠٤----- اشارة

٥٠٤----- الفصل الأول في (بيان حكم الكفالة المنجزه و المعلقه و المضافه)

٥٠٤----- (ماده: ٦٣٤) حكم الكفاله هو المطالبه يعنى للمكفول له حق مطالبه لمكفول به من الكفيل،

٥٠٤----- (ماده: ٦٣٥) يطالب الكفيل في الكفاله المنجزه حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الأصيل و عند ختام المده المعينه ان كان مؤجلاً

٥٠٥----- (ماده: ٦٣٦) اما في الكفاله التي انعقدت مضافه الي زمان مستقبل أو معلقه بشرط فلا يطالب الكفيل

٥٠٦----- [ماده: ٦٣٧] يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف و القيد أيضاً

٥٠٦----- (ماده: ٦٣٨) في الكفاله بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل

٥٠٦----- (ماده: ٦٣٩) لا يطالب الكفيل في الكفاله الموقته إلا في ظرف مده الكفاله

٥٠٧----- (ماده: ٦٤٠) ليس للكفيل ان يخرج من الكفاله بعد انعقادها

٥٠٨----- (ماده: ٦٤١) من كان كفيلاً برد المال المغصوب أو المستعار

٥٠٨----- الفصل الثاني في (بيان حكم الكفاله بالنفس)

٥١٠----- الفصل الثالث في (بيان أحكام الكفاله بالمال)

٥١٠----- (ماده: ٦٤٣) الكفيل ضامن

٥١٠----- (ماده: ٦٤٤) الطالب مخير في مطالبته

٥١٠----- (ماده: ٦٤٥) لو كفل أحد المبالغ التي لزمته ذمه الكفيل بالمال حسب كفالته

٥١١----- (ماده: ٦٤٧) لو كان لدين كفاء متعدد

٥١٢----- (ماده: ٦٤٨) لو اشترط في الكفاله برأيه الأصيل تنقلب إلى الحواله

٥١٣----- (ماده: ٦٥٠) لو كفل أحد دين أحد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز

٥١٣----- (ماده: ٦٥١) لو كفل أحد آخر عن نفسه على ان يحضره في الوقت الفلاني

٥١٥----- (ماده: ٦٥٢) إذا كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفاله المطلقه

٥١٦----- [ماده: ٦٥٥] لو أجل الدائن طلبه في حق الأصيل يكون مؤجلاً في حق الكفيل و كفيل الكفيل أيضاً

٥١٧----- (ماده: ٦٥٦) المديون مؤجلاً لو أراد الذهاب الى ديار اخرى

٥١٨----- (ماده: ٦٥٧) لو قال أحد لآخر اكفلي عن ديني الذي هو لفلان

٥٢٠----- (ماده: ٦٥٨) لو أغفل أحد آخر في ضمن عقد المعاوضه يضمن ضرره

٥٢٢----- (الباب الثالث) في «البراهه من الكفاله»

٥٢٢----- اشارة

٥٢٢----- الفصل الأول في بيان الضوابط العموميه

٥٢٣----- الفصل الثاني في البراءة من الكفالة بالنفس

٥٢٣----- (مادة: ٦٦٣) لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمه

٥٢٣----- (مادة: ٦٦٤) يبرء الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب المطالب،

٥٢٤----- (مادة: ٦٦٦) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفاله

٥٢٥----- الفصل الثالث في «البراءة من الكفاله بالمال»

٥٢٥----- (مادة: ٦٦٧) لو توفي الدائن و كانت الوارثه منحصره في المديون يبرء الكفيل من الكفاله.

٥٢٥----- (مادة: ٦٦٨) لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرأ

٥٢٦----- [مادة: ٦٦٩] لو أحال الكفيل المكفول له على أحد و قبل المكفول له و المحال عليه يبرء الكفيل و المكفول عنه أيضاً.

٥٢٦----- (مادة: ٦٧٠) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

٥٢٦----- (مادة: ٦٧١) الكفيل بضمن المبيع إذا انفسخ البيع أو ضبط المبيع بالاستحقاق أو رد بعيب يبرء من الكفاله.

٥٢٦----- (مادة: ٦٧٢) لو استؤجر مال الى تمام مده معلومه

٥٢٨----- الكتاب الرابع في الحواله

٥٢٨----- اشاره

٥٣٠----- المقدمه في بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالحواله

٥٣٠----- اشاره

٥٣٠----- الحواله:

٥٣٢----- الحواله المقيده:

٥٣٢----- الحواله المطلقه:

٥٣٤----- (الباب الأول) في بيان عقد الكفاله

٥٣٤----- اشاره

٥٣٤----- الفصل الأول (في بيان ركن الحواله)

٥٣٤----- (مادة: ٦٨٠) لو قال المحيل لدائنه: حولتك على فلان، و قبل الدائن تنعقد الحواله.

٥٣٨----- (مادة: ٦٨١) يصح عقد الحواله بين المحال له و المحال عليه وحدهما،

٥٤٠----- (الفصل الثاني) (في بيان شرط الحواله)

٥٤٠----- اشاره

٥٤١----- (مادة: ٦٨٦) لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالته و ان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه.

٥٤١----- (مادة: ٦٨٧) كل دين لا تصح الكفاله به لا تصح الحواله به.

٥٤١----- (مادة: ٦٨٩) كما تصح حواله الديون المترتبه في الذمه أصاله كذلك تصح حواله الديون التي تترتب في الذمه من جهتي الكفاله و الحواله.

- ٥٤٣----- (الباب الثاني) في بيان أحكام الحوالة
- ٥٤٣----- (ماده: ٦٩٠) حكم الحوالة هو كون المحيل و كفيله من الكفالة
- ٥٤٣----- (ماده: ٦٩١) لو أحال المحيل حوالة مطلقه فان لم يكن له عند المحال عليه طلب يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء و ان كان له طلب يقاضيه به.
- ٥٤٤----- (ماده: ٦٩٢) ينقطع حق مطالبه المحيل المحال به في الحوالة المقيدة و ليس للمحال عليه بعده ان يعطى المحال به للمحيل
- ٥٤٥----- (ماده: ٦٩٣) لا تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدي مما في ذمه المشتري للبايع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم و سقط الثمن
- ٥٤٦----- (ماده: ٦٩٤) تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدي من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانه
- ٥٤٧----- (ماده: ٦٩٥) إذا كانت الحوالة مقيدة بان يؤدي من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه فهلك ذلك المال
- ٥٤٧----- (ماده: ٦٩٦) لو أحال أحد دائنه على آخر بان يبيع مائلاً معيناً له و يؤدي الدين من ثمنه و قبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح
- ٥٤٨----- (ماده: ٦٩٧) الحوالة المبهمة أى التي لم يبين فيها تعجيل المحال به و تأجيله
- ٥٤٨----- (ماده: ٦٩٨) ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل أداء الدين
- ٥٤٩----- (ماده: ٦٩٩) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به أو بحوالته إياها على الآخر
- ٥٥٠----- الكتاب الخامس في الرهن
- ٥٥٠----- اشاره
- ٥٥٢----- المقدمة (في بيان الاصطلاحات الفقهية) (المتعلقه بالرهن)
- ٥٥٢----- اشاره
- ٥٥٢----- الرهن:
- ٥٥٤----- الباب الأول في (بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن)
- ٥٥٤----- اشاره
- ٥٥٤----- الفصل الأول في (بيان المسائل المتعلقة بركن الرهن)
- ٥٥٧----- الفصل الثاني في «بيان شروط انعقاد الرهن»
- ٥٥٧----- «ماده: ٧٠٨» يشترط ان يكون الراهن و المرتهن عاقلين و لا يشترط ان يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز و ارتهانه.
- ٥٥٧----- «ماده: ٧٠٩» يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع بناء عليه يلزم ان يكون موجوداً، و مالا متقوماً، و مقدور التسليم في وقت الرهن.
- ٥٥٩----- (الفصل الثالث) في (زوائد الرهن المتصله و في تعديل الرهن و زيادته بعد عقد الرهن)
- ٥٥٩----- (ماده: ٧١١) كما ان المشتكلات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن
- ٥٦٠----- «ماده: ٧١٢» يجوز تعديل الرهن برهن آخر،
- ٥٦٠----- «ماده: ٧١٥» الزائد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل.
- ٥٦١----- (الباب الثاني) في (بيان مسائل تتعلق بالراهن) (و المرتهن)
- ٥٦١----- اشاره

- ٥٦٢ ----- (ماده: ٧١٩) يجوز ان يعطى المكفول عنه رهناً لكفيله.
- ٥٦٢ ----- (ماده: ٧٣٠) يجوز ان يأخذ الدائن من المديون رهناً ان كانا مشتركين في الدين أولاً إلخ ..
- ٥٦٣ ----- الباب الثالث في بيان المسائل التي تتعلق بالمرهون الرهن
- ٥٦٣ ----- اشاره -----
- ٥٦٣ ----- الفصل الأول في (بيان مؤونه المرهون)
- ٥٦٥ ----- الفصل الثاني في الرهن المستعار
- ٥٦٧ ----- الباب الرابع في (بيان احكام الرهن
- ٥٦٧ ----- اشاره -----
- ٥٦٧ ----- الفصل الأول
- ٥٦٧ ----- (ماده: ٧٢٩) حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه، و ان يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفى الراهن.
- ٥٦٨ ----- (ماده: ٧٣٠) لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبه الدين و للمرتهن صلاحيه مطالبته بعد قبض الرهن أيضاً.
- ٥٦٨ ----- (ماده: ٧٣١) إذا أوفى مقداراً من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو في مقابله،
- ٥٦٩ ----- «ماده: ٧٣٢» لصاحب الرهن المستعار أن يؤاخذ الراهن المستعير لتخليصه و تسليمه إياه،
- ٥٧٠ ----- «ماده: ٧٣٣» لا يبطل الرهن بوفاه الراهن و المرتهن.
- ٥٧١ ----- (ماده: ٧٣٤) لو توفى الراهن المستعير حال كونه مقلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهوناً.
- ٥٧١ ----- «ماده: ٧٣٧» لو توفى المعير و دينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأديه دينه و تخليص الرهن المستعار
- ٥٧٣ ----- (الفصل الثاني) في (تصرف الراهن و المرتهن في الرهن)
- ٥٧٤ ----- (الفصل الثالث) في بيان احكام الرهن الذي هو في يد العدل
- ٥٧٤ ----- (ماده: ٧٥٢) يد العدل كيد المرتهن
- ٥٧٤ ----- «ماده: ٧٥٣» لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن
- ٥٧٤ ----- «ماده: ٧٥٤» إذا كان الدين باقياً فليس للعدل ان يعطى الرهن الى الغير
- ٥٧٧ ----- «ماده: ٧٥٥» إذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره
- ٥٧٧ ----- (الفصل الرابع) في (بيع الرهن)
- ٥٧٧ ----- (ماده: ٧٥٦) ليس لكل من الراهن و المرتهن بيع الرهن بدون رضا صاحبه.
- ٥٧٧ ----- (ماده: ٧٥٧) إذا حل وقت أداء الدين و امتنع الراهن عن أدائه
- ٥٧٨ ----- (ماده: ٧٥٩) إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه و إبقاء ثمنه رهناً في يده
- ٥٧٨ ----- (ماده: ٧٦٠) إذا حل وقت أداء الدين يصح توكيل الراهن المرتهن
- ٥٧٩ ----- «ماده: ٧٦١» الوكيل يبيع الرهن يبيع الرهن إذا حل وقت أداء الدين و يسلم ثمنه الى المرتهن فان أبقى الوكيل يجبر الراهن على بيعه.

٥٨٤	(استدراكات و ملاحظات)
٥٩٢	الجزء الثاني القسم الأول
٥٩٢	اشاره
٥٩٤	الكتاب السادس في الأمانات
٥٩٤	اشاره
٥٩٥	المقدمه في بيان «اصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بالأمانات»
٥٩٥	الأمانات:
٥٩٨	الوديعة:
٥٩٨	العاريه:
٦٠٥	(ماده: ٧٧٠) يلزم الملتقط ان يعلن أنه وجد لقطه و يحفظ المال في يده أمانه
٦٠٧	(ماده: ٧٧١) إذا هلك مال شخص في يد آخر
٦٠٩	(ماده: ٧٧٢) الاذن دلالة كالاذن صراحه،
٦١١	«الباب الثاني» في الوديعة
٦١١	اشاره
٦١١	الفصل الأول في «بيان المسائل المتعلقة بعقد الإيداع و شروطه»
٦١٣	«الفصل الثاني» (في أحكام الوديعة و ضمانها)
٦١٣	(ماده: ٧٧٧) الوديعة امانه في يد الوديع
٦١٥	(ماده: ٧٧٩) فعل ما لا يرضى به المودع في حق الوديعة تعد من الفاعل.
٦١٧	«ماده: ٧٨٠» الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.
٦١٧	(ماده: ٧٨١) للمستودع ان يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله.
٦١٨	(ماده: ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعه متعددين
٦٢٠	(ماده: ٧٨٤) الشرط الواقع في عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو
٦٢٢	(ماده: ٧٨٥) إذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبه منقطعه
٦٢٢	(ماده: ٧٨٦) الوديعة التي تحتاج إلى النفقه كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،
٦٢٣	(ماده: ٧٨٧) إذا هلكت الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،
٦٢٥	(ماده: ٧٨٨) خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها و تفريقها عنه، بدون اذن المودع يعد تعديا،
٦٢٦	(ماده: ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في الماده السابقه
٦٢٧	(ماده: ٧٩٠) ليس للمستودع إيداع الوديعة عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلكت صار ضامنا،

- ٦٢٨ ----- (ماده: ٧٩١) إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر
- ٦٢٨ ----- (ماده: ٧٩٢) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا،
- ٦٢٨ ----- (ماده: ٧٩٣) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع،
- ٦٢٩ ----- (ماده: ٧٩٤) يلزم رد الوديعة إلى صاحبها إذا طلبها -
- ٦٢٩ ----- [ماده: ٧٩٥] يرد المستودع الوديعة بذاته أو على يد أمينه .
- ٦٢٩ ----- (ماده: ٧٩٦) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص
- ٦٣٠ ----- (ماده: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعة -
- ٦٣٠ ----- (ماده: ٧٩٨) منافع الوديعة لصاحبها -
- ٦٣١ ----- (ماده: ٧٩٩) إذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه
- ٦٣١ ----- (ماده: ٨٠٠) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا نرجى إفاقته
- ٦٣٢ ----- (ماده: ٨٠١) إذا مات المستودع و وجدت الوديعة عينا في تركته تكون امانه في يد وارثه فيردها لصاحبها
- ٦٣٣ ----- (ماده: ٨٠٢) إذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه
- ٦٣٣ ----- (ماده: ٨٠٣) الوديعة إذا لزم ضمانها
- ٦٣٦ ----- الباب الثالث (في العاربه) -----
- ٦٣٦ ----- اشاره -----
- ٦٣٦ ----- (الفصل الأول) في (المسائل المتعلقة بعقد الإعاره و شروطها) -----
- ٦٣٦ ----- اشاره -----
- ٦٣٦ ----- (الأول) ان (المجله) أدمجت العاربه في مباحث الوديعة،
- ٦٣٧ ----- (الثاني) انهم ذكروا ان (العاربه) تشدد و تخفف- من التعاور
- ٦٣٨ ----- (الثالث) ان الظاهر من مصاديق العاربه المتداوله بين الناس انها إباحه الانتفاع بالعين مجانا
- ٦٣٩ ----- ماده «٨٠٥» سكوت المعير لا يعد قبولا
- ٦٤٠ ----- ماده (٨٠٨) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به
- ٦٤٠ ----- ماده (٨٠٩) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين
- ٦٤١ ----- ماده (٨١٠) القبض شرط في العاربه
- ٦٤١ ----- ماده (٨١١) يلزم تعيين المستعار
- ٦٤٢ ----- الفصل الثاني (في بيان أحكام العاربه و ضماناتها) -----
- ٦٤٢ ----- ماده (٨١٢) المستعير يملك منفعه العاربه بدون بدل
- ٦٤٢ ----- ماده (٨١٣) العاربه امانه في يد المستعير

- ماده (٨١٥) نفقه المستعار على المستعير، ٦٤٣
- ماده (٨١٦) إذا كانت الإعارة مطلقه اى لم يقيدها ٦٤٣
- ماده «٨٢٢» إذا طلب شخص من امرأه اعاره شىء هو ملك زوجها فاعارته إياه بلا اذن الزوج فضاع ٦٤٥
- ماده (٨٢٢) ليس للمستعير ان يؤجر العاربه و لا ان يرهنها ٦٤٦
- ماده (٨٢٤) للمستعير ان يودع العاربه عند آخر ٦٤٦
- الكتاب السابع فى الهبه ٦٤٩
- اشاره ٦٤٩
- المقدمه فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالهبه ٦٥٠
- اشاره ٦٥٠
- الهبه: ٦٥٠
- الهديه: ٦٥٢
- الصدقه: ٦٥٣
- الإباحه: ٦٥٣
- اشاره ٦٥٣
- الباب الأول (فى بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبه) ٦٥٤
- ماده (٨٣٧) تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول و تتم بالقبض،،، ٦٥٤
- ماده «٨٣٨» الإيجاب فى الهبه هو الألفاظ المستعمله فى تملك المال مجانا كاكرمت و وهبت و أهديت. ٦٥٥
- ماده (٨٤٥) للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع ٦٥٨
- ماده (٨٤٧) إذا وهب أحد دينه للمدين أو أبرأ ذمته من الدين و لم يردده المدينون تصح الهبه و يسقط عنه الدين فى الحال ٦٦٠
- ماده «٨٤٨» من وهب دينه الذى هو فى ذمه أحد لآخر و اذنه صراحه بالقبض ٦٦١
- ماده (٨٤٩) إذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبه، ٦٦١
- ماده (٨٥٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم، ٦٦١
- ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال وهبتك الشىء الفلانى فى رأس الشهر الآتى لم تصح ٦٦٢
- الباب الثانى فى بيان شرائط الهبه ٦٦٧
- اشاره ٦٦٧
- (اما الموهوب) ٦٦٧
- (اما عقد الهبه) ٦٦٨
- ماده (٨٥٩) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغا ٦٧٢

- ٦٧٢ ----- ماده (٨٦٠) يلزم فى الهبه رضا الواهب فلا يصح بالجبر و الإكراه.
- ٦٧٣ ----- الباب الثالث (فى بيان أحكام الهبه،
- ٦٧٣ ----- اشاره
- ٦٧٣ ----- الفصل الأول فى [بيان الرجوع عن الهبه]
- ٦٧٣ ----- اشاره
- ٦٧٦ ----- و قد شرعت (المجله) فى ذكر أسباب اللزوم
- ٦٧٦ ----- اشاره
- ٦٧٦ ----- (الأول) هبه ذى الرحم
- ٦٧٧ ----- «الثانى» الزوجيه
- ٦٧٧ ----- «الثالث» التعويض
- ٦٧٩ ----- ماده (٨٦٩) إذا كان الموهوب أرضا و أحدث الموهوب له فيه بناء أو غرس شجرا أو حصل للموهوب زياده متصله
- ٦٧٩ ----- اشاره
- ٦٨٠ ----- بقى فى المقام أمور مهمه يلزم التنبيه عليها
- ٦٨٠ ----- اشاره
- ٦٨١ ----- (١) قد عرفت ان انتقال العين من ملك الموهوب له الى آخر يمنع من الرجوع
- ٦٨١ ----- «٢» لو شك ان العين هل تغيرت أم هى قائمه بحالها
- ٦٨٢ ----- (٣) قد يقال ان وطئ الجاربه و ان لم يحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع
- ٦٨٣ ----- «٤» لو باع الواهب بعد الهبه و قبض العين الموهوبه
- ٦٨٣ ----- (السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العين الموهوبه
- ٦٨٥ ----- «السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض
- ٦٨٥ ----- «السابع» كون الموهوب ديناً على الموهوب له
- ٦٨٦ ----- «الثامن» ماده (٨٧٤) لا يصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.
- ٦٨٦ ----- ماده (٨٧٥) إذا أباح الرجل لآخر شيئا من مطعوماته
- ٦٨٨ ----- الفصل الثانى فى (هبه المريض)
- ٦٩٢ ----- الكتاب الثامن (فى الغصب و الإتلاف
- ٦٩٢ ----- اشاره
- ٦٩٣ ----- المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقهيّه المتعلقه بالغصب و الإتلاف)
- ٦٩٣ ----- اشاره

الغصب: ٦٩٣-----

ماده (٨٨٢) قيمة الشئ ء قائما هي قيمة الابنيه أو الأشجار حال كونها قائمه في محلها - ٦٩٥-----

ماده (٨٨٣) قيمة الشئ ء مبنيا - ٦٩٥-----

ماده (٨٨٤) قيمة الشئ ء مقلوعا - ٦٩٥-----

ماده (٨٨٥) قيمة الشئ ء حال كونه مستحقا للقلع - ٦٩٥-----

ماده (٨٨٦) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذى يحصل بين أجره الأرض قبل الزراعة و بعدها. - ٦٩٥-----

(٨٨٨) الإتلاف تسببا هو التسبب لتلف شئ ء - ٦٩٦-----

ماده (٨٨٩) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه. - ٦٩٨-----

الباب الأول فى (الغصب) - ٧٠٠-----

اشاره - ٧٠٠-----

الفصل الأول « فى بيان احكام الغصب» - ٧٠٠-----

اشاره - ٧٠٠-----

ماده (٨٩٢) إذا سلم الغاصب عين المغصوب فى مكان الغصب الى صاحبه برى ء الغاصب من الضمان. - ٧١٣-----

ماده (٨٩٥) إذا اعطى الغاصب، الرجوع الى الحاكم على الظاهر - ٧١٦-----

ماده (٨٩٦) إذا كان المغصوب منه صبيا و رد الغاصب إليه - ٧١٦-----

ماده (٨٩٧) إذا كان المغصوب فاكهه فتغيرت عند الغاصب - ٧١٧-----

اشاره - ٧١٧-----

(الأولى) - ٧١٧-----

(الثانية) - ٧١٧-----

(الثالثة) - ٧١٧-----

ماده (٨٩٩) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب. - ٧٢٠-----

ماده «٩٠٠» إذا تناقص سعر المغصوب و قيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله الى آخرها». - ٧٢١-----

ماده «٩٠١» الحال الذى هو مساو للغصب فى إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب - ٧٢٢-----

ماده «٩٠٢» لو خرج ملك أحد من يده بانهدام جبل بما عليه الى آخره. - ٧٢٣-----

ماده «٩٠٣» زوائد المغصوب لصاحبه. - ٧٢٤-----

الفصل الثانى فى (بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار) - ٧٢٥-----

ماده «٩٠٥» المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده،، - ٧٢٥-----

ماده «٩٠٦» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،، - ٧٢٦-----

- ٧٢٩ الفصل الثالث في (بيان حكم غاصب الغاصب)
- ٧٣١ الباب الثاني في (بيان الإتلاف)
- ٧٣١ اشاره
- ٧٣١ الفصل الأول في (مباشرة الإتلاف)
- ٧٣١ ماده (٩١٢) إذا أتلف أحد مال غيره الذي هو في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن.
- ٧٣٣ ماده «٩١٦» إذا أتلف صبي مال غيره.
- ٧٣٣ ماده (٩١٨) إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك،
- ٧٣٤ ماده (٩١٩) لو هدم أحد داراً بلا إذن لأجل وقوع حريق في المحله.
- ٧٣٤ ماده (٩٢٠) لو قطع أحد الأثمار التي في روضه غيره.
- ٧٣٥ الفصل الثاني في (بيان الإتلاف تسبباً)
- ٧٣٥ ماده «٩٢٢» و هذا أيضاً واضح و ان نسب الى بعض فقهاء الجمهور انه لا يضمن بمجرد فتح الباب
- ٧٣٥ ماده «٩٢٣» لو جفلت دابه أحد.
- ٧٣٧ ماده «٩٢٥» لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً،
- ٧٣٧ الفصل الثالث (فيما يحدث في الطريق العام)
- ٧٣٧ اشاره
- ٧٣٨ ماده «٩٢٦» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامة
- ٧٣٩ ماده «٩٢٧» فذلكه التحقيق في هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفريقين كما تشعر به هذه ماده بناؤهم ان التصرف المشروع
- ٧٤١ في ماده (٩٢٨) لو سقط حائط و أورت غيره ضرراً لا يلزم الضمان
- ٧٤١ الفصل الرابع في (جنابه الحيوان)
- ٧٤١ اشاره
- ٧٤٢ ماده «٩٢٩» الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه،
- ٧٤٣ ماده «٩٣٢» لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه،
- ٧٤٣ ماده «٩٣٣» بل هما اقدر على التحفظ من الراكب
- ٧٤٣ ماده «٩٣٤» ليس لأحد حق توقيف دابه أو ربطها في الطريق العام.
- ٧٤٣ ماده «٩٣٥» من سبب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته.
- ٧٤٤ و ماده «٩٣٧» لو كانت الدابه جموحاً و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،
- ٧٤٥ الكتاب التاسع في (الحجر و الإكراه و الشفعه)
- ٧٤٥ اشاره

- المقدمه في (الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بالحجر) ٧٤٤
- الحجر: ٧٤٤
- الإذن: ٧٤٧
- الإكراه: ٧٤٧
- اشاره ٧٤٧
- و في ماده (٩٤٩) الإكراه على قسمين ٧٤٧
- الشفعه: ٧٤٨
- الباب الأول ٧٥٠
- [الفصل الأول] ٧٥٠
- ماده (٩٥٧) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون. ٧٥٠
- ماده (٩٤١) إذا حجر السفیه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس، ٧٥٠
- ماده «٩٤٢» لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره غياباً، ٧٥١
- ماده «٩٤٣» لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذره، ٧٥١
- اما ماده (٩٤٤) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل ٧٥١
- الفصل الثاني في (المسائل المتعلقة بالصغير و المجنون و المعتوه) ٧٥٢
- ماده (٩٤٤) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولييه، ٧٥٢
- ماده (٩٤٧) يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض ٧٥٢
- ماده (٩٤٨) للولى أن يسلم الصغير المميز مقداراً. ٧٥٣
- ماده (٩٤٩) العقود المكرره التي تدل على انه قصد منها الربح ٧٥٣
- ماده (٩٧١) كما يكون الإذن صراحه يكون دلالة ٧٥٥
- ماده (٩٧٤) إذا توفي الولى الذى جعل الصبى مأذوناً فيبطل اذنه ٧٥٤
- ماده (٩٧٨) المعتوه فى حكم الصبى المميز. ٧٥٧
- ماده (٩٨٧) من أدرك سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً، ٧٥٨
- ماده «٩٨٨» الصبى الذى لم يدرك سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه، ٧٥٨
- ماده (٩٨٩) إذا أقر المراهق أو المراهق فى حضور الحاكم ببلوغه فإن كذبه ظاهر الحال إلخ. ٧٥٩
- الفصل الثالث في (السفيه و المحجور) ٧٥٩
- ماده «٩٩٠» السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز الى الآخر. ٧٥٩
- ماده «٩٩١» تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القولييه الواقعه بعد الحجر لا تصح، ٧٦١

- ٧٦٢ ----- مادة (٩٩٧) إذا اكتسب السفينة المحجور صلاحا
- ٧٦٢ ----- الفصل الرابع في (المديون المحجور) -
- ٧٦٧ ----- الباب الثاني في (بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه)
- ٧٦٧ ----- اشاره -
- ٧٦٩ ----- مادة (١٠٠٧) كما ان الإكراه الملجئ يكون معتبرا إلخ.
- ٧٧٠ ----- الباب الثالث في (بيان الشفعة)
- ٧٧٠ ----- اشاره -
- ٧٧٠ ----- الفصل الأول في (بيان مراتب الشفعة)
- ٧٧٠ ----- مادة (١٠٠٨) أسباب الشفعة ثلاثة
- ٧٧١ ----- و مادة (١٠١٠) إذا لم يكن مشاركا في نفس المبيع أو كان و ترك ..
- ٧٧١ ----- مادة (١٠١٣) إذا تعدد الشفعة يعتبر عدد الرؤوس.
- ٧٧٢ ----- و اما مادة (١٠١٤) و ما بعدها الى آخر الفصل.
- ٧٧٢ ----- الفصل الثاني في (بيان شرائط الشفعة)
- ٧٧٢ ----- (الأول) مادة (١٠١٧) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا عقاريا ..
- ٧٧٣ ----- «الثاني» (١٠١٨) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا
- ٧٧٤ ----- (الثالث) مادة (١٠٢١) الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع ..
- ٧٧٤ ----- اشاره -
- ٧٧٤ ----- مادة (١٠٢٣) لا تجرى الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل
- ٧٧٤ ----- (الرابع) مادة (١٠٢٤) يشترط ان يكون للشفيع رضا،
- ٧٧٥ ----- الخامس) مادة (١٠٢٥) يشترط ان يكون البديل مالا معلوم المقدار
- ٧٧٦ ----- (الشرط السادس). مادة «١٠٢٦» يشترط ان يزول ملك البائع عن البيع بناء عليه،،،
- ٧٧٧ ----- مادة (١٠٢٧) لا تجرى الشفعة في تقسيم العقار.
- ٧٧٨ ----- الفصل الثالث يلزم في الشفعة ثلاث مطالبات.
- ٧٨٠ ----- الفصل الرابع في (بيان حكم الشفعة)
- ٧٨٠ ----- مادة «١٠٣٦» يكون الشفيع مالكا للمشفوع.
- ٧٨٣ ----- مادة [١٠٣٩] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع- يسقط حق شفيعته،
- ٧٨٣ ----- مادة «١٠٤٠» لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثاني،،،
- ٧٨٣ ----- مادة «١٠٤١» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترك الجميع و ليس له التبعض

- ٧٨٣----- ماده (١٠٤٢) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفيعته،،،
- ٧٨٤----- ماده «١٠٤٣» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار،،،
- ٧٨٤----- ماده «١٠٤٤» لو زاد المشتري على البناء المشفوع.-----
- ٧٨٥----- و قد بقي بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء-----
- ٧٨٥----- اشاره-----
- ٧٨٥----- (الأول) الحيل الشرعيه الموجهه لسقوط الشفعه-----
- ٧٨٥----- (البحث الثاني) مسائل النزاع و الخلاف-----
- ٧٨٥----- اشاره-----
- ٧٨٧----- (و منها) ما لو أقر أحد الشريكين بأنه قد باع حصته من أجنبي و أنكر الأجنبي الابتياح-----
- ٧٨٨----- (و منها) ما لو اختلف الشريكان في التقدم و التأخر-----
- ٧٨٨----- (و منها) ما لو اعترف البائع و المشتري ان الثمن المعين غضب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه-----
- ٧٩٠----- الكتاب العاشر (في أنواع الشركات)-----
- ٧٩٠----- اشاره-----
- ٧٩١----- المقدمه في (بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بأنواع الشركات)-----
- ٧٩١----- اشاره-----
- ٧٩١----- الشركه:-----
- ٧٩٦----- الباب الأول في (بيان شركه الملك-----
- ٧٩٦----- اشاره-----
- ٧٩٦----- «الفصل الأول» في (تعريف شركه الملك و تقسيمها)-----
- ٧٩٨----- (الفصل الثاني) أفي [بيان كيفيه التصرف في الأعيان المشتركه)-----
- ٧٩٨----- اشاره-----
- ٧٩٨----- ماده (١٠٦٩) كيف ما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف أيضا في الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك.-----
- ٧٩٩----- ماده (١٠٧٣) الأموال المشتركه شركه الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم-----
- ٧٩٩----- ماده (١٠٧٤) الأولاد في الملكيه تتبع الام مثلا إذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر-----
- ٨٠٠----- ماده (١٠٧٥) كل واحد في شركه الملك (بل و في غيرها) أجنبي في حصه الآخر.-----
- ٨٠٢----- ماده (١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب.-----
- ٨٠٢----- ماده «١٠٨٠» لا يوجد من الغائب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل-----
- ٨٠٣----- و مثلها ماده (١٠٨١) السكنى في الدار لا تختلف،،،-----

- ٨٠٣- اما- ماده (١٠٨٢) لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،،-----
- ٨٠٥- (تتمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه -----
- ٨٠٦- «الفصل الثالث» في (بيان الديون المشتركه) -----
- ٨٠٦- اشارة -----
- ٨٠٨- ماده «١١٠» وان كان الدين مشتركا فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون -----
- ٨٠٨- ماده (١١٠٣) أحد الشريكين إذا اشترى حصته متاعا من المديون و لم يقبض منه شيئا فلا يكون الدائن الآخر شريكا في ذلك المتاع -----
- ٨١٠- ماده (١١٠٦) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك الذي قد عرفت انه لا يختص به -----
- ٨١١- ماده «١١٠٧» إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترك فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره. -----
- ٨١٢- ماده «١١١٢» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،، -----
- ٨١٢- (لاحقه) «١١١٣» إذا باع واحد مالا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده -----
- ٨١٣- الباب الثاني في (بيان القسمة -----
- ٨١٣- اشارة -----
- ٨١٣- الفصل الأول في (تعريف القسمة و تقسيمها) -----
- ٨١٣- ماده (١١١٤) القسمة هي تعيين الحصه الشائعه بعضها عن بعض كالذراع و الوزن و الكيل. -----
- ٨١٤- ماده «١١١٥» القسمة تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعه في كل فرد .. -----
- ٨١٥- ماده (١١١٧) جهه الإفراز في المثليات راجحه -----
- ٨١٦- ماده (١١١٨) جهه المبادله في القيميات راجحه إلى آخرها -----
- ٨١٦- ماده «١١١٩» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثليات الى آخرها. -----
- ٨١٧- الفصل الثاني في (بيان شرائط القسمة) -----
- ٨١٧- ماده (١١٢٣) كون المقسوم عينا شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك الى الآخر. -----
- ٨١٧- ماده (١١٢٤) لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص و تمييزها -----
- ٨١٨- اما (ماده: ١١٢٥) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها. -----
- ٨٢٠- «الفصل الثالث» في (بيان قسمة الجميع) -----
- ٨٢٠- اشارة -----
- ٨٢٠- ماده (١١٣٤) القيميات المتحده الجنس- الى قولها مثلا خمسمائه شاه مشتركه بين اثنين إذا قسمت نصفين فكأنما أخذ كل واحد منهما عين حقه. -----
- ٨٢١- الفصل الرابع ماده (١١٣٩) تفريق العين المشتركه و تبعضها .. -----
- ٨٢٢- الفصل الخامس في (بيان كيفية القسمة) -----
- ٨٢٣- الفصل السادس في (بيان الخيارات) -----

٨٢٤	الفصل السابع (في بيان فسخ الإقاله)
٨٢٥	الفصل الثامن (في بيان أحكام القسمه)
٨٢٦	الفصل التاسع «في بيان المهايأه»
٨٢٦	ماده «١١٧٤» المهايأه عباره عن قسمه المنافع.
٨٢٦	ماده (١١٧٦) المهايأه نوعان الى آخره.
٨٢٨	ماده «١١٨٦» بعد ان حصلت المهايأه على استيفاء المنافع بدء الى آخرها،،،
٨٢٨	ماده (١١٨٧) لا تجوز المهايأه على الأعيان فلا تصح المهايأه على ثمره الأشجار المشتركه و لا على لبن الحيوانات و صوفها إلخ،،،
٨٢٩	ماده (١١٨٨) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين
٨٣٠	ماده (١١٨٩) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاربه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى.
٨٣١	الباب الثالث في (بيان المسائل المتعلقة بالحيطان و الجيران
٨٣١	اشاره
٨٣١	الفصل الأول في (بيان بعض قواعد فى أحكام الاملاك)
٨٣١	ماده (١١٩٢) كل واحد يتصرف فى ملكه كيف شاء
٨٣١	ماده (١١٩٣) واضحه و قد تقدم حاصلها فى مباحث الشركه ماده (١١٩٤) كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه و ما تحته
٨٣٢	ماده «١١٩٦» من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره فللجار ان يكلفه بتفريغ هوائه بالربط أو القطع
٨٣٣	الفصل الثانى فى (بيان حق المعاملات الجواربه)
٨٣٥	«الفصل الثالث» فى (الطريق)
٨٣٦	الفصل الرابع فى (بيان حق المرور و المجرى و المسيل)
٨٣٨	الباب الرابع فى (بيان شركه الإباحه
٨٣٨	اشاره
٨٣٨	الفصل الأول فى (بيان الأشياء المباحه و غير المباحه)
٨٣٨	ماده (١٢٣٤) الماء و الكلاء و النار مباحه و الناس فى هذه الأشياء الثلاثه شركاء.
٨٤٠	ماده «١٢٤٧» الصيد مباح
٨٤٠	الفصل الثانى
٨٤٠	ماده «١٢٤٨» أسباب التملك ثلاثه (الأول) النقل من مالك الى مالك آخر كالبيع ..
٨٤١	ماده (١٢٥٠) كون الإحراز مقرونا بالقصد لازم.
٨٤٣	الفصل الثالث فى (بيان أحكام الأشياء العموميه المباحه)
٨٤٣	الفصل الرابع فى (بيان حق الشرب و الشفعه)

- الفصل الخامس في (إحياء الموات) ٨٤٤
- ماده (١٢٧٠) الأراضى الموات هي التي ليست ملكا لأحد و لا هي مرعى و لا محتطب إلخ. ٨٤٤
- ماده «١٢٧٢» إذا أحيا شخص أرضا مواتا بالاذن السلطاني صار مالكا لها إلخ،، ٨٤٥
- ماده «١٢٧٧» وضع الأحجار أو الشوك- ليس بإحياء و لكنه تحجير. ٨٤٦
- الفصل السادس (في بيان حریم الأبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالاذن السلطاني في الأراضى الموات) ٨٤٦
- ماده «١٢٨١» حریم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون. ٨٤٦
- ماده (١٢٨٨) إذا حفر شخص بئرا في خارج حریم بئر فذهب ماء البئر الاولى الى الثانيه فلا شىء عليه. ٨٤٨
- الفصل السابع في (بيان المسائل العائده إلى أحكام الصيد) ٨٤٨
- ماده «١٢٩٢» الصيد جائز،، ٨٤٨
- ماده (١٣٠٠) في ساقيه شخص و جدوله سمك لا يمסק من غير صيد فلآخر ان يمסקه. ٨٥٠
- (١٣٠١) شخص هياً محلا في حافه الماء لأجل صيد السمك الى آخرها،، ٨٥١
- (١٣٠٢) إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه يصير مالكا لكن لا يكون مالكا بلا إحراز. ٨٥١
- ماده «١٣٠٣» إذا وضع شخص شيئا ما كالشرك و الشبكه لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص ٨٥١
- ماده (١٣٠٤) إذا اتخذ حيوان وحشى في بستان عشا الى آخرها. ٨٥١
- الباب الخامس في (بيان النفقات المشتركه) ٨٥٢
- اشاره ٨٥٢
- الفصل الأول في (بيان عمارات الأموال المشتركه و سائر مصارفها) ٨٥٢
- الفصل الثاني في (حق كرى النهر و المجارى و إصلاحها) ٨٥٣
- ماده «١٣٢١» كرى النهر الذى هو غير مملوك إصلاحه على بيت المال ٨٥٣
- ماده (١٣٢٥) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان في حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامه المرور من تلك الأرض ٨٥٤
- الباب السادس في (بيان تعريف شركه العقد و تقسيمها) ٨٥٥
- [الفصلان الأولان] ٨٥٥
- الفصل الثالث في (بيان الشرائط المخصوصه في شركه الأموال) ٨٥٩
- ماده (١٣٣٨) كون رأس المال من قبيل النقود شرط ٨٥٩
- ماده (١٣٤٣) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟ ٨٦٠
- الفصل الرابع في (بعض ضوابط تتعلق بشركه العقد) ٨٦٠
- ماده (١٣٤٥) العمل يكون متقوما بالتقويم ٨٦٠
- ماده (١٣٤٦) ضمان العمل نوع من العمل إلخ. ٨٦١

- ماده (١٣٤٨) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثة السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح ٨٦١
- «١٣٤٩» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركه و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع- إلخ. ٨٦١
- ماده (١٣٥٠) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر. ٨٦٢
- ماده (١٣٥١) رأس المال في شركه الأموال ٨٦٢
- الفصل الخامس في (بيان شركه المفاوضات) ٨٦٣
- ماده (١٣٥٦) المفاوضات أحدهما كفيل الآخر كما بين في الفصل الثاني إلى آخرها، ٨٦٣
- ماده (١٣٥٧) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحد المفاوضات لنفسه و اهله و عياله خاصة له لا حق لشريكه فيها ٨٦٣
- ماده «١٣٥٨» المفاوضات في شركه الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلى آخرها، ٨٦٤
- ماده (١٣٥٩) الشريكان في شركه الاعمال إذا عقدا- إلخ. ٨٦٤
- الفصل السادس (في حق شركه العنان ٨٦٥
- اشاره ٨٦٥
- (المبحث الأول) (في بيان المسائل العائده إلى شركه الأموال) ٨٦٥
- ماده «١٣٦٥» لا يشترط في الشريكين بشركه العنان كون رأس مالهما متساويًا، ٨٦٥
- ماده (١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركه على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على تجاره خاصه كتجاره الذخيره مثلا. ٨٦٥
- ماده (١٣٧٦) إذا اشترى أحد الشريكين بديارهم نفسه شيئًا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصه. ٨٦٨
- ماده (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعاقد إلخ ٨٦٨
- ماده «١٣٨٤» إقرار أحد الشريكين شركه عنان بدين في معاملاتها لا يسرى الى الآخر، ٨٧٠
- المبحث الثاني (في بيان مسائل عائده إلى شركه الأعمال) ٨٧١
- المبحث الثالث (في بيان مسائل عائده إلى شركه الوجوه) ٨٧٢
- ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه في أحكام عقد الشركه لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها ٨٧٣
- اشاره ٨٧٣
- «الأول» ان عقد الشركه جائز كما عرفت ٨٧٣
- (الثاني) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتهما ٨٧٣
- «الثالث» الشريك المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط ٨٧٣
- «الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد ٨٧٤
- الباب السابع في (حق المضاربه ٨٧٦
- اشاره ٨٧٦
- الفصل الأول ٨٧٦

الفصل الثاني (في بيان أحكام المضاربه) ----- ٨٧٨

ماده: (١٤١٣) المضارب أمين- رأس المال في يده في حكم الوديعة ----- ٨٧٨

ماده (١٤١٤) المضارب في المضاربه المطلقه بمجرد العقد يكون مأذونا في العمل إلخ، ----- ٨٧٨

ماده (١٤١٨) المال الذي أخذه المضارب بالنسيئه زياده على رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه. ----- ٨٧٩

ماده (١٤٢٣) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضى ذلك الوقت تنفسخ المضاربه،،، ----- ٨٧٩

ماده (١٤٢٤) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب المواقعه معتبره حتى يقف على العزل- إلخ. ----- ٨٧٩

ماده (١٤٢٦) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربه الفاسده- إلخ: ----- ٨٧٩

ماده (١٤٢٨) على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا على رب المال، و إذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط. ----- ٨٨١

ماده (١٤٣٠) إذا مات المضارب مجهلا فالضمان في تركته ----- ٨٨٢

الباب الثامن في (بيان المزارعه و المساقاه) ----- ٨٨٣

اشاره ----- ٨٨٣

الفصل الأول (في بيان المزارعه) ----- ٨٨٣

اشاره ----- ٨٨٣

ماده «١٤٣١» المزارعه نوع شركه على كون الأراضى من طرف و العمل من طرف آخر يعنى ان الأراضى تزرع بينهما. ----- ٨٨٤

ماده «١٤٣٣» كون العاقدين عاقلين في المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعه. ----- ٨٨٤

«١٤٣٤» يشترط تعيين ما يزرع. ----- ٨٨٤

ماده «١٤٣٥» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها. ----- ٨٨٥

ماده «١٤٣٦» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح. ----- ٨٨٥

الفصل الثاني في (في بيان المساقاه) ----- ٨٨٨

ماده (١٤٤١) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيه من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما. ----- ٨٨٨

و هي عقد (المغارسه) ----- ٨٨٩

الجزء الثاني القسم الثاني ----- ٨٩١

اشاره ----- ٨٩١

الكتاب الحادى عشر في الوكاله ----- ٨٩٢

اشاره ----- ٨٩٢

المقدمه في بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالوكاله ----- ٨٩٤

اشاره ----- ٨٩٤

الوكاله: ----- ٨٩٤

٨٩٧	الباب الأول في بيان ركن الوكالة و تسميمها
٨٩٧	ركن التوكيل الإيجاب و القبول
٨٩٨	ماده (١٤٥٦) يكون ركن التوكيل مره مطلقا يعنى لا يكون معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مقيدا بقيد و مره يكون معلقا بشرط الى آخرها
٩٠٠	الباب الثاني في بيان شروط الوكالة
٩٠٥	الباب الثالث في بيان أحكام الوكالة
٩٠٥	اشاره
٩٠٥	[الفصل الأول]
٩٠٥	ماده (١٤٦٠) يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبه و الإعاره و الرهن و الإيداع و الإقراض و الشركه و المضاربه و الصلح عن إنكار و ان لم يصفه الى موكله فلا يصح.
٩١٠	ماده (١٤٦٦) ليس لمن وكل في خصوص أمر ان يوكل غيره به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك أو قال له اعمل برأيك
٩١١	(١٤٦٧) إذا اشترطت الأجره في الوكالة و أوفاهها الوكيل يستحقها و ان لم تشتط و لم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجره يكون متبرعا ليس له اجره
٩١٢	الفصل الثاني في الوكالة بالشراء
٩١٢	ماده (١٤٦٨) يلزم ان يكون الموكل به معلوما
٩١٤	ماده «١٤٨٥» ليس للوكيل ان يشتري الشئ الذي وكل بشرائه لنفسه الى آخرها
٩١٥	ماده (١٤٩٣) ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل
٩١٥	الفصل الثالث في الوكالة بالبيع
٩١٦	الفصل الرابع في (بيان المسائل المتعلقة بالمأمور)
٩٢٠	الفصل الخامس في (حق الوكالة بالخصومه)
٩٢١	الفصل السادس في (بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل)
٩٢٤	الكتاب الثاني عشر (في الصلح و الإبراء)
٩٢٤	اشاره
٩٢٤	المقدمه في بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالصلح و الإبراء
٩٢٤	اشاره
٩٢٥	الصلح:
٩٢٩	الباب الثاني في (بيان بعض أحوال المصالح عليه و المصالح عنه و بعض شروطهما)
٩٢٩	ماده «١٥٤٥» ان كان المصالح عليه عيننا الى آخرها.
٩٢٩	ماده «١٥٤٦» يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح ..
٩٢٩	ماده «١٥٤٧» يلزم ان يكون المصالح عليه و المصالح عنه معلومين ..
٩٣١	الباب الثالث في (المصالح عنه)

- ٩٣١ اشاره
- ٩٣١ الفصل الأول في (الصلح عن الأعيان)
- ٩٣١ ماده (١٥٤٨) ان وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع
- ٩٣٢ ماده (١٥٥١) لو ادعى أحد مالا معيناً كالروضه و صالح على مقدار منها،
- ٩٣٣ الفصل الثاني في بيان الصلح عن الدين اى الطلب و سائر الحقوق
- ٩٣٣ الباب الرابع في بيان احكام الصلح و الإبراء
- ٩٣٣ اشاره
- ٩٣٣ الفصل الأول في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصلح
- ٩٣٤ الفصل الثاني في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الإبراء
- ٩٣٤ الكتاب الثالث عشر (في الإقرار)
- ٩٣٤ اشاره
- ٩٣٧ الباب الأول في (بيان بعض الاصطلاحات الفقهييه)
- ٩٣٧ اشاره
- ٩٣٧ الإقرار:
- ٩٤٠ ماده (١٥٧٨) يشترط ان لا يكون المقر به مجهولا بجهاله فاحشه إلخ.
- ٩٤٣ الباب الثاني في (بيان وجوه صحة الإقرار)
- ٩٤٣ كما يصح إقرار المعلوم كذلك يصح إقرار المجهول أيضا و لكن كون المقر به مجهولا الى آخرها،
- ٩٤٤ ماده (١٥٨٠) لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له و لكن يكون مردودا برده الى الآخر،
- ٩٤٤ ماده (١٥٨١) إذا اختلف المقر و المقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعا لصحة الإقرار) إلخ،
- ٩٤٧ ماده «١٥٨٥» الإقرار بالمشاع صحيح الى آخرها.
- ٩٤٧ ماده (١٥٨٦) إقرار الأخرس بإشارته المعهوده معتبر
- ٩٤٨ الباب الثالث في بيان أحكام الإقرار،
- ٩٤٨ اشاره
- ٩٤٨ الفصل الأول في بيان الأحكام العموميه
- ٩٤٨ ماده (١٥٨٧) يلزم الرجل بإقراره
- ٩٤٩ ماده (١٥٨٨) لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد،
- ٩٥٠ ماده (١٥٩٠) إذا أقر أحد لآخر الى آخرها،
- ٩٥٠ الفصل الثاني في بيان فني الملك المستعار

- ٩٥٢----- الفصل الثالث في بيان إقرار المريض
- ٩٥٢----- اشاره
- ٩٥٥----- ماده «١٥٩٨» إذا أقر أحد في مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفاً على إجازة باقي الورثة.
- ٩٥٥----- ماده «١٥٩٩» المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثاً للمريض وقت وفاته- إلى آخرها.
- ٩٥٦----- ماده (١٦٠١) إقرار المريض بعين أو دين لأجنبي يعنى لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح إلى آخرها.
- ٩٥٦----- ماده (١٦٠٢) ديون الصحة مقدمه على ديون المرض
- ٩٥٨----- ماده «١٦٠٣» إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمه أجنبي
- ٩٥٩----- ماده (١٦٠٤) ليس لأحد ان يؤدي دين غرمانه في مرض موته و يبطل حقوق باقيهم،،،
- ٩٥٩----- ماده (١٦٠٥) الكفاله بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصلي إلى آخرها.
- ٩٦٠----- الباب الرابع في (بيان الإقرار بالكتابه)
- ٩٦٠----- ماده (١٦٠٦) الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان
- ٩٦١----- ماده «١٦٠٨» القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الإقرار بالكتابه أيضاً مثلا لو كان أحد التجار قد قيد في دفتره الخ.
- ٩٦٣----- و لكن بقي من مباحثه المهمه بحثان مهمان
- ٩٦٣----- اشاره
- ٩٦٣----- [البحث الأول] في الإقرار بالمبهم
- ٩٦٣----- اشاره
- ٩٦٣----- الإقرار بلفظ مبهم
- ٩٦٣----- [الثاني] الإقرار بالعدد المبهم
- ٩٦٤----- البحث الثاني (في تعقيب الإقرار بما ينافية).
- ٩٦٩----- الكتاب الرابع عشر (في الدعوى)
- ٩٦٩----- اشاره
- ٩٧٠----- المقدمه (في بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بالدعوى)
- ٩٧٢----- الباب الأول في (شروط الدعوى و أحكامها و دفعها)
- ٩٧٢----- اشاره
- ٩٧٢----- الفصل الأول في (بيان شروط الدعوى)
- ٩٧٢----- ماده (١٦١٦) يشترط ان يكون المدعى و المدعى عليه عاقلين.
- ٩٧٨----- ماده «١٦٢٧» إذا كان المدعى به عينا فلا يلزم بيان سبب الملكيه
- ٩٧٩----- ماده «١٦٢٨» حكم الإقرار هو ظهور المقر به و ليس حدوثه بداء

- ٩٨٠----- الفصل الثاني (في دفع الدعوى) -----
- ٩٨١----- الفصل الثالث (في بيان من كان خصما و من لم يكن) -----
- ٩٨١----- ماده (١٦٣٤) إذا ادعى أحد شيئا و كان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره يكون بإنكاره في الدعوى و اقامه البيئه خصما.
- ٩٨٦----- ماده (١٦٣٧) يشترط حضور الوديع و المودع و المستعير و المعير -----
- ٩٨٧----- (١٦٣٨) لا يكون لوديع خصما للمشتري -----
- ٩٨٧----- (١٦٣٩) لا يكون الوديع خصما لدائن المودع -----
- ٩٨٨----- «١٦٤٠» لا يكون مديون المديون خصما للدائن،،،-----
- ٩٨٨----- ماده «١٦٤٢» يصح ان يكون أحد الورثه خصما في الدعوى التي تقام على الميت أو له،،، الى آخرها.
- ٩٩٢----- ماده (١٦٤٤) تسمع دعوى واحد من العامه إذا صار مدعيا -----
- ٩٩٣----- الفصل الرابع في (بيان التناقض) -----
- ٩٩٣----- اشاره -----
- ٩٩٥----- ماده (١٦٥١) كما ان الحق الواحد لا يستوفى من كل واحد من الشخصين على حده بتمامه. كذلك لا يدعى الحق الواحد الذي ترتب من جهه واحده على رجلين.
- ٩٩٥----- ماده (١٦٥٢) يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذان هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل و الموكل و الوارث و المورث الى آخرها.
- ٩٩٦----- ماده (١٦٥٣) يرتفع التناقض بتصديق الخصم -----
- ٩٩٧----- ماده (١٦٥٥) يعفى التناقض إذا ظهرت مقدره المدعى و كان محل خفاه مثلا إذا ادعى المستأجر على المؤجر الى آخرها،،،-----
- ٩٩٨----- الباب الثاني في (حق مرور الزمان) -----
- ١٠٠١----- الكتاب الخامس عشر (في البيئات و التحليف) -----
- ١٠٠١----- اشاره -----
- ١٠٠١----- (المقدمه في بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه) بالبيئات و التحليف -----
- ١٠٠١----- اشاره -----
- ١٠٠١----- البيئه: -----
- ١٠٠٢----- التواتر: -----
- ١٠٠٢----- ذو اليد: -----
- ١٠٠٣----- الباب الأول في (الشهاده) -----
- ١٠٠٣----- اشاره -----
- ١٠٠٣----- الفصل الأول في (بيان تعريف الشهاده و نصابها) -----
- ١٠٠٣----- ماده «١٦٨٤» الشهاده هي الأخبار بلفظ الشهاده -----
- ١٠٠٤----- ماده (١٦٨٥) نصاب الشهاده في حقوق العباد رجلان أو رجل و امرأتان -----

- الفصل الثاني في (بيان كيفية الشهاده) ----- ١٠٠٧
- ماده [١٦٨٧] لا تعتبر الشهاده التي تقع في خارج مجلس المحكمه ----- ١٠٠٧
- ماده (١٦٨٨) يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به الى آخرها. ----- ١٠٠٧
- ماده (١٦٨٩) إذا لم يقل الشاهد اشهد و قال انا أعرف الخصوص الفلاني هكذا أو أخبر بما لا يكون قد أدى الشهاده ----- ١٠٠٩
- ماده «١٦٩٠» تكفى إشاره الشاهد عند الشهاده الى كل من المشهود له و المشهود عليه و المشهود به إذا كانوا حاضرين ----- ١٠١٠
- الفصل الثالث في (بيان شروط الشهاده الاساسيه) ----- ١٠١١
- اشاره ----- ١٠١١
- ماده (١٦٩٦) مضافا الى ما أشرنا إليه قبالا من ان هذه شروط الحكم حقيقه لا شروط الشهاده فإن البينه حجه مطلقا ----- ١٠١١
- ماده [١٦٩٩] إنما جعلت البينه مشروعه لإظهار الحق ----- ١٠١٢
- ماده (١٧٠٠) يشترط ان لا يكون في الشهاده دفع مغرم أو جر مغرم الى آخرها. ----- ١٠١٣
- بقي في المقام شىء و هو قضيه العداوه المذكوره في ماده (١٧٠٢) يشترط ان لا يكون بين الشاهد و المشهود عليه عداوه دينويه ----- ١٠١٧
- الفصل الرابع في (موافقه الشهاده للدعوى) ----- ١٠٢٠
- الفصل الخامس في (بيان اختلاف الشهود) ----- ١٠٢٢
- الفصل السادس في (تزكيه الشهود) ----- ١٠٢٤
- ماده «١٧١٦» إذا شهدت الشهود و سأل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول في شهاده هذين أهما صادقان أم لا ----- ١٠٢٤
- ماده «١٧٢٥» إذا عدل بعض المزكين الشهود و جرحهم بعض لم يحكم الحاكم بشهاده أولئك الشهود لانه يرجح طرف الجرح. ----- ١٠٢٧
- ماده «١٧٢٦» إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهاده في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم و يحكم بشهادتهم. ----- ١٠٢٧
- تذنيب في (تحليف الشهود) ----- ١٠٢٨
- الفصل السابع في (رجوع الشهود عن الشهاده) ----- ١٠٢٩
- الفصل الثامن في (التواتر) ----- ١٠٣١
- الباب الثاني في (الحجج الخطيه و القرينه القاطعه) ----- ١٠٣٢
- اشاره ----- ١٠٣٢
- الفصل الأول في (الحججه الخطيه) ----- ١٠٣٢
- الفصل الثاني (القرينه القاطعه) ----- ١٠٣٢
- الباب الثالث في (بيان التحليف) ----- ١٠٣٣
- ماده «١٧٤٣» أحد أسباب الحكم اليمين أو النكول عنه الى آخرها. ----- ١٠٣٣
- ماده «١٧٤٣» إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف بالله تعالى بقوله و الله و بالله مره واحده، ----- ١٠٣٤
- ماده «١٧٤٥» تجرى النيباه في التحليف و لكن لا تجرى في اليمين. ----- ١٠٣٥

- ماده «١٧٤٦» الأول. اليمين المعروفه بيمين الاستظهار ١٠٣٥
- ماده «١٧٤٧» إذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه، ١٠٣٧
- ماده «١٧٤٩» اليمين اما بالسبب أو بالحاصل، ١٠٣٧
- ماده «١٧٥٠» إذا اجتمعت دعاوى مختلفه يكفى فيها يمين واحد و لا يلزم التحليف لكل واحد على حده، ١٠٣٨
- ماده «١٧٥٢» إذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين- و نكل عنها صراحه إلى آخرها، ١٠٣٨
- لاحقه ١٠٣٨
- الباب الرابع فى (بيان ترجيح البيئات و التحالف) ١٠٣٩
- اشاره ١٠٣٩
- الفصل الأول فى (بيان التنازع بالأيدى) ١٠٣٩
- الفصل الثانى فى (ترجيح البيئات) ١٠٤٣
- اشاره ١٠٤٣
- ماده «١٧٥٧» بينه الخارج أولى فى دعوى الملك المطلق الذى لم يبين فيها تاريخ، ١٠٤٩
- ماده «١٧٦٠» بينه من تاريخه مقدم أولى- إلى آخرها. ١٠٥١
- ماده «١٧٦١» لا يعتبر تاريخ الدعوى فى النتائج ١٠٥١
- ماده «١٧٦٢» بينه الزيادة أولى فلو اختلف البائع و المشتري فى مقدار الثمن أو المبيع ترجح بينه مدعى الزيادة، ١٠٥٢
- ماده «١٧٦٣» ترجح بينه التمليك على بينه العاريه، ١٠٥٢
- ماده (١٧٦٤) ترجح بينه البيع على بينه الهبه و الرهن و الإجاره و بينه الإجاره على بينه الرهن ١٠٥٤
- ماده «١٧٦٨» إذا اجتمع بينه الحدوث و القدم ١٠٥٥
- ماده «١٧٦٩» إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البيئه ١٠٥٦
- الفصل الثالث فى (القول لمن. و تحكيم الحال) ١٠٥٦
- ماده «١٧٧١» إذا اختلف الزوج و الزوجه فى أمتعه الدار التى سكنها- الى آخرها. ١٠٥٦
- ماده (١٧٧٢) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبه و ادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين. ١٠٦٤
- الفصل الرابع فى (التحالف) ١٠٦٦
- الكتاب السادس عشر (فى القضاء) ١٠٦٩
- اشاره ١٠٦٩
- المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالقضاء) ١٠٦٩
- اشاره ١٠٦٩
- القضاء: ١٠٦٩

- الحاكم: ١٠٦٩
- الحكم: ١٠٧٠
- الباب الأول في (الحكام) ١٠٧١
- اشاره ١٠٧١
- الفصل الأول في (بيان أوصاف الحاكم) ١٠٧١
- الفصل الثاني في (بيان آداب الحاكم) ١٠٧٥
- الفصل الثالث في (بيان وظائف الحاكم) ١٠٧٦
- ماده (١٨٠٠) الحاكم وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمه و الحكم،،، ١٠٧٦
- ماده [١٨٠٨] يشترط ان لا يكون المحكوم له أحد أصول الحاكم ١٠٧٨
- ماده (١٨١٢) يلزم على الحاكم ان لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بما يمنع صحه التفكير كالغم و الغصه و الجوع و غلبه النوم. ١٠٧٩
- الفصل الرابع (فيما يتعلق بصوره المحاكمه) - ١٠٨٠
- الفصل الخامس في (بيان الحكم الغيابي) ١٠٨١
- الباب الثالث في (رؤيه الدعوى بعد الحكم) ١٠٨٢
- الباب الرابع في (بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم) ١٠٨٥
- الجزء الثاني القسم الثالث ١٠٩٣
- اشاره ١٠٩٣
- [المدخل] ١٠٩٤
- كتاب النكاح ١٠٩٤
- اشاره ١٠٩٤
- المرحله الاولى (في الأحكام المشتركة بين النوعين و لا بد من تمهيد مقدمه) ١٠٩٩
- اشاره ١٠٩٩
- الفصل الأول (في العقد) ١١٠١
- «١» عقد النكاح عباره عن الإيجاب من طرف الزوجه و القبول من طرف الزوج ١١٠١
- «٢» لا يقع عقد النكاح بالمعاطاه قطعاً ١١٠١
- «٣» تقوم إشاره الأخرس مقام العقد ١١٠١
- «٤» لا ينعقد عقد النكاح بالهبه و التملك و الإباحه ١١٠١
- «٥» لا يلزم تقدم الزوجه بالإيجاب ١١٠١
- «٦» المشهور اعتبار العربيه في العقد ١١٠١

الفصل الثاني (في العاقد) ١١٠١

«٧» يشترط في طرفي العقد (البلوغ و العقل) ١١٠١

«٨» لا يعتبر في العاقد من حيث أجزاء صيغته العقد رشد و لا اختيار و لا حرمه و لا ذكوريه ١١٠٣

«٩» للموجب ان يرجع عن إيجابه قبل لحوق القبول ١١٠٣

(الأول في أولياء العقد) ١١٠٣

(١٠) أولياء العقد في الدرجة الأولى الأب و الجد للأب معا ١١٠٣

(١١) الأب و الجد ولي إجباري يجعل الهى ١١٠٣

(١٢) ولاية الأب و الجد انما هى على الصغيرين مطلقا ١١٠٤

[١٣] الكبيره إذا كانت عاقله رشيده ١١٠٤

«١٥» ولاية كل من الأب و الجد مستقلة ١١٠٤

«١٦» ولاية الأب و الجد أشبه بالحكم فلا تسقط بالإسقاط ١١٠٤

«١٧» حاكم الشرع هو الولي على الصغيرين حيث لا ولي إجباري و لا منصوبه ١١٠٤

«١٨» المشهور عند الفقهاء ان عقد الولي للصغير لازم ١١٠٥

«١٩» المالك له الولاية على مملوكه عبدا أو جاريه ١١٠٥

«المقصد الثاني في الوكيل» ١١٠٥

[٢٠] يصح للذكر و الأنثى أو وليهما ان يوكل معا أو أحدهما أجنبيا على العقد ١١٠٥

«٢١» يلزم على الوكيل هنا تعيين الزوج و الزوجه في متن العقد ١١٠٦

«٢٢» صيغته العقد بالوكالة ١١٠٦

«٢١» للموكل زوجا أو زوجه أن يعزل الوكيل ١١٠٦

«٢٢» لو وكل أحدهما على العقد من شخص معين ١١٠٦

«٢٣» لا يجوز فى الوكالة المطلقة ان يتزوجها الوكيل الا مع القرينه على الرضا ١١٠٦

«٢٤» إذا زوجها أحد الوكيلين من شخص و الآخر من آخر صح السابق ١١٠٦

(المقصد الثالث) (في الفضولي) ١١٠٧

«٢٥» كل عقد صدر من غير الزوج و الزوجه و لا من وليهما أو وكيلهما فهو فضولي ١١٠٧

«٢٦» يشترط التطابق بين العقد و الإجازة ١١٠٧

«٢٧» يشترط فى العاقد الفضولي جميع الشروط المتقدمه فى مطلق العاقد ١١٠٧

«٢٨» لو زوج بزعم كونه وكيلًا أو وليا ١١٠٧

الفصل الثالث (في المعقود له) ١١٠٧

- ١١٠٧ «٢٩» المعقود له زوجاً أو زوجة ان كان كبيراً اعتبرت فيه بقيهه الشرائط
- ١١٠٨ «٣٠» أهم الشروط بين الزوجين عدم وجود سبب من أسباب الحرمة بينهما
- ١١٠٨ (المقصد الأول) (في النسب)
- ١١٠٨ اشاره
- ١١٠٨ «٣١» الام كل امرأه ولدتك أو ولدت من ولدك
- ١١٠٨ «٣٢» يكفى في تحقق النسب هنا أى في باب التحريم مجرد الولاده
- ١١٠٩ «المقصد الثانى» (في المصاهره)
- ١١٠٩ «٣٣» المصاهره علاقته تحدث بين شخص و جماعه آخرين بسبب العقد فقط
- ١١٠٩ «٣٤» يحرم مؤبداً بالعقد مع الدخول صنف واحد و هو الربيبه
- ١١٠٩ «٣٥» يلحق بالمصاهره الوطء فتحرم أم الموطوءه و بنتها على الواطئ و لو بالزنا
- ١١١٠ «٣٦» انما يحرم الوطء إذا سبق العقد
- ١١١٠ «٣٧» لا فرق في الوطء المحرم هنا بين الوطء في القبل أو الدبر
- ١١١٠ «المقصد الثالث» (في الرضاع)
- ١١١٠ «٣٨» المذكور من الرضاع في الكتاب الكريم نوعان
- ١١١٠ «٣٩» اختلف أرباب المذاهب في المقدار المحرم من الرضاع
- ١١١١ «٤٠» الشارع الحكيم جعل للرضاع المحرم ثلاث علامات
- ١١١١ «٤١» يلزم ان يكون اللبن عن حمل من نكاح صحيح
- ١١١١ «٤٢» ان يمتصه الرضيع من الثدي مباشره
- ١١١١ «٤٣» ان يكون الرضاع في حولى المرتضع
- ١١١١ «٤٤» اتحاد الفحل
- ١١١١ «٤٥» اتحاد المرضعه
- ١١١١ «٤٦» توالى الرضعات
- ١١١٢ «٤٧» ان تكون كل رضعه كامله يرتوى بها الصبى
- ١١١٢ «٤٨» إذا تحققت الشرائط المزبوره تحقق الموضوع و هو العناوين الرضاعيه
- ١١١٢ «٤٩» يترتب أيضا حكم آخر لا من جهه العتوان النسبى بل لدليله الخاص و هو انه يحرم على أب المرتضع جميع بنات صاحب اللبن
- ١١١٢ «٥٠» لا يحرم على اخوه المرتضع نسباً اخوته الرضاعيون
- ١١١٢ «٥٢» لو رضع غلام من لبن فحل الرضاع المحرم و ارتضع آخر منها من لبن فحل آخر
- ١١١٣ «٥٢» إذا ارتضع صبى من امرأه الرضاع المحرم من لبن فحل واحد

- ١١١٣----- (٥٣) بناء على قاعده لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن
- ١١١٣----- (٥٤) إذا شك في تحقق الرضاع المحرم
- ١١١٣----- «٥٥» طلاق الزوجه تسع طلاقات -
- ١١١٤----- «٥٦» وقوع الملاعنه بين الزوج و الزوجه يوجب التحريم المؤبد
- ١١١٤----- «٥٧» وطأ الذكر رجلا كان أو غلاما
- ١١١٤----- «٥٨» من عقد على صغيره
- ١١١٤----- «٥٩» من عقد على امرأه في عدتها
- ١١١٤----- (٦٠) يحرم على المحرم ان يعقد على امرأه محله
- ١١١٤----- الفصل الرابع (في أسباب التحريم الغير المؤبد)
- ١١١٤----- اشاره
- ١١١٥----- (الاولى حرمة الجمع)
- ١١١٥----- [٦١] يحرم الجمع بين الأختين بالعقد مطلقا دائما أو منقطعا
- ١١١٥----- (٦٢) يحرم ان يجمع بين خمس زوجات بالدائم
- ١١١٥----- [٦٣] لو أسلم الكافر على أكثر من اربع
- ١١١٥----- (الثانيه الموقتة)
- ١١١٥----- (٦٤) إذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات
- ١١١٥----- (الثالثه الحرمة المقيده)
- ١١١٥----- (٦٥) لا يجوز للحر ان يتزوج المملوكه إلا بشرطين
- ١١١٦----- (٦٦) يحرم عقد الأمه على الحره إلا بإذن الحره
- ١١١٦----- (٦٧) لا يجوز عقد بنت أخ الزوجه أو بنت أختها
- ١١١٦----- [٦٨] اعتبار الحكم إذن شرعى لا حق شخصى
- ١١١٦----- - ٦٩- لو طلق العمه أو الخاله فإن كان بائنا جاز العقد على بنت الأخ و الأخت بغير اذن
- ١١١٧----- - ٧٠- الكفر مانع من صحه عقد المسلم على الكافره المشركه
- ١١١٧----- - ٧١- المسلم لا يحل له ان يتزوج المشركه
- ١١١٧----- - ٧٢- لو تزوج المسلم مسلمه
- ١١١٧----- - ٧٣- الارتداد من الزوج أو الزوجه
- ١١١٨----- (٧٤) اختلاف المذهب لا يمنع من صحه العقد مع الحكم بإسلام الطرفين
- ١١١٨----- «٧٥» المعروف اعتبار الكفايه في الزواج

- ١١١٨ ----- «٧٦» إذا خطب المؤمن القادر على الإنفاق الغير المتجاهر بالكبائر استجب إجابته
- ١١١٩ ----- (٧٧) يحرم خطبه المزوجه قطعا -
- ١١١٩ ----- «٧٨» الإجماع و الاخبار على بطلان نكاح (الشغار)
- ١١٢٠ ----- الفصل الخامس (بتكفل ببيان احكام المهور)
- ١١٢٠ ----- (٧٩) المهر هو ما يجعل للزوجه فى عقد زواجها
- ١١٢٠ ----- (٨٠) إذا تراضى الزوجان على مهر قليلا كان أو كثيرا
- ١١٢١ ----- (٨١) المهر مطلقا تملكه الزوجه بالعقد
- ١١٢١ ----- (٨٢) يلزم تعيين المهر بما يرفع الجهالة و لو فى الجملة
- ١١٢١ ----- (٨٣) لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه جاز
- ١١٢١ ----- (٨٤) لو وهبها المده فى المنقطع قبل الدخول كان لها النصف
- ١١٢١ ----- (٨٥) لو أبرأته من المهر قبل الدخول أو وهبته له يرجع عليها بنصفه
- ١١٢٢ ----- الفصل السادس (فى أحكام العيوب الموجبه للفسخ)
- ١١٢٢ ----- (٨٦) عقد النكاح لازم إذا وقع صحيحاً جامعاً للشرائط
- ١١٢٢ ----- (٨٧) العيوب
- ١١٢٣ ----- [٨٨] كل هذه العيوب انما توجب حق الفسخ إذا كانت مجهوله
- ١١٢٣ ----- «٨٩» شرط العنه ان لا يقدر على الوطى منها و من غيرها قبلا و دبرا
- ١١٢٣ ----- (٩٠) الفسخ ان كان قبل الدخول فلا شىء لها من المهر
- ١١٢٣ ----- «٩١» الثانى من موجبات الفسخ خيار الشرط لا شرط الخيار
- ١١٢٤ ----- الفصل السابع (فى الأولاد)
- ١١٢٤ ----- «٩٢» شروط لحوق الولد بالزوج بالدائم و المنقطع ثلاثه
- ١١٢٤ ----- «٩٣» يجب إرضاع الأم ولدها اللبأ
- ١١٢٥ ----- «٩٤» الحضانه للأم حق تربيته ولدها مده الرضاع ذكرا كان أو أنثى
- ١١٢٥ ----- المرحلة الثانيه (فيما يخص العقد الدائم من الاحكام)
- ١١٢٥ ----- «٩٥» يختص الدائم بأحكام لا تجرى فى المنقطع
- ١١٢٥ ----- اشاره
- ١١٢٥ ----- (القسم) للزوجه الدائمه مع إطلاق العقد مضاجعه ليله من اربع
- ١١٢٦ ----- (النشوز) إذا امتنع الزوج عن أداء حقوق الزوجه و هى النفقه و حق المضاجعه و المواقع
- ١١٢٦ ----- (الشقاق) و هو النشوز من الطرفين و الكراهه من الجانبين

- ١١٢٦-----«٩٦» النفقه تجب للزوجه الدائمه مطلقا
- ١١٢٧-----«٩٧» الواجب من النفقه هو ما تحتاج اليه من طعام و إدام و كسوه
- ١١٢٧-----«٩٨» نفقه الزوجه حق مالى لها
- ١١٢٧----- (٩٩) لا ولايه للزوج على زوجته فى شؤونها الخاصه
- ١١٢٨-----«١٠٠» جرت عادت الفقهاء هنا بمناسبه نفقه الزوجه ذكر من تجب على الإنسان نفقتهم
- ١١٢٨-----«١٠١» يترتب وجوب النفقه على الآباء و الأبناء حسب ترتيبهم فى القراهه
- ١١٢٩-----[١٠٢] الملك لذى روح يوجب نفقته على المالك فتجب على المولى نفقه للعبد مطلقا
- ١١٢٩----- (١٠٣) كل من وجبت النفقه عليه لزوجه أو قراهه أو مملوك ان قام بالواجب فهو
- ١١٢٩-----المرحله الثالثه (فيما يخص العقد المنقطع من الأحكام)
- ١١٢٩-----اشاره
- ١١٢٩-----«١٠٤» يختص المنقطع عن الدائم أيضا بأمر
- ١١٣٠----- (١٠٥) ذكر بعضهم انه لا يجوز العقد عليها فى أثناء المده
- ١١٣٠----- (خاتمته) (فى التنازع)
- ١١٣٠----- (١٠٦) إذا اختلفا فى الزوجيه قدم قول منكرها بيمينه
- ١١٣٠----- [١٠٧] لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته
- ١١٣١----- (تتمه)
- ١١٣٢-----الكتاب الثانى (فى الطلاق و العدد و توابعه)
- ١١٣٢-----اشاره
- ١١٣٢----- (الاولى) (فى الرجعى)
- ١١٣٢-----اشاره
- ١١٣٢----- (الأول) فى أركانه
- ١١٣٢-----اشاره
- ١١٣٣-----الفصل الأول (فى الصيغه)
- ١١٣٣----- ماده «١٠٨» الطلاق و ان كان بذاته معنى إضافيا
- ١١٣٣-----«١٠٩» يشترط فى الصيغه التنجز
- ١١٣٣-----الفصل الثانى (فى المطلق)
- ١١٣٣-----«١١١» لا يصح الطلاق الا من الزوج أو وكيله
- ١١٣٤-----«لثالث» (فى المطلقه)

- ١١٣٤ ----- (١١٢) لا يقع الطلاق إلا بالزوجه الدائمه -----
- ١١٣٥ ----- (١١٣) يشترط تعيين المطلقه -----
- ١١٣٥ ----- الفصل الرابع (في شروطه الركنيه) -----
- ١١٣٥ ----- «المقصد الثاني» (في أقسامه و احكامه) -----
- ١١٣٥ ----- «١١٥» الطلاق كما عرفت بائن- و غير بائن -----
- ١١٣٦ ----- «١١٦» إذا تجرد الرجوع عن الوطاء بان طلق و رجع -----
- ١١٣٦ ----- «١١٧» يشترط في المحلل البلوغ و الوطى قبلا -----
- ١١٣٦ ----- (١١٨) الرجعه كما تحصل بالقول تحصل بالفعل -----
- ١١٣٧ ----- «المرحله الثانيه» (في الطلاق البائن و توابعه) -----
- ١١٣٧ ----- اشاره -----
- ١١٣٧ ----- الفصل الأول (في أنواع البائن و العدد) -----
- ١١٣٧ ----- [١١٩] و هي سته، طلاق غير المدخول بها قبلا و لا دبرا و البائسه -----
- ١١٣٧ ----- [١٢٠] تجب العده شرعا بأسباب -----
- ١١٣٧ ----- (١٢١) العده في الطلاق و الفسخ بعد الوطى في مستقيمه الحيض ثلاثه أطهار -----
- ١١٣٨ ----- «١٢٢» إذا مات الزوج في أثناء عده الطلاق -----
- ١١٣٨ ----- (١٢٣) تعتد المطلقه من حين وقوع الصيغه و المتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر، -----
- ١١٣٨ ----- خاتمه الطلاق (و فيها أمران) -----
- ١١٤٠ ----- الفصل الثاني (في الخلع و المبرات) -----
- ١١٤٠ ----- اشاره -----
- ١١٤٠ ----- (١٢٤) الكراهه ان كانت من الزوج فالطلاق بيده -----
- ١١٤٠ ----- (١٢٥) صيغه الخلع ان يقول خالعتك أو خلعتك على كذا فأنت طالق -----
- ١١٤١ ----- «١٢٦» إذا تم الخلع أو المبرات فلا رجوع للزوج -----
- ١١٤١ ----- «١٢٧» إذا تنازعا في قدر الفديه أو جنسها -----
- ١١٤١ ----- الفصل الثالث (في الظهار و الإيلاء) -----
- ١١٤١ ----- اشاره -----
- ١١٤١ ----- (١٢٨) الظهار فعال من الظهر -----
- ١١٤١ ----- (١٢٩) الصيغه أن يقول لزوجته أنت أو فلانه على أو منى كظهر أمى أو أختى أو بنتى -----
- ١١٤٢ ----- (١٣٠) المظاهر يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل -----

- ١١٤٢----- (١٣١) المظاهرة يعتبر فيها شرائط المطلقة
- ١١٤٢----- «١٣٢» الشروط حضور شاهدين
- ١١٤٢----- «١٣٣» الاحكام، إذا وقع الظهار بالأوصاف المزبوره حرم عليه وطئها حتى يكفر
- ١١٤٢----- (١٣٤) كفاره الظهار كبرى مرتبه
- ١١٤٣----- «١٣٥» لا ينعقد الإيلاء إلا بالحلف بالله عز شأنه
- ١١٤٣----- (١٣٦) يعتبر في الحالف ما يعتبر في المظاهر،
- ١١٤٣----- الفصل الرابع (في اللعان)
- ١١٤٣----- «١٣٧» اللعان المباهله بين الزوجين لإزاله حد أو نفي ولد
- ١١٤٣----- (١٣٨) سبب اللعان أمران
- ١١٤٣----- (أحدهما) نسبه الزنا إلى الزوجه
- ١١٤٤----- (ثانيهما) إنكار من ولد على فراشه بالشرائط المعبره في لحوق الولد به
- ١١٤٤----- «١٣٩» لو قذفها بالزنا
- ١١٤٤----- «١٤٠» يشترط في الملاعن البلوغ و العقل
- ١١٤٤----- «١٤١» أما الكيفيه
- ١١٤٤----- (١٤٢) يترتب على تحقق اللعان بالنحو المتقدم عده احكام
- ١١٤٥----- الكتاب الثالث (في الدين)
- ١١٤٥----- اشاره
- ١١٤٥----- «١٤٣» عقد الدين هو ما ينشأ به تملك عين مضمونه بالمثل أو القيمه
- ١١٤٦----- «١٤٤» القرض على الأصح من العقود اللازمه
- ١١٤٦----- (١٤٥) يعتبر في المتداينين البلوغ و العقل و الاختيار
- ١١٤٦----- [١٤٦] يعتبر فيما يصح إقراضه كونه معلوما بالمشاهده فيما يكفى فيه ذلك
- ١١٤٦----- «١٤٧» كلما تتساوى أجزاءه في القيمه و المنفعه
- ١١٤٦----- الاحكام
- ١١٤٦----- «١٤٨» كل قرض يشترط فيه ما يجز
- ١١٤٧----- «١٤٩» لو باعه الشئ بأضعاف
- ١١٤٧----- «١٥٠» يجوز تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه بإبراء أو صلح
- ١١٤٧----- (١٥١) لو تبرع المقترض
- ١١٤٧----- (١٥٢) لا تصح قسمه الدين

- ١١٤٧ ----- «١٥٣» يصح بيع الدين المؤجل بحال على من عليه و على غيره
- ١١٤٨ ----- «١٥٤» لو فقد الدائن اجتهد المديون في طلبه
- ١١٤٨ ----- (١٥٥) قيل ان من لا يستطيع الوفاء عاده يحرم عليه الاستقراض
- ١١٤٨ ----- (١٥٦) من كانت في ذمته دراهم قرضاً أو ثمن مبيع أو مهراً أو غير ذلك فسقطت المعامله بها
- ١١٤٩ ----- الكتاب الرابع (في الوصيه)
- ١١٤٩ ----- (٢٥٧) الوصيه نوعان
- ١١٤٩ ----- «١٥٨» الوصيه العهديه إعطاء شخص سلطه بعد الموت على حقوقه الخاصه به لآخر،
- ١١٥٠ ----- (الاولى) (في الوصيه التمليكيه)
- ١١٥٠ ----- اشاره
- ١١٥٠ ----- (١٥٩) الوصيه عند المشهور عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول
- ١١٥٠ ----- (١٦٠) يكفى في الإيجاب من الموصى كلما دل على التملك بعد الموت
- ١١٥٠ ----- (١٦١) كذلك يكفى في القبول كلما دل عليه من لفظ أو فعل أو إشاره
- ١١٥١ ----- «١٦٢» يعتبر في الموصى الكمال بالعقل و البلوغ
- ١١٥١ ----- [١٦٣] يعتبر في الوصى اى الموصى له- الوجود حال الوصيه،
- ١١٥١ ----- (١٦٤) يعتبر فيه التعيين أيضا فلو أوصى لأحد الرجلين بطل
- ١١٥٢ ----- (١٦٥) يعتبر فيه الحريه أيضا
- ١١٥٢ ----- (١٦٦) لا تصح الوصيه فى المعصيه أو ما يؤدي الى الإعانه على الإثم
- ١١٥٢ ----- (١٦٧) إذا اوصى لذكور و إناث و أطلق فالتسويه
- ١١٥٢ ----- (١٦٨) يعتبر فى الموصى به كونه مملوكا له و لو بنحو الاستحقاق
- ١١٥٣ ----- «١٧٨» لا يشترط وجود الموصى به حال الوصيه
- ١١٥٣ ----- «المرحله الثانيه» (فى الوصيه العهديه)
- ١١٥٣ ----- اشاره
- ١١٥٤ ----- (١٦٩) تتحقق الوصيه هنا أيضا بكل ما دل عليها من لفظ و غيره
- ١١٥٤ ----- (١٧٠) يعتبر فى الموصى جميع ما تقدم من البلوغ و العقل و الرشد و الاختيار و الحريه
- ١١٥٤ ----- [١٧١] يعتبر فى الموصى إليه أى الوصى
- ١١٥٤ ----- (١٧٢) انما تصح الوصيه فى ثلث أمواله و حقوقه الماليه
- ١١٥٥ ----- (١٧٣) لا تنفذ وصيته الا بالثلث
- ١١٥٥ ----- [١٧٤] كما ان الوصيه برزخ بين العقد و الإيقاع كذلك هى برزخ بين الجواز و اللزوم

- ١١٥٥ ----- كل تصرف مالى منجز يخرج من مجموع المال
- ١١٥٦ ----- كذلك يخرج من مجموع التركة سواء كان قد أوصى أم لا
- ١١٥٦ ----- إذا أوصى و أطلق و انصرف الى إرادته إخراج الثلث
- ١١٥٧ ----- «١٧٨» إذا أوصى بوصايا متعددة
- ١١٥٧ ----- «١٧٩» الثلث الذى يتعين لإخراج الوصايا منه يخرج من مجموع ما يملكه الميت قبل الوصيه
- ١١٥٨ ----- «١٨١» ما يتلف من التركة قبل إخراج الثلث
- ١١٥٨ ----- «١٨٢» إذا أوصى بما زاد على الثلث و أجاز الورثه لم يكن لهم الرد بعد ذلك مطلقا
- ١١٥٨ ----- «١٨٣» لو أوصى بحرمان بعض الورثه من الإرث ولدا أو غيره لغت وصيته
- ١١٥٨ ----- «١٨٤» إذا مات الموصى له فى حياه الموصى
- ١١٥٩ ----- «١٨٥» الوصى أمين
- ١١٦٠ ----- «١٨٦» يجوز بل يجب للولى على الصغار أو القاصرين لسفه و نحوه ان يجعل وليا عليهم بعد موته
- ١١٦٠ ----- «١٨٧» عرفت ان منجزات المريض عند المشهور محاباه
- ١١٦٠ ----- «١٨٨» قد عرفت رجحان الوصيه أو وجوبها
- ١١٦٢ ----- (الكتاب الخامس) (فى الوقف)
- ١١٦٢ ----- اشاره
- ١١٦٥ ----- الفصل الأول (فى الوقف و صيغته و شروطه)
- ١١٦٥ ----- «١٨٩» المشهور اعتبار الصيغه الخاصه فى الوقف
- ١١٦٥ ----- «١٩٠» بناء على اعتبار الصيغه فلا يصح الوقف بالمعاطاه
- ١١٦٥ ----- «١٩٢» المشهور ان الوقف عقد يتوقف على الإيجاب و القبول
- ١١٦٦ ----- «١٩٢» المشهور اعتبار القربه فى صحه الوقف
- ١١٦٦ ----- «١٩٣» من شروط الوقف الركنيه الإقباض
- ١١٦٦ ----- «١٩٤» إذا أوقف على أولاده الصغار يكفى نيه القبض عنهم
- ١١٦٦ ----- «١٩٥» من شروطه الركنيه أيضا الدوام
- ١١٦٧ ----- «١٩٦» أو وقف على من ينقرض غالبا
- ١١٦٧ ----- «١٩٧» و من شروطه أيضا التنجيز
- ١١٦٧ ----- «١٩٨» ذكروا ان من شروطه إخراج نفسه من الوقف
- ١١٦٧ ----- «١٩٩» لو وقف على أولاده أو على جهه عامه
- ١١٦٨ ----- «٢٠٠» إذا عين الواقف متوليا خاصا و لو نفسه تعين

- ١١٦٨ (٢٠١) لا مانع من وقف العين من حيث بعض منافعتها دون بعض
- ١١٦٨ (٢٠٢) الوقف على الجهات العامه كالمدارس و المنازل و الفنادق للمسافرين و نحوها
- ١١٦٩ «٢٠٣» و لو اشترط في الوقف عوده اليه عند حاجته فالمشهور صحه الشرط
- ١١٦٩ الفصل الثاني (في شروط الواقف) [٢٠٤] يشترط فيه البلوغ و العقل
- ١١٦٩ الفصل الثالث (في شرائط العين الموقوفه)
- ١١٦٩ (٢٠٥) يشترط في الموقوف ان يكون مما يمكن الانتفاع
- ١١٧٠ (٢٠٦) لا يصح وقف مجهول مطلقا
- ١١٧٠ (٢٠٧) لا تضر الإشاعه في صحه الوقف إجماعا
- ١١٧٠ (٢٠٨) من شروط الموقوف ان يكون صالحا للملكيه
- ١١٧١ (٢٠٩) من شروطه أيضا إمكان الإقباض عاده لا إمكانه ذاتا
- ١١٧١ [٢١٠] يعتبر في الموقوف أيضا ان يكون مما يبقى بعنوانه زمانا يعتد به
- ١١٧١ (٢١١) يعتبر فيه أيضا ان لا يكون مما يحرم اقتناؤه
- ١١٧١ (٢١٢) يصح وقف الدراهم و الدنانير إذا أمكن الانتفاع بها منفعه محلله مع بقاء عينها
- ١١٧١ (٢١٣) يصح وقف ما لا منفعه فيه فعلا و لكنه مستعد لها
- ١١٧١ (٢١٤) يشترط في العين الموقوفه ان لا تكون متعلقه حق للغير
- ١١٧٢ الفصل الرابع (في شروط الموقوف عليه)
- ١١٧٢ (٢١٥) يعتبر ان يكون موجودا حال الوقف
- ١١٧٢ (٢١٦) لو وقف على موجود و معدوم صح في الموجود و بطل في المعدوم بمقدار حصته،
- ١١٧٢ (٢١٧) يجوز الوقف على المعدوم تبعا للموجود
- ١١٧٣ [٢١٨] (الشرط الثاني) ان يبتدأ الوقف بمن له أهليه التملك حين الوقف
- ١١٧٣ (٢١٩) «لثالث» التعيين فلا يصح الوقف على أحد الشخصين أو أحد المسجدين،
- ١١٧٣ «٢٢٠» «الرابع» ان لا يكون موقوفا عليه لصرفه في المعصيه
- ١١٧٣ «٢٢١» يجوز وقف المسلم على الكافر بعنوانه الخاص
- ١١٧٤ الفصل الخامس (في الاحكام
- ١١٧٤ اشاره
- ١١٧٤ «المقصد الأول» (في الألفاظ التي تقع في كلام الواقفين
- ١١٧٤ اشاره
- ١١٧٤ تمهيد مقدمه

- ١١٧٥ ----- من وقف على الفقراء انصرف اللفظ الى فقراء ملته (٢٢٢)
- ١١٧٦ ----- «٢٢٢» الوقف على العنوان ان كان افراده محصوره
- ١١٧٦ ----- (٢٢٤) إذا وقف على المسلمين فهو لكل من يدين بدين الإسلام
- ١١٧٧ ----- (٢٢٥) إذا وقف في سبيل الله انصرف الى جميع أنواع الخيرات و المبرات و وجوه البر
- ١١٧٧ ----- (٢٢٦) إذا وقف على أرحامه أو أقاربه دخل كل من هو من عشيرته و أسرته عرفا
- ١١٧٨ ----- «٢٢٧» لو وقف على زيد و الفقراء
- ١١٧٨ ----- (٢٢٨) لو وقف على الجيران فالأخبار في التحديد مختلفه
- ١١٧٨ ----- (٢٢٩) الوقف على المساجد و المراقد يصرف في تعميرها
- ١١٧٩ ----- «٢٣٠» إذا وقف على أولاده فإن عين ترتيبا أو تشريكا تعين
- ١١٨٠ ----- المقصد الثاني (في الاحكام)
- ١١٨٠ ----- اشاره
- ١١٨٠ ----- الفصل الأول (في المتولى)
- ١١٨٠ ----- «٢٣١» سبق ان للواقف ان يجعل التولية لنفسه مباشرة أو تسببها عند الوقف
- ١١٨٠ ----- «٢٣٢» يجوز ان يجعل التولية لائنين أو أكثر اشتراكا أو استقلالا
- ١١٨١ ----- «٢٣٣» ليس للمتولى أن يجعل متوليا في حياته و لا بعد مماته
- ١١٨١ ----- الفصل الثاني (فيما يصح للواقف شرطه)
- ١١٨١ ----- «٢٣٤» إذا شرط إدخال من يريد في الوقف فالمشهور الصحة
- ١١٨٢ ----- (٢٣٥) الوقف لا يدخله شرط الخيار
- ١١٨٢ ----- (٢٣٦) الشروط في الموقوف عليه ترجع الى عنوان الوقف
- ١١٨٢ ----- «٢٣٧» المسجديه عندنا تحرير
- ١١٨٣ ----- «٢٣٨» الأوصاف كشروط في الموقوف عليه
- ١١٨٤ ----- «٢٣٩» إذا جهل مصرف الوقف
- ١١٨٤ ----- «٢٤٠» إذا أجر المتولى الوقف لمصلحه العين الموقوفه مده طويله
- ١١٨٤ ----- الفصل الثالث (في عدم جواز بيع الوقف و صور الاستثناء)
- ١١٨٤ ----- (٢٤١) من المعلوم ان أظهر خواص الوقف و أهم احكامه عدم جواز انتقاله بوجه من الوجوه
- ١١٨٥ ----- [٢٤٢] خراب العين الموقوفه بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها
- ١١٨٦ ----- «٢٤٣» (الثاني) سقوطها عن الانتفاع المعتد به بوجه لا يرجى عوده
- ١١٨٦ ----- «٢٤٤» «الثالث» أداء بقائه إلى خرابه علما عاديا أو ظنا قريبا منه

- ١١٨٦ «٢٤٥» الرابع وقوع الخلف بين أربابه اختلافا لا يؤمن معه من تلف النفوس و الأموال مطلقا
- ١١٨٨ «٢٤٦» لا ريب ان تعميم الوقف مقدم على حقوق الموقوف عليهم
- ١١٨٨ «٢٤٧» الأعراض و المقاصد قد تحور الألفاظ و الجمل عن مداليلها
- ١١٨٩ الفصل الرابع «في قسمه الوقف و إيجاره»
- ١١٨٩ «٢٤٧» إذا كان المال مشتركا بين الوقف و الملك جاز إفراز الوقف عن الملك اتفاقا على قواعد القسمه المقرره في بابها،
- ١١٩٠ (٢٤٨) لا يجوز إيجار الوقف مده طويله يخشى عليه من تغلب الأيدي و ترتب أثر الملكيه عليه،
- ١١٩٠ الفصل الخامس «فيما يثبت به الوقف»
- ١١٩٠ (٢٤٩) يثبت الوقف بالشيع المفيد للعلم و بإقرار المالك أو ذى اليد و بالبينه الشرعيه،
- ١١٩١ (٢٥٠) لا يثبت الوقف بمجرد الكتابه على ظهر كتاب
- ١١٩١ (٢٥١) سيره الطبقات على نحو مخصوص حجه
- ١١٩١ «٢٥٢» لو ادعى الواقف بعد الوقف و الإقباض كيفيه مخصوصه أو شرطا
- ١١٩١ «٢٥٣» لو باع المتولى أو الموقوف عليهم العين الموقوفه
- ١١٩١ (٢٥٤) لو تعارضت يد الملكيه الفعلية مع ثبوت الوقف سابقا
- ١١٩٢ الفصل السادس (في الوقف المجهول)
- ١١٩٢ (٢٥٥) إذا لم يعلم الوقف على الذكور فقط أو على الأعم منهم و من الإناث
- ١١٩٣ (٢٥٦) كل شخص يشك في انه من الموقوف عليه في وقف عام أو خاص
- ١١٩٣ (٢٥٧) إذا وقف كتباً أو داراً على المشتغلين من ولده فاتفق عدم وجود مشتغل فيهم
- ١١٩٣ (٢٥٨) إذا كانت بعض الأعيان الزكويه وقفا
- ١١٩٤ الفصل السابع (في الحبس و أنواعه)
- ١١٩٤ (٢٥٩) أنواع الحبس ثلاثه. رقبى، و عمرى، و سكنى،
- ١١٩٤ (٢٦٠) يشترط في هذه الأنواع مضافا الى الشروط العامه
- ١١٩٥ الاحكام
- ١١٩٥ اشاره
- ١١٩٥ (٢٦١) إطلاق السكنى يقتضى سكناه بنفسه و من جرت عادته بالسكنى معه
- ١١٩٦ خاتمه تشتمل على ثلاث كلمات لناشر هذا الكتاب
- ١١٩٦ (الاولى) ان هذا الجزء الخامس المتضمن لما يسمونه اليوم (الأحوال الشخصيه)
- ١١٩٧ (الكلمه الثانيه)
- ١٢٠٢ «الكلمه الثالثه»

١٢٠٢ اشاره

١٢٠٢ الباب الأول مؤلفاته في علم الحكمة و الفلسفه و القصائد

١٢٠٣ (الباب الثاني) مؤلفاته في علم الفقه و الأصول.

١٢٠٨ (الخطب)

١٢١٢ تعريف مركز

شماره بازيابی : ۸۱۰۶۰-۵۱

وضعت نمايه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پديد آور : تحرير المجله، تالیف آیهاله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المکتبه المرتضویه. ۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

الجزء الأول القسم الأول

اشاره

مقدمه الكتاب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحمدك اللهم و أشكرك، و أستعين بك مصليا على نبيك و آله و صحبه الكرام، و بعد، فقد تكرر على الطلب من بعض الشباب المهذب من طلاب الحقوق ان اكتب و جيزا في الأحوال الشخصيه و المعاملات الماليه على طريقه فقه الإماميه و لما كانت (مجله العدليه) أو مجله الأحكام هي الكتاب المقرر تدريسه في معاهد الحقوق من زمن الأتراك إلى اليوم نظرت فيه فوجدته مع حسن ترتيبه و تبويبه، و غزاره مادته محتاجا الى التنقيح و التحرير، و الإشاره الى ما فيه من الزيادة و التكرير، و بيان مدارك بعض القواعد و الفروع و ذكر مبانيها حسب الفن من الأدله و الأصول، و الكتاب المزبور على ما يظهر من أسلوبه و يغلب عليه انه كتاب فقه لا تدوين قانون أو انه (فقه قانوني: أو قانون فقه) و على كل، فقد أمليت هذه الخواطر و جعلتها كتحرير لذلك الكتاب.

و الغرض المهم من ذلك. (أمران). (الأول) الشرح و التعليق عليه و حل بعض. معقداته و مشكلاته و [الثاني] بيان ما ينطبق منها على

مذهب الإماميه و ما يفترق، و عسى فى طى ذلك تستبين الموزن بين فقه سائر المذاهب الإسلاميه و فقه المذهب الجعفرى و ما فيه من غزاره الماده و سعه الينوع، و كثره الفروع، و قوه المدارك و رصانه المباني، و سمو المعانى، و مطابقه العقل و العرف فى الأكثر، و مع بعد النظر، على اننا لا نبخس حق القوم، و لكل وجهه هو موليهها. و كلا وعد الله الحسنى و كل واحد من اعلام فقهاء الإسلام قد استفرغ معه وجد و اجتهد و سعى و كل سعيه مشكور و نسئله تعالى ان يجعل مساعينا خالصه لوجهه الكريم، و ان يلهمنا الحق و يصون أقدامنا و أقدامنا من خطوات الخطأ و عثرات الخطايا، و يجعله مؤلفاً نافعاً و أثراً خالداً و أقصى ما أرجوه من المطالعين الأفاضل و الشباب المهذب ان يتجدوا عند النظر فيه من بعض العواطف لنا أم علينا حتى ينظروا إلى الأشياء كما هى و يعطوها حقها بمعيار العدل و الإنصاف من دون إسراف و لا إجحاف اللهم أنت ولى فى الدنيا و الآخرة توفنى مسلماً و ألحقنى بالصالحين

و قد جرت عادة المؤلفين فى الغالب ان يذكروا امام المقصود مقدمه تشتمل على أمور تفيد مزيد بصيره فى العلم و الكتاب و نحن بتوفيقه تعالى نذكر من باب المقدمه أموراً لعلها تنفع فى الغرض إن شاء الله (الأول) أهم شىء يلزم معرفته بادئ بدء. ان الله سبحانه لما تعلق مشيئته بإيجاد هذا النوع و هو المسمى بالبشر و قضت حكمته ان يعمر به هذه الكره التى تسمى بالأرض و يمهد له فيها وسائل الرقى باختياره الى مدارج القدس و معارج السعاده فى أولاه و أخراه لذلك أودع فيه غرائز و أوضاع، و فطره على سجايا و طباع، قمينه له بالغرض الذى خلق من اجله- فجعل فيه الشهوه و الغضب و ما يتشعب منهما من الحرص و الطمع و الطموح و التعالى و ما الى ذلك مما لسنا بعدد إحصائه، و لكن لما كان من لوازم تلك الشناشن التغالب و التكالب، و التشاحن و التطاحن، و سعى بعض فى هلاك بعض و حب الأثره و الإمره، و كان إرخاء العنان لتلك الغرائز و تركها على رسلها مما يعود بنقض الغرض من خلق الإنسان- لا- جرم احتاجت القوتان إلى قوه اخرى تكبح طغيانها، و تمسك عنانها، و تعدل أوزانها، فنفس فيه من روحه (القوه العاقله) لتكون هى المسيطره على جماح تلك القوتين الجبارتين، و لما كانت قوه العقل البشرى نوعاً محدوده، و حظيره إدراكاته ضيقه، و كثيراً ما تكون فى كثير من البشر ضعيفه، و ما أكثر ما تتغلب واحده من تينك القوتين على القوه العاقله فيصبح العقل أسير الهوى و العاطفه- فكان من الضرورى فى العناية الأزليه مناصره العقل بمساعد و قائد برفده فى

مهمتين (الاولى) تعريفه مالا يصل إدراكه إليه من مقادير الخير و الشر، و مقاييس السعاده و الشقاء (الثانيه) موازته على عامليه، إذا تمردا عليه، و هما الشهوه و الغضب- الهوى و العاطفه فكان ذلك القائد و المساعد للعقل هم الأنبياء و الرسل الذين جاءوا بالشرائع الإلهيه و أسباب سعاده البشر فى الحياتين، و كانت عنايه الشريعه الإسلاميه بالأخص من بين سائر الشرائع السماويه قد اهتمت أشد الاهتمام بسن القوانين و الاحكام و حفظ هذه الحياه حتى جعلتها فى كفه الحياه الأخرى بل أرجح منها فقالت (من لا معاش له لا معاد له) و قالت: ليس خيركم من ترك دنياه لآخرته و لا من ترك آخرته لدنياه بل خيركم من أخذ حظا من هذه و حظا من هذه، و اعمل لدنياك .. و اعمل لآخرتك .. و فوق ذلك كله قوله تعالى وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَ لَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا.

و فاقت على الشريعتين قبلها فقالت: رهبانيه ابتدعوها. و لا رهبانيه فى الإسلام، و على الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر، و ما عتم اليتيم الأُمى صاحب الشريعه الإسلاميه أن أصبح مؤسس شريعه، و مشرع قوانين، و مجدد دين، و محيى امه، و منفذ احكام، و قاضى خصام، و رافع رايات و اعلام، و قائد جيوش، و محطم عروش و امام محراب، و شاهر حراب، و مروج تجاره، و معلم زراعه و صناعه، الى غير ذلك من مقومات الحياه المشتركه، و المنافع المتكافئه، و السعاده التى تنتظم الحياتين، و تضمن الفوز فى النشاطين

□
كل ذلك ليعرف البشر ارتباط هذه الحياه بالأخرى و ان السعاده هناك من هاهنا ثم لما كان من قضاء الله الأزلى و قدره المحتوم ان لإقرار لأحد فى هذه الدار و انها جسر و قنطره إلى الدار الأخرى فمات الأنبياء و هلك الحكماء و غاب الأولياء و السفراء، و لكن الله سبحانه حتى لا يموت، و حكمته فى خليفته لا تعطل، و لما أزمع خاتم الأنبياء عليّ الرحيل الى حوار ربه لم يترك أمته سدى، و لم يدع الخلائق هملا، و لم تبطل بموته حجج الله و بيناته، و براهينه و آياته (فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ) بل ترك فيهم كتاب الله و سنته يستنبط منها العلماء احكام الوقائع المتجدده، و القضايا الحادته، و هؤلاء العلماء هم المجتهدون، و إذا كانوا من أهل الورع و الصلاح و حصلت لهم ملكه الاستنباط و استفراغ الوسع فى الاستخراج فهم ورثه الأنبياء و مراجع الأمه، و خلفاء الأئمه، و مصابيح الهدى (و فى الحديث) (مجارى الأمور بأيدي العلماء) و مدادهم أفضل من دماء الشهداء و من هنا نعرف ان الاجتهاد باب رحمه على العباد، و ما زال باب الاجتهاد مفتوحا عند الإماميه من عهد صاحب الرساله إلى اليوم و لكن هذه القضيه بيننا و بين إخواننا المسلمين من بقيه المذاهب قد تورطت بين تفريط و إفراط (فالإماميه) فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه حتى ادى ذلك الى الفوضى المضرة و صار يدعيه، حتى من لا يصح ان

يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه، وبقية المسلمين قد سدوا باب الاجتهاد بتاتا و اقتصروا على المذاهب الأربعة، و قد ضاع الاعتدال و الوسط في هذه الناحية كما ضاع في غيرها، و لا حول و لا قوه.

(الثانى) ان مدار العقود و المعاملات على الأموال و ليس للمال حقيقه عينيه خارجيه كسائر الأعيان تتمحض في المالىه تمحض سائر الأنواع في حقائقها النوعيه، و انما هو حقيقه اعتباريه ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجيه التى تتقوم بها معاشهم و تسد بها حاجاتهم الضروريه و الكماليه فمثلا الحبوب و الأطمعه مال لان البشر محتاج إليها فى اقواته و حياته و هكذا كل ما كان مثل ذا من حاجات الملابس و المساكن و نحوها قد انتزع العقلاء منها معنى و صفيا عرضيا يعبر عنه بالمال و هو من المعقولات الثانويه باصطلاح الحكيم، و لما كان مدنيه الإنسان لا تتم إلا بالحياه المشتركه و هى تحتاج الى المقابضه و التبادل فى الأعيان و المنافع و كان التقابض بتلك الأعيان و هى العروض مما لا- ينضبط أرادوا جعل معيار يرجع إليه فى المعاملات و يكون هو المرجع الأعلى و الوحده المقياسيه فاختاروا الذهب و الفضة و ضربت سكه السلطان عليهما لمزيد الاعتبار فى ان يكون عليهما المدار فماليتهما أمر اعتبارى محض لا فرق بينهما و بين سائر المعادن و غيرها من حيث الذات و الحقيقه، و لذا فى هذه العصور حاول بعض الدول قلب الاعتبار الى الورق و لكن مع الاعتماد عليهما و مهما يكن الأمر، فإن المال لما كانت حقيقته تقوم على الاعتبار فكما اعتبروا الأجناس الخارجيه مالا فكذلك اعتبروا ذمه الرجل العاقل

الرشيد مالا و لكن مع الالتزام و التعهد فإذا التزم لك الثقة الأمين بمال في ذمته وثقت به و جعلته كمال في يدك أو صندوقك و كذا العقلاء يعتبرون ان لك مالا عنده اما من لا عهده له و لا ذمه كالسفيه و المجنون و الصغير بل و السفله من الناس الذين لا قيمة لأنفسهم عندهم الذي يعدك و يخلف و يحدثك فيكذب، و يلتزم لك و لا يفى بالتزامه فهؤلاء لا ذمه لهم و لا شرف و التزامهم عند العقلاء هباء و لا- يتكون من التزامهم عند العرف مال: فالمال إذا نوعان خارجي عيني و هو النقود و العروض و اعتباري فرضي، و هو ما في الذمم اعنى الالتزام و العهده و الالتزام تأثيره لا ينحصر بالمال بل يتمطى و يتسع حتى يحتضن جميع العقود بل و كافة الإيقاعات: الا ترى ان البيع إذا صهره التمحيص لم تجد خلاصته الا تعهداً و التزاما بان يكون مالك للمشتري عوض ماله الذي التزم انه لك فيترتب على هذا الالتزام مبادله في المالين بانتقال مال كل واحد إلى الآخر و بتحقق النقل و الانتقال كأثر لذلك الالتزام و هكذا الإجاره و الجعالة بل و الإيقاع كالعق و الإبراء بل و النكاح و الطلاق كلها تعهدات و التزامات و إبرام و نقض و حل و عقد تبناني عقلاء البشر من جميع الأمم و العناصر على اتباعها و العمل بها كقوانين لازمه. و دساتير حاسمه. يسقط عن درجه الإنسانيه من لا يلتزم بها في كل عرف و لغه ثم لما انبثق نور الإسلام بشريعتة الغراء أكدت و أبدت تلك الوضعية الحكيمه و القاعده القويمه و أقرت العرف على معاملاتهم و ألزمتهم بتعهداتهم و التزاماتهم بعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و نظائرها الا

ما ورد النهى عنه بالخصوص كبيع الربا و بيع الضرر و أمثاله. فإن أطلقت العقد لزمك الاحتفاظ بالتزامك أبداً و ان جعلت لك خياراً أو جعله الشارع لك جاز لك نقضه إذا شئت. و حيث عرفت ان العقود ليست سوى التزامات يستبين لك انها تحقيقاً ليست سوى نسب و إضافات ضروره ان الالتزام معنى يتقوم بملتزم و ملتزم له و ملزم به مثلا- البائع و المشتري و البيع أى المعاوضه و المبادله و ما يقارب ذلك و مفاهيم هذه العناوين اعنى بيع. معاوضه. مبادله. أيضا معانى نسبيه اضافيه تتقوم بطرفين عوض و معوض ثمن و مثن. و هذان هما الركنان فى عقود المعاوضات لا البائع و المشتري بخلافه فى عقود المناكحات فان الأركان هناك هو الزوج و الزوجه لا- المهر و توابعه إذاً فركان العقد فى الأموال مطلقا ثلاثة- الصيغه الداله على الالتزام بالمعامله و العوضان و هما الثمن و المثن و فى الزواج- الصيغه. و الزواج. و الزوجه. و يعتبر فى كل واحد من الأركان فى المقامين شروط و أوصاف لو اختل واحد منها بطل العقد. اما لو اختل شرط فى غير الأركان و كانت الأركان بشروطها حاصله لم يبطل العقد و لكن يحدث فيه خيار تخلف الشرط. و ينقلب من اللزوم الى الجواز و يكشف ذلك عن وقوعه جائزاً. فالأصل فى الالتزامات الزوم الا ان يجعل الشارع أو المتعاقدان أو أحدهما فيه حق الفسخ فيكون جائزاً بالعرض أو يكون بحسب أصل جعله عند العقلاء غير لازم و مبيناً على الجواز.

و أقصى مبالغ التحقيق ان المالك حين يخرج ماله عن ملكه تاره بقطع كل

علاقته منه و يجعل كل سلطته له على المال لغيره و اخرى يخرجه و يترك له ناحيه من تلك السلطته الواسعه و هي حق استرداده أو حق فسخ العقد الذى وقع عليه و يكون أثره رجوع المال الى مالكة الأول على اختلاف القولين أو الاحتمالين فى حقيقه الفسخ، ثم ان بقاء هذه العلقه فى المال تاره بجعله أو جعل الشارع كما عرفت و اخرى تكون من خصوصيات ذات العقد و ذلك كما فى العقود الجائزه بطباعها كالهبة و العارويه و الوديعة و أمثالها و أكثر ما يكون ذلك فى العقود التبرعيه فالهبة مثلا من طبيعتها الجواز الا ان يعرض عليها ما يوجب لزومها مثل كونها معوضه أو لذى رحم عكس البيع الذى من طبيعته اللزوم الا ان يعرض عليه ما يوجب جوازه و كذا العارويه من طبعها الجواز و الرجوع بها متى شاء الا ان يلزمها الشرط كما ان من طبيعتها عدم الضمان الا ان تكون عارويه ذهب أو فضه و هذه الخصوصيات و الكيفيات اعتبرها الشارع و قيد بها تلك العقود العرفيه و ضبطها بتلك الحدود نظرا للمصالح العام حسب علمه و إحاطته فى الحقوق المشتركه و النظام الأتم.

و نحن حيث نتكلم فى أحكام العقود و المعاملات ننظرها من جهتين وجهتها العرفيه و وجهتها الشرعيه. فنأخذ بالاعتبارات العرفيه بوجه عام ثم نعقبه بالنظر فى الأدله الشرعيه و مالها من التصرف الخاص من منع بات أو اعتبار بعض القيود و الخصوصيات فنتبعه ان كان و الا فالعمومات تلزمنا بما عليه العرف العام فى معاملاتهم و عسى أن يأتى شىء من شواهد ذلك إن شاء الله

(الثالث) يعرف الفقه بأنه معرفه الاحكام الشرعيه الفرعيه عن أدلتها التفصيليه: وهذا التعريف سواء كان سالما من النقد أو غير سالم فهو يعطى صورته إجماليه يتميز بها هذا العلم عن غيره من العلوم. و المراد بالمكلف هو البالغ العاقل القادر. و الأدله هي القواعد الممهده لتحصيل معرفه الحكم الإلهي الشرعي من الكتاب و السنه و الإجماع و العقل و الأحكام الشرعيه هي ما بلغه الرسول عن الله من القضايا المتعلقة باعمال المكلفين وضعا أو تكليفا. و الأحكام التكليفيه هي الخمسه المشوره التي يجمعها الاقتضاء و التخيير و الحكم الوضعي هو السبب و الشرط و المقتضى و المانع و الصحه و الفساد و البطالان و العله التامه و الاختلاف بين السبب و الشرط و بينه و بين المقتضى بالاعتبار و على كل فالأحكام الشرعيه هي التي شرعها سبحانه على لسان رسوله الظاهري و الباطني لحفظ نظام الهيئه الاجتماعيه للبشر و علاقتهم به جل شأنه أو علاقه بعضهم ببعض فهي إذاً لا تخلو اما ان تكون متعلقه بعمل يكون تمام الغرض منه صله العبد بربه و نفسه. أو صلته بأبناء جنسه. (الأول) هو العبادات كالصلاه و أخواتها (و الثاني) ما يكون أهم الغرض منه ضبط النواميس و أهمها ثلاثه. النفوس. و الاعراض. و الأموال. فما تعلق بالمال من حيث كسبه و تحصيله لا- يخلو اما ان يكون بقول أو عمل. و الأول اما ان يكون متقوما بطرفين أو بطرف واحد. و الأول و هو العقود اما ان يكون مقابله مال بمال فهي عقود المعاوضات: و اما ان يكون المال من طرف واحد فهي عقود الارتفاق و المجانيات كالهبه و الصدقات و أمثالها. أما الذي

يتقوم بطرف واحد فهو الاسقاط و الإبراء و التعهدات الابتدائية. اما مالا يحتاج الى القول من أنواع الكسب فهو العمل و هو اما ان يكون اختيارياً أو قهرياً. فالأول كالحيازه و الاصطياد و احياء الموات و أمثالها (و الثاني) كالإيرث و الوصيه بناء على ما هو الأصح من عدم حاجتها الى القبول و منه الوقف على البطون بل و الزكوات و الأخماس و النذور فان جميع هذه الأنواع أسباب للملك القهرى من غير قول و لا عمل و اما ما يتعلق بالاعراض فهو النكاح الذى شرع لحفظ النسل و تكوين الأسر و العائلات الذى به عماره الدنيا و حفظ النوع البشرى و يتبعه أنواع الفرقة و الطلاق و الظهار و نظائرها و اما ما يتعلق بالنفوس فقد يكون فك نفس كالعق و أخواته و قد يكون تدارك نفس كالديات و القصاص و الحدود. و ما كانت كل هذه الوسائل يستدعى المعاشره و المعاشره قد تفضى إلى المعاشره و هى تفضى إلى الخصومه لذلك جعل الشارع الحكومه و القضاء ليكون لها القول الفصل و القضاء الحاسم للخصومات فهذه جمله أبواب الفقه الذى يبحث فيه عن كل واحد من تلك العناوين و عن أحكامها و أدلتها و فروعها و قد جمعوها على الجملة فى أربعة (عبادات) و هى ما يكون الغرض المهم منها الطاعه و الامتثال و النفع الآخروى و (معاملات) و هى ما يكون الغرض المهم منها المال و تتوقف على طرفين و (إيقاعات) و هى نسب و إضافات يكفى فى تحقيقها طرف واحد و (احكام) و هى حدود و عقوبات و كل ذلك تقريبات يقصد منها الإشاره الإجماليه و بيان الوسائل

و الغايات و نقول فى بيان أوسع و اجمع ان الملحوظ فى الفقه هو النواميس المقدسه و الشارع المقدس بحكمته الواسعه شرع العبادات تنويراً للقلوب و تربيه للأرواح. و تهدياً للأخلاق، و أخذاً بهذا النوع البشرى من حضيض البهيميه الى كمال الإنسانيه و الملكيه، و ربط المعاملات بالعقود حفظاً للوئام و ضبطاً للنظام.

و جعل القصاص و الديات احتفاظاً بالنفوس، و بالجهاد و قتل المرتد حفظ الدين. و بتحريم المسكرات و حد شاربها حفظ العقل، و بتحريم الزنا و أخويه الخيئين حفظ الأنساب و بتحريم الغصب و السرقة و قطع يد السارق حفظ الأموال و بتحريم الغيبه و البهتان و القذف و الحد عليه حفظ الاعراض، و بجعل منصب القضاء قطع التشاجر و الخصومات هذه فذلكه مهمات شريعه الدين الإسلامى و احكامه و فلسفه تشريعها و أنموذج إسرارها فهل تجد ديناً أوسع و اجمع و ارضن و أتقن من هذا (الرابع) من الأمور، لن جميع مدارك الاحكام و أدلتها ترجع الى قواعد و قوانين عامه بها يستنبط الحكم من الكتاب و السنه و تابعيهما العقل و الإجماع. و الأدله عندنا معشر الإماميه تنحصر بهذه الأربعه. اما غيرنا من فقهاء الإسلام فقد يدخلون الظن و القياس و الاستحسان مما ورد المنع الشديد فى اخبار أئمتنا سلام الله عليهم عن الميل اليه فضلاً عن الاعتماد عليه (و الغرض) ان العمده فى استخراج الحكم و استنباطه من الأدله هى

تلك القواعد العامه و هي كثيره ذكرت المجله منها مائه ماده سيتضح لك فيما بعد تنقيح القول، و قد أفرد القواعد العامه بالتأليف جماعه من علمائنا الاعلام، و المطبوع المتداول منها (أربعه) (الأول) (عناوين) المير فتاح المراغى و هو نفيس فى بابيه جمع فيه كثيراً من القواعد الفقيهيه و الأصوليه و أكثر من تقريرات درسيه أستاديه جدنا موسى بن جعفر كاشف الغطاء و أخيه على بن جعفر (الثانى) [العوائد] لمعاصره الملا مهدي النراقى رحمه الله و هو دون الأول فى الإتقان [الثالث] (تمهيد القواعد) للشهيد الثانى قدس سره (الرابع) (القواعد) للشهيد الأول رضوان الله عليه و هو أتقن الجميع، و على غزاره ماده هذه المؤلفات قد بقى كثير من القواعد العامه لم يتعرض لها و توجد جمهرتها فى كتب الأصحاب متفرقه فى أبواب الفقه، و على كل، فنحن نشرع بتوفيقه تعالى بذكر مواد المجله و بيان ما عندنا من تفسير أو ملاحظه ثم نعقبها بذكر ما يحضرننا من القواعد العامه الكليه التى اعتمد عليها أصحابنا قدست أسرارهم جميعاً منها ما تيسر و حظر

[مائه مادّه]

(ماده ٢) الأمور بمقاصدها

هذا مأخوذ من الحديث النبوى المشهور: إنما الأعمال بالنيات.

و لكل امرء ما نوى. و لكن مورد هذه الأحاديث فى غير العقود و المعاملات من العبادات و العادات مثلا الإحسان إلى شخص ان كان النية و القصد منه التقرب إليه فالأجر عليه و ان كان القصد التقرب الى الله فاجره على الله و هو أول حديث فى صحيح البخارى: إنما الأعمال بالنيات و ان لكل امرء ما نوى فمن كانت هجرته الى دنيا يصيبها أو الى امرأه ينكحها فهجرته الى ما هاجر إليه الى آخره، و الغرض من هذه الأحاديث بيان وجه القصد لا بيان اعتبار القصد و لزومه إذ هو ضرورى من العقلاء و يستحيل صدور عمل من العاقل الغير الغافل بغير قصد

(ماده ٣) العبره فى العقود للمقاصد والمعانى: لا للألفاظ والمباني.

اعتبار القصد فى العقود مما لا شك فيه و لا ريب بمعنى ان العقد إذا خلى من قصد فهو لغو بل كل كلام كذلك و لكن اناطه المدار فى العقد على القصد وحده دون اللفظ غير صحيح كيف و قد ورد فى السنه الصحيحه (انما يحرم الكلام و يحرم الكلام) بل لا- يتحقق العقد الا- باللفظ الخاص و لكن مع القصد فالقاعده الصحيحه هنا هى ما عبر عنها فقهاؤنا بقولهم: العقود تابعه للقصد يريدون ان كل معامله كالبيع و الإجاره و الرهن لها ألفاظ تخصصها بحسب الوضع و الشرع يعبر عنها بالعقد و لكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد الا بقصد معناه من لفظه فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر كما أو قصد من البيع الإجاره أو من الإجاره البيع و لو مجازاً كان باطلاً لا ان المدار على القصد وحده دون اللفظ كما فى ماده المتن اما المثال الذى ذكره و سماه بيع الوفا و يسمى عند الإماميه بيع الخيار فهو عند فقهاؤنا أجمع بيع حقيقه و لا يجرى عليه شىء من احكام الرهن و سيأتى تحقيق ذلك فى محله إن شاء الله

(ماده ٤ و ٥ و ٦) هذه القواعد الثلاث كلها ترجع إلى أصل واحد و هى الاستصحاب

و وجوب إبقاء ما كان على ما كان المأخوذ من أحاديث لا تنقض اليقين بالشك و بناء العقلاء على عدم رفع اليد عن الأمر الذى كان متيقنا بعروض الشك فيه و يمكن ان يرجع إليها أيضا أصل براءه الذمه المذكوره فى (الماده ٨) بل و إليها يرجع أيضا ما فى (الماده ٩) بل و (الماده ١٠) بل و (١١) فان مرجع الجميع الى

الاستصحاب و قوله: الأصل اضافه الحادث إلى أقرب أوقاته هي القاعده المعروفه عندنا بأصالة تأخر الحادث مثلا إذا شككنا ان زيدا مات فى هذه السنه فيرث أباه الذى قد مات فى السنه التى قبلها أو مات قبل سنتين فلا يرث نحكم باستحقاقه الإرث لأصالة تأخر الحادث و مرجع ذلك الى الاستصحاب و عدم رفع اليد عن اليقين بالشك فيه لان اليقين لا- ينقض الا- بيقين مثله (و القصارى) ان المتن ذكر سبع مواد و كلها ترجع إلى قاعده واحده كان يجب الاكتفاء بها عن الجميع و لو لم تستند تلك المواد الى الاستصحاب المدلول على حجيته فى علم الأصول بالعقل و النقل لم يكن وجه للاستناد إليها و الاعتماد عليها فذكر الاستصحاب يغنى عن ذكرها

أما (الماده ٧) الضرر لا يكون قديما

فيظهر انها كالتقييد أو التخصيص لما قبلها فإنه لما قال القديم على قدمه قال الا الضرر فإنه لا يترك و حينئذ تكون هذه ماده هي [ماده ٢٠] الضرر يزال فإنها تعم الضرر القديم و الحادث (و ماده ٣١) الضرر يدفع بقدر الإمكان فهذه ثلاث مواد تغنى عنها واحده

أما [الماده ٨] و هو أصل البراءه

فهو أصل أصيل مستقل و يبنى عليه كثير من الفروع الفقهييه و هو و ان كان يتداخل مع الاستصحاب فى كثير من موارد و لكن جهه النظر فى كل واحد تختلف عن الآخر فان حكم العقل بوجوب دفع الضرر المحتمل يقضى بلزوم الامتثال عند احتمال التكليف فيتجه البحث فى ان قاعده

قبح العقاب بلا بيان و أمثالها مما دل على البراءة عقلا و شرعا هل تقتضى الأمن من ضرر العقوبه أم لا فى أبحاث ضافيه مبسوطه فى محلها من فن الأصول. أما ما ذكره فى المتن من الإلتلاف و الاختلاف فى المقدار فاستصحاب براءة الذمه يغنى عن أصل البراءة بل هو مقدم عليه كما حقق فى محله و عند أهله

(ماده ١٢) الأصل فى الكلام الحقيقه.

هذا الأصل ركن من أركان المباحث الأصوليه و يعبرون عنه بأصالة الحقيقه تاره و أصاله عدم القرينه أخرى و إذا كانت فى العام يعبر عنها بأصالة العموم و أصاله عدم التخصيص فإذا وردت كلمه فى كلام و احتملنا ان المتكلم أراد غير معناها الحقيقى تجوزا و لا- قرينه ظاهراً نقول انه أراد المعنى الحقيقى لأصالة الحقيقه و لو ادعى بعد ذلك أراد غيرها لم يقبل منه فلو اعترف مثلا- انه قتل زيدا ثم قال أردت قتله الأدبى لم يسقط عنه القصاص أو الديه إلا أن تكون هناك قرينه حال أو مقال و الى هذه القاعده تعود

(الماده ١٣) لا عبره بالدلاله فى مقابله التصريح

فان المعنى الصحيح الذى ينبغى ان تحمل هذه الماده عليه هو القاعد المعروفه عند الأصوليين من ان النص مقدم على الظاهر سواء كانت الدلاله من مقال كما فى قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً مع قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَ يَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ أو من حال كما لو وهبه عينا فان فيه دلالة على الاذن بالقبض لكن لو منعه عن القبض سقطت تلك الدلاله و مرجع كل ذلك الى بناء العقلاء على الأخذ بالظاهر و تقديم

الأظهر فالأظهر حتى ينتهى إلى النص الذى لا- يحتمل فيه الخلاف فمن تكلم بكلام له ظهور بالوضع أو بالقرينه و ادعى اراده خلافه لم يقبل منه بل يؤخذ بظاهر لفظه الذى هو الطريق العقلانى للكشف عن إرادته و قصده و الى ذلك يرجع

(الماده ١٤) لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص

فان مثل قوله ع البيعان بالخيار ما لم يفترقا ظاهر بل نص فيما ذهبت إليه الإماميه من ثبوت الخيار بعد الإيجاب و القبول حتى يفترق المتبايعان و هو الذى يسمونه خيار المجلس و وافقهم الشافعيه على ذلك فقول الحنفيه ان المراد تفرقهما فى الكلام فإذا فرغا من الكلام و تم الإيجاب و القبول فلا خيار و بذلك أنكروا خيار المجلس و هو كما ترى عين الاجتهاد فى مقابله النص و بالجمله فهذه القواعد الثلاث ترجع إلى قاعده واحده و هى تقديم النص على الظاهر و الأظهر على الظاهر

(ماده ١٥) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

القياس بجميع أنواعه لا عبره به عندنا معشر الإماميه أصلاً فلو ثبت عندنا بالدليل حكم لموضوع موافقا للقياس أم مخالفاً فالحكم يقتصر به على موضوعه و لا يتعدى الى غيره سواء عرفت عله الحكم أو لم تعرف و سواء كانت ظنيه أو قطعيه نعم لو كانت العله منصوصه كما لو قال حرمت الخمر لإسكارها أمكن عند بعضهم تسريه الحرمة الى غير الخمر من المسكرات و ان لم يسم خمرأ اما من يقول بالعمل بالقياس و حجيته فلا ريب انه لو ثبت عندهم حكم فى مورد على خلاف القياس لدليل فإنه يقتصر على

مورده و ما عداه يبقى على حكم القياس و نظير هذا عندنا ما لو ثبت حكم على خلاف القاعده فإنه يقتصر فيه على دليله و يرجع فى أمثاله إلى حكم القاعده مثلا ثبوت الشفعه حكم مخالف لقاعده السلطنه فيقتصر فيه على مورده و هو عدم تعدد الشركاء فلو تعددوا فلا شفعه و هكذا كثير من هذا القبيل

(ماده ١٦) الاجتهاد لا ينقض بمثله:

ينبغى ان يكون المراد بهذه القاعده ان اجتهاد مجتهد لا ينقضه اجتهاد مجتهد آخر فلو ادى اجتهاد مجتهد الى ثبوت الدعوى بشاهد مع يمين المدعى مطلقا أو فى خصوص الأموال و حكم لشخص بمال على هذا الرأى و رفعت الدعوى لمجتهد آخر لا يرى ذلك فليس له نقض ذلك لأنه مخالف لاجتهاده اما غير المجتهدين فهم مخيرون فى العمل بين الأخذ برأى هذا أو ذاك تخييراً فى الحدوث أو الاستداه على القولين اما المجتهد نفسه فلا إشكال انه إذا تبدل اجتهاده فإنه ينقض اجتهاده السابق باللاحق و لكن بالنسبه إلى الحوادث المتجدده اما الغابره فإنها تمضى على اجتهاده الأول و لا ينقضها إلا إذا تبين عنده فساد اجتهاده الأول كما لو عثر على دليل قصر فى الفحص عنه فأفتى بخلافه فإنه ينكشف فى الحقيقه عدم الاجتهاد لإفساده فليتدبر و الخلاصه ان الاجتهاد قد ينقض بالاجتهاد و قد لا ينقض

(ماده ١٧) المشقه تجلب التيسير

هذه ماده هي عين ماده التي بعدها كلاهما يرجعان إلى قاعده

في العسر والجرح المدلول عليها بقوله تعالى ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ وَيُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾- مثل ان الله سبحانه أوجب في الوضوء غسل البشرة فإذا كان على بعض أعضاء الوضوء جبيره يعسر نزاعها جاز المسح على الجبيره عوض غسل البشرة بقاعده نفى العسر، و مثل قبول شهاده النساء في النسب و الولاده لأن الاقتصار على شهاده الرجال في أمثال ذلك يوجب العسر و الحرج، و قبول شهاده أهل الخبره في بعض الموضوعات و ان لم يكونوا عدولاً بل و لا مسلمين و ليس من هذا الباب أصلاً القرض و الحواله و الحجر، نعم لعل حكمه تشريع بعضها كالقرض و الحواله هو التسهيل و رفع العسر و الحرج فما ذكره في المتن و زاده بعض الشراح من الأمثله كلها خارجه عن القاعده كما يظهر بأدنى تدبر

(ماده ١٩) لا ضرر و لا ضرار.

هذه من القواعد المحكمه و الأساسيه في شريعته الإسلام و هي نظير أختها قاعده رفع الحرج حيث ان الحكمه منهما معا هو التسهيل على العباد في التشريع ليصح قوله (ع) جئتكم بالشريعة السهلة البيضاء و قد ذكروا ان هذه الكلمه من جوامع الكلم و هي إحدى معجزات بلاغته صلوات الله عليه و قد أفرد لشرحها جماعه من اعلام علمائنا رسائل خاصه بها و موجز القول فيها انها دلت على حرمة الضرر، و حرمة مقابله الضرر بالضرر، و وجوب تدارك الضرر، تقول مثلاً لا تضر غيرك بإتلاف ماله، و لا تقابله بالضرر لو أتلف مالك، و لكن يجب عليه تدارك

الضرر، و دلت على معنى أوسع و أعظم بركه و نفعاً من ذلك و هو ان كل حكم فى الشرع وضعى أو تكليفى يوجب ضرراً على الشخص أو النوع فهو مرفوع فى الإسلام مثلا الوضوء واجب للصلاه و لكن إذا استلزم الوضوء ضرراً على شخص لمرض و غيره فهو مرفوع و هكذا إذا كان لزوم البيع مع وجود العيب فى الثمن يستلزم ضرراً على النوع فلزومه مرفوع و يكون العقد جائزاً و خيارياً و لعل منها الخيار إذا ظهر العيب فيما انتقل اليه و قد ظهر لك مما ذكرنا ان ماده ٢٠ ترجع إليها بل هى إحدى مداليلها و فوائدها مثلا قاعده السلطنه تقتضى ان له ان يبنى تنوراً فى سطح داره و لكن إذا كان ذلك يوجب ضرراً على جاره فالضرر يزال بقاعده لا ضرر فى الإسلام و كذا لو سد عليه منافذ الهواء و النور، و منه جبر المديون على دفع دينه و إذا امتنع فللحاكم ان يبيع بعض أمواله لأداء دينه و كثير من الفروع فى الفقه تبنى على هذه القاعده و علم أيضاً ان ماده (٢٥ الضرر لا يزال بمثله) من مدلولات هذه القاعده أيضاً أعنى قاعده لا ضرر و هى الأصل و الدعامه و هذه القواعد متفرعه و مبتنيه عليها و لا وجه لعددها قواعد فى عددها فلا يجوز قسمه الطاحونه إذا كان فى الشركه ضرر على أحد الشركاء و كان فى القسمه ضرر على الآخر لان الضرر كما قدمنا لا يدفع بالضرر و كذا لا يجوز رد المعيب السابق بعد حدوث عيب آخر عند المشتري و رعايه المشتري ليس بأولى من رعايه البائع و الجميع يرجع الى الأصل (قاعده الضرر) و انه لا يجوز مقابله الضرر بالضرر فتدبر و لعل إليها

يرجع أيضاً

(مادة ٢١) الضرورات تبيح المحذورات

المستفاده من أمثال قوله ع ما من شىء حرمه الله الا وقد أحله لمن اضطر اليه و الأصل فيه قوله تعالى **إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** و **فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاطِلٍ** فإذا كان بقاء حرمه مال الغير أو حرمه أكل الميتة فيه ضرر من تلف نفس محترمه أو حيوان يموت من الجوع أو العطش فإن الحرمه ترتفع و يجوز تناول طعام الغير أو الميتة أو شرب ماء الغير بغير اذنه غايته انه يجب الضمان و كل ذلك من لوازم رفع كل ما يوجب الضرر كما عرفت، و إليها يرجع أيضاً

(مادة ٢٢) الضروره تقدر بقدرها

و ضابط الضرورات المبيحه هي كلما يتوقف عليه حفظ نفس محترمه أو مال محترم هو أكثر من المال المتناول بما يعتد به عرفاً و ان لم يضر بحاله إلى قاعده الضرر يرجع أيضاً (مادة ٣١) الضرر يدفع بقدر الإمكان بل و (مادة ٣٢ و ٣٣)

[و مادة ٢٣) ما جاز بعذر بطل بزواله

هذه المادة لا ترجع عندنا إلى أصل تعتمد عليه و تستند اليه الا قضيه ان الحكم تابع لموضوعه أو ان الضروره تقدر بقدرها فإذا حكمنا بقبول إشاره الأخرس ثم زال خرسه زال الحكم و هو قبول إشاره الأخرس لزوال الموضوع و هو الأخرس و هكذا إذا حدث عيب فى المبيع قبل القبض و كان للمشتري خيار ثم ارتفع العيب و اقبضه صحيحاً فإنه يزول خياره بزوال سببه على الأصح و الخلاصه ان هذه المادة ليست متاصله و لا بد من رجوعها إلى إحدى القواعد المتقدمه أو الآتيه بل و مثلها ما فى (مادة ٢٤) إذا زال المانع بطل الممنوع، مثلاً إذا كان

المرض مانعاً من الوضوء فإذا زال المرض عاد الممنوع وهو وجوب الوضوء وإذا كان العيب الحادث عند المشتري مانعاً من الرد بالعيب القديم فإذا زال العيب الحادث وبقي القديم عاد الممنوع وهو جواز الرد بالعيب القديم وكل هذا راجع الى قضيه الموضوع والحكم أو ان الضروره تقدر بقدرها على اختلاف الاعتبارات فأحسن التدبر

(ماده ٢٦) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

و هي عين ماده ٢٧ الضرر الأشد يزال بالأخف و كلاهما من فروع قاعده نفي الضرر العامه فإن مقتضى نفي طبيعه الضرر على الإطلاق ان يدفع الأكثر بالأقل و الأشد بالأخف عند الدوران لأن الزائد ضرر يجب دفعه كما انها عين (ماده ٢٨) إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما و كذا (ماده ٢٩) يختار أهون الشرين، فهذه المواد الأربع مع الست يكون عشره مواد مرجعها أجمع إلى قاعده الضرر اما قوله فى المتن يتفرع عن هذا (اى عن (ماده ٢٦) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) منع الطبيب الجاهل فهو وهم لأن هذا المثل ليس من أمثله الضرر فان منع الطبيب الجاهل أو العالم تفويت نفع لا احداث ضرر و المثل الصحيح لتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام هو ما لو كان فى دار إنسان شجره امتدت أغصانها إلى الشارع و أضرت بالمارة فإن قلعها أو قطع أغصانها المثمره مثلاً و ان كان ضرراً على مالكها و لكنه ضرر خاص يلزم تحمله لدفع الضرر العام و هكذا الجدار المائل للانهدام فإنه يلزم على أولياء

الأمر هدمه رعايه بالماره و دفعا للضرر العام و هكذا كثير من أمثالها كما انه لو تعارض ضرر أحد الجارين مع الآخر فإنه يقدم الأـخف أو لزم إضرار شخص أحد الضررين فإنه يراعى الأـخف فالأـخف و الـاهوى فالأهون كما تشير إليه قضيه سفينه و المساكين فى القرآن المجيد و اما السفينه فكانت لمساكين يعملون فى البحر

(ماده ٣٠) درء المفسد اولى من جلب المنافع

هذه نظير القاعده المشهوره عند الأصوليين من الإماميه و هى ان دفع المفسده أولى من جلب المصلحه و لكنها ممنوعه على إطلاقها إذ ربما يدور الأمر بين مفسده حقيقه و منفعه كبيره يكون إحرازها أهم من الوقوع فى تلك المضره و من هذا القبيل الكذب لإصلاح ذات البين أو استخلاص المال المباح من الظالم و ليس من هذا القبيل إنكار الوديعه إذا خاف عليها من ظالم أو الكذب لنجاه مؤمن كما توهم بعض الشراح فإنه من قبيل تعارض المفسدتين و تقديم الأـخف منهما و علم مما ذكرنا انه فى مقام دوران الأمر بين دفع المفسده أو جلب المنفعه لا يمكن الحكم بقول مطلق بتقديم إحداهما على الأخرى بل لا بد من النظر فى الأهم منهما فى المورد الخاص و القضيه الشخصيه

(ماده ٣٢) الحاجه تنزل منزله الضروره إلخ

هذه القاعده لا تصح على أصول مذهب الإماميه فإن قاعده نفى الضرر و ان كانت ترفع الأحكام الواقعيه مثل وجوب الغسل و الوضوء و الصوم و سلطنه الناس على أموالهم و لكنها لا تشرع حكما و لا تجعل الباطل صحيحا

و انما ترفع الحرمة التكليفيه بالضروره اى العقوبه فقط لا سائر الآثار فلو كان بعض البيوع باطلا و حراما كالربا فالضروره لا تجعله عقداً صحيحا كسائر البيوع و ان أحلته لمن اضطر اليه فلو ارتفعت الضروره و جب رد كل مال الى صاحبه مع الإمكان و ما ذكره فى المتن من بيع الوفاء ان كان فى حد نفسه مع قطع النظر عن الضروره باطلا- كما ينسب إلى الحنفية حيث يعتبرونه كرهن فالضروره لا تشرع صحته غايته انها تجوز استعماله للمضطر اليه كما يجوز الربا للمضطر، و كثره الديون و مسيس الحاجه لا تقلب الفاسد صحيحا، و لا تجعل الباطل حقا: و لا تضع حكما عاما كيف و الضرورات تقدر بقدرها كما تقدم، و ان كان فى حد ذاته مشروعاً كما هو الحق عندنا معشر الإماميه و يسميه الفقهاء بيع شرط الخيار أو بيع الخيار فهو أجنبى عن المقام و الحق انه بيع صحيح كسائر البيوع الخياريه و دليله عموم المؤمنون عند شروطهم و الشرط جائز بين المسلمين الا ما أحل حراما أو حرم حلالا اما ما ذكره بعض الشراح و أطال فيه الكلام بما خلاصته ان غير المنصوص بل المنصوص على عدم مشروعيته و حظره من وسائل الحياه يجوز سلوك الطريق المنصوص على حظره عند الحاجه إليها ثم ذكر لذلك أمثله كثيره حتى جوز الربا و الإدانه بالربح للذود عن الحوزه مع نص القرآن بحرمة و بطلانه و كان هذا الباب مفتوح على مصراعيه عند فقهاء المذاهب الأربعة المشهوره و يسمونه باب (المصالح المرسله) اما عند فقهاءنا الإماميه فهذا الباب موصد بكل ما يتسع له المجال من الأقفال و عندنا ان حلال محمد (ص)

حلال الى يوم القيامة و حرامه حرام الى يوم القيامة و لا اجتهاد فى موارد النص و الضرورات لا تغير الأحكام أصلا و انما ترفع عقوبه الحرام فقط و ملاك الفرق بين الفريقين ان من أصول الإماميه انه ما من واقعه الا- و لله سبحانه فيها حكم و ان جميع الحوادث الى يوم القيامة قد بين صاحب الشرع أحكامها أما بالخصوص أو العموم و كل حادثه تحدث فان وجدنا فيها نصاً خاصا عملنا به والا استخرجنا حكمها من القواعد العامه المستفاده أيضا من الكتاب و السنه أو الإجماع و لا يجوز عندنا العمل بالقياس و الاستحسان و الترجيحات الظنيه و المناسبات الوقتيه بل لا نستخرج حكم الوقائع الا من كتاب الله و سنه نبيه عموما أو خصوصا و لا يوجد فى فقهننا شىء مما يسمى بالمصالح المرسله أو القياس أو الاستحسان و ليس هذا حجرا و تضيقا فى الشريعه السامحه السهله فإن باب الاجتهاد مفتوح و لكنه فى دائره محدوده لا يتناول المنصوصات و المسلمات انها من ضروريات شريعه الإسلام كحرمه الربا و الخمر و الميسر (القمار) و أمثالها نعم قد نبيح للمريض شرب الخمر إذا توقف علاجه عليه و لكن لا تجعله حكما عاما فى بلد أو زمن أو نحو ذلك من المصالح الزمنيه و من الغريب استشهاد المجله بقضيه أهل بخارى و حاجتهم الى بيع الوفاء الذى يدعى بعض الشراح انه منصوص على عدم جوازه و هو و هم غريب و على فرضه فكان يمكن لأهل بخارى رفع حاجتهم ببيع بعض أملا-كهم بيعا قطعيا لإنقاذ القسم الباقي منها و لا يحللون ما حرم الله أو يؤجرونها مده تفى بديونهم و الحاصل ان الحاجه المزبوره ما كان رفعها منحصرنا بذلك الطريق المستلزم لتحليل ما حرم

اللَّهِ بِحَيْثُ تَكُونُ الْقَضِيَّةُ مِنْ قَبِيلِ (قَالَ اللَّهُ وَ أَقُولُ) وَ مَا لَمْ تَكُنِ الضَّرُورَةُ مُنْحَصِرَةً لَا تَرْفَعُ الْحَرَمَةَ قَطْعًا فَتَدْبِرُ جَيِّدًا هَذَا الْمَقَامَ فَإِنَّهُ مِنْ مَزَالِ الْأَقْدَامِ أَوْ الْأَقْلَامِ

(ماده ٣٣) الاضطرار لا يبطل إلخ

قد سبق ان هذه المادة هي من بعض فروع قاعده نفى الضرر التي يستفاد منها حرمة الضرر و وجوب تداركه و حرمة مقابله الضرر فالاضطرار إلى أكل طعام الغير الذي هو إضرار به يلزم تداركه بضمانه لصاحبه بالمثل أو القيمة و الضرورة إنما رفعت العقوبة و لم ترفع الضمان و لا سائر الآثار

(ماده ٣٤) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

هذه القضية عقلية قطعية في الجملة فإن الضرورة تقضى بان ما حرم أخذه حرمت جميع التصرفات و منها إعطاؤه و لكن ذاك حيث تكون الحرمة ثابتة حدوثا و استدامه اما لو كانت حدوثا فقط كما لو قلنا بان الموات من من أراضي الخراج لا يجوز أخذه و حيازته إلا بإذن الإمام فلو حاز أحد المسلمين أرضا مواتا و أحيها بدون اذن الامام فإنه يملكها بالاحياء لعموم من أحيأ أرضا ميتة فهي له و ان فعل حراما في أخذها بدون اذنه و هكذا غنائم دار الحرب و مثلها في القطع و الضرورة.

(ماده ٣٥) ما حرم فعله حرم طلبه

و هذا مطرد في كل حرام ذاتي كالزنا و شرب الخمر و الغصب و نحوها اما الحرام العرضي كما لو حلف أو نذر ان لا يكتب أولا بخيط و ما أشبه

ذلك فإنه يحرم فعله و لا يحرم طلبه بل و كذا فى بعض المحرمات الذاتيه مثل الصلاه على الحائض فإنها يحرم فعلها و لا يحرم طلبها و مثل بعض محرمات الإحرام بل أكثرها فإنها يحرم فعلها و لا يحرم طلبها.

(ماده ٣٦) العاده محكمه

يعنى ان العاده عامه أو خاصه تجعل حكما لإثبات حكم شرعى أى تجعل طريقا لإثبات حكم شرعى و هذا أيضا مبنى على الأصل المقرر عندهم من عدم النص و فقد الدليل الشرعى على حكم جملة من الحوادث خلافا لما ذهب إليه الإماميه من عدم خلو واقعه من الدليل على حكمها بالعموم أو الخصوص و على فرض خلو واقعه من النص فإن العاده عند الإماميه لا يعتبر بها و لا تصلح لإثبات حكم شرعى و الحديث الذى ربما يتمسك به لذلك من قوله (ع) ما رآه المسلمون حسنا فهو حسن على فرض صحته لا يدل على حجيه العاده و اعتبارها دليلا شرعيا لإثبات حكم شرعى و ليس كل حسن عند الناس حسنا واقعا أو شرعا و ان حسن العمل به مداراه و مجامله مع أبناء جنسه أو أبناء وطنه و العاده التى هى عباره عن تكرار العمل عند طائفه أو أمه من العقلاء ليس لها أى علاقه بالشرع لتكون دليلا على حكم من احكامه و ان لم يكن فيه نص فلو كان أكل لحم الأرنب أو شرب النبيذ مثلا لم يرد فيه نص و كان عاده طائفه من المسلمين كأهل الباديه مثلا على اكله فهل يمكن ان نستدل بعادتهم على حليته كلا نعم يمكن ان تكون العاده قرينه ينصرف إليها الإطلاق فى مقام المعاملات و الاستعمالات فيحمل عليها كلام المتعاقدين

لتعيين الموضوع لا-الحكم مثلا- لو كان من عادة بلد ان الحمال يحمل المتاع الى باب الدار فاستوجر حمال فلا حق للمستأجر بمطالبته بإدخال المتاع الى داخل الدار و لو انعكس الأمر كان له المطالبه و ان لم يشترط ذلك في العقد فالعادة قرينه تقوم مقام اللفظ في تعيين المراد و لعل الى هذا يرجع أيضا قضيه العرف العام و العرف الخاص و ان كلام المتكلم يحمل على عرفه العام أو العرف الخاص و انه لو تعارض العرف العام و الخاص فأيهما المقدم الى كثير من المباحث المحرره عند الأصوليين مما لا طائل فيه فان الاستعمالات الشخصيه تختلف حسب اختلاف الموارد و ليس هناك قاعده كليه مطرده بتقديم أحدهما على الآخر بل اللازم النظر في كل مورد وقع الشك فيه يرجع الى الأصول اللفظيه المقرره في تعيين المراد فان تعارضت في الأصل الحكميه من البراءه و الاستصحاب و على كل فلو جعلنا العاده من الأصول المتبعه التي يستنبط منها حكم أو موضوع فإليها يرجع ماده (٣٧) استعمال الناس حجه و ماده (٤٠) الحقيقه تترك بدلاله العاده و ماده (٤١) انما تعتبر العاده إذا أطردت أو غلبت بل هذه ماده ساقطه من أصلها فإن العاده إذا لم تطرد فلا يصدق عليها اسم العاده و مثلها ماده (٤٢) العبره للغالب الشائع و هذا نظير ما يوجد في كلمات بعض الأصوليين من ان الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب أي الغلبه توجب الظن بان الفرد المشكوك يلحقه حكم الغالب الشائع و يأتي هذا تاره في الأقوال و اخرى في الافعال و الأحوال فلو كان غالب علماء البلد الفقهاء و وقف شخص عقاره على العلماء و شككنا بان النحوى داخل في

الوقف لانه من العلماء فالغلبه توجب حمل كلامه على الفقهاء و خروج النحوى و هذا يرجع الى ما سبق من ان الغلبه تكون قرينه على حمل المطلق على أشيع افراده و هو نظير المجاز المشهور حيث تكون الشهره قرينه حاله كما ان الشيوع و الغلبه كذلك و لو كان الغالب فى معاملات شخص الفساد فلو صدرت منه معامله نشك فيها حملناها على الفساد و ان كان قاعده حمل فعل المسلم تقتضى حمله على الصحيح و لكن الغلبه الشخصيه حاكمه على الغلبه النوعيه و حيث ان الغالب على البشر لا يعمرن أكثر من تسعين فلو غاب شخص و انقطعت اخباره و لم يعلم حياته و موته و قد تجاوز التسعين نحكم بموته بحكم الغلبه هذا على مشرب القوم اما عندنا معشر الإماميه فلا- أثر للغلبه إلا حيث تكون قرينه و تعد من الظواهر التى لا ريب فى حجيتها لبناء العقلاء كما قرر فى محله من الأصول و اما الغلبه فى المثال الثانى فلا اثر لها بل المرجع فى مثله أصاله الصحه المستنده إلى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح مطلقا و فى المثال الثالث المرجع الى استصحاب حياته حتى يحصل اليقين و القطع بموته و لو الى ما أتى سنه غايته ان الغالب حصول اليقين مع طول المده و انقطاع اخباره بموته اما لو لم يحصل اليقين فلا معول على الغلبه و مما ذكرنا يظهر الكلام فى ماده (٤٣) المعروف عرفا كالمشروط شرط فان مرجعها الى ان الغلبه و المعروفيه توجب حمل اللفظ المطلق على المقيد و تكون الغلبه قرينه حاله على القيد أو الإطلاق فهذه ماده أيضا مستدرکه و مثلها أيضا ماده (٤٤) المعروف بين التجار و ماده (٤٥) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص فان ملاك جميع المواد إلى

قاعده واحده و هى ان القرينه الحاليه كالقرينه المقاليه يجب اتباعها و الغلبه و العرف الخاص أو العام من أقوى القرائن على توجيه الكلام فلا داعى لتكثير المواد و تضييع الحقيقه ماده (٣٨) الممتنع عاده كالممتنع حقيقه فلو استاجر على وزن البحر أو كيل الفرات، أو إمساك الريح أو قطع المطر كانت الإجاره باطله فإن تلك الأمور و ان لم تكن ممتنعه عقلا و لكنها ممتنعه عاده و القدره على العمل شرط ركنى فى الإجاره كالقدره على التسليم فى البيع،

(ماده ٣٩) لا ينكر تغيير الاحكام بتغيير الأزمان

قد عرفت ان من أصول مذهب الإماميه عدم تغيير الاحكام الا بتغيير الموضوعات اما بالزمان و المكان و الأشخاص فلا يتغير الحكم و دين الله واحد فى حق الجميع لا- تجد لسنه الله تبديلا و حلال محمد حلال الى يوم القيامه و حرامه كذلك نعم يختلف الحكم فى حق الشخص الواحد باختلاف حالاته من بلوغ و رشد و حضر و سفر و فقر و غنى و ما الى ذلك من الحالات المختلفه و كلها ترجع الى تغير الموضوع فيتغير الحكم فتدبر، لا يشبهه عليك الأمر.

«ماده ٤٠» الحقيقه ترك بدلاله العاده

هذه ماده أيضا مستدرکه فإنها ترجع إلى الأخذ بالقرينه الصارفه عن الحقيقه فالعاده ان كانت قرينه فى المورد الخاص من موارد الاستعمال وجب رفع اليد بها عن الحقيقه و الا- فأصالة الحقيقه هى المحكمه و لا عبره بالعاده ما لم يعلم استناد المتكلم إليها:

(ماده ٤٦) إذا تعارض المانع و المقتضى يقدم المانع

هذه المادة ضروريه بل لا حاجه الى ذكرها لوضوحها فان المانع هو عباره عن الشىء الذى يمنع المقتضى من التأثير بل لا معنى للمعارضه بين المقتضى و المانع نعم قد يتراحم الشيطان فى التأثير فأيهما ترجح كان هو المانع للآخر

(ماده ٤٧) التابع تابع إلخ

هذه المادة مخالفه لما عليه أكثر فقهائنا الإماميه من ان الحمل لا يتبع الحامل و حجتهم فى ذلك ظاهره و قويه فإن الحامل يعتبر ظرفاً للحمل فهى كالمال و الجواهر فى الصندوق فإذا باع الصندوق مالكة فهل يحتمل أحد دخول الجواهر و المتاع فى البيع ما لم يصرح و كذلك النخل و الشجره فإذا باع النخله و عليها ثمرها فان كان قبل بدو الصلاح اعتبر الطلع الذى عليها كجزء من اجزائها كالسعف و الكرب و ان كان بعد بدو الصلاح و صيرورته بسراً و رطباً فهو مستقل و قد باع نخلا و لم يبيع رطباً و ثمرأ و بالجملة فالعرف نوعاً يعتبر الحامل و المحمول كالظرف و المظروف كل واحد منهما له وجود مستقل عن الآخر فإن ظهرت قرينه أو كان عرف البلد الخاص على دخول أحدهما فى الآخر فهو و الا فالبيع يختص بما وقع التصريح بأنه هو المبيع لا غير و من هنا ظهر وجه البحث فى

[ماده] (٤٨) التابع لا يفرد فى الحكم

، فالجنين الذى فى بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه فان الجنين بعد ان كان فى نظر العرف تابعاً و هو كذلك واقعاً و عقلاً و له وجود مستقل و بطن الحامل ظرف له فما المانع من انفراده بالبيع و وقوع القصد و العقد عليه بخصوصه و هذا واضح جلى حيث لا جهاله

ماده (٤٩) من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته،

هذه المادة لا تصلح ان تكون ماده مستقله و لا عامه كليه مطرده بل يختلف الحال باختلاف المقامات و عرف كل بلاد بحسبه فان السرج و اللجام مثلا من ضرورات الفرس و قد يتعارف فى بلاد ان ملكيه الفرس لا تقتضى ملك اللجام بل يكون عاريه أو إجاره أو غير ذلك نعم اليد على الفرس يد على لجامها و سرجها و اليد ظاهره فى الملكيه و هذه الجبهه غير الجبهه الملحوظه بالماده أما المثال الذى ذكره بعض شراح المجله من ان مالك العقار يملك الطريق الموصل اليه فهو ضعيف ضروره ان الطريق ان كان عاماً فصاحب العقار يملك العبور فيه كسائر الناس و لا يملك نفس الطريق و ان كان خاصاً و هو الطرق المرفوعه فلها أحكامها فإن كان فيها دور متعدده فهى مشتركه بينهم على الإشاعه و المتأخر يشارك المتقدم دون العكس و ان اختصت بواحد فهى له كالحريم التابع للدار و البئر على ما هو مفصل فى محله:

(ماده ٥٠) إذا سقط الأصل سقط الفرع

لعل المراد بالأصل مثل الدين و الفرع هو الكفاله فإذا سقط الدين بإبراء و نحوه تسقط الكفاله أو مثل الطاعه و التمكين من الزوجه الذى يتفرع عليه و جوب النفقه فإذا سقطت الطاعه بالنشوز سقط الفرع و هو النفقه و ليست هى قاعده مطرده بل تختلف الموارد و المتبع هو الدليل فى كل مورد بخصوصه.

[ماده ٥١] الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود،

لعل الملحوظه بهذه القاعده قضيه الحقوق الساقطه مثلاً إذا سقط الشارع الحق بسبب أو من له الحق أسقط حقه فإنه لا يعود فلو أسقط الشارع حق النفقه بسبب النشوز أو حق

المضاجعه فلو عادت المرأه إلى الطاعه لم يعد ذلك الحق الساقط بالنسبه الى ما مضى من الزمان و كذا لو أسقط الدائن دينه اى أبرأ ذمه المديون فإنه لا- يعود حتى لو رضى المديون بعوده أو لم يرض من أول الأمر بسقوطه خلافاً لما توهمه بعض شراح [المجله] من كون السقوط مشروطاً برضا المديون فإنه و هم واضح الضعف ضروره ان الحق له مستقلاً و لا علاقه للمديون بثبوتة و سقوطه و مهما يكن فان الحق إذا سقط لا- يعود الا بسبب جديد كما ان المعدوم من الأجسام الماديه لا يعود فإذا عدت الشجره المعينه مثلاً- فإنه يستحيل عودها بذاتها نعم قد يعود وجود آخر مثلها فى أكثر خصوصياتها لا فى جميعها ضروره ان الزمان من جمله الخصوصيات و المشخصات و هو لا يعود قطعاً و بالجمله فالعائد وجود ثان مثل الأول لا عينه و من هنا كانت هذه القضييه من أقوى الشبهات فى قضييه المعاد الجسمانى و أعضل التنصى منها على فلاسفه الإسلام و البحث فيها موكول الى محله.

و الخلاصه: ان الحقوق فى الشرع على أقسام قسم منها ما يقبل الاسقاط كما يقبل الصلح عليه اى يصح انتقاله من صاحبه الى غيره.

و قسم يقبل الأول دون الثانى و قسم لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال فيكون نظير الحكم الذى لا يسقط و لا ينتقل و الفرق بينهما يشكل و يحتاج الى لطف بيان و دقه نظر.

اما الأول فمثل حق الخيار و حق التحجير و حق القصاص على الأشبهه و اما الثانى فمثل حق الشفعه فإنه يقبل الاسقاط و لا يقبل الانتقال إلى الأجنبى.

و اما الثالث فمثل حق الجلوس فى المساجد و المعابد و العبور فى الشوارع العامه و نحوها فإنه لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال و قد يشبه هذا بكونه حكما لاحقا فهو كحق الرجوع فى الهبه الذى لا يقبل انتقالا و لا إسقاطاً.

أما العكس، و هو قبول الانتقال دون الاسقاط فيشكل تحققه إذ كلما جاز نقله جاز إسقاطه نعم قد يتصور فى بعض الفروض نادراً مثل حق الولى بالتصرف بمال القصير فإنه قد يقال بصحة نقله إلى ثقه آخر و لا يصح إسقاطه و هو محل نظر و قد خبط بعض الشراح هنا خبطا كثيراً و على كل فالقاعدته غير عامه فان بعض الساقط فى الشرعيات قد يعود مثل حق الخيار بالبيع حيث يسقط بالعيب الحادث عند المشتري فإذا زال عاد الخيار فليتأمل.

(ماده: ٥٢) إذا بطل الشئ بطل ما فى ضمنه

و هذه الماده ترجع إلى ماده (٥٠) إذا سقط الأصل سقط الفرع و ينبغى ان يكون المراد بها ان الشئ ء إذا فسد فسد ما يبتنى عليه فإذا بطل البيع بطل ما فى ضمنه من الإقباض و القبض و استحقاق المشتري لمنافع المبيع و البائع منافع الثمن و هكذا و الأمثله كثيره و لا- حاجه الى تمثيل بعض الشراح بمن باع دمه حيث قال (لو قال رجل لآخر اقتلنى فدمى حلال لك فقتله يجب على القاتل الديه لا القصاص و إذا قال اقتلنى بعتك دمي بكذا فقتله يجب على القاتل الديه و القصاص لان البيع باطل و الاذن بالقتل الواقع فى ضمنه باطل أيضا انتهى).

و كل هذا لا نعرف له وجهها صحيحا بل يجب القصاص فى المقامين

و لا تجب الديه فى المقامين و البيع باطل مطلقا فان الحر لا يباع و العبد لا يملك نفسه حتى يبيعها و الاذن فى حد نفسه باطل لا لبطلان البيع و ليس المقام من موارد الشبهه التى تدرأ بها الحدود و تنتقل إلى الديه بل الأمر يحبس مؤبداً و المباشر يقتل هذا هو الحكم فى هذا الموضوع عند فقهاءنا الإماميه و مستنده الأخبار المرويه عن الأئمه سلام الله عليهم.

(ماده ٥٣) إذا بطل الأصل يصار الى البدل

يعنى إذا كان الأصل موجودا لم يجز العدول عنه الى البدل فإذا كان المشتري قد قبض المبيع و ظهر البيع فاسداً و جب رد عين المبيع لا بدله و هكذا المغضوب. نعم لو تلف المبيع أو المغضوب تعين الرجوع الى البدل المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى.

(ماده ٥٤) يغتفر فى التوابع ما لا يغتفر فى غيرها-: أو فى المتبوع.

هذه ماده يعبر عنها تاره بهذا اللفظ و اخرى بلفظ (يغتفر فى الثوانى ما لا يغتفر فى الأوائل) و يستعملها فقهاؤنا فى جمله موارد منها، توابع المبيع. كالعبد المبيع فإنه يتبعه ثياب بدنه و خاتمه و غير ذلك و الجهاله فى العبد لا تغتفر و تغتفر فى توابعه و هكذا فى الوقف فإنه لا يجوز الوقف على المعدوم و لكن يجوز تبعاً للموجود.

(ماده: ٥٥، و ماده ٥٦): البقاء أسهل من الابتداء، يغتفر فى البقاء ما لا يغتفر فى الابتداء

هذه ماده و ان كانت عقليه ضروريه سواء قلنا باستغناء الباقي على

المؤثر أو قلنا بأن حاجه الممكن الى العله و المؤثر حدوثه لا إمكانه و ان كان الأصح ان سبب حاجته إمكانه و مهما يكن الأمر فإن هذه القضية في الكونيات مسلمه عقلا و عرفا أما في الشرعيات فلا اثر لها عندنا أصلا الا ان ترجع الى الاستصحاب و لزوم إبقاء ما كان على ما كان و عدم نقض اليقين بالشك مما ثبت بالأدله الشرعيه القطعيه نعم قد يكون لها اثر عند أهل القوانين المدنيه و يعنون ان واضع القانون قد يتساهل في الشروط بالنسبه إلى البقاء بما لا يتساهل به في الابتداء و ما ذكره بعض الشراح من الأمثله لهاتين المادتين كلها مدخوله و محل نظر و مناقشه.

(ماده: ٥٧) لا يتم التبرع الا بالقبض

هذه القاعده تكاد تكون إجماعيه عند فقهاء الإماميه و لا تختص بالهبه بل تعم جميع العقود المجانيه كالصدقات بأنواعها حتى الوقف و أخواته كالسكنى و العمرى و الرقبى و هو عندهم شرط في الصحة لا في اللزوم فلو وهب عينا فلا اثر لهبته ما لم يقبض و يكون العقد بدون القبض لغواً و هكذا الصدقه المطلقه و الوقف و أخواته نعم يستثنى من العقود التبرعيه خصوص الوصيه فإنها و ان كانت مجانيه و لا يلزم فيها القبض فتحصل الملكيه المعلقه على الموت بمجرد العقد و لكنها جائزه و له الرجوع و تلزم بالموت.

(ماده: ٥٨) التصرف على الرعيه منوط بالمصلحه

هذه الماده إنما تأتي على أصول الفقهاء الأربعة و أمثالهم اما على أصول

الإماميه فلا محل لها لان التصرف بالرعيه انما هو حق إلهى للإمام العادل أو من ينصبه الامام و الامام العادل بالطبع لا يتصرف الا بما فيه المصلحه للأمه اما منصوبه فأمره راجع اليه و لو تصرف خلاف المصلحه كان هو الرقيب عليه و المؤدب له نعم المسئوليه العامه ثابتة على كل أحد فى كل تصرف حتى تصرف الإنسان فى نفسه و عائلته و إليها النظر بقوله (ع) (كلكم راع و كلكم مسئول) و هو غير الملحوظ بالماده المبحوث عنها و كان لهذه الماده اثر مهم فى الأزمنه القديمه يوم كانت اراده السلطان هى النافذه و هو الفاعل المختار الذى يسأل و لا- يسأل اما اليوم و قد أصبحت أكثر الأمم دستوريه و نواب الأمه هى التى تقنن القوانين التى تدور على مصالحها فإنما ينفذ من القوانين ما شرع موافقا للمصلحه لأنهم موكلون على هذا و لكن أين الوكاله و اين الموكلون و اين الوكلاء (ودع عنك نهبا صيحا فى حجراته).

(ماده ٥٩) الولاية الخاصه أقوى من الولاية العامه

أظهر مثال لهذه القاعده ولاية الإنسان على ماله و أطفاله و عياله و سائر شؤونه الخاصه و لا تعارضها الولاية العامه كولاية الحاكم و الوالى بل و السلطان نعم لهؤلاء حسب الولاية العامه سلطه على الافراد و لكن فى دائره محدوده تعود أيضا الى شؤون المصالح العامه و مثل ذلك ولاية الولي على القصير فإنها مقدمه على ولاية القاضى و الحاكم و نحوهما فمع وجود الولي الخاص لا ينفذ بيع الحاكم مال الصغير و لا تزويجه و مثل ذلك ولى الوقف فإنه مقدم على من لهم الولاية العامه نعم للولى العام ان يعزل ولى الوقف

فى ظروف خاصه كالىانه و نحوها.

(ماده: ٦٠) اعمال الكلام اولى من ايماله

اللازم هنا تأسيس القاعده التى تبنى عليها هذه ماده و التى بعدها و قد تقرر فى قواعد المحاورات العرفيه البناء على أصول يسمونها الأصول العقلانيه مثل أصاله عدم الخطاء و أصاله عدم السهو و النسيان و أصاله عدم العبث و اللغو و أصاله عدم الهزل و المزاح و كلها أصول بنت العقلاء على الاعتماد عليها فى أقوالهم و أعمالهم فإذا تكلم رجل عاقل و شك بأنه سها أو غفل أو يريد الهزل و المزاح لا يعتنى بشىء من ذلك و يحمل على الإراده الجديه و يلزم به خيراً كان كالإقرار أو إنشاء كالبيع و الهبه و الى هذه الأصول ترجع هذه ماده فإن معنى إهمال الكلام حمليه على اللغو أو السهو و ما أشبه ذلك مما تنفيه الأصول العقلانيه و يحكم بلزوم حمليه على معناه الظاهر حقيقه كان الظاهر أو مجازاً فان كان للكلام ظهور فى أحدهما فهو المتبع و ان لم يكن و تردد بينهما حمل على معناه الحقيقى بأصاله الحقيقه فإن تعذر حمل على المجاز و هو ماده (٦١) فإن تعذر أيضاً لم يكن بد من إهماله و هو ماده (٦٢).

اما أسباب تعذر حمليه على الحقيقه أو عليها و على المجاز فهو وجود المانع الشرعى كما لو قال القائل تزوجت أختى أو بنتى فإنه لا يمكن شرعاً حمليه على معناه الحقيقى فلا بد من حمليه على بعض المعانى المجازيه أو المانع العقلى كما لو قال انا أولدت أبى أو أمى تولدت منى فيحمل على المجاز أو المانع العرفى كما لو حلف ان لا يأكل من هذه النخله فإنه يمتنع

الأكل من نفس النخلة و لا بدّ من حملة مجازاً شائعاً على اراده عدم الأكل من ثمرها اما تعذر حملة على الحقيقه و المجاز فكما لو قال احدى زوجاتى طالق أو بعض مالى وقف أو بعثك بعض ما أملك و أمثالها كثيره.

(ماده: ٦٣) ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله

هذه ماده ليس لها عند فقهاء الإماميه عين و لا اثر و ما ذكره الشراح من الأمثله مثل ما لو قال انا كفيل بنصف زيد و انه يحمل على الكفاله بتمام نفسه لان زيد لا يتجزأ لا وجه له عندنا بل يعد هذا الكلام من اللغو الباطل و العقود تحتاج إلى صراحه و استعمال نصف زيد فى زيد ليس بحقيقه و لا مجاز صحيح فلا تثبت به الكفاله لعدم الدلاله و مثله لو قال اشفع فى البعض فإنه مناف لمشروعيه الشفعه و هو دفع الشريك فهذه القاعده ساقطه عندنا من أصلها.

(ماده: ٦٤) المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل لتقييد إلخ.

هذه ماده هى عبارته عن قاعده أصله الإطلاق و انه متى احتمل التقييد فى المطلق فالأصل عدمه اما وضعا و اما بمقدمات الحكمه و ان الحكيم لا يخل بغرضه فلو أراد التقييد لبيّن ذلك و المطلق هو اللفظ الدال على كلى ينطبق على كل فرد من أفرادها اما على البدل أو على الاستيعاب فالأول مثل أعتق رقبه و إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسِيرٍ و الثانى مثل (وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ) و التقييد مفرداً كان أو جمعا هو حصر الكلى فى حصه معينه من حصصه مثل (رَقَبَهُ مُؤْمِنِهِ) و أكرم العلماء العدول.

(ماده: ٦٥) الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر

تحرير هذه المادة و توضيحها ان البيع باعتبار المبيع كما سيأتى اما ان يكون كلياً أو جزئياً شخصياً فان كان كلياً اعتبر ضبطه و رفع الجهاله عنه بالوصف فيقول بعتك فرسا كذا عمرها و كذا لونها أشهب أو أدهم أو غير ذلك و هكذا سائر الصفات التى تؤثر فى اختلاف القيم لاختلاف الرغبات و يلزم البائع تسليم ما يوافق تلك الصفات و ان كان جزئياً فلا يخلو اما ان يكون حاضراً فلا طريق لرفع الجهاله عنه الا بالمشاهده ثم ان كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً اعتبر مع ذلك الكيل و الوزن و العدد و الا كفت المشاهده.

و اما ان يكون غائباً حين العقد فيلزم رفع الجهاله عنه أيضاً بالوصف.

فيقول: بعتك الفرس الأدهم الطويل العنق الذى هو الآن فى المحل الفلانى فإن ظهر موافقاً للأوصاف لزم البيع و الا تخير المشتري بين الفسخ و القبول هكذا ينبغى ان يقال فى شرح هذه المادة اما ما ذكره بعض الشراح من الأمثله و هى (١) لو باع الفرس الأشهب و قال بعتك هذا الأدهم و أشار الى الأشهب صح البيع و لغا الوصف (٢) لو قال المدعى هذه السياره الحمراء ملكى و شهد الشهود كذلك مشيرين إليها و هى صفراء تقبل الدعوى و الشهاده لأن الوصف هنا لغو (٣) و لو قال شخص و كلتك على شراء هذا الثوب الأخضر فاشتره الوكيل فإذا هو اسود صح شراؤه لموكله، فكل هذه الأمثله لا علاقه لها بما نحن فيه بل هى من أمثله تعارض الوصف و الإشاره و ليس هنا قاعده مطرده فى تقديم أحدهما على الآخر

بل تختلف الموارد باعتبار القرائن الحالیه أو المقالیه و مثله تعارض الاسم و الإشاره كما لو قال زوجته بنتی هذه زینب فقال قبلت و ظهر انها هند فترجیح الإشاره هنا غیر معلوم بل لعل الأقوی ترجیح الاسم و مثله لو قال بعثتک عبدی هذا جوهر فظهر انه یاقوت فالأصح اما البطلان أو الخيار و الأظهر الأول.

(ماده: ٦٦) السؤال معاد في الجواب

هذه ماده لا یترب عليها أثر فی مقام الاحكام و من المعلوم ان المدار على ظهور الكلام فی الاعتراف أو الإنكار و جواب السؤال كما ذكروا فی (كتاب القضاء) ان جواب المدعی علیه اما إقرار و إنكار أو سكوت و مثل السكوت قوله لا ادري و الإقرار نعم و أخواتها و الإنكار لا و نظائرها و هذان يكون السؤال فیهما معاداً سلباً أو إيجاباً. أما الثالث و هو السكوت أو الشك فليس السؤال فیهما معاداً و على كل فلا یترب اثر على كونه معاداً أو غیر معاد و انما الأثر لصدق الإقرار و الإنكار قبل كل شیء و نظیر الكلام فی قاعده (٦٧) السكوت فی معرض الحاجه بیان فان السكوت لا يكون بیانا الا مع ظهور قرینه من حال أو مقال بأنه بیان سلباً أو إيجاباً و منه ما ورد فی الشرع فی البكر و انه یلزم ان تستأمر فی زواج نفسها و سكوتها رضاها فقد اعتبر الشارع سكوتها رضا بقرینه ان الغالب ان الحیاء بمنعها من التصريح بالقبول فیکون السكوت قبولا و مثله ما لو سكن رجل فی دار غیره و قال له صاحب الدار أريد بدل سكناک عن كل شهر دیناراً فسکت فإنه یلزم بالدينار لو استوفی المنفعه

شهرًا و هكذا نظائرها و منه ما لو باع المرتهن العين المرهونه بحضور الراهن فإنه يعد اجازته خلافا لبعض الشراح.

[ماده: ٦٨] دليل الشىء فى الأمور الباطنه يقوم مقامه

هذه العبارة لا تخلو من تعقيد و لعل المراد ان الأمور الخفيه التى يعسر الاطلاع عليها غالبا يكتفى فى الحكم بها بآثارها الظاهره و لوازمها الحاصله مثلا لو تزوج رجل فاولدت امرأته ولداً لسته أشهر نحكم بأنه دخل بها و ان الولد ولده فان الدخول بها لما كان امراً خفياً استدللنا بلازمه و هو الولد على فراشه و إذا وجدنا رجلاً عارياً الا من الساتر فى الشتاء القارص استدللنا منه انه فقير لا ثياب عنده و لا مال و الحاصل قد نستكشف الأمور الخفيه من الأمارات الظاهرية و لكنها لا تفيد القطع و اليقين و انما تكون أماره ظنيه غاليه.

(ماده: ٦٩) الكتاب كالخطاب

لا عبره عندنا معشر الإماميه و لا نعقد العقود و المعاملات إلا بالألفاظ أو إشاره الأخرس فلو وجدنا كتاب زيد الذى نعلم بأنه خطه و توقيعه بأنه قد باع داره لا- تحكم بالبيع حتى يعترف هو أو تقوم البيه أو يحصل لنا اليقين بأنه قد أوقع صيغه البيع لفظاً خلافاً لما يظهر من بقيه المذاهب التى تعتبر الكتابه كاللفظ اما عندنا فلو كتب انى بعت و كتب الآخر انى قبلت لم يكن عندنا بيعاً عقدياً فان تعاطيا كان معاطاه و الا فلا شىء.

(ماده: ٧٠) الإشاره المعهوده للأخرس كالبيان باللسان

اتفقت الإماميه على ان إشاره الأخرس المفهمه لمقاصده تقوم مقام اللفظ ليس فى معاملاتة فقط بل حتى فى عباداته و صومه و صلاته و نكاحه و طلاقه و وصيته و لعل اخبارهم بذلك مستفيضه و الظاهر اتفاق المذاهب الأربعة أيضا عليه و لكن مشروط بإفاده إشارته القطع بمراده اما مع عدم القطع فمشكل و هكذا الكلام فى قبول قول المترجم عن المترجم عنه كما فى ماده (٧١) نعم لو كان المترجم عادلا صدوقا أمكن الاعتماد على ترجمته بناءً على حجيه خبر الواحد فى الموضوعات كما هو الأقوى عندنا أما ماده (٧٢) لا عبره بالظن المتبين خطؤه فهى مستدرکه فإن القطع المتبين خطؤه لا عبره به فكيف بالظن نعم لو عمل المكلف بالأماره الشرعيه كالبينه و نحوها و انكشف خطؤها أيضا ينقض ما بنى عليه من حكم و غيره.

(ماده: ٧٣) لا حجه مع الاحتمال الناشئ عن دليل

الأمارات الشرعيه كالبينه و خبر الواحد و الإقرار غالباً أو دائماً تدور مدار حصول الوثوق و حصول الظن بمؤداها و لو نوعا و لا أقل من كونها منوطه بعدم الظن بخلافها فإذا حصل الظن بخلافها من اماره و لو حاله يشكل الاعتماد عليها و الوثوق بها و بعبارة اجلى ان أدله حجيتها قاصره عن شمول مثل هذا النوع منها و ذلك كالإقرار بالبيع مع قرائن قصد الحرمان فإنه لا عبره به و كشهاده الوكيل لموكله و الأجير لمستأجره مع التهمه و الوالد لابنه فإن إطلاق أدله البينه و ان كان شاملا فى الظاهر لجميع هؤلاء و لكن يمكن دعوى انصرافها أو قصورها عن موارد التهمه و هى

تختلف حسب اختلاف الموارد شدة و ضعفاً و كل ذلك منوط بنظر الحاكم و وجدانه و مقدار وثوقه فى الموارد الخاص و لا عبره بالتوهم كما فى ماده (٧٤) و هو أيضا مستدرک و غنى عن البيان و اى حجيه فى الاحتمال المجرى عن الرجحان بل لا يمكن جعله حجه شرعا و لا عقلا لانه ترجيح بلا مرجح كما لو كان الوهم أحد طرفى الشك أو ترجيح المرجوح كما لو كان خلاف المظنون و الأمثله واضحه و كثيره.

(ماده ٧٥) الثابت بالبرهان كالتاب بالعيان

و هذا أيضا ضرورى و واضح فان الثابت بالبرهان العقلى أو الحجه الشرعيه أو العيان و المشاهده سواء فى وجوب العمل و لزوم ترتيب الآثار و ان اختلفت درجه العلم و اليقين الحاصل منها نظير ما يذكره بعض العرفاء فى مراتب المعرفه من علم اليقين و حق اليقين و عين اليقين فلو أقر المدعى عليه بدين امام الحاكم أو ثبت ذلك بخطه و توقيعه فالجميع يصلح لان يكون مدركا لحكم الحاكم و ان اختلفت المراتب و هذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان

(ماده: ٧٦) البينه على المدعى و اليمين على من أنكر

هذا نص الحديث فى بعض الروايات و هى قاعده اساسيه من القواعد الإسلاميه و هى الركن الأعظم فى باب الحكومه و القضاء فالمدعى هو المكلف بإقامه البينه و لا تثبت دعواه بغيرها أصاله و المنكر يكفيه فى رد دعوى المدعى اليمين أصاله و لا ينافى ذلك ان المدعى قد يتوجه عليه اليمين كما فى اليمين المردوده و المنكر قد تقبل منه البينه كما فى تعارض البيئات

و فى باب التداعى و المراد بالبينه عند الشارع هو خصوص شهاده العديلين.

و ان كان أصل معنى البينه لغه كلما يتبين به الأمر المشتبه فمرور مائه سنه على المفقود بينه على موته و لكن لم يسمها بينه و يطلق عليها و على أمثالها من القرائن الزمانيه أو المكانيه و نحوها اماره، و بمقتضى هذا الحديث ان اليمين لا يكون على المدعى بحال و هو المحكى عن الحنفيه و عند الإماميه و باقى المذاهب ان المدعى عليه له ان يرد اليمين على المدعى كما انه لو نكل المدعى عليه عن اليمين ردها الحاكم على المدعى حيث بعجز عن البينه و فيما لو اقام المدعى شاهدا و عجز عن الثانى فإنه يجبره بيمينه و ذلك فى خصوص الحقوق المالىه و بقيه الكلام موكول الى محله من مباحث الفقه الواسعه.

(ماده: ٧٧) البينه لإثبات خلاف الظاهر و اليمين لإبقاء الأصل

هذه ماده كأنها متممه للماده السابقه فى إعطاء الضابطه و التعريف للمدعى و المنكر و قد تكثرت الضوابط و التعاريف لهما و لعل الجميع يرجع الى معنى واحد و كان المجله اعتبرت المدعى هو من يدعى خلاف الظاهر و كان من حق المقابله أن يجعل المنكر من يدعى ما يوافق الظاهر و لعلهم أرادوا بالظاهر هنا الأصل و ان كان خلاف مصطلح الفقهاء فيكون المدار حينئذ فى المدعى و المنكر على ما خالف الأصل و وافقه و لكنه لا يطرد فى جميع الموارد فان من ادعى عينا فى يد آخر فصاحب اليد منكر إجماعا مع ان قوله ان العين له لا- يوافق الأصل نعم يوافق الظاهر و دعوى الخارج انها له تخالف الظاهر ضروره ان اليد ظاهره فى الملكيه و ظهر بهذا ان كلا من الضابطين اعنى

الأصل و الظاهر لا يصلح ان يكون ميزاناً مطرداً للمدعى و المنكر و لذا عدل بعضهم عن ذلك و عرف المدعى انه هو الذى لو ترك ترك (بالفتح فى الأول و الضم فى الثانى) و هو أيضا لا يشمل كثيراً من أبواب التداعى كما لو اتفق مثلا البائع و المشتري على ان الثمن عشره و اختلفا فى ان المبيع ناقه أو بقره إلى كثير من أمثال هذا و الأصح عندنا ان تمييز المدعى من المنكر منوط الى نظر الحاكم فى القضايا الشخصية فقد يتميزان بمخالفه الأصل و موافقته. تاره و بمخالفه الظاهر و موافقته اخرى، و قد يتميزان بغيرهما أحيانا، و حينئذ يلزم كلا بوظيفته من بينه أو يمين اما فى باب الأمانات فقد تنعكس القضييه و يكون المدعى هو ما وافق قوله الأصل و المنكر التالف مدعيا مع ان قوله موافق الأصل و لكن عليه البيئه و كذا فى دعوى الرد يصدق الأمين باليمين و على منكره البيئه و ان كان هذا الأخير محل خلاف كل ذلك للأدلة الخاصه من ان الأمين ليس عليه الا اليمين و تفصيل البحث موكول الى مواضعه و أبوابه فى الفقه.

(ماده: ٧٨) البيئه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره

الفرق بين البيئه و الإقرار ان البيئه جعلها الشارع طريقا نزل مؤداها منزله الواقع فى كل ماله من الآثار فإذا شهدت بطهاره ماء كان نجسا صار الماء بمنزله ما لو طهرته بنفسك فتشربه و تتوضأ به و ترتب عليه كل ما للماء الطاهر من اثر و هكذا لو شهدت ان الدار لزيد فتشترىها منه و تملكها و تسترهنها منه الى غير ذلك اما الإقرار فلا نظر فى أدله اعتباره

الى الواقع بل غايته ان المقر يلزم بإقراره بحديث إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ اما غير المقر فلا يلزم به ففيما لو أقر زيد بزوجه هند له و أنكرت هي فإنه يلزم بآثار الزوجيه من نفقه و غيرها و لا تلزم هي بشىء من آثار زوجيته اما لو أقام البينه عليها أو حكم الحاكم فإنها تلزم بجميع آثار زوجيه و لا- يبقى أى اثر لإنكارها و سره ما ذكرنا من اختلاف دليل الحجيه و الاعتبار فتدبره جيداً و مما ذكرنا علم ما فى ماده (٧٩) المرأ مؤاخذ بإقراره اى ان إقراره نافذ عليه و ملزم به و من أحكام الإقرار ان الإنكار بعده لا يسمع فلو أقر بأنه مديون لزمه فلو ادعى بعد ذلك الإيفاء طولب بالبينه.

(ماده: ٨٠) لا حجه مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم

كان هذه الماده ناظره إلى تعارض البيئات و الحق عندنا ان البيتين إذا تعارضتا فقد تعارض الحجتان لا انهما سقطتا عن الحجيه و لذا ننظر فى المرجحات و نعمل بالراجع منهما نعم مع التساوى من جميع الجهات يسقط العمل بهما لاشتباه الحجه بينهما و على كل فان تعارضتا قبل الحكم لزم العمل بأرجحهما و ان ظهرت البينه المعارضه بعد الحكم فلا اثر لها نعم لو كذبت البينه نفسها أو رجع الشاهدان عن شهادتهما لم ينقض الحكم و غرمت البينه ان كان الحكم بمال أو حق مالى فلو حكم الحاكم بالقصاص فاقتص الولى ثم رجعت البينه عن شهادتها فان قالت أخطأنا غرمت الديه و ان قالت تعمدنا قتلا معا ورد الولى على ولى كل منهما نصف الديه

(ماده: ٨١) قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

المدار فى الأحكام الشرعيه سيما فى باب الغرامات و الضمانات على أسباب خاصته و موازين معينه فقد تقوم الحجه على الفرع فيثبت و لا- تقوم على الأصل فلا- يثبت فلو ادعى رجل على آخر دينا و قلت للمدعى أنا كفيله أو انا ضامن لهذا الدين و لكن المدعى عليه أنكر كنت أنت الملزوم به و أنت فرع دون المدعى عليه و هو أصل فتثبت الكفاله و لا- يثبت الدين و ذلك لحصول الحجه و هو الإقرار فى الأول دون الثانى و النظائر كثيره

(ماده: ٨٢) المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

هذا ضرورى و الا لم يكن الشرط شرطاً و ليعلم ان الشرط فى لسان الفقهاء يطلق على معين متغيرين. (أحدهما) ما يعلق عليه العقد أو الإيقاع (و الثانى) ما يتقيد به العقد أو الإيقاع و الأول هو ما يكون من قبيل جزء العله التامه و الثانى هو ما يكون من نحو التعهد و الالتزام و هذا هو الأكثر فى باب المعاملات استعمالاً فى لسان الشارع و المشرعه و هو قسمان وصف و هو المحقق الوقوع فى الحال أو الماضى أو الاستقبال مثل قوله بعتك ان طلعت الشمس غداً أو ان كانت طالعه حالا و هكذا و هذه فى الحقيقه صورته تعليق لا تعليق حقيقى، أو حال و هو ممكن الوقوع فقد يقع و قد لا يقع مثل بعتك ان جاء ولدى غداً من السفر أو عافى الله مريضى و نحو ذلك و هذا هو التعليق الحقيقى الذى اتفقت الإماميه انه مبطل للعقود و الإيقاعات و انه لا بدّ فيها من التنجيز لأن التعليق بهذا المعنى توقيف مضمون جملة على حصول جملة أخرى و حيث ان المعلق عليه غير حاصل فعلا فالبيع غير حاصل أيضاً و حصوله بعد يحتاج الى عقد جديد و العمده فى دليل البطلان هو

الإجماع ان تم و الا فللمناقشه فيه مجال واسع و يظهر من المجله عدم مانعيه التعليق من صحه العقد و الإيقاع سواء كان واقعا أو ممكن الوقوع و هو من حيث الاعتبار غير بعيد و لكن نقل الإجماع على بطلانه عند الإماميه مستفيض هذا موجز الكلام فى الشرط بمعنى التعليق (اما الشرط بمعنى التقييد فى العقد) الذى يرجع الى التعهد و الالتزام فهو الذى أشارت له المجله فى ماده (٨٣) يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان و الشرط بهذا المعنى ينقسم باعتبارات شتى إلى أقسام (أولها) ان الشرط تاره يكون ابتدائياً استقلالياً و اخرى يكون تبعاً ضمناً فالأول مثل ان تقول شرطت على نفسى ان ادفع لك مائه دينار اى تعهدت لك بذلك و كاد ان ينعقد إجماع الإماميه بأن مثل هذه الشروط الابتدائيه لا يجب الوفاء بها و ان الشرط بهذا النحو وعد يستحب الوفاء به فان تم الإجماع تعبدنا به و الا فللمناقشه فيه مجال و الفرق بين الوعد و الشرط يظهر بالتأمل (و الثانى) هو الالتزامات فى ضمن العقود مثل بعثك دارى و اشترطت لك تعليم ولدك أو خياطه ثوبك أو اشترطت لى خيار الفسخ الى كثير من أمثال ذلك و بهذا المعنى قد فسر الشرط صاحب (القاموس) و هو من بعض أخطائه حيث قال، الشرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه، و من المتفق عليه عند عموم المذاهب لزوم مثل هذه الشروط فى الجملة و لكن انما يلزم الوفاء بالشروط الصحيحه منها لا مطلقاً، اما الفاسده فهى لغو كما أنها أنواع (أولها) المستحيلات عقلاً و عاده و يلحق بها مالا فائده فيه من اللغو و العبث كما لو اشترط عليه ان يمشى على رجل

واحده أو يرفع بديه على رأسه مدة أيام (ثانيها) المحرمات شرعا ذاتيه أو عرضيه [ثالثها] ما ينافي مقتضى العقد مثل بعثك بشرط ان لا تملك و آجرتك بشرط ان لا تستوفى المنفعه أصلا لا مباشره و لا تسيبياً فكل هذه الشروط باطله بغير إشكال إنما الإشكال فى أنها تفضى إلى بطلان العقد أيضا أم لا و الحق أنها تختلف فالأخير يقتضى البطلان قطعاً كما سيأتى دون الأولين فلو باعه مثلا بشرط ان يشرب الخمر بطل الشرط و صح العقد ثم الشرط بمعنى الالتزام تاره يكون عملا خارجيا و أخرى و صفا داخليا فتاره يشترط له التعليم أو الخياطه و اخرى يشترط له ان يكون العبد المبيع كاتباً أو الفرس أصيلا و تخلف الشرط فى كلا الصورتين يوجب الخيار و هو المسمى بخيار تخلف الشرط و هذا أيضا موجز الكلام فى الشروط بمعنى الالتزامات و التفصيل موكول الى محله فى كتب الفقه و منه ظهر الكلام فى ماده (٨٤) المواعيد بصوره التعليق تكون لازمه. و فذلكه التحقيق هنا ان الوعد سواء كان معلقاً أو مجرداً لا- يجب الوفاء به و جوبا فقهيها نعم يجب و جوبا اخلاقيا فان الوفاء بالوعد من أجمل مكارم الأخلاق و وعد الحر [كما يقال] دين اى يجب الوفاء به سواء كان أيضا مجرداً أم معلقاً فلو قال رجل لآخر بع هذا الشىء من فلان و ان لم يعطك الثمن انا ادفعه لك فلو لم يعطه الثمن فان كان الوعد بنحو الالتزام و التعهد و جب ان يدفع له و الا فلا، و هذا من منفرداتنا اما ظاهر المشهور فعدم الوجوب مطلقا فليتدبر.

(ماده ٨٥) الخراج بالضمان

الظاهر انها كلمه نبويه كقاعده اليد و أمثالها من جوامع كلمه القصار القليله اللفظ الكثيره المعنى و المراد بالخراج ما يخرج من العين من غله و منافع و الظاهر ان الباء سببيه يعنى ان منافع العين تملك بسبب ضمانها و لازم هذا ان كل من عليه ضمان العين فمنافعها له غير مضمونه عليه و بهذا تمسك الحنفية لما ذهب إليه امامهم من ان الغاصب لا يضمن ما استفاه من منافع العين المغصوبه لأنه ضامن و ضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها.

و حيث تضافرت أخبار الإماميه عن أئمتهم ان الغاصب يضمن العين و المنفعه و صحيحه (أبى ولاد) عندهم مشهوره معروفه و قد تضمنت رد تلك الفتوى بأبلغ بيان لهذا التزم فقهاؤهم بتأويل هذه الجملة المتقدمه فحملها بعض اعلام المتأخرين على ما حاصله بعد توضيح و تنقيح منا، ان المراد بالضمان فى النبوى هو الضمان الجعلى الاختيارى ضروره ان كل عاقل إذا ضمن ملك الغير و جعل غرامه تلفه عليه فإنما يصنع ذلك بغرض استيفاء منفعه فالخراج يكون له بسبب ضمانه الاختيارى لا الضمان القهرى المجعول شرعا كضمان الغاصب و لا الضمان التبعى كضمان البائع درك المبيع و المشتري درك الثمن ضروره ان البائع هنا مع انه ضامن للمبيع و لكن منفعه لبست له بل للمشتري و هكذا فى المشتري بالنسبه إلى الثمن فان الخراج هنا ليس بالضمان قطعاً نعم خراج الثمن للبائع بالضمان اى بضمانه لأن تلف الثمن عليه و من ماله كما ان خراج المبيع للمشتري لأنه ضامن له و تلفه يكون عليه و من ماله فليس المراد الضمان القهرى. و لا التبعى و لا الضمان التقديرى كما فى أعتق عبدك عنى فإن الضمان عليه و منافع العبد ليست

له فتعين كون المراد هو الضمان الجعلى الاختيارى كما فى ضمان المعاملات و المعاطات فلا تصلح القاعده دليلا على عدم ضمان الغاصب للمنافع و يمكن ان يكون المراد منها ان خراج العين بسبب ضمانها اى من كان تلف العين عليه و من ماله فخراجها و منافعها له فيكون محصلها ان خراج العين لمالك العين الذى لو تلف العين كان تلفها عليه و من ماله فيكون مفادها مفاد ماده (٦٧) الغنم بالغرم اى غرامه العين و تلفها على من تكون له منافعها و غنيمتها و قد يعبر عنها بعبارة اخرى و هى من له الغنم فعليه الغرم و من جميع ما ذكرناه يتضح لك وجه القدح فى ماده (٨٦) الأجر و الضمان لا يجتمعان، و الحق أنهما يجتمعان و لا مانع من اجتماعهما عقلا و شرعا فالمقبوض بالسوم أو بالعقد الفاسد يضمن العين قابضها و يعطى اجره ما استوفاه من منافعها و هكذا الغاصب و نظائره و كذا ما فى:-

(ماده: ٨٧) الغنم بالغرم

و قد سبق ان من المعلوم كون منافع الشىء لا يملكها الإنسان إلا إذا كان مالكا أو متلقيا من المالك فمعنى هاتين المادتين أو الثلاث ان المالك له منافع الشىء و غلته و عليه خسارته و غرامته و إليها أيضا ترجع ماده [٨٨] النقمه بقدر النعمه و ان كانت لا شىء عند التحقيق.

(ماده: ٧٩) الفعل ينسب الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً

هذه قاعده اساسيه محكمه يحكم بها العقل و الشرع و العرف و يترتب على ذلك ان تبعات الفعل من قصاص أو ضمان أو عقوبه فهى على الفاعل لا على الأمر و ان ترتب على الأمر احكام شخصيه اخرى لكونه آمراً لا لكونه

فاعلا نعم قد يتحمل الأمر كل تبعات الفعل بحيث لا يكون شىء منها على الفاعل إذا كان جاهلا و قد غره الأمر و أغراه بقاعده المغرور يرجع على من غره و كذا إذا كان صبيا أو مجنوناً و قد امره الرجل العاقل بإتلاف مال غيره أو حياته فإنه و ان رجع على الولى لكن الولى يرجع بالغرامه على الأمر اما لو كان الأمر أيضا صبيا فلا و الى هذا ترجع.

(ماده: ٩٠) إذا اجتمع المباشر و السبب يضاف الحكم الى المباشر

و يلزم ان يستثنى من هذه الكليه ما لو كان السبب أقوى من المباشر نظير ما سبق من كذب البينه فلو شهد اثنان لرجل بان فلان قتل أباك فقتله ثم تبين تزويرها فإنهما يقتلان مع الرد و لا يقتل الفاعل لان السبب هنا أقوى من المباشر أو قال له أسرق مال فلان و الا قتلتك فسرقه فان الضمان على الأمر لأنه أقوى من المباشر السارق و هكذا نظائرها و هى كثيره

(ماده: ٩١) الجواز الشرعى ينافى الضمان

ينبغى ان تكون هذه ماده ناظره إلى الأمانات الشرعيه كاللقطه و مجهول المالك و قبض مال اليتيم المصلحه أو الحفظ و كثير من أمثال ذلك فإنه قبض جائز شرعا و التصرف بغير تعدى مأذون به من الشارع و مع اذن الشارع لا ضمان لو تلفت بغير تعد أو تفريط و إذن الشارع ان لم يكن فوق إذن المالك فليس هو بأقل منه، و الحاصل ان كلا منهما مسقط الضمان و قد غفل بعض الشراح عن هذه ماده و مثل لها بالمثل لا علاقته لها بهذه القاعده أصلا مثل ما لو حفر أحد فى ملكه حفره فسقط فيها دابه فهلك فلا ضمان على صاحب الحفره فإن الضمان هنا لا مقتضى له أصلا ضروره

ان تلف الدابه لا يستند الى صاحب الحفره لا مباشره كما هو واضح و لا تسببا لأن الإنسان له ان يتصرف فى ملكه كيف شاء، نعم لو حفرها فى غير ملكه أو فى شارع عام أمكن ان يلزم بالضمان و ان يكون هو السبب ان لم يكن إهمال من صاحب الدابه و على كل فينبغى ان يكون موضوع ماده ما كان مقتضى الضمان موجوداً و لكن الإذن الشرعى يرفع الضمان كما فى الأمانات فإن وضع اليد على مال الغير يقتضى الضمان و لكن الإذن الشرعى أو المالكى يرفعه فلا يجتمع الضمان و الجواز فتدبره جيداً.

(ماده: ٩٢) المباشر ضامن و ان لم يتعمد

هذه ماده هى قاعده الإلتلاف التى يعبر عنها فقهاؤنا (بان من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و تفترق هذه عن قاعده اليد المشهوره بأن هذه ناظره إلى التلف تحت اليد و تلك إلى الإلتلاف و ان لم يكن تحت اليد فيبينهما عموم من وجه يجتمعان و يفترقان و الإلتلاف و التلف يوجبان الضمان فى الجملة و ان لم يكونا عن عمد و لكن بنحو الاقتضاء و هذه القاعده تستفاد من جملة من الاخبار و المثله كثيره لا تخفى و لا يشترط فى الإلتلاف العمد نعم يشترط ذلك فى التسبب فالمسبب للتلف ان كان متعمدا ضمن بلا اشكال و الا فإن أسند الفعل اليه عرفاً كان ضامنا و الا فلا.

أما التعدى أى عدم الإذن الشرعى أو المالكى فهو شرط فى جميع أسباب الضمان و الى قضيه التسبب أشارت ماده (٩٣) المتسبب لا يضمن الا مع العمد.

(ماده: ٩٤) جنايه العجماء جبار

هذه المادة على الظاهر مضمون حديث أو نصه و في بعض كتب الحديث (جرح العجماء جبار) و المعنى واحد و العجماء هي البهائم لكن إذا كانت البهيمة مملوكة و أهملها صاحبها حتى دخلت دار قوم أو زرع آخرين فأتلفته فإنه ضامن لان السبب هنا أقوى من المباشر و هذا من موارد ضمان السبب و ان لم يكن متعمدا لان التلف كان من فعله و يسند اليه و الدابة كالأله و من هنا يظهر عدم صحه الإطلاق في المادة السابقه و هي ان المتسبب لا يضمن الا مع التعمد نعم لو ان شخصين ربط كل منهما دابته الى جنب دابه الآخر في فلاه أو في المنازل العامه كالخانات فأتلفت إحدهما الأخرى و كذا لو ربطها مالکها فأتلفت و أضرت فلا ضمان.

(ماده ٩٥) الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

يعنى حيث لا ولاية له على ذلك المال اما لو كان له ولاية كمتولى الوقف أو ولى اليتيم أو حاكم الشرع فى مال الغائب و أمثال ذلك فالأمر بالتصرف صحيح و نافذ شرعاً و بالجمله فالبطلان يدور مدار العدوان فهذه المادة ترجع إلى التي بعدها.

(ماده: ٩٦) لا يجوز لأحد ان يتصرف في ملك الغير بغير اذن،

و لو قال بغير اذنه أو اذن الشارع لأغنت أيضاً عن المادة التي بعدها (لا يجوز لأحد ان يأخذ مال أحد بلا سبب شرعى) و كلها ترجع الى

مفاد الحديث النبوي (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) بعد قوله تعالى (وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) و أمثالها التي حرم الله سبحانه فيها الإثم و البغى و العدوان و الأمثلة واضحة كثيرة و أطهرها موارد الغصب و السرقة و الرشوة. و قد مثل لها بعض الشارحين بما إذا صالح عن الدعوى فظهر انه لا حق له بتلك الدعوى أصلاً فإن الصلح باطل و يسترد بدل الصلح ففيه مع انه ليس من أمثله ما نحن فيه و البديل قد دفعه المصالح بطيب نفسه نمنع بطلان الصلح فإنه وقع لإسقاط الدعوى لا للحق الواقعي و هو واضح فتدبره جيداً

(ماده: ٩٨) تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

هذا التعبير لا يفصح عن الغرض المقصود بهذه المادة و هي ان الأسباب الشرعيه مؤثره كتأثير الأسباب الواقعيه فكما انه لو وهب ماله لشخص و تلف المال لا- سبيل له الى الرجوع بما وهب لزوال الموضوع فكذلك لو باع المتهم المال لم يبق للواهب حق الرجوع فيما وهب لانتقاله عنه اى هو كتلفه و كذا لو باع عينا بخيار و باعها المشتري من آخر بغير خيار فإنه لا يبقى للبائع الأول حق الرجوع و لو فسخ رجع بالمثل أو قيمه كما لو تلفت العين

(ماده: ٩٩) من استعجل الشىء قبل أوانه عوقب بحرمانه

أظهر مثال لهذه المادة- الوارث إذا قتل مورثه ليستعجل فى إرثه فإنه يحرم شرعاً من الإرث عقوبه له بحرمانه ما استعجل فيه و كذا لو قتل الموصى له الوصى فى وجه و كذا من طلق زوجته فى مرض موته

كى لا ترث منه فإنها ترثه لو مات فى الحول و لو بعد خروجها من العده و كذا لو حابى أحد ورثته ببيع أو هبه يقصد حرمان الباقيين فإنها تبطل على الأصح نعم يستثنى من هذه المادة ما لو قتل الدائن مدينه بدين مؤجل كى يتعجل فإنه يحل على قاعده الديون المؤجله التى تحل بموت من هى عليه و مقتضى المادة ان لا يحل و كذا فى منجزات المريض من بيع و نحوه محاباه لا يقصد الحرمان فإنها تصح سواء قلنا بخروجها من الثلث أو من الأصل و قد يعثر المتتبع على غير ذلك من الأمثله فى المستثنى و المستثنى منه.

(ماده: ١٠٠) من سعى فى نقض مآثم من جهته فسعيه مردود عليه

هذه المادة أشبه بان ترجع إلى قاعده عدم نفوذ الإنكار بعد الإقرار أو إلى أصاله الصحه فى عمل المسلم أو مطلقاً أو ما أشبه ذلك من الأصول و القواعد و ليست هى قاعده برأسها فإن الواهب له ان يرجع بهبته و قد تم من جهته الى كثير لا يحصى من أمثال ذلك، نعم لو باع ثم ادعى فساد المبيع لم يقبل منه و لكن لا لهذه القاعده بل لأصاله الصحه فى فعل العاقل و كذا لو أقر بدين ثم ادعى الاشتباه فإنه لا يسمع لقاعده (لا إنكار بعد الإقرار) و هكذا و بالجمله نقض الإنسان لعمله أو قوله يختلف فى القبول و عدمه باختلاف الموارد و الأصول و القواعد الجارية فى كل مورد بحسبه، هذا موجز القول فيما ذكرته المجله من القواعد العامه و قد اتضح لك جلياً ان بعضها يدخل فى بعضها و بعضها مستدرک لا يترتب عليه أثر.

أما القواعد الاساسيه منها التي تصلح لادن تكون مدرکاً و دليلاً على كثير من أبواب المعاملات و الإيقاعات فهي كما نتلوها عليك و إليك بيانها.

(١) العبره فى العقود للمقاصد و المعانى، لا للألفاظ و المبانى لعل المراد بهذه ماده ان الألفاظ تتبع ما أريد و قصد منها لا ما هى داله عليه بحسب وضعها التعيينى أو التعينى فلفظ بعث مثلا- و ان كان دالا بالوضع و الاستعمال على نقل الأعيان و لكن لو أريد منه نقل المنافع بدل الإجاره الموضوعه لذلك كان الاعتبار بما قصد و أراد و لو مجازا أو غلطا لا بما هو مدلول اللفظ بحسب وضعه و لكن التحقيق عندنا و هو الظاهر من بعض النصوص و متون فقهاثنا ان العقود يلزم فيها استعمال الألفاظ الصريحه الداله على معانيها بالوضع و المطابقه فلا يصح فيها المجاز و الكنايه فضلا عن مخالفه الوضع الشخصى أو النوعى و استعمال البيع فى الإجاره قد لا يكون صحيحاً لا حقيقه و لا مجازا فيكون غلطا و يقع العقد المزبور مثلا باطلا، نعم لا ريب ان المقصود هى الركن الأ-عظم فى العقود و لكن بقاء الألفاظ الخاصه الموضوعه للدلاله عليها المتحدده بتلك المعانى اتحادا جعليا لا بالألفاظ الغريبه عنها.

إذ من المعلوم ان للفظ أنسا و ملايسه مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه.

و نفورا و وحشه من المعنى الغير الموضوع له، و على كل فالصراحه اللانزمه سيما فى العقود اللانزمه توجب استعمال الألفاظ الداله على المعانى المقصوده بالوضع و المطابقه لا بالمجاز و الكنايه فضلا عن الغلط فاللازم ان تكون ماده هكذا:

العبره فى العقود للمقاصد و المعانى مع الألفاظ و المبانى و قد تقدم بعض البحث فيها فى أول الكتاب

(٢) قاعده الاستصحاب و هى إبقاء ما كان على ما كان و دليلها اخبار لا تنقض اليقين بالشك و إليها ترجع المواد الثلاث ٤- ٥- ٦ بل ماده ٨- ١٠ بل و ١١ (٣) أصاله البراءه التى تنفرد عن الاستصحاب من بعض الوجوه (٤) قاعده لا ضرر و لا ضرار، و إليها يرجع عشر مواد أو أكثر (٥) أصاله الحقيقه، (٦) المشقه تجلب التيسير (٧) درء المفاسد اولى من جلب المنافع (٨) ما حرم أخذه. حرم إعطاؤه (٩) ما حرم فعله. حرم طلبه (١٠) العاده محكمه- و لكن فى الجمله كما عرفت و مثلها تغير الاحكام بتغير الزمان و مثلها.

(١١) العبره للغالب الشائع (١٢) الممتنع عاده كالممتنع حقيقه (١٣) إذا تعارض المقتضى و المانع يقدم المانع (١٤) التابع تابع هذه ماده مجمله و لعل المراد بها ان التابع فى الوجود تابع فى الحكم و قد عرفت انه لا يطرد (١٥) إذا سقط الأصل سقط الفرع (١٦) الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود (١٧) إذا بطل الأصل يصار الى البدل (١٨) يغتفر فى التوابع ما لا يغتفر فى غيرها

(١٩) البقاء أسهل من الابتداء (٢٠) لا- يتم التبرع الا- بالقبض (٢١) التصرف على الرعيه منوط بالمصلحه (٢٢) الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (٢٣) البينه على المدعى و اليمين على المنكر (٢٤) البينه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره (٢٥) الولاية الخاصه أقوى من الولاية العامه (٢٦) اعمال الكلام اولى من إهماله (٢٧) ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله (٢٨) المطلق يجرى على إطلاقه (٢٩) الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر (٣٠) الكتاب كالخطاب عند فقهاء المذاهب لا عند الإماميه (٣١) إشاره الأخرس بيان (٣٢) لا حجه مع الاحتمال الناشئ عن دليل (٣٣) المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (٣٤) يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (٣٥) الخراج بالضمان (٣٦) الغنم بالغرم، (٣٧) الفعل ينسب الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا (٣٨) إذا اجتمع المباشر و السبب يضاف الحكم الى المباشر

(٣٩) الجواز الشرعى ينافى الضمان (٤٠) المباشر ضامن و ان لم يتعمد (٤١) المتسبب لا يضمن الا مع العمد (٤٢) جنايه العجماء جبار (٤٣) لا يجوز التصرف بمال الغير بغير اذن (٤٤) تبدل سبب الملك يقوم مقام الذات (٤٥) من استعجل الشىء قبل أوانه. عوقب بحرمانه.

هذه مهمات القواعد التى ذكرتها (المجله) و ما عداها فتكرار أو متداخل أو عديم الفائدة، و العجب أن مؤلفيها مع انهم من أفاضل علماء عصرهم ذكروا جملة من المواد العديمه الجدوى أو القليله الفائدة و أهملوا جمهورا من القواعد المهمه التى هى دعائم مبانى العقود و الإيقاعات و أبواب المكاسب و المعاملات، و نحن نذكر منها ما يحضرنا على عفو الخاطر و العتيد فى الذهن، كاستدراك على مواد المجله من دون استقصاء و استقراء و قد يجد المتتبع أكثر منها و إليك بيانها و تندرج فى فصول.

(الفصل الأول) (فى قواعد البيع و سائر العقود)**١- كل جملة لا يحصل أثرها الا بأخرى من آخر فهى عقد و الا بإيقاع أو اذن.**

هذه ضابطه التمييز بين العقد و الإيقاع و هى مطرده فى الغالب و قد وقع الخلاف فى بعض الأنواع انها عقد أو إيقاع كالجعله و الوديعه و الوصيه فى بعض الاعترارات و لعل منشأ الشك أو الخلاف هو عدم لزوم القبول اللفظى فيها و كفايه القبول الفعلى أو كل ما دل على الرضا بالإيجاب كما هو الشأن فى جميع العقود الجائزه.

على ان الثمره بين كون المعامله عقداً أو إيقاعاً نادره مثلاً- الوديعه.

أمانه مالكيه فإن كانت عقداً فهى عقد جائز من الطرفين فللودعى ان يعزل نفسه و يحلها فتتقلب أمانه شرعيه يجب المبادره إلى ردها و ان كانت إيقاعاً فهى إذن مجرد و ليس له عزل نفسه بل تبقى أمانه مالكيه حتى يستردها المالك أو يردها الودعى متى شاء، و على كل فالبحت فى ذلك قليل الجدوى.

٢-: كل عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول

لفظيين مع التوالى بينهما.

٣-: كل إيجاب فقبوله بعد موت الموجب باطل

إلا فى الوصيه.

٤-: كل من له القبول إذا مات قبله بطل

إلا فى الوصيه فإن حق

القبول ينتقل الى وارثه.

٥- أصله اللزوم في العقود

فكل عقد شككنا ان الشارع جعله لازماً أو جائزاً نبني على لزومه و إذا علمنا بأنه ذو نوعين جائز و لازم و شككنا ان العقد الذي وقع هل هو من الجائز أو اللازم نبني على انه من اللازم فإذا شككنا ان البيع الذي جرى بين زيد و عمرو هل وقع خياراً أم لا، نحكم بعدم الخيار حتى يثبت خلافه بدليل و هكذا في سائر الموارد.

كل ذلك لأصله اللزوم في العقود المستفاده من عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و أمثالها من الكتاب و السنه و هذا أصل نافع في جملة من العقود التي يشك في لزومها و جوازها.

مثل عقد المزارعه و المساقاه و عقد القرض و غيرها فان قام دليل بالخصوص على جوازها فهو المتبع و الا فأصله اللزوم في العقود تقضى بالحكم بلزومها

٦- أصله الصحة في العقود

و ينفع هذا الأصل أيضاً في الشبهه الحكميه و الموضوعيه فلو شككنا ان عقد المغارسه أو المسابقه المستعمل عند العرف قديماً و حديثاً هل هو صحيح شرعاً أم فاسد اى أمضاه الشارع أم لا بنينا على صحته لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أمثالها و لو شككنا ان بيع زيد داره من عمرو كان صحيحاً أم فاسداً بنينا على صحته لأصله الصحة، و لعل هذا الأصل يرجع الى أصل أوسع له و هو أصله الصحة في عمل

المسلم بل فى عمل العقلاء فإن الأصل فى كل عاقل ان لا يرتكب العمل الفاسد و ان لا يأتى إلا بالعمل الصحيح غايته ان الأصل فى المسلم ان لا يعمل إلا الصحيح فى دينه كما ان غيره يعمل الصحيح فى عرفه و تقاليده و هذا الأصل مع انه أصل عقلاى قد أيدته الشريعة الإسلاميه بالأحاديث الكثيره المتضمنه لمثل (احمل أخاك على أحسن الوجوه و لا تظن به الا خيرا).

و يؤيده سيره المسلمين المستمره فإنهم لا يفتشون عن المعاملات الواقعه من المسلم فى بيعه و شرائه و إجارته و زواجه و طلاقه و أمثالها سواء كانت مع مسلم أو غيره بل يبنون على صحتها و يرتبون آثار الصحه عليها أجمع إلا فى مقام الخصومات فيرجع الأمر هناك الى الايمان و البيئات. فهذا أصل واسع نافع يجرى حتى فى العبادات و الطاعات فضلا عن العقود و المعاملات و هو القاعده السابعه،

٧-: أصله حمل المسلم على الصحيح - بل العاقل مطلقاً

نعم يقع البحث و الكلام فى حدودها و قيودها و مقدار مفادها و مواردها.

٨- كل مبيع تلف قبل قبضته فهو من مال بائعه

يعنى ان خسارته على البائع لا- المشتري و يكون العقد مفسوخاً قهراً كان لم يكن و لازم الفسخ رجوع كل مال الى صاحبه و يكون تلفه عليه و الفسخ اما من حينه أو من حين التلف و تظهر الثمره فى النماء بين العقد و التلف فعلى الأول للبائع و على الثانى للمشتري

٩- لا بيع إلا في ملك، ١٠- لا وقف إلا في ملك، ١١- لا عتق إلا في ملك ١٢-: لا رهن إلا في ملك

هذه القواعد الأربع مسلمة عند فقهاء الإسلام أجمع على الظاهر، ولا يقدح في الأولى مثل بيع الفضولى والولى والوكيل فإنهم يبيعون للمالك نعم يشكل في بيع الغاصب لنفسه إذا اجازته المالك له أو لنفسه و يندفع بأن الاجازة ان كانت هي الناقله فلا اشكال و ان كانت كاشفه فهي تكشف عن وقوع العقد للمالك لا للغاصب فليتأمل و ربما يشكل أيضاً فى الثالثه بان الرجل لا يملك عموديه فكيف لو اشتراهما ينعقدان عليه و فى مثل أعتق عبدك عنى و يندفع بأن الأصحاب التزموا حفظاً لهذه القاعدة ان لا- تنخرم بتحقيق الملكيه آنأ ما بحيث لا تسع غير العتق بالشراء يملك أباه ثم ينعقد عليه قهراً قبل ان يتصرف اى تصرف بهذا العقد و كذا فى الأمر بالعتق فان المالك إذا أراد عتقه عن الأمر يكون قد نقل العبد اليه و أعتقه بالوكالة عنه و بالجمله فهذه القواعد عندنا محكمه مطرده و لا استثناء لها و كلما ورد فى الشرع مما هو ظاهر فى خلافها فلا بد من تأويله و رده إليها، نعم يشكل الأمر فى القاعدة الأخيره [لا رهن إلا فى ملك] فى استعاره العين للرهن كما هو المتعارف حتى فى هذه العصور و الظاهر انه من المتفق على جوازه و تطبيقه على القواعد قد يعد من معضلات الفن حتى ان بعضهم التزم بأنه ضمان محض و هو واضح

الضعف فان الضمان نقل مال من ذمه إلى ذمه أو اشتراك الذمم بعهده المال و ذمه المالك المعبر لم تكن مشغوله و لم تصر بعد العاربه مشغوله و يمكن التفصي عن الإشكال بأن مفاد القاعده هو اعتبار الملك في الرهن فلا رهن إلا في ملك أى فى ملك الراهن و الراهن هنا أى فى العاربه هو المالك المعبر لا المديون المستعير و لا مانع من ان يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره تبرعاً، انما الممنوع ان يرهن مال غيره على دين نفسه.

فهو رهن حقيقه و عاربه صوره.

و أدق من هذا و أعمق- ان المالك كما ان له ان يجعل ذمته مشغوله بدين الغير فيكون ضمانا بمعناه المعروف و يصير المال فى عهده كذلك له ان يجعل ماله مشغولا بدين غيره و يكون دين الغير فى عهده ماله بحيث لو عجز المديون عن الوفاء يكون ماله المرهون هو الذى يفى عنه فهو قد يرجع ببعض الاعتبار الى الضمان المصطلح و لكن ضمان ذمه المال، لا- ضمان ذمه الرجال، و يصح ان تقول- للرجل تاره ان يجعل المال فى ذمته و اخرى يجعل ذمته فى ماله، و على هذا فإن شئت فسمه ضمانا أو عاربه أو رهنا و لا مشاحه فى التسميه، فتدبره و اغتنمه فإنه من منفرداتنا و لله المنه.

(١٣) كلما يصح بيعه تصح هبته، و كلما لا يصح بيعه لا تصح هبته

طرد هذه القاعده مما لا- اشكال فيه فى الجمله ضروره ان البيع مخصوص بالأعيان الماليه و جميع الأعيان الماليه يصح هبتها فالقاعده الاولى موجب كليه مطرده و لكن عكسها غير مطرد فان المنافع لا يصح

بيعها و لكن تصح هبتها، و لو صح بيعها لم يكن فرق بين البيع و الإجاره، كما ان كليه الأولى قد تشكل فى مثل السلم فإن الكلى الموصوف يصح بيعه و لا يصح هبته،

(١٤) كلما صحت إجارته صحت عاريتة، و ما لا يصح - لا يصح

الظاهر ان هذه القاعده صحيحه مطرده فى عكسها و طردها فان متعلق الإجاره و العاريتة و ان كان هو العين و لكن باعتبار المنافع فكل عين يصح إجارته لمنافعها صحت إعارته لذلك و كذا العكس نعم قد يشكل فى العين الموقوفه ضروره انه يصح إجارته، و لا- يصح إعارته و يندفع- أولا. بمنع عدم صحه إعارته فان للمرتزقه ان يعيروها لمن شاءوا كما ان لهم ان يهبوا منافعها لمن أرادوا و ثانياً لو سلم عدم الجواز فهذا أمر عرضى و القاعده تنظر إلى الأشياء بعناوينها الأولى لا التى تلحقها ثانياً و بالعرض فليتدبر.

(١٥) كلما صح بيعه صح رهنه - و ما لا - فلا -

هذه الكليه مسلمه فى طردها لا اشكال فيها لان البيع كما عرفت يختص بالأعيان و كل عين ذات ماله - يصح بيعها كما يصح رهنها انما الكلام فى عكسها و هى أيضاً مسلمه بناء على المشهور من عدم صحه رهن المنافع نعم يبقى الإشكال فى الدين فإنه يصح بيعه و لا يصح رهنه، لاختصاص الرهن عندهم بالأعيان الخارجيه و لذا جعلوا القبض شرطاً فى صحه الرهن عند بعض و فى لزومه عند آخرين و استدلوا بقوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) و فى الخبر: لا رهن الا مقبوضاً فتكون القاعده مطرده فى عكسها لا فى

طردها لأن الرهن حينئذ أضيق دائره من البيع و فى هذه القضية أبحاث دقيقه، و تحقيقات وسيعه، لا مجال لذكرها فى هذا المختصر، و خلاصه ما عندنا فيها من التحقيق ان القبض لا- نراه شرطاً فى الرهن أصلاً لا- فى صحته و لا فى لزومه و المراد بالقبض فى الآيه و الخبر اعتبار كون الرهن عيناً صالحه للقبض فعلاً أى حين العقد فإذا وقع إيجاب الرهن و قبوله و جب على الراهن تسليم العين المرهونه إلى المرتهن و ثيقه على دينه كما يجب فى البيع تسليم المبيع بعد العقد فالقبض من آثار العقد لا من شروطه و لا- يكفى فى الرهن كونها عيناً فقط و ان لم تكن صالحه للقبض فعلاً- كما فى البيع و من هنا يتجه إمكان القول بصحة رهن الدين إذا كان حالاً أو اشتراط حلوله بحيث يمكن قبضه حين الرهن فاغتنم و تدبر.

(١٦) كلما يكال أو يوزن لا يصح بيعه قبل قبضه

و خصه الأ- كثر بالطعام لما روى عن النبى انه قال (من ابتاع طعاماً فلا- يبعه حتى يقبضه) و علله بعض فقهاء الجمهور بضعف الملك قبل القبض لانه لو تلف انفسخ البيع بقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه المتقدمه فيتوالى الضمانات فى شىء واحد.

و فى هذه القضية أقوال كثيره و مباحث طويله موكوله إلى محلها

(١٧) الأصل فى العقود الحلول إلا مع الشرط فى غير الربوى

يعنى إذا باع داره بمائه دينار مثلاً- و أطلق أو أجرها كذلك فالأصل يقتضى تسليم الثمن نقداً الا ان يشترط تأجيلها إلا فى الربويات فإن التأجيل يبطلها فلو باعه مناً من الحنطه بمثلها أو بمن من الشعير الى شهر

أو سنه بطل لأن الربويات يجب بيعها مثلا بمثل يدا بيد و كذا فى الصرف و نظائره مما يجب فيها التقابض فى المجلس و يبطلها التأجيل،

(الفصل الثانى فى أحكام الشروط)

(١٨) الشرط جائز بين المسلمين الا ما أحل حراما أو حرم حلالا

هذه من النبويات أيضا و مثلها

(١٩) المؤمنون عند شروطهم الا ما خالف كتاب الله (٢٠) الشرط أملك عليك أم لك

و هذه توضح المراد من الجواز فى الاولى و (عند شروطهم فى) الثانى و ان المقصود منه هو النفوذ و الزوم (جاز بمعنى نفذ) لا الجواز بمعناه المعروف. و معنى كون المؤمن عند شرطه انه لا ينفك عن شرطه و لا يتخلف عنه بل هو ملتزم به ابدًا. و فى تعليق الظرف على المؤمن و إسناده إليه إشاره إلى ان الايمان يلانزم الوفاء بالعهد و الالتزام و ان من لا يفى بعهده فليس بمؤمن، و بالجمله فهاتان الجملتان من جوامع كلمه صلوات الله عليه و يقع البحث و النظر فى فقه الحديثين و ان المراد بما خالف كتاب الله أو أحل حراما أو حرم حلالا- ما ذا- هل هو تحليل الحرام بمعنى التشريع مثل ان يشترط عليه ان يجعل شرب الخمر المحرم على المكلف

له. أو يشترط عليه ان يشرب الخمر على حرمة و يتفرع على هذا انه لو شرط بائع الجارية على المشتري ان لا يطأها أو لا يمسهها و نحو ذلك أو شرطت الزوجه فى عقد النكاح على الزوج ان لا يطلقها أو لا يتزوج عليها و نحو ذلك، فهل مثل هذه الشروط باطله لأنها تحرم حلالاً أولاً بل المراد تحريم الحلال الذى علم من الشرع عدم صلاحيته للتغيير و عدم تأثير شىء عليه مثل الإرث و التسرى و التزويج بأكثر من واحد فلو شرطت عليه ان لا يورث أولاده أو لا يتسرى أو لا يتزوج بغيرها كان باطلاً لأنه يحرم حلالاً غير صالح لان يتغير بالشرط بخلاف اشتراط ان لا يسافر بها أولاً يخرجها من بيت أبيها و أمثالها من المباحات ذاتاً و تكون بالشرط واجبه الفعل أو الترك و الا لبطلت الشروط و لم يبق لها مورد و للفقهاء فى هذه المشكله مباحث مطوله و آراء متضاربه شحنوا بها مطولاً لهم. و زبده ما عندنا من الحل فيها بعد الغرله و التمهيص - ان اشتراط شىء من المحرمات الذاتيه أو العرضيه كما لو باعه و اشترط عليه شرب الخمر أو مخالفه النذر أو الصيد فى الإحرام أو وطئ زوجته الحائض نظائر ذلك فهو باطل بلا إشكال لأنه شرط يحلل حراماً ثم اختلفوا انه يبطل العقد أولاً: و قد عرفت ان الأصح ان مثل هذه الشروط الباطله غير مبطله، و اما اشتراط ترك شىء من المباح كترك الطلاق أو ترك الزواج أو عدم السفر، و ما الى ذلك من أنواع الحلال فله صورتان (الاولى) ان يكون متعلق الشروط ذوات الافعال مع قطع النظر عن أحكامها بأن يشترط فى العقد نفس الفعل أو عدم الفعل

فيكون الفعل أو عدمه لازما بالشرط و ان كان مباحا بالذات مثل ان تشترط عليه ان لا يطلقها أو لا يتزوج عليها. و أمثال ذلك (الثانيه) ان يكون متعلق الشروط الافعال باعتبار ما لها من الاحكام شرعا تكليفا أو وضعيا فيكون الغرض من الشرط في الغايه قلب الحكم الشرعى و تغييره فتكون الشروط على هذا مشرعه مثل ان تشترط فى عقد النكاح ان يجعل الزوج بغيرها أو طلاقها حراما عليه أو يجعل إرثها ثلثا من تركته لا ربعا أو ثمنا إلى أمثال ذلك من الشروط المغيره لنفس الحكم الوضعى أو التكليفى و هذه هى الشروط التى تحرم الحلال و تخالف كتاب الله و شريعته الإسلام لا الذى هو على الصورة الاولى و الا لكانت الشروط كلها باطله و لم يبق للشروط الصحيحه مورد كما سبق.

(٢١) كل شرط تقدم العقد أو تأخر فهو باطل

الشروط المتفق على لزومها بلزوم العقد بعد فرض صحتها و يكون تخلفها موجبا للخيار هى التى تقع فى ضمن العقد. اما التى تتقدم فان وقع العقد مبني عليها كما لو قال بعتك على الشروط المتقدمه لزممت و كانت كالمذكوره فى العقد و اما التى تتأخر بعده بفاصل معتد به بحيث يكون منفصلا عن العقد فلا اثر لها و لا ترتبط بالعقد أصلا

(٢٢) شرط الله أحق و أسبق و الولاء لمن أعتق

هذه أيضا من النبويات قالها صلوات الله عليه لما اشترت عائشه بريره و اشترط مواليتها ان لهم ولائها عند عتقها فقال (ص): شرط الله أحق و أسبق، و الولاء لمن أعتق.

يعنى ان هذا شرط يخالف ما شرعه الله في طبقات الإرث فإن أسباب الإرث نسب أو سبب و السبب اما مصاهره أو ولاء أو امامه و الولاء هو ولاء المعتك و لا يمكن ان يتغير بالشرط فيكون لغيره كما لا تتغير سائر أسباب الإرث

(٢٣) شرط الواقف كنص الشارع

هذه القاعده مأخوذه من الحديث المشهور الوقوف على ما يوقفها أهلها يعنى انه يجب الاقتصار عليها و عدم التعدى حسب الإمكان فلو لم يمكن أو كان فى الاقتصار ضرر على الوقف أو المرتزقه جاز التعدى عنها على خلاف بين الفقهاء لا محل لذكره

(٢٤) كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه فهو باطل

لا إشكال فى ان الشرط الذى ينافى مقتضى العقد باطل بل و يبطل العقد لانه يستلزم عدم الجزم بمضمون العقد، انما الكلام و البحث فى تشخيص منافى مقتضى العقد من غير المنافى و تعيين الضابطه الكليه فى المقام فلو باعه العبد و شرط ان لا يعتقه أو باعه الدار و شرط عليه ان لا- يبيعهها أو لا- يرهنها، و أمثال ذلك مما يسلب سلطنه المالك عن بعض التصرفات فإنها شروط صحيحه اتفقا مع أنها تنافى مقتضى العقد و (التحقيق) ان المراد بالمنافى الذى يبطل و يبطل العقد هو ما ينافى جوهر العقد و حقيقته مثل ان يبيعه بشرط ان لا يملك أو بشرط ان لا يتصرف أصلا أو آجره الدار بشرط ان لا يتصرف فى منافعها فان مثل هذه الشروط تعود إلى إبطال صميم العقد و تؤدى الى شبه التناقض

و مرجعها الى انى بعتك و ما بعتك و آجرتك و ما آجرتك، اما لو باعه و اشترط عليه ان لا يبيع أو لا يرهن أو آجره و اشترط عليه ان لا يؤجر و أمثالها فهي لا تنافى صلب العقد و حقيقته و انما تنافى إطلاقه يعنى ان العقد إذا أطلق كان له السلطنة التامه المطلقه على المبيع و لو قيد كان له السلطنة المقيدة اما لو سلبه مطلق السلطه بطل و الفرق واضح بين مطلق السلطنة و السلطنة المطلقه و الشرط بالنحو الأول باطل و بالنحو الثانى صحيح و هذا فى كثير من العقود و أكثر الشروط واضح، و التمييز بينهما بين و لكن قد يشكل فى كثير من المقامات مثل ما لو تزوجها بشرط ان لا يطلقها فإنه شرط صحيح و لا ينافى مقتضى العقد بل ينافى إطلاقه و لو تزوجها بشرط ان لا يطأها أبدا ففى مثل هذا الشرط يقع الإشكال فى انه مناف لجوهر العقد و حقيقه أو لا طلاقه، و فى أمثال هذا تظهر فقاهاه الفقيه و قوه استنباطه و دقه نظره و لطف قريحته.

(الفصل الثالث) فى القواعد المختصه بالخيارات و احكام الخيار

(٢٥) البيعان بالخيار ما لم يفترقا. فإذا افترقا وجب البيع

هذه أيضاً من النبويات المتسالم على صحه روايتها عند عامه المسلمين و لعلها من المتواتر و يثبت بها أول خيار فى عقد البيع و هو خيار المجلس الذى اتفقت عليه الإماميه و أكثر المذاهب استناداً الى ان ظاهر الافتراق هو التفرق بالأبدان و هو المتبادر منه لغه و عرفاً فيكون معنى الحديث ان البائع و المشتري لهما الخيار بعد اجراء العقد الى ان يفترقا و ما دام مجتمعين فى مجلس العقد فالخيار باق لهما فإذا تفرقا صار البيع لازماً لا- خيار فيه من هذه الجهة و عليه فلا مجال للإنكار خيار المجلس و حمل الحديث على معنى بعيد لا يساعد عليه عرف و لا لغه

(٢٦) المعيوب مردود

تومى هذه القاعده إلى خيار العيب و يمتاز عن سائر الخيارات بان المعيب ثمناً أو مئماً يوجب الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بالأرش و قد يتعين الأرش فى بعض الموارد كما لو حدث عيب جديد يمنع من الرد و قد يتعين الفسخ أو الإمضاء بغير أرش كما لو أحاط الأرش بالثمن فإن أخذه يستوجب الجمع بين العوض و المعوض فيتعين الفسخ أو الإمضاء

بقبوله معييا و لا- يمكن المطالبه، و هنا مباحث جمه و تحقيقات مهمه، عسى أن تأتي الإشاره إلى يسير منها فى بابها من هذا الكتاب

(٢٧) الخيار فى الحيوان ثلثه ثم لا خيار

تفيد هذه القاعده (و لعلها نص الحديث) خيار الحيوان و هو أحد الخيارات المشهوره و فيه جهات للبحث عند الفقهاء كثيره منها انه هل يختص بمشترى الحيوان لم يعم بايعه، و هل يختص بعقد البيع أم يعم سائر العقود الناقله

(٢٨) التصرف مسقط للخيار

لا- خلاف عندنا ان تصرف ذى الخيار فيما له الخيار فيه مسقط لخياره و الاخبار به مستفيضه إنما الكلام فى مقدار التصرف المسقط فليل كل تصرف حتى ركوب الدابه و لو قليلا و استخدام العبد و لو بمثل اسقنى الماء. و قيل بل خصوص التصرفات التى لا- تصح من غير المالك كتقبييل الجاربه و بيعها و رهنها و الفقهاء هنا بين إفراط و تفريط و الا وفق بالاعتبار و الجمع بين الاخبار ان كل تصرف دال على الرضا و الالتزام بالعقد فهو مسقط للخيار و إلا فلا. فلو ركب الدابه يريد اختبارها و استخدم العبد يريد امتحانه لم يسقط خياره

(٢٩) التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له

مثلا- لو تلف الحيوان عند المشتري فى الثلاثه و قلنا باختصاص الخيار به دون البائع فالتلف بمقتضى هذه القاعده على البائع و يسترجع المشتري الثمن منه و لازمه انفساخ العقد قبل التلف آنا ما حتى يكون

التلف فى ملك البائع و يرجع الثمن إلى المشتري حسب ما يستدعيه كل فسخ أو انفساخ و الا فليس من المعقول ان تلف مال شخص يكون ضمانه على آخر قهرا عليه و هذه القاعدة نظير أختها المتقدمه- كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و الفرق بينهما ان التلف هناك قبل القبض و هنا بعده و الكلام فى ان الفسخ من حين العقد أو من حين التلف عين ما تقدم.

(٣٠) كل خيار فإنه يزول العقد

اتفق الإماميه على ان العقد الخيارى يقع متزلزلا و ان كانت آثار العقد تترتب من حينه من الانتقال و الملكيه و وجوب التسليم و غيرها غايته انه لو فسخ صاحب الخيار انحل العقد و رجع الثمن إلى المشتري و المثلن إلى البائع و يقع الكلام حينئذ ان الفسخ هل هو من حينه أو ينحل العقد من أصله و يترتب على ذلك قضيه المنافع من حين العقد الى حين الفسخ و على الأول تكون منافع المبيع فى تلك المده للمشتري و منافع الثمن للبائع و على الثانى بالعكس و نسب الى بعض أعظم فقهاء الإماميه ان العقد لا يؤثر إلا بعد انقضاء زمن الخيار لازما و صيروره العقد و هو غريب شاذ و على كل فالعقد الخيارى يقع مراعى فاما ان ينحل و ينتقض أو يلزم و يبرم ثم ان الجواز و اللزوم قد يتعاوران على العقد و ذلك فى شرط الخيار فقد يشرط الخيار لنفسه بعد سنه فى ثلاثه أيام فإذا مضت الثلاثه و لم يفسخ لزم فهو جواز بين لزومين و لو شرط له خيارا بعد خيار المجلس بشهر، مثلا فيكون لازما فى الشهر فقط فهو لزوم بين

جوازين و ربما يتحقق أمثال هذا فى غير خيار الشرط من أنواع الخيارات كما يظهر للمتبع النبیه

(٣١) الأصل فى الخيار الفوریه

حيث قد عرفت ان الأصل فى العقود لزوم سيما البيع فلا يخرج عن هذا الأصل إلا بمقدار اليقين فإذا دل الدليل على الخيار فى الجملة لزوم الاقتصار على المتيقن و هو الفور فان فسخ ذو الخيار فورا و إلا صار العقد لازما نعم لو كان فى دليل الخيار دلالة على التراخى صراحه أو إطلاقا امتد زمن الخيار بمقدار ما يدل عليه الدليل و من هنا قسموا الخيار من حيث الفور و التراخى إلى ثلاثه أنواع (الأول) ما هو على التراخى اما من نفس دليل الجعل كخيار المجلس و خيار ثلاثه الحيوان و خيار ثلاثه التأخير و خيار العيب أو بجعل المتعاملين كخيار الشرط و شرط الخيار (الثانى) ما هو على الفور كخيار الرؤيه على المشهور فإذا باع عينا بالوصف ثم وجدها على خلافه كان له الفسخ فورا فان لم يفسخ لزمه العقد و لكن إطلاق بعض الاخبار قد يستفاد منه التراخى على اشكال (الثالث) ما يصلح لكل منهما و هو الخيار المجعول بجعلهما كخيار الشرط كما عرفت اما خيار الغبن أو العيب فقبل على الفور و لعله المشهور و قيل على التراخى و هو الأقرب عندنا.

(الفصل الرابع) فى الدين و الرهن و الضمان**اشاره**

الدين فى مقابل العين و هو اشتغال الذمه بكلى للغير أو الكلى الذى اشتغلت به الذمه للغير، مثلًا إذا اشتغلت الذمه بدرهم فهو كلى لأن كل درهم فى الخارج يصلح ان يكون مصداقا له و التعيين فى الوفاء للمدين، و سبب اشتغال الذمه يكون اختيارياً تاره كما فى العقود مثل القرض و البيع و الإجاره و نحوها، و قهرياً اخرى كالواجبات المالىه الشرعيه مثل الكفارات و الضمانات و النفقات و غيرها. و يكون حالا و مؤجلا حسب الجعل. و الرهن هو الوثيقه على الدين، و يمكن جعل الوثيقه على العين كالعاريه و المقبوض بالسوم و نحوها و لكن لا يسمى رهنا. اما الضمان فهو عند الجمهور اشتغال الذمم بحق واحد فهو عندهم من الضم و النون زائده فيصح ان يقال انه ضم ذمه إلى أخرى. و عند الإماميه انتقال الحق أو نقل الحق من ذمه إلى أخرى فهو من الضمن و النون اصلية و المراد بالحق المضمون هو الدين أى الحق الثابت فى الذمه فعلا أو بالقوه القريبه كدرك الثمن أو المثلن و كنفقه الزوجه مده شهر

أو سنه و هذا هو الذى يصح الرهن عليه و من هنا تتجه القاعده

(٣١) كلما جاز الرهن عليه جاز ضمانه

و هى كليه مطرده فى طردها، اما عكسها و هو مالا يجوز الرهن عليه لا يجوز ضمانه فقد ينفذ بدرك المبيع فقد قيل انه لا يجوز الرهن عليه لاستلزامه بقاء الرهن فى الغالب مؤبدا لجواز ان لا يظهر له مستحق بخلاف الضمان فإنه لا محذور فيه و لا يخفى ما فيه.

(٣٢) كل دين حال لا يتأجل

تأجيل الحال يحتاج الى سبب جديد و هو نادر منها اشترط تأجيله فى عقد لازم. و منها ضمان الغير له مؤجلا.

(٣٣) كل دين مؤجل لا يكون حالا

الا برضاها أو موت المديون للخبر المشهور (إذا مات الميت حلت ديونه) و سره زوال ذمته بموته فينتقل الحق فى ماله و هذا نظير ما ذكرنا سابقاً من اشتغال ذمه المال لا ذمه الرجال يعنى انتقل الحق من ذمته الى تركته

(٣٤) الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف

الظاهر انه حديث أو مضمون حديث و الأصل و الاعتبار أيضاً يقتضى ذلك إذ لو أطلق التصرف للراهن فى العين المرهونه كما كان قبل الرهن زال الوثوق، اما المرتهن فليس له الا حق استيفاء دينه من الرهن لو امتنع الراهن عن الأداء فالعين و منافعها لا تزال ملك الراهن و ان كان ممنوعاً من استيفائها بنفسه

(٣٥) المرهون غير مضمون الامع التعدى أو التفريط

لان العين المرهونه عند المرتهن امانه و الامانه لا تضمن إلا بالتعدى أو الشرط

(٣٦) المرتهن أحق برهنه

و هذه احدى فوائد الرهن فان الراهن إذا أفلس أو مات و قصرت أمواله عن ديونه يضرب الغرماء فى تركته بالنسبه، و لكن المرتهن يأخذ تمام دينه من الرهن فيبيعها هو أو الورثه أو الحاكم فان زاد ضمه إلى الأموال للغرماء و ان نقص ضرب معهم بالناقص

(٣٧) الكفيل غارم

فإذا عجز المكفول أو أعسر أو تمرد غرم الكفيل اى تعين للغرامه و هذا على رأى الجمهور فى الضمان و الكفاله و اما عند الإماميه فالمكفول تبرأ ذمته من حين الضمان و ينتقل الحق إلى ذمه الضامن.

ثم ان الضمان يستعمل فى اصطلاح الشرع و المتشرعه و الفقهاء فى معينين.

(الأول) ما سبق من ضم ذمه إلى ذمه أو انتقاله من ذمه إلى أخرى.

(الثانى) غرامه المال و كون خسارته عليه و لكن لما كان خساره مال كل إنسان عليه لم يكن معنى لاستعمال الضمان بهذا المعنى لأن الإنسان لا يملك على نفسه شيئاً لذلك لم يستعمل الضمان فيه الا نادرا و اختص استعمال الضمان فى الأكثر بما إذا تحمل إنسان خساره تلف

مال غيره فيقال هو ضامن لفلان اي يملك على ذمته غرامه ماله و يمكن اندراج المعنيين تحت عنوان واحد جامع و هو ان حقيقه الضمان هو كون مال إنسان فى عهدہ آخر فيندرجان تحت ضمان العهدہ و حيث انه على خلاف الأصل ضروره ان الأصل عدم تحمل إنسان لعهدہ مال غيره فلا يتحقق الضمان مطلقا و بأى معنى كان إلا بأسباب خاصه بعضها اختيارى كالضمان بالمعنى الأول و بعضها قهرى و ان كانت بعض مقدماته اختياريه أو لا اختيار فيه أصلا كالضمان بالمعنى الثانى و له أسباب شرعيه كثيره و يساعد اعتبار العقلاء على سببيتها للضمان أيضاً. و أقوى تلك الأسباب و أكثرها موارد هى اليد.

(٣٨) قاعده اليد

المأخوذه من الحديث النبوى المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدى). و هى أيضاً من النبويات البليغه و جوامع كلمه صلوات الله عليه و كتب فيها علماؤنا الأعلام رسائل منفرده و شروحا ضافيه و لا مجال هنا لبسط القول فيها و خلاصته ما تدل عليه ان كل من وضع يده على مال غيره ظلماً و عدواناً أو جهلاً و نسياناً أو غير ذلك فهو ضامن له اي يكون عهدہ ذلك المال عليه حتى يردہ الى صاحبه و لازم ضمان العهدہ أى كون المال فى عهدتك ان ترده الى مالكه ان كان المال موجوداً و ان تلف تداركه برد المثل أو القيمه إليه فتوديه اليه ببدله بعد تعذر عينه فاليد سبب للضمان بهذا المعنى و يتفرع على ذلك قضيه ترتب الأيدى على العين الواحده فالغاصب مثلاً إذا باع العين المغصوبه ثم انتقلت من يد الى يد

فكل واحد منهم ضامن و لكن على البدل بمعنى ان للمالك الرجوع على اى شخص منهم و يرجع كل منهم على الآخر و يكون قرار الضمان على من تلفت العين فى يده، و لنا فى هذا البحث تعليقات نفيسه على كلمات الأصحاب و مباحث دقيقه فى هذه القاعده لا يسمعها هذا المختصر

(السبب الثانى) (٣٩) قاعده الغرور

المستفاده من بعض الأحاديث و اعتبار العقلاء المعبر عنها بقولهم:

(المغرور يرجع على من غره) فلو قدم لك شخص طعاما لتأكله مجاناً أو دابه لتركبها ثم ظهر انها لغيره فله ان يطالبك بالقيمه أو الأجره و عليك ان تدفعها له و ترجع بما دفعت على من غرك و أغراك بأنه طعامه و قد بذله لك و هكذا أمثال ذلك فى جميع الأبواب فالغرور من أسباب الضمان كاليد، و ينفك الغرور عنها فى الموارد التى لا يد هناك و بينهما عموم من وجه كما لا يخفى و أبواب الغرور المجرد فى البيوع و الإجاره و غيرها كثيره، و يشبه ان يكون من باب التسبيب كالقاعده الآتیه.

(٤٠) الإلتاف

و هو السبب الثالث من أسباب الضمان و هو ينفك أيضاً عن سابقه و مدركه القاعده المستفاده من الاخبار أيضاً و هى (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و هى عامه أيضاً كقاعده اليد، يعنى ان التلف كالإلتاف يجرى

فى العالم و الجاهل و العامد و الغافل، و الناسى و الذاكر، و الصبى و البالغ نعم التلف يختص باليد و يعم السماوى و غيره. كما ان الإلتلاف يعم ما لو كان تحت اليد أو لم يكن.

(٤١) الاحترام

من أسباب الضمان احترام عمل المسلم، فمن عمل عملاً لمصلحتك مع الاذن من حاكم الشرع أو مطلقاً أو أمرته بان يعمل لك عملاً فقام فليس معناه انه عمله مجاناً بل عليك اجره المثل له لان عمل المسلم محترم إلا إذا قصد التبرع أو صرح بذلك فلو اختلفا فى صورته عدم التصريح فالقول قوله لأنه أعرف بقصده و لا يعلم الا قبله

(٤٢) ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

من أسباب ضمان مال الغير قبضه بعقد معاوضه فاسد و عقود المعاوضات كلها ضمانيه فالبيع مثلاً صحيحه مضمون بالثمن المسمى ففاسده مضمون أيضاً، و لكن بالمثل أو قيمه فلو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد و تلف فى يده مع جهل البائع بالفساد كان مضموناً عليه اى على المشتري لأن البيع صحيحه مضمون، ففاسده أيضاً مضمون بمثله أو قيمته، و الهبه و أمثالها من عقود الارتفاق و المجان صحيحتها غير مضمون ففاسدها غير مضمون فلو قبضت عينا بالهبه الفاسده لا تضمنها لان صحيحها غير مضمون ففاسدها غير مضمون. و مثلها الوقوف و الصدقات و أضرابها. و لكن التحقيق ان سبب الضمان فى البيع الفاسد

و نظائره هو قاعده اليد و سبب عدم الضمان فى الهبه و إخوانها هو التسليط المجانى المسقط لضمن اليد كما سيأتى قريباً و البحث المستوعب فى هذه القاعده موكول الى محله و حيث عرفت أشهر أسباب الضمانات و أشيعها فاعلم أن للضمانات مسقطات أهمها و أقومها- الأمانات

(٤٣) الائتمان مسقط للضمن

وضع اليد على مال الغير يقتضى الضمان حسب ما عرفت و لكن إذا دفعه إليك مؤتمن سواء كان بصفه الامانه المجرده كما لو كان الدفع لمصلحته فقط كالوديعة التى هى استنابه فى الحفظ فقد سقط الضمان قطعاً فلا ضمان بتلفها الا مع التعدى و التفريط و هما فى الحقيقه إتلاف و الا- فضمن اليد ساقط قطعاً، أو كان أمانه مختلطة كما لو كان الدفع لمصلحه الطرفين مثل العين المستأجره و مال القراض (المضاربه) و نظائرها أو كانت متمحضه للقابض كالعاريه. فحكم الجميع عدم الضمان للائتمان و ليس على الأمين غير اليمين. فالضمانات لا تجتمع مع الأمانات أصلاً و لكن بالحد الذى عرفت من الضمان فتدبره جيداً

(٤٤) الاذن مسقط للضمن

هذا هو المسقط الثانى فإن الاذن من الشارع أو من المالك و ان لم يكن بصفه الأمانه الخاصه أو العامه يسقط الضمان كما لو اذن لك فى أكل ماله أو عتق عبده عن نفسك أو ركوب دابته و عطبت ففى كل ذلك لا ضمان و ان كان مقتضى الضمان فى الجميع قائماً و هو اليد و لكن الاذن مانع و مثله الإذن الشرعى و هو الأمانات الشرعيه لا المالكيه كاللقطه

و مجهول المالك بل و مال اليتيم عند الولي و مال الغائب عند الحاكم و هكذا اليد تقتضى الضمان و الاذن الشرعى يسقطه فتدبر هذا.

(٤٥) التسليط و الاقدام يسقط الاحترام

مال المسلم و عمله كما عرفت محترم و مقتضى للضمان، و لكن لو عمل لك عملا بدون إذنك أو مع نهيك أو باعك بالبيع الفاسد و سلطك على المبيع مع علمه بالفساد فاتفته أو تلف من نفسه عندك سقط الضمان عنك و لا يستحق الثمن و لا الأجره لأن التسليط و الاقدام قد أسقط احترام ماله و عمله و إذا سقط الاحترام سقط الضمان. نعم لو كانت العين موجوده كان له استرجاعها طبعاً،، هذه أهم أسباب السقوط بعد الاسقاط و الوفاء و الدفع أو الإبراء، كما ان تلك أهم أسباب الضمان عدا ضمان الدرک و أشباهه، مما لا يندرج فى عنوان الضمان بالمعنى الذى ذكرناه من كونه تلف مال شخص على آخر و ضمان العهده يشمل الكل و يعم الجميع فتدبره.

(الفصل الخامس) فى قواعد عامه متفرقه يبنى عليها جمهره من الفروع

(٤٦) قاعده السلطنه

التي تستفاد من النبوى (الناس مساطون على أموالهم) و يترتب عليها كثير من الاحكام، مثلاً للإنسان أن يتصرف فى داره كيف شاء

و يفتح شبابيك في جداره و لو مع الاشراف على جاره و ليس للجار منعه لان الناس مسلطون على أموالهم الا ان يستلزم ذلك الإضرار بالجار فيرفع لقاعده لا ضرر الحاكم على قاعده السلطنه. نعم لو تعارض الضرران رفعت القضية الشخصيه إلى حاكم الشرع لينظر اي الضررين أخف فيقضى به أو يجد منفذا يتخلص منه الى الجمع بين الحقين و ارتكاب أهون الأمرين

(٤٧) قاعده الجهاله و الغرر

اتفق الكل على ان الجهاله في العقود اللازمه كالبيع و الإجاره و نحوهما مبطلان للعقد يعنى انه لا يصح مع الجهاله في أحد العوضين و التعيين و العلم شرط في صحه العقود بل الإيقاعات في الجملة فلو باعه بعشرين و لم يعينها دراهم أو دنانير أو باعه كتابا و لم يعينه بشخصيته أو بوصفه الراجع للجهاله لم يصح العقد، كما انه لو قال احدى نسائي طالق أو أحد عبيدى حر لم يقع طلاق و لا عتق، و هذا مما لا اشكال فيه عند عامه المسلمين في الجملة، و يؤيد الإجماع الشرعى و العقلانى الحديث النبوى المشهور. نهى النبى عن الغرر. أو نهى النبى عن بيع الغرر. إنما الاشكال و البحث و الجدل في ضابطه الغرر و الجهاله و قد اضطربت كلمات الفقهاء و اللغويين في تعريفه و تحديده و يتفرع على ذلك فروع كثيره يختلف حكمها باختلاف معنى الغرر، و ان مجهول الوجود أو الحصول أو العين أو الصفه أو المقدار لا يصح بيعه. و سيأتى بيان ذلك في محله إن شاء الله.

(٤٨) قاعده الإحسان

المستفاده من قوله تعالى ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾. و يتمسك بها في موارد كثيره مثل ما لو أودع عندك شخص وديعه و خشيت عليها من التلف فنقلتها الى مكان حريز تأمن عليها فيه و صرفت على نقلها مالا فإنك تستحق الرجوع به على المالك، و ان لم يأذن لك فيه و لكنك محسن و ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ بل يمكن القول بان لك حق سعيك و عملك لان عمل المسلم محترم ان لم تقصد التبرع. و هذا مما يساعد عليه العقل و العرف و الاعتبار سيما في اللقيطه حيوانا أو إنسانا حرا أو عبدا فيجوز بل قد يجب على الملتقط ان ينفق عليها خوف الهلاك و يرجع بها على صاحبها لو وجدته بعد ذلك و من قيمتها ان لم يجده بعد سنه و لكن بمراجعته حاكم الشرع و ان كان حرا فمن عمله أو من بيت المال.

(٤٩) قاعده نفى السبيل

المستفاده من قوله تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ و فرعوا عليها عدم جواز بيع العبد المسلم و الأمه من الكافر و لا تزويجها منه فضلا عن تزويج الحره المسلمه و الحق بعضهم به بيع المصحف منه

(٥٠) قاعده عموم التكليف

و يعبرون عنها بان الكفار مكلفون بالفروع كما انهم مكلفون بالأصول. و مقتضى هذه القاعده ان الكافر إذا أسلم يجب عليه ان يقضى جميع ما فاتته من بلوغه إلى إسلامه من صلوات و صيام و زكوات و غيرها و لكن يسقط عنه جميع ذلك ببركه:-

(٥١) قاعده الجب

□
المستفاده من قوله صلوات الله عليه (الإسلام يجب ما قبله) و كانت معاملته (ص) مع المشركين و غيرهم من الكتائبين الذين يدخلون فى دين الإسلام تشهد بذلك و لا يكلفه بقضاء شىء مما مضى من الحقوق الإلهيه و لا يبقى عليه الاحقوق البشر من الديون و نحوها. اما الحقوق المالىه كالزكوات و نحوها فعند المشهور تسقط و لعل القواعد تأتى

(٥٢) الأوصاف لا تقابل بالأعواض

الأعواض هى الأعيان القائمه فى الوجود بنفسها من نقود و عروض أو ما يتحصل منها كالمنافع، و الأوصاف هى الأعراض التى لا تستقل بالوجود و انما يتقوم وجودها بوجود غيرها و ذلك كعوارض الكم و الكيف و إخوانها من المقولات و الأعيان هى التى تقابل بالمال فى نظر العرف و تكون ثمنا لما هو مثلها فى كونه عينا و جوهرها فالعين تقع فى مقابل العين و الثمن يقع بإزاء المثل، اما الأوصاف التى هى إعراض و ليس لها وجود مستقل فلا يقع شىء من الثمن بإزائها كما يقع فى مقابل العين و بتوزع على أبعاضها الحقيقيه أو الاعتباريه، مثلا- إذا اشترت فرسا بشرط كونها أصليه بمائه دينار أو عبدا بشرط كونه كاتبا فهى بأجمعها فى مقابل العبد أو الفرس لا فى مقابل العبد و كتابته فلا يتقسط شىء من الثمن على الكتابه كما تتقسط على جوارحه، نعم الكتابه و سائر الأوصاف الحسنه فى العبد و فى الخيل تزيد فى قيمتها أى فى قيمه عينها و يظهر اثر ذلك فيما لو تخلف الوصف المشترط فى العقد فان تخلفه يوجب

الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بالثمن و ليس له المطالبه بالتفاوت كما فى خيار العيب الذى يوجب نقصا فى أصل الخلقه فىكون اما فقد جزء أو فقد ما هو بمنزله الجزء فإن السلامه كشرط ضمنى إليه ينصرف إطلاق العقد و لا يرتفع أثره إلا بالبراءه من العيوب فلو ظهر المبيع معيبا بمرض و نحوه كان للمشتري المطالبه بالأرش فوصف السلامه غير أوصاف الكمال و ربما يأتى مزيد بيان لذلك فى محله بتوفيقه تعالى

(٥٣) من أحيأ أرضاً ميتة فهى له

هذا أيضا من الأحاديث النبويه المشهوره و يدل بإطلاقه ان الأرض التى ليس لها مالك مخصوص، أو لا يعرف مالکها بالخصوص المفتوحه عنوه أو غيرها إذا أحيأها إنسان ملكها و هذا متفق عليه فى الجملة إنما الكلام أو لا فى انه هل يحتاج الإحياء إلى إذن الامام أو السلطان أم لا و وجه الأول ان الأنفال هى للإمام و الخراجيه و ان كانت للمسلمين و لكن أمرها أيضاً راجع الى الامام لأنه ولى المسلمين فلا بد من استيذانه بالتصرف فيها و تقبلها منه. و وجه الثانى ان ورود أمثال قوله (ع) من أحيأ أرضاً ميتة فهى له كإذن عام و تمليك للمحيى و (ثانياً) ان الاحياء هل يفيد ملكيه أبديه كسائر الاملاك أم تدور مدار بقاء الاحياء فلو عادت الى الخراب خرجت عن ملكه أم لا و تحقيقه موكول الى محله

(٥٤) النهى فى العبادات يقتضى الفساد مطلقا و فى المعاملات فى الجملة

اما وجه دلالتة على الفساد فى العباده فواضح ضروره ان العباده روحها القربه و ان يكون العمل مقربا و النهى يقتضى كونه مبغوضا و المبغوض لا- يصلح ان يكون مقربا. اما فى المعاملات فالنهي لا يخلو اما ان يكون لذات المعامله أو لركنها أو غير ركن من أجزائها أو لو وصفها اللانزم أو لو وصفها المفارق أو لأمر خارج عنها اما النهى لذاته فمثل قوله (ع) (لا تبع ما ليس عندك). و (لا بيع إلا فى ملك)، و اما لأركانها فمثل قوله ثمن (الكلب سحت) فان الثمن و المثلن ركننا المعامله، و اما لأجزائها الغير الركنيه فمثل النهى عن بيع غير البالغ فإن البائع و المشتري و ان لم يكونا أركاننا فى المعامله و لكنهما من جهة لزوم رضاهما جزءان لها، و اما النهى عن أوصافها اللانزمه فمثل النهى عن ملك الرجل عموديه و محارمه فإن الملكيه من آثار البيع اللانزمه، و اما لو وصفها المفارق فمثل المنع من لزوم المعامله بخيارٍ أو فسخ فان اللزوم وصف مفارق لها، و اما ما كان لأمر خارج فمثل النهى عن البيع وقت النداء بقوله تعالى. (فَاسْتَجِئُوا إِلَى اللَّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ)، و مثل هذا النهى لا يقتضى الفساد قطعا كما ان النهى عن الأركان يقتضيه اتفاقا و اما الباقي فمحل خلاف و الحق ان المقامات تختلف و يلزم النظر فى دليل كل مورد بخصوصه حتى يستظهر منه ان المراد من النهى هو الفساد و الحكم الوضعى أو محض الحرمة و الحكم التكليفى فمثل حديث نهى النبى (ص) عن بيع الغرر حيث ان الغرر هو الجهاله و الاقدام على الخطر و هى ترجع الى الثمن أو المثلن و هما ركنان فلا ريب فى انه يدل على الفساد. و لكن مثل لا يملك الرجل عموديه

يحتمل الحرمة و يحتمل الفساد و يلزم فى مثله التأمل و الاستعانه بالقرائن لتحصيل الحقيقه و هى من وظائف المجتهد المطلق و باقى البحث موكول الى محله

(٥٥) كل شىء لا يعلم الا من صاحبه فقولته مصدق فيه

الأشياء التى لا- يمكن العلم بها فى الغالب الا- من نفس صاحبها لا- محيص من لزوم تصديقه فيها و الا لوقف جريان كثير من الأمور مثلاً- إذا أنفقت على الوديعه التى عندك مبلغاً لحفظها من التلف فقال لك المالك أنت متبرع و قلت قصدت الرجوع بالعرض و لم اقصد التبرع فقصدك لا يمكن العلم به عادة الا من قبلك فلو لم تصدق فيه لوقف جريان القضييه و لم تنحل مثل هذه الخصومه غايته انه لسد احتمال الكذب تلزم باليمين و نظائر هذا كثيره و لعل الى هذا ترجع قاعده

(٥٦) النساء مصدقات

يعنى فى الأمور التى لا- تعلم عادة إلا- منهن مما هو مختص بشئون النساء كالحيض و الحمل و الخلو من الزوج و الدخول و أمثالها فلو ادعت انها ذات زوج أو خليه أو خرجت من العده فلا- اثر لرجوع الزوج- تصدق و لا- يطلب اليمين منها الا- عند الخصومه

(٥٧) الضروره فى كل شىء إلا فى الدماء

يعنى ان الضروره تبيح كل محظور الا الدماء. و الى هذا أشير فى بعض الاخبار (لا تقيه فى الدماء) ضروره ان التقيه إنما شرعت لحفظ الدماء فلا مجال لجريانها فى ضد ما شرعت له فلو قال لك الظالم اقتل

المؤمن مثلاً (و هو غير مستحق القتل) و الاقتلتك لم يجوز لك قتله نعم لو صال عليك شخص يريد قتلك جاز بل وجب عليك دفعه و لو توقف على قتله جاز. و الفرق بين المقامين واضح فالإكراه و الجبر لا اثر له فى النفوس المحترمه. نعم لو قال الظالم مع قدرته أحرق بيت فلان و الاقتلتك جاز لك إحراقه و لا ضمان عليك للإكراه و السبب هنا أقوى من المباشر

(٥٨) لا يدفع الضرر بإضرار الغير

إذا توجه الضرر عليك ابتداء فأراد الظالم مثلاً ان يأخذ طعامك لا يجوز لك ان تدله على طعام جارك لتدفعه عن طعامك لانه لا يجوز ان يدفع الإنسان الضرر عن نفسه بإضرار غيره، نعم لو توجه الضرر على الغير ابتداء لا يجب عليك دفعه بإضرار نفسك فلو قال الجائر أعطنى الطعام الذى عندك لفلان و الا أخذت طعامك جاز ان تعطيه ذلك الطعام و لا يجب عليك الدفع عنه بإعطاء طعامك. فاعرف ذلك

(٥٩) الإنسان قد لا يملك شيئاً و يملك ان يملك

يظهر هذا فى مثل الشفعة فإن الشريك لا يملك و لكن يملك ان يملك و فى الحيازه و أمثالها

(٦٠) القدره على التسليم شرط فى المعاوضات

و يظهر منهم اعتبار تحقق القدره حال العقد و لكن لا نجد مانعا من كفايه حصولها و لو بعد العقد ما لم يحصل غرراً و جهاله

(٦١) كل من صحت مباشرته لشيء صحت وكالته الا الواجبات التعبدية

هذه ضابطه ما تصح الوكاله فيه شرعا و هى عامه لا يخرج منها الا العبادات البدنيه و يلحق بها النكاح و اليمين و النذر و الا بلاء و اللعان و القسامه و تحمل الشهاده و أداءها و الظهار، اما العكس اى ما تصح الوكاله فيه و لا تصح مباشرته فقد ذكر له الجمهور أمثله كثيره و الذى يتم منها على أصولنا، باب الوكاله على التوكيل مطلقا و منها توكيل المحل محرما فى ان يوكل محلا فى الترويج و توكيل المسلم ذميا ان يوكل مسلما فى شراء العبد المسلم

(٦٢) أصله عدم تداخل الأسباب و عدم تداخل المسببات

فإذا اشترت مثلا حيوانا و اشترت لنفسك الخيار ثلاثه أيام لم تتداخل هذه الثلاثه فى ثلاثه خيار الحيوان بل يكون لك ثلاثه أخرى غيرها لأن الأصل فى كل سبب ان يكون له مسبب مستقل و لو قال لك من تجب طاعته أكرم عالما و أضف أدبيا- لا يكفيك ضيافه عالم اديب فى امثال الأمرين بل لا بدّ من التعدد- هذا هو مقتضى الأصول و القواعد الأوليه و قد يخرج عنها و يصح التداخل و لكن الدليل خاص كما وقع بالشرع فى موارد أشهرها تداخل الأغسال فمن كان عليه غسل جنابه و غسل مس ميت و أراد ان يضم إليها غسل الجمع كفاه عن الجميع غسل واحد سيما مع قصدتها اجمع، و قد ورد فى أخبارنا المعبره:

□
(إذا اجتمعت لله عليك حقوق كفاك غسل واحد)، و نظيره ركعتا تحيه المسجد و غير ذلك

(٦٣) كلما جازت الإجاره على شىء مع العلم جازت الجعاله عليه مع الجهل

توضيح ذلك انه لو شردت دابتك أو أبق عبدك و تريد أن تستأجر شخصاً على ردها فان كان العمل معلوماً زماناً و مكاناً و وصفاً جاز ان تستأجره و تعين المده لطلبها يوماً أو يومين و ان كان مجهولاً كما هو الغالب لم تصح الإجاره و صحت الجعالة فتقول له ان رجعت دابتي فلنك كذا بل ما هو أوسع من ذلك في الجهاله فتقول من رد عبدى فله كذا

(قواعد خاصه بالإقرار)

(٦٤) إقرار العقلاء على أنفسهم نافذ – أو جائز

و قد تقدمت الإشارة إلى موجز من القول فيها

(٦٥) كل إقرار لا يقبل بعده الإنكار

فلو أقر لزيد بعشره دراهم ثم أنكر أو ادعى الاشتباه أو الغلط أو أمثال ذلك لم يسمع منه

(٦٦) كل إنكار يصح بعده الإقرار

و هذا في باب الأموال و الحقوق واضح فإنه اعتراف يلزم به و لكن يشكل في أبواب النكاح و العدد و نحوها، فلو ادعت زوجته و أنكر ثم رجع فأقر أو أنكرت هي ثم أقرت فهل يقبل إقراره أم لا و كذا لو أنكرت رجوعه في العده ثم أقرت بعد العده انه رجع بها في العده و المسألة تحتاج إلى تأمل

(٦٧) كل من قدر على إنشاء شيء قدر على الإقرار به أي إقراره نافذ فيه

و من أمثله ذلك ما ذكره في مسائل الرهن و فروعه انه لو اذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونه فباعها الراهن و ادعى المرتهن انه رجع عن الاذن قبل البيع فهو باطل و ادعى الراهن انه باع قبل الرجوع فهو صحيح قالوا ان الراهن إذا قال بعت و صدقه المرتهن ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالقول قول الراهن و البيع صحيح، و إذا ادعى المرتهن الرجوع و صدقه الراهن ثم ادعى انه باع قبل الرجوع فالقول قول المرتهن و البيع باطل و مدرك هذا التفصيل هو القاعده المزبوره فإن الراهن له إنشاء البيع في الصورة الأولى قبل ان يدعى المرتهن الرجوع فينفذ إقراره لان من قدر على إنشاء شىء نفذ إقراره فيه بخلاف الصورة الثانية فإنه لما ادعى المرتهن الرجوع أولاً- و صدقه الراهن لم يكن للراهن ان يبيع في ذلك الوقت لان الرجوع صار محققاً اما سابقاً أولاً حقاً فلو أراد الراهن إنشاء البيع حينئذ لم يصح فلا يصح إقراره بتلك القاعده أيضاً و استشكلوا في جملة فروع و لعل الى هذه القاعده ترجع القاعده المعروفة عند فقهاءنا و أفرد فيها بعض اعلامنا المتأخرين رساله و هى.

(٦٨) من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

و هى غير قاعده الإقرار المعروفة طبعا و مثلوا لها بالوصى و الوكيل و ولى الصغير و متولى الوقف فإنهم إذا أقروا ببيع مال اليتيم مثلا- أو إيجاره أو إيجار الوقف و غير ذلك فإن إقراره نافذ لانه يملك البيع و الإيجار و من ملك شيئاً ملك الإقرار به و قبول هذا الإقرار مخالف لقاعده الإقرار

فإن إقرار العاقل انما ينفذ على نفسه لا على غيره و الإقرار فى هذه المواضع صار نافذا على الغير و لكن بذلك الملاك الذى أشارت إليه القاعده.

و هذه لمحاه موجزه من هاتين القاعدتين المفيدتين، و البسط محال الى موضعه، اما عكس الاولى و هو من لا يقدر على إنشاء شىء لا- يقبل إقراره فيه فهى مسلمه أيضاً فى الجملة و يخرج منها من أقر على نفسه بالرق إذا كان مجهول النسب فإنه يقبل مع انه لا يقدر على إنشاء الرق لنفسه و عند الجمهور ان المرأه تقدر على الإقرار بالنكاح مع انها لا تقدر على إنشائه فليتأمل.

(٦٩) كل من أقر بحق لسبب مجهول قبل تفسيره له

مثلا- لو أقر بأن دارى انتقلت لزيد فلو قال بعد ذلك نقلتها بالسبب الجائر كالهبة و قد رجعت بها لا بالسبب اللازم كالبيع فلا رجوع- يقبل قوله و لا يلزم بالدار استصحابا لبقاء ملك المقر له

(٧٠) كل من أقر بمبهم يلزم بتفسيره و يقبل قوله فيه

فمن أقر بأن على لزيد دين أو مال يلزمه الحاكم بتفسيره و لو فسرته بدرهم أو أقل قبل- الا ان تكون هناك قرينه معتبره على خلافه

(٧١) كل عاريه امانه

اى لا تضمن بغير التعدى و التفريط و يستثنى من ذلك عاريه الذهب و الفضة أو مطلق العاريه مع شرط الضمان

(٧٢) كل هبه يجوز الرجوع فيها بعد القبض،

إلا إذا كان الرجوع بعد التلف أو كانت معوضه أو هبه الرحم

(٧٣) كل صدقه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

اي بعد قبض مستحقها و يشمل الصدقات الواجبه كالزكوات و الكفارات و نحوها و المستحبه كالصدقه المطلقه أو الوقف و أخواته

(٧٤) كل تصرف من المكره عقداً أو إيقاعاً باطل

لان القصد و الاختيار شرط ركنى فى جميع المعاملات و الإيقاعات بل و العبادات

(٧٥) كل معامله من عقد أو غيره من غير المالك فهي فضوليه

و المراد بالمالك من له حق التصرف فيشمل الوكيل و الوصى و الولي و المتولى و معامله الفضولى فى جميع الأبواب موقوفه على الإجازة على تفصيل يأتى فى محله إن شاء الله

(٧٦) القرعه لكل أمر مشكل

هذه القاعده مشهوره فى كتب الفقه و هى مستفاده من أحاديث مرويه من طرق الفريقين و فى بعض أخبارنا: كل أمر مجهول فيه القرعه، و لكن أصحابنا لا- يعملون بها إلا- فى موارد مخصوصه و يقول بعضهم انها موهونه بكثرة التخصيص و يظهر من القرآن المجيد انها كانت مشروعته فى الشرائع السالفه مثل قوله تعالى فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ، و قوله عز شأنه (إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ)، و قد ورد عن النبى (ص) انه استعملها فى العتق حيث أعتق رجل سته مماليك لا- مال له سواهم فجزأهم و أقرع بينهم فأعتق اثنين و أرق أربعة، و يظهر من هذه الوقعه إن للقرعه مجالاً- واسعاً. لكن الشك يقع فى ان مورد القرعه هو الواقع

المجهول فقط كما لو طلق زوجه معينه و نسي انها هنداء و زينب فتعين بالقرعه، أو يعم حتى مالا واقع له أصلا كما لو طلق احدى زوجاته أو أعتق أحد عبده فهل تجرى القرعه هنا أم لا، اما واقعه النبي (ص) فتدل على أوسع من هذا فليتأمل.

(٧٧) لا مقاصه إلا مع اليقين و العجز عن تحصيل الحق

فلا- تجوز مع الظن بالحق فضلا عن الاحتمال و الشك أو التهمه كما لا تجوز مع إمكان تحصيل الحق بطريق الحاكم العادل أو الجائر فإن تعذر و امكنه أخذ عين ماله من الجاحد أو مجانسه مثلا أو قيمه جاز له ذلك بلا توقف و ان لم يجد عين ماله و اضطر إلى أخذ جنس آخر بدلا عن ماله توقف على اذن حاكم الشرع اما الأخذ من الوديعه ففيه قولان منشؤهما روايتان عن النبي (ص) انه قال: (أد الأمانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك) و قوله لهند (خذى ما يكفيك و ولدك من ماله) اى من مال أبى سفيان و مال الرجل وديعه عند الزوجه

(٧٨) كل دعوى تسمع مطلقا

خلافًا لبعض فقهاء الجمهور فإنهم اشترطوا فى سماع الدعوى سبق الخلطه استنادا الى ما يروى فى ذيل حديث (البينه على المدعى و اليمين على من أنكر) إذا كانت بينها خلطه، و بما رووا عن على (ع) (لا يعدى الحاكم على الخصم الا ان يعلم بينهما معامله)، و لم يثبت عند الإماميه شىء من هذه الروايات و قولهم لو لا ذلك لاجترأ السفهاء على ذوى المروات فان وقفوا معهم فى الدعوى سقطوا و ان صالحوا ذهب

أموالهم مدفوع بإمكان التوكيل على ان القواعد الكليه لا تقدح فيها العوارض الجزئيه

(٧٩) الكافر لا تسمع شهادته لمسلم أو عليه مطلقا مع وجود غيره و مع عدمه إلا في الوصيه كما في الآيه في واقعه خاصه

اما شهادته لأهل ملته ففيه خلاف و الا صح عندنا ان ذلك منوط الى نظر الحاكم و وجدانه، و حصول ثقته و اطمينانه، حسب القضايا الشخصيه و لم أجد قائلا به مع قوته،

(٨٠) لا نذر الا في طاعه و لا يمين إلا في مباح

هاتان ضابطتان لمتعلق النذر و اليمين فان النذر عندنا لا يلزم الا في الراجح دينا أو دنيا و لا يصح في المباح المتساوى الطرفين نعم هو يصح و يلزم باليمين فعلا- أو تركا و لا يصح اليمين بالمكروه أو المرجوح دنيا فضلا عن الحرام و لكن إذا حلف على فعل أو ترك ثم تبدل بعنوانه أو ظهر عدم رجحانه جاز له حل اليمين و العدول الى ما هو خير منها كما ورد في الاخبار المعتميره. (إذا وجدت خيرا من يمينك فدعها)

(٨١) قاعده العدل

المستفاده مما ورد فيمن أودع عنده رجل درهمين و آخر درهما و امتزجا ثم تلف درهم بلا تفريط و لم يعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمين. قال (يعطى صاحب الدرهمين درهما و نصف و لصاحب الدرهم نصف درهم) و حملها بعض فقهاءنا على الصلح القهرى فرارا من المخالفه القطعيه، و يمكن تعميمها إلى أمثال موردها فيصح العمل بها فى كل مال مردد بين شخصين أو أشخاص و لا سبيل الى تعيين صاحبه الواقعى بناء على عدم العمل بالقرعه فى الحقوق و الأموال بل قد يتوسع الأخذ بها حتى فيما ليس له واقع مجهول كما لو دفع مالا- الى و كيل شخصين لكل منهما عليه دين و لم يعين أحدهما أو كان عليه لشخص دينان أحدهما برهن و الآخر بلا رهن و لم يعين ما دفعه عن دين الرهن أو عن الآخر فيحتمل ان له التعيين بعد الدفع و يكون القبض موجبا للملك المراعى بالتعيين على نحو الكشف و يحتمل التوزيع كما تقتضيه قاعده العدل. و يحتمل استصحاب شغل الذمه بكلا- الدينين و استصحاب بقاء المال على ملك الدافع و يكون امانه عند القابض حتى يلحقه التعيين من الدافع فيملكه القابض و أقوى الوجوه الأول ثم الثانى. و المسأله سياله كثيره الأشباه و النظائر فى الأموال و غيرها.

و قد ذكر الفقهاء فرع الدينين فى فروع كتاب الرهن و ان الرهن إذا

ادعى ان ما دفعه عن دين الرهن يصدق لانه لا يعلم الا من قبله. نعم لو اعترف انه لم يعين جاءت الاحتمالات المتقدمه، و يشهد لقاعده العدل أيضاً من طريق الجمهور ما رواه في (كتر العمال) في أبواب القضاء من ان النبي (ص) أتاه رجلان يختصمان في بيعير و اقام كل واحد شاهدين انه له فجعله بينهما

(٨٢) ذوات الأسباب لا تحصل إلا بأسبابها

جعل الشارع المقدس للعناوين الاعتباريه- المجموعه لحفظ نظام الهيئه الاجتماعيه للبشر و تعاون بعضهم مع بعض. و ضبطا للمصالح المتبادله و المنافع المشتركه. نعم جعل لتلك الروابط ضوابط و أسبابا خاصه، و أوضاع معينه، فالملكيه و الزوجيه. و الرقيه و الحريره و أمثالها لا تتحقق بنظر الشرع و العرف الا من أسبابها التي جعلت لها عقدا و حلا فلا تعقد الا بذلك السبب الخاص و لا تحل عقدها الا من سبيلها المعين. فأسباب نقل الملكيه مثلا- البيع و الإجاره و الصلح و أمثالها و إذا عقدت بسببها الخاص لا تنحل عقدها أيضاً إلا بأسباب مخصوصه من خيار أو فسخ أو تقابل و نحوها، و هكذا الزوجيه قد جعل الشارع لها أسبابا محدوده و هي عقد الزواج مثلا و ملك اليمين و لا ثالث لهما و جعل لحل هذه العقده و فكها مفاتيح محصوره و هي في عقد الزواج الفسخ و الطلاق و اللعان و الرده و الموت فلا- تنحل عقده النكاح الا بواحد من هذه الأسباب فلو ان الزوج بعد تماميه العقد أعلن و سجل رفض تلك الزوجيه و قال اني قطعت ذلك الحبل و حلت ذلك العقد و فلانه

ليست زوجتى لم تخرج عن زوجيته و لا تنفصل عن حبالته الا بالطلاق و مثله مما جعله الشارع سبباً لحل تلك العقده و لا تنحل
 بغيره، و هكذا الحريه و الرقيه فإن الشارع جعل لرفع العبوديه و الرقيه سببا خاصا أو أسبابا محصوره و هى العتق مثلا أو التنكيل
 فلو ان المولى أعلن انى رفعت ملكيتى عن هذا العبد و أطلقتته و أمثال ذلك لم تتحقق حريره الا- بالسبب الخاص و هو العتق
 الذى لا- يحصل إلا- بالصيغه الخاصه و هى قوله أنت حر و ما يؤدى معناه ان قلنا بالتوسعه و كذلك ملكيه زيد للدار لو قال
 تركت ملكيتها و رفعت يدي عنها و رفضتها لا تخرج عن ملكيته الا بان يقول وهبتها أو بعثها أو نحو ذلك، و على هذا المنوال
 جميع هذه العناوين الخاصه لا تزول إلا بأسبابها المقرره، و على هذا يتفرع القدرح فى القضيه المعروفه عند بعض المتفقهه أو
 الفقهاء و هى ان الاعراض يوجب زوال الملكيه و صحه تملك الغير و هذه قضيته غريبه لا تنطبق على القواعد الشرعيه و ان
 كانت شائعه مشهوره و الاعراض لا يزيل ملكيه و لا يثبت ملكيه، نعم أقصى ما يفيد الاعراض إباحه الانتفاع بالدلاله التبعية
 العرفيه و الا فهى أيضاً محل نظر إلا فى بعض الموارد كما لو زاد عند أهل البيت طعام فألقوه فى الطريق فان ظاهر الحال يقضى
 بإباحته لمن أخذه هذا أقصى ما يدل عليه الاعراض فى أمثال هذه الوقائع اما نزع الملكيه بحيث تجعله من المباحات يملكه كل
 من حازه- فمن اين؟

و قد يتوهم ان قاعده سلطنه الإنسان المطلقه على ماله تقضى بان له نزع ملكيته عنه إذا أراد و حقيقه الاعراض ليس الا نزع
 الملكيه و هو مسلط

على ماله كيف شاء و لكنه مدفوع بأن الملكيه نحو من السلطنه و لا يعقل ان يكون الشىء مقتضيا لعدم نفسه فنبوت السلطنه للإنسان لا يدل على ان له نفى تلك السلطنه و نتيجه العقود و المعاملات ليس نزع السلطنه بل تبديلها و تحويلها فتدبره جيداً و يبقى الكلام فى مثل الالتزامات الضمنيه (كالشروط) فى ضمن العقود أو الاستقلاليه (كالندور) و انها هل تثبت ملكيه أو ترفعها و ذلك فى مثل شرط النتيجه أو نذر الغايه أو لا يصح الا شرط أسبابها و نذر مباديها و ظاهرهم الاتفاق على ان الشروط و الندور أسباب بنفسها تثبت الملكيه و ترفعها كالبيع و نحوه و لعل مستندهم عموم أدله الشروط و الندور فان تم الإجماع على ذلك فهو و الا فللتأمل فيه مجال أما الزوجيه و فكها بالطلاق أو الفسخ و نحوهما فلا ريب فى عدم تأثير الشروط و الندور فيها قولاً-واحداً و انها لا تتحقق بنحو شرط النتيجه و انما يصح تعلق النذر أو الشرط بفعل أسبابها لأنها مما علم من الشرع انها لا تحصل الا بتلك الأسباب الخالصه فاغتنم و تدبره،، ثم ان هذه القاعده أعنى قاعده الأسباب من منفرداتنا لم نجدها فى شىء من مؤلفات الأصحاب صراحه اللهم إلا- بالإيماء و الإشاره و قد استخرجناها من فحوى النصوص و متفرق كلماتهم كما ان المناقشه فى جعل الاعراض من أسباب نزع الملكيه بهذا البيان لم أجد من تعرض لها فبما وقفت عليه و لعلها محرره و لم استحضرها، و حيث بلغ الكلام بنا الى هذا المقدار من ذكر ما حضرنا من القواعد المستدرکه على قواعد المجله و قد انهيناها

الى اثنتين وثمانين قاعده و بضم ما لخصناه من قواعد المجله يبلغ الجميع مائه و سبع عشره قاعده جلها أو كلها فى خصوص العقود و المعاملات و ما يلحق بها من بعض موازين القضاء و حسم الخصومات و النذر و اليمين، اما لو أردنا أن نحصى جميع القواعد التى يرجع إليها فى عامه أبواب الفقه من العبادات و الوصايا و أبواب النكاح و الرضاع و الأولاد و النفقات و الطلاق و ما يلحق به من الخلع و الظهار و الإيلاء و اللعان و المطاعم و المشارب و الصيد و الذبائح و القضاء و الميراث و الشهادات لأمكن أن تنتهى إلى خمسمائه قاعده أو أكثر، أما الشهيد الأول رضوان الله عليه فقد جمع فى كتابه المعروف (بالقواعد) أكثر من ثلاثمائه قاعده و لكن الإنصاف ان كثيرا منها لا ينطبق عليها حد القاعده التى هى قضيه كليه يعرف منها حكم جزئياتها أو مصاديقها فان بيان معنى السبب و الشرط و المانع و ان القيود بعضها توضيحيه و بعضها احترازيه، و ذكر الوجوه العديده لقوله (ع) (نيه لنؤمن خير من عمله) و أمثال ذلك كله مما لا- يندرج فى مفهوم القاعده إلا- بتكلف بعيد، و على كل فشكر الله مساعيتهم و وفقنا لاتباع آثارهم فى العلم النافع و العمل الصالح و لنشرع فى القصد الصميم من تحرير ما فى المجله من المعاملات كالبيع و الإجاره و أمثالهما على النهج و الترتيب المسطور فيها و إبداء ما عندنا من الرأى و بيان ما يوافق مذهب الإماميه منها مما يخالفه، ثم نلحقه إذا وفق الله بجزء خاص فى ما يسمونه بالأحوال الشخصيه و الله

المستعان على أحوالنا العموميه و الشخصيه و منه نستمد العنايه و التوفيق

ص: ١١١

كتاب البيوع

اشاره

عرفت فى صدر الكتاب ان الفقهاء حصروا مسائل الفقه فى أربعة أنواع عبادات و معاملات و إيقاعات و احكام، أو بتعبير ثانى، عبادات و معاملات و عادات و سياسات، و الضابطه للعباده الجامعه لجميع أنواعها هو كون العمل ذا مصلحه توجب محبوبيته للشارع فان توقفت صحته و التقرب به على نيه القربه فهو عباده بالمعنى الأخص و الا- فإن كان راجحاً و مقرباً بذاته و ان لم يقصد به التقرب فهو العباده بالمعنى الخاص و الا فإن كان بحيث يمكن التقرب به فهو العباده بالمعنى الأعم، و الأول أى العباده بالمعنى الأخص تنقسم إلى ثلاثه أقسام (بدينه محضه) كالصوم و الصلاه و الطهاره و الاعتكاف، و (ماليه محضه) كالزكاه و الخمس و الكفارات و (جامعه للأمرين) كالحج و العمره و الثانى أى العباده بالمعنى الخاص فهو مثل الجهاد و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و القضاء و الشهادات و يمكن ان يكون أكثر الواجبات الكفائيه أو كلها من هذا النوع، و الثالث، و هو العباده بالمعنى الأعم- جميع الأعمال التى فيها رجحان دينى أو دنيوى فإنه لو نوى التقرب بعمل منها و اتى به لله تعالى من

وجهه الحسن كان عباده و على هذا فيمكن ان يكون جميع أعمال الإنسان عباده و من هنا كان بعض الأعاظم يقول (ما عملت في عمري مباحاً قط فضلاً عن المكروه أو الحرام)، و اما المعاملات فالمفهوم الجامع لها هو الإنشاء فان كان يتقوم بطرفين فهو العقود و ان تقوم بطرف واحد فهو الإيقاع، و العقود قسماً، عقود إذنيه مجانيه. و عقود معاوضات تعهديه التزاميه و الأول مثل الوكاله و العاريه و الوديعة و الهبه و نحوها و تسميه هذه عقود انما هو على اصطلاح الفقهاء لتقومها بطرفين و ان أشكل صدق العقد عليها لغيره و شرعاً فلا يشملها مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لان المراد بها قطعاً العقود الالتزاميه لا مطلق ما اشتمل على إيجاب و قبول و لو سلم صدق العقود عليها عرفاً و شرعاً و لكن وجوب الوفاء انما هو لهذا النوع الخاص من العقود لمناسبه الحكم و الموضوع ضروره ان تلك العقود من طباعها عدم اللزوم و لا- معنى لوجوب الوفاء بها الا- على معنى آخر و ليست العقود الحقيقيه سوى القسم الثاني و هي العقود الالتزاميه اللازمه نعم يشكل هذا في المضاربه بناء على عدم لزومها مع انها من العقود الالتزاميه، و على كل فهي أيضاً على قسمين، تقديريه و هي التي يكون حصول أثرها على تقدير خاص و ذلك كالمزارعه و المساقات و المضاربه و السبق و الرمايه و الجعاله العقديه فإن الجميع و ان كان المنشأ منجزاً فعلا- و لكن على تقدير حصول الربح في المضاربه أو العائد في المزارعه و هكذا بخلاف القسم الثاني و هي التحقيقيه فإن المنشأ منجز فعلا بكل تقدير

و ذلك كالبيع فى تملك الأعيان و الإجاره فى تملك المنافع فان كان تملك العين بعوض فهو البيع و ان كان بغير عوض فهو الهبه و كذا فى المنافع فان كان تملكها بعوض فإجاره و الا فعاريه بناء على كونها تملكاً مجاناً، اما لو جعلناها اذناً و إباحه أو تملكاً للانتفاع فهى خارجة عن العقود و من هنا يظهر ان الهبه المعوضه لا يراد بها المعوضه بين الموهوبين و الا لخرجت عن حقيقه الهبه بل المراد التعاوض بين نفس نفس الهبتين فهو تملك مجانى مشروط بان يقابل بملك مجانى فلو قال وهبتك هذا بهذا بطل هبه. و هو حينئذ اما بيع صحيح بناء على عدم اختصاص حقيقته بألفاظ مخصوصه و جواز استعمال ألفاظ عقد فى عقد آخر و الا- فبيع فاسد و على كل لا- تكون هبه، لأن الهبه مأخوذ فى حقيقتها المجانيه و عدم العوض للمال الموهوب اما الصلح فهو أعم من الجميع و هو عبارته عما يفيد التسالم و قطع الخصومه فقد يفيد فائده البيع تاره و تاره فائده الإجاره. و هكذا يختلف باختلاف موارد الاستعمال. ثم ان بعض العقود قد يجرى فيها القسمان فيكون نوع منها بنحو الاذن و الإباحه و نوع بنحو العهد و الالتزام و الإلزام كالوكالة فان القدر الجامع فيها و ان كان إباحه التصرف و لكن قسماً منها يكون على نحو العقد و الالتزام و منه الوكالة بجعل و يتوقف هذا النوع على الإيجاب و القبول و يكون أثره السلطنه على التصرف بحيث لو عزل و لم يعلم الوكيل بالعزل كان تصرفه نافذاً.

اما الاذن المحض فبمجرد رجوع الموكل عن الاذن يبطل تصرف

الوكيل و ان لم يعلم و هذه هى الثمره بين القسمين كما ان بعض العقود قد يكون جامعاً للجهتين فيكون من جهه عهديا التزاميا، و من جهه أخرى اذنياً صرفاً و ذلك كالإجاره فإنها من جهه تملك المستأجر المنفعه من النحو الأول و من جهه قبض العين و استيلائه عليها من النحو الثانى و هو من الأمانات المالكيه و كل العقود الإذنيه كالوديعة و العاريه و غيرها من هذا القبيل، و لندرج الى تحرير مواد (المجله) فى البيوع،

(المقدمه) فى بيان الاصطلاحات الفقهيه فى البيوع**اشاره**

(ماده ١٠١)

الإيجاب:

كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف و به يوجب و يثبت التصرف، الإيجاب مصدر أوجب كما ان الوجوب مصدر وجب و ماده هذا الثلاثى و ان وردت فى اللغه لمعانى كثيره و لكن اجمعها و أوسعها بل لعل أكثرها ترجع الى واحد و هو الوقوع و السقوط و منه (فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا) و (وجبت الشمس) و غير ذلك و الى هذا المبدأ يرجع الإيجاب المستعمل فى باب العقود فان المراد به إيقاع تمليك ماله لغيره بعوض فمعنى قولك أوجب البيع اى جعله امراً واقعاً محققاً كما تقول أنت تجاه أمر واقع و هذا الإيقاع هو الذى تعبر عنه بالإنشاء فتقول إنشاء تمليك ماله أو إنشاء تمليك عين بعوض و الجميع يرجع الى الإيجاد أى الإيجاد الإنشائى الجعلى لا الإيجاد التكوينى فالإيقاع الإيجابى فى العقود هو الإنشاء الإيقاعى فى باب الإيقاعات و كل منهما يحصل منه معنى ربطى بين اثنين و انما الفرق بينهما، (أولاً) ان الطرف الآخر يقع المبدأ له و فى الإنشاء الإيقاعى يقع عليه، و (ثانياً) ان الموجب يعمل عملين عن نفسه و عن الطرف الآخر فيملك

(بالشديد) ماله و يملك مال المشتري و فى الإنشاء الإيقاعى يتقوم الأمر بعمل واحد و لذا لا اثر فيه لقبول الآخر و عدم قبوله بخلاف الإيجاب فى العقود فإنه لما تضمن عملا يتعلق بغير الموجب احتاج الى إمضاء الآخر و موافقته على ذلك العمل المتعلق به فكأن أمر المعامله لا- يتم الا- بالقبول فالقبول ليس إلا إمضاء و مطاوعه لفعل الموجب و ينحل أيضا الى تملك و تمليك و لكن من الرضا بفعل الموجب لا من فعله مباشرة فظهر من هذا البيان ان الموجب هو الذى يملك و يملكك سواء تقدم لفظه أو تأخر و القابل هو الذى يرضى و يطاوع فعل الموجب تقدم كذلك أو تأخر ففضيه الموجب و القابل ليست فضيه تقديم أو تأخير و انما الفرق بينهما جوهرى و معنوى و حالهما يشبه فى الجملة الكسر و الانكسار و ان كان أيضا بين المقامين فروق من جهات و لكن الغرض تصوير ان القبول لا يختلف تقدم أو تأخر أو تقارن فلو جوزنا تقدم القبول على الإيجاب وفاقا لبعضهم سيما بمثل اشترت و ابتعت و نظائرها و قال الموجب بعده بعت و اشترت و نحوهما فالأول قبول و الثانى إيجاب لأن الأول مطاوعه لعمل الثانى إما ان المطاوعه هل يصح تقدمها ليصح تقدم القبول أم لا معنى لتقدمها فلا يصح فسيأتى البحث فيه فى ماده (١٦٩) إن شاء الله و جل الغرض من هذا التحقيق بيان ما فى عبارته (المجله) من الخلل فى ضابطه الموجب و القابل و تمييز أحدهما عن الآخر و ربما اتضح لك ان الخلل فيها من وجهين، (الأول) فى جعل المدار على الأول و الآخر و الأوليه و الاخرية

ليس لها أثر فى المقام، أصلاً و (الثانى) جعل الإيجاب ما يصدر لأجل إنشاء التصرف و هذا أشد و هنا من الأول فإن الذى ينشأ بالإيجاب و القبول ليس هو التصرف بل ينشأ بهما التمليك و التملك أو النقل و الانتقال أو المبادله بين المالىن أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التى يشار بها الى معنى واحد و هو ما يقع و يتحصل من العقد و بالعقد- و التصرف اثر ذلك المعنى أى أثر الملكيه المنشأه بالعقد و تلخص من كل ما ذكرنا ان الميزان العدل ان يقال ان الإيجاب هو ما ينشأ به أحد العاقدين تمليك ماله و تملك مال غيره و القبول هو الرضا بذلك و الالتزام به،

(ماده ١٠٣)

العقد:

التزام المتعاقدين و تعهدهما امرا و هو عبارته عن ارتباط الإيجاب بالقبول العقود ألفاظ و أقوال و هى من مقوله الفعل، و الالتزام صفه نفسانيه من مقوله الكيف، و الارتباط وصف قائم بالإيجاب و القبول و هو من مقوله النسب و الإضافات فلا- ربط لكل واحد من هذه المفاهيم المتغايره بالآخر و لا وجه لتفسير بعضها ببعض.

فالعقد ليس التزاماً و لا ربطاً و لا ارتباطاً و انما هو الإيجاب المرتبط بالقبول أى الإيجاب المقترن بقبوله. و ليس المنشأ بالإيجاب الالتزام بل الذى ينشأ به هو التمليك أو المبادله و لازمه عقلاً و شرعاً هو التعهد و الالتزام و لا شىء منهما بمدلول للإيجاب لا بالتضمن و لا الالتزام فضلاً عن المطابقه و ليس الإيجاب كما عرفت إلا جعل ملكيه زيد لدارك امراً واقعاً

و حيث إنك أنشأت هذه الملكية و أوقعتها و جعلتها امرأ واقعاً فيلزمك عقلاً و شرعاً ان تلتزم بها و لا تنقضها فالالتزام حكم من احكام العقد لا نفس العقد و لا جزء منه بل و لا لازم له بل عرض من عوارضه المفارقة و كذا الكلام فى الارتباط فإنه وصف اعتبارى ركنى لركنى العقد و هما الإيجاب و القبول لا جزء منه و لا مدلول له و انما هو معنى حرفى غير مستقل باللحاظ حتى يفسر به العقد على ان الوصف المعتبر فى الإيجاب و القبول هو الربط لا- الارتباط فان المتعاقدين يربطان كلا منهما بالآخر و لكنه قد يرتبط و قد لا يرتبط و حال الربط و الارتباط حال العقد و الانعقاد نظير الكسر و الانكسار فإذا كان العقد صحيحاً جامعاً للشرائط شرعاً و عرفاً تقول عقده فانهقد و ان لم يكن كذلك تقول عقده فلم ينعقد كما تقول كسرت فانهكسر تاره و كسرتة و لم ينكسر اخرى، و هكذا الربط و الارتباط و بهذا البيان يتضح المراد بماده (١٠٤) الانعقاد تعلق كل من الإيجاب و القبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما، و كان حق التعبير ان يقال الانعقاد وقوع الإيجاب و القبول بنحو يترتب عليه الأثر المقصود من العقد، فانهقد البيع ان يقع الإيجاب و القبول بنحو مؤثر للملكية و انتقال المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع، و انعقاد النكاح ان يكون الإيجاب و القبول مؤثرا زوجيه كل من الرجل و المرأة للآخر و هذا هو الأثر المطلوب من العقد و بعبارة اجلى ان العقد مؤثر و الانعقاد اثر و الأول موضوع و الثانى حكم أو هو سبب و الأخير مسبب الى كثير من أمثال هذه العبارات الداله على معنى واحد و من كل ذلك

ظهر لك ان الانعقاد ليس هو التعلق بل هو أثر الإيجاب المتعلق مع بقيه الشروط فتدبره جيداً،

(ماده ١٠٥)

البيع:

مبادله مال بمال على وجه مخصوص و يكون منعقدًا و غير منعقد شاع عند فقهاء الفريقين تعريف البيع بالمبادله المزبوره و من المعلوم ان المراد بها الإشاره إلى حقيقه البيع من بعض وجوهها لا من كل وجه و الا فالبيع ليس مبادله بل تبديل و ليس تبديل مال بل تبديل عين بمال لتخرج الإجاره و كيف كان فلا يراد بأمثال هذه العبارات التعريف الحقيقى إذ ليس البيع سوى مفهوم اعتبارى ليس له جنس و فصل حقيقه حتى يعرف بهما و لكن يقصد بذلك الإشاره الى ذلك المفهوم بأخص لوازمه التى تحكى عنه و ينبغى أولاً- معرفه ان للبيع إطلاقيين (أحدهما) ما هو من فعل البائع فقط حيث يقول للمشتري بعتك دارى بكذا و بعته فلم يقبل و أمثال ذلك من الاستعمالات الشائعه لكثيره و (الثانى) ما هو المركب من فعل البائع و المشتري و هما الإيجاب و القبول و هو الأكثر استعمالاً سيما عند الفقهاء و المتشرعه بل و عند العرف حيث يقال (باع فلان داره) و (قد وقع البيع صحيحاً، أو وقع فاسداً) و هو مقصود المؤلفين فى الفقه بقولهم كتاب البيع و عقد البيع و أمثال ذلك، و التعريف الحقيقى أو التقريبى تاره يكون بلحاظ المعنى الأول و اخرى بلحاظ المعنى الثانى،

و التعبير بمبادله مال بمال لا ريب انه ناظر إلى إطلاقه بالمعنى الأول أعنى فعل البائع فقط و مغزى هذه الجملة الإشارة الدقيقه الى ان جوهر البيع مبادله بين المالكين أصاله و يلزمه المبادله بين المالكين و الملكيتين تبعاً بخلاف الإرث و الهبه فإن التبادل فيهما بين المالكين أصاله و يستلزم تبدل الملكيتين تبعاً و ليس ثمة تبادل في المال طبعاً لأن المال واحد، و لكن هذه الخاصه لا تخص البيع فقط بل تعم جميع المعاولات الماليه و تحليل جذرها الدفين ان الملكيه نوع من الجده و هى نوعان، اضافه مقوليه و هى من أضعف مراتب الحده، و اضافه اشراقيه و هى من أعلى مراتبها كواجديه الحق جل شأنه لمخلوقاته و المضاف هنا عين الإضافه فملكيه الإنسان لأمواله عباره عن اضافه بينه و بين المال واحد طرفيها المالك و طرفها الآخر المال و عند المعاوضه يبدل النسبه من طرف المال فيحولها من هذا المال الى مال آخر لا انه يرفع الملكيه كلها أو يبدلها من طرف النسبه اليه، و ملكيته لماله و سلطنته عليه تخوله تبديله بمال آخر و تحويل نسبه هذا المال إليه بنسبه ذاك المال لا تحويل نفس الملكيه و السلطنته ضروره ان الغرض المهم فى المعاوضه المالاين فقط فالتبديل انما يكون بالنسبه إلى جهه المال و يتبعها جهه المالك بل يمكن ان يلاحظ عدم التبديل إلا فى جهه المال فقط نظراً الى ان تلك النسبه و الإضافه إلى المالك باقيه بحالها و انما تبدل طرفها الثانى:

فقد كانت مرتبطه بذلك المال و بعد البيع و المبادله ارتبطت بالمال الآخر فهو اى البيع حقيقه تبديل مال بمال فقط لا تبديل مالك بمالك و لا تبديل ملكيه بملكيه، نعم هى فى الهبه تبديل مالك بمالك و ملكيه بأخرى

و كذلك فى الإرث، و ما يقال من انه ليس للملكيه ملكيه حتى يقدر على نقلها الى الغير و ليس له على السلطنه سلطنه حتى يتمكن بها من التصرف فى ذات سلطنته مدفوع بأنه لا حاجه الى ملكيه أخرى و سلطنه ثانيه، لأن كلما بالعرض لا بدّ و ان ينتهى الى ما بالذات و الأشياء كلها تظهر بالنور و النور ظاهر بنفسه لا بنور آخر و الماهيات كلها توجد بالوجود و الوجود موجود بنفسه لا بوجود آخر كى يتسلسل، نعم السلطنه على الشىء لا يمكن إسقاطها و نزعها و لكن يمكن خلعها على الغير و دفعها و هذا البحث على اختصاره من العلم المخزون فتدبره و احتفظ به و قد تجلى لك صحه ان يقال ان البيع تمليك عين بعوض و الهبه تمليك مال بلا عوض و يكون المراد بالتمليك هو ذلك التبديل المنشأ بقول البائع بعت فان لحقه القبول حصلت المبادله واقعاً و ثم العقد و تحقق المعنى الثانى للبيع و الا فهو بيع بالإطلاق الأول فقط و لم تحصل سوى المبادله إنشاء، و الإنشاء (كما يقال) خفيف المئونه، و هناك إطلاق ثالث للبيع يستعمل فى مقام النذور و العهود و الايمان و الشروط، فإذا نذر أو حلف أو شرط فى عقد لازم ان يبيع داره لا- يحمل على اراده محض الإيجاب بحيث يبرء بمجرد قوله بعت دارى و ان لم يكن هناك قبول و لا على اراده العقد اى مجموع الإيجاب و القبول فان ذلك غير داخل فى قدرته بل يحمل على إرادته الإيجاب فى محل القبول أى الإيجاب المتعقب بالقبول فهى الناذر مشترطاً حتى يكون قبوله محققاً و يبرأ من نذره أو يمينه و يفى بشرطه كما قد يطلق على معنى رابع و هو اثر العقد فيقال البيع انتقال

المال بعوض فيكون من قبيل إطلاق السبب على المسبب، اما التقييد بالوجه المخصوص كما في (المجله) فهو مستدرك لا فائده فيه لأنه ان أريد به (ألفاظ بعث و شريت) و نحوهما من الصيغ و الخاصه فهو أشبه بالدور و ان أريد به معنى آخر فهو مبهم و اللازم في التعاريف الإيضاح لا الإبهام

(ماده ١٠٦)

البيع المنعقد:

هو البيع الذى ينعقد على الوجه المشروع و ينقسم الى صحيح و فاسد و نافذ و موقوف، لعل المراد بالوجه المشروع- الوجه المذكور فى ماده المتقدمه يعنى انه مبادله مال بمال كى تصح القسمة و لو كان المراد بالمشروع ما هو الصحيح شرعاً لم يتجه تقسيمه المزبور كما هو واضح و على كل، فالأقسام الأربعة اصطلاح (و لا مشاحه فى الاصطلاح) و لكن الأقسام الصحيحه للبيع من حيث النفوذ و عدمه ثلاثه- فإن البيع اما ان يقع صحيحا شرعا صالحا للتأثير أو يقع باطلا لا اثر له و الأول اما ان يكون أثره فعلا فيكون منجزاً أو يكون تأثيره مراعى بأمر متأخر عنه، (فالأول) هو عقد المالك الجامع للشرائط، و (الثانى) هو عقد الفضولى المراعى بالإجازة، فحق القسمة المتجهه ان يقال- البيع اما صحيح أو فاسد، و الصحيح اما نافذ أو موقوف، فالقسمة ثلاثيه لا رباعيه، و تعبير (المجله) مختل حيث جعلت المقسم قسمين، عندنا ان الفاسد و الباطل سواء إذ المدار على التأثير و عدمه و هما

ص: ١٢٤

سواء فى عدم التأثير و ان اختلف السبب

(ماده ١٠٧)

البيع الغير منعقد:

هو البيع الباطل كأنهم اصطالحوا على البطلان فقد الأركان مثل بيع الصغير أو المجنون أو بيع ما ليس بمال. و الفساد على فقد الشروط كعدم القدره على التسليم أو بيع المجهول. و البطلان و الفساد عندنا شىء واحد. كما سبق

(ماده: ١٠٨)

البيع الصحيح:

هو الجائز و المشروع ذاتاً و وصفاى من حيث ذاته و تماميه أركانه و من حيث استجماع شرائطه و عدم موانعه.

(ماده ١٠٩)

البيع الفاسد:

هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعنى يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجيه و قد تقدم تفسيره.

(ماده ١١٠)

البيع الباطل:

لا يصح أصلاً و هذا واضح بعد معرفه ان البطلان فقد الأركان

(ماده ١١١)

البيع الموقوف:

بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولى حق المقام ان يقال ان الموقوف هو العقد الذى يتوقف تأثيره على اجازته غير العاقد اما لكونه مالكا أو لتعلق حق له فى أحد العوضين و الأول كبيع الفضولى و الثانى كبيع الراهن الموقوف على اجازته المرتهن و بيع المحجور عليه لسفه أو فلس الموقوف على اجازته الولى أو الحاكم

(ماده ١١٢)

البيع الفضولي:

هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي لا يخفى قصور هذا التعبير بل عدم مطابقته لمعنى الفضولي و حقه ان

يقال هو من يتولى العقد بدون اذن لا من المالك كالوكيل و لا من الشارع كالولي

(ماده ١١٣)

البيع النافذ:

هو الذى لا- يتعلق به حق الغير و هذا تعريف بالأعم إذ ليس كل بيع لا- حق فيه للغير يكون نافذا بل هو الجامع لشرائط العقد الفاقد للموانع و أخصر من ذلك هو المؤثر من حينه، و ينقسم الى لازم و غير لازم

(١١٤)

البيع اللازم:

هو النافذ العارى عن الخيارات قد مرت الإشارة الى ان العقود من حيث الجواز و اللزوم على ثلاثة أنواع (١) لازمه من الطرفين ذاتاً كالبيع و الإجاره و الصلح و الحواله و النكاح و الصدقه و غيرها. و قد يدخلها الفسخ و الجواز لسبب عارض و لكن هى بإطلاقها لازمه (٢) ما يلزم بالنسبه الى أحد الطرفين كالرهن بالنسبه إلى الراهن لا المرتهن و الخلع بالنسبه إلى الزوج لا الزوجه (٣) العقود الجائزه من الطرفين كالشركه و الوكاله و المضاربه و الوديعه و غيرها

(ماده ١١٥)

البيع الغير اللازم:

هو البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات هذا تعريف بالأخص بل الغير اللازم ما يجوز لكل واحد من الطرفين أو أحدهما حله لذاته أو لخيار فيه، كى يشمل العقود الجائزه

(ماده ١١٦)

الخيار:

□
كون أحد العاقدين مخيراً هذا أشبه ما يكون بتفسير الشىء بنفسه أو يشبه كونه دور. بل الخيار كما سيأتى فى بابہ إن شاء الله، هو سلطنه أحدهما أو كليهما على حل العقد و فسخه مطلقاً أو فى حدود خاصه. أو حق استرجاع كل منهما لماله على

اختلاف الرأين في حقيقه معنى الخيار

(ماده ١١٧)

البيع البات:

هو البيع القطعى هذه مستدرکه فان البات ان كان هو اللازم فقد تقدم و كذا ان كان هو النافذ، و ان أرادوا به المنجز في قبال المعلق فالمعلق فاسد و البات هو الصحيح و قد تقدم أيضاً فتدبره

(ماده ١١٨)

بيع الوفاء:

هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن برد المشتري إليه المبيع و هو في حكم الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به و في حكم الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ و في حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه الى الغير.

بيع الوفاء هو المعروف ببيع الخيار أو بيع الشرط اى شرط الخيار لا خيار الشرط و قد تقدم انه عند أصحابنا الإماميه بيع صحيح نافذ كسائر البيوع الخياريه و لا- وجه للحكم بأنه بيع فاسد و كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ لا- يجعله فاسدا و الا لفسدت أكثر البيوع الخياريه كما ان كون المشتري لا يقدر على بيعه لا يصيره بحكم الرهن على ان عدم قدرته على البيع محل كلام و سيأتى تمام البحث فيه فى محله إن شاء الله

(ماده ١١٩)

بيع الاستفلال:

هو بيع المال وفاء على ان يستأجره البائع هذه أيضاً مستدرکه و هو بيع الوفاء بعينه و لا فرق بين ان يستأجره

البائع أو غيره ولا ثمره عمليه فى البين

(ماده ١٢٠) البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام:

بيع المال بالثمن وبما انه أشهر البيوع يسمى بالبيع المطلق، القسم الثانى بيع الصرف و الثالث بيع المقايضه و الرابع السلم و الاستصناع لا يخفى خلل هذا التقسيم و عدم نظمه و لا وجه لإدخال السلم و رديفه هنا فاعلم- ان البيع ينقسم باعتبارات شتى إلى أقسام شتى، و قد أدخلت (المجله) بعضها فى بعض و القسمه المحرره ان يقال: ينقسم البيع باعتبار جنس العوضين إلى ثلاثه أقسام لأنها اما ان يكونا معا من النقدين- اى الذهب و الفضة المسكوكين أو كلاهما من العروض اى غير النقدين، أو أحدهما من النقدين و الآخر من غيرهما، فالأول بيع الصرف، و الثانى المقايضه، و الثالث البيع الشائع، و لا بحسن رسمه بالمطلق فان الجميع مطلق من وجه و مقيد من آخر.

ثم ينقسم (ثانياً) باعتبار تعجيل العوضين أو تأجيلهما إلى أربعة أنواع أيضاً لأنه اما ان يكونا معاً حالين معجلين و هذا لا يحتاج الى تقييد فى العقد بل يكفى إرسال العقد و إطلاقه. و لنسمة البيع المرسل أو المعجل و اما ان يكون الثمن معجلاً و المثلث مؤجلاً و هذا بيع السلم و يدخل فيه الاستصناع كما سيأتى، أو يكون الأمر بالعكس فهو بيع النسيئه، أو يكون معاً مؤجلين و هو بيع الكلى فى الذمه بالكلى و يمكن جريانه فى الشخصى أيضاً و قد يحمل عليه بيع الكالى بالكالى فى بعض تفاسيره.

ثم ينقسم (ثالثاً) باعتبار ذكر البائع رأس المال الذى اشترى به

السلعه التى يريد بيعها و عدم ذكره أيضاً الى أربعة أقسام فإنه اما ان لا يذكره أصلاً كما هو الغالب و الشائع و هو (المساومه)، و اما ان يذكره و يبيع بذلك المبلغ بدون زياده و هو (التوليه)، و اما ان يزيد عليها شيئاً من الربح فهو (المرابحه)، و اما ان ينقص عنها شيئاً فهو (الوضيعه) و كان على أرباب (المجله) ان يذكروا ذلك.

و هناك تقسيمات أخرى أيضا يأتى كل قسم فى محله و بما ذكرنا ظهر تحرير ماده (١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ و ١٢٤) الاستصناع و سيأتى انه اما ان يكون إجاره أو سلما

(ماده ١٢٥)

الملك:

ما ملكه الإنسان سواء كان أعيانا أو منافع هذا أيضا تفسير الشىء بنفسه كتفسير الماء بالماء و الأحسن ان يقال: ان الملك اضافه بين الإنسان و بين الأموال تقتضى سلطنته عليها ثم الأموال أعيان و منافع و حقوق و مثله ما فى:-

(ماده ١٢٦)

المال:

هو ما يميل اليه طبع الإنسان و يمكن ادخاره الى وقت الحاجه منقولاً أو غير منقول.

لا- تليق بالكتب العلميه مثل هذه التعاريف التى يشبه ان تكون عاميه و قد عرفت فى صدر الكتاب انه ليس للمال حقيقه سوى اعتبار العقلاء و ليس اعتبارهم جزافاً بل له مدرك صحيح فإنهم يجعلون للموجودات الخارجيه قيمه و ماله باعتبار المنافع التى تستغل منها، و بمقدار الحاجه إليها و الانتفاع بها و الثمرات المرتبه عليها فالاطعمه انما اعتبر العقلاء لها ماله بالنظر الى ما وجدوا من ميسس الحاجه إليها و توقف حياه البشر

عليها و هكذا الأراضى و الحيوان و المعادن كلها كانت مالا بملاك الحاجه و المنفعه، و لما كانت ماله الشىء عند العقلاء باعتبار المنفعه به اذن فنفس المنفعه أحق بأن تكون مالا و ان تقدر لها قيمه، و كذلك الحقوق مثل حق الشرب و الاستقاء و حق المرور بل و حق الخيار و حق الشفعه كل هذه الأمور أموال لأنها بنظر العرف ذات منفعه يبذل بإزائها المال فإن شئت فقل: ان الأموال هى الأعيان و المنافع و الحقوق، و اما الماله فهو اعتبار عقلائى فى الأعيان الخارجيه و منافعها و ناشئ من الحاجه إليها و اختلاف الرغبات فيها ثم جعلوا لتلك الأشياء المقومه للمعايش و التى تختلف الرغبات فيها معيارا يكون ميزاناً فاختروا للتبادل النقدين و صيروهما المقياس العام ثم توسعوا فى ذلك فجعلوا الورق و ما أشبهها من نحاس و غيره بدلا عنها و مرتكزا عليها فالمال كما ذكرنا اعتبار محض و لكن تاره يكون بالجعل المحض و اخرى يتكون من جهه المنفعه و الحاجه و غزاره الآثار و الخواص و على كل فلا دخل للميل و عدمه فى ماله الشىء و عدمها، كما لا دخل أيضاً للادخار و عدمه فيها. فالفرس مال و ان كنت لا تميل إليها، و الورده ليست مالا و ان كان كل أحد يميل إليها، و هكذا. نعم الغالب ان المال تميل اليه النفوس و لكن ليس هو ملاك الماله و لا دخل له فى حقيقتها أصلا و ان كان يلازمها فى الغالب و انما تدور الماله مدار اعتبار العقلاء الناشئ من الحاجه و المنفعه المعتد بها لا المنافع التافهه كالحشرات و القاذورات و نحوها و ان كان يتنفع بها فى التسميد و نحوه فتدبر و اغتتمه.

المال المتقوم:

يستعمل فى معنيين الأول ما يباح الانتفاع به، و الثانى: المال المحرز، فالسمك فى البحر غير متقوم و إذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز.

هذان المعنيان غير متقابلين و لا متعادلين. و هذا نظير ان تقول الإنسان اما كاتب أو أبيض مع ان الأبيض يكون كاتباً و الكاتب يكون أبيضاً. و ما يباح الانتفاع به قد يكون محرزاً. و المحرز قد ينتفع به و تحرير هذه المادة على الصنائه العلميه. ان المال الذى عرفت حقيقته و هو المال المتقوم أى الذى يكون له فى حد ذاته قيمه، تاره تكون مالىته فعليه و اخرى تقديرية، (فالأول) كالأعيان الذى فى قبضه الإنسان المحرزه عنده و (الثانى) كالأموال التى لم يحصل الاستيلاء عليها و لم تحرز فى سلطه أحد مثل السمك فى البحر و المعادن فى الأرض و الطيور فى الهواء فإذا صيدت الطيور أو استخراج المعدن صارت مالىتها فعليه و الا فهى أموال حقيقه و لكنها تقديرية و معنى كونها مالا حقيقه له ان ملاك المالىه قائم فيها و هو الحاجه و عظيم المنفعه و حيث انها لم تقع بعد فى اليد فليست بمال فعلا، ثم الأموال الفعلية ان كانت بحيث يباح الانتفاع بها المنفعه المهمه منها كالأكل فى اللحوم و الشرب فى المايعات و اللبس فى الجلود فهى ذات مالىه فعليه شرعيه و ان كانت لا- يباح منها عند الشارع المنفعه المهمه المقصوده منها، و لكن يستيحها من لا يلتزم بالشرع أو من يتدين بشرع يبيحها كالخمره و لحم الخنزير و ربما يبذل الكثير من البشر المال الغزير بإزائها فهى ذات مالىه

فعلية و لكنها غير شرعية فهي أموال غير مشروع لا يصح بيعها و شراؤها و أى معامله عليها لان المالك الحقيقى أسقط مالىتها و لا تصح المعاوضات عنده الا على الأموال، فالشاه المذكاه مال فعلى حقيقه شرعاً و عرفاً بخلاف الميته فإن الشارع لما حرم أكلها و هى المنفعه المقصوده من مثلها سقطت عن المالىه و ان كان فيها كما فى الخمره منافع كثيره و لكن حرمه شرب هذا و حرمه أكل تلك فى الشريعه الإسلاميه المقدسه أسقطها و ان كانت مالىتها محفوظه عند من لا يتدين بهذه الشريعه أو النازغين فيها و الكاذبين فى الانتساب إليها، هكذا يجب ان تحرر المسائل و لله المنه

(ماده ١٢٨) و ماده (١٢٩) هاتان المادتان غنيتان عن البيان و كل أحد يعرف المال المنقول و غير المنقول

فلا حاجه الى تعريفهما.

أما الأشجار و الغروس فهي من غير المنقول بخلاف الثمار و الزروع على ان الثمره بين المنقول و غيره فى الفقه نادره.

(ماده ١٣٠)

النقود:

جمع نقد و هو عباره عن الذهب و الفضة لا يخفى ما فيه من التسامح فان النقود هى المسكوكات من الذهب و الفضة لا مطلق الذهب و الفضة، اما غير المسكوك منها أو المسكوك من غيرهما فهو من العروض، و النقود يعتبر فى صحه التعامل بها أمران:

سكه السلطان و الوزن المخصوص و يجرى عليها حكم المعدود من جهه- و حكم الموزون من جهه أخرى فلا يصح فيها الربا كما يصح فى المعدودات

و ان كانت تعد من المعدود و لكن الوزن الخاص ملحوظ فيه و سكتته فى الغالب دليل على مقدار وزنه فتغنى عن اعتباره، اما المسكوكات النحاسيه و أمثالها من غير الذهب و الفضة فالأقوى انها من المعدودات فقط و الوزن غير ملحوظ فيها أصلا و ان كان الأحوط اجتناب الربا فيها فلا يجوز بيعها بالتفاضل، اما الورق و الأنواط القائمه مقام النقدين فالأقوى عندنا انها تعتبر نفوذاً فيحرم فيها التفاضل و تجب فيها الزكاه و يعتبر فى بيعها التقابض فى المجلس و كلما يجرى على النقدين يجرى عليها،

(ماده ١٣١)

العروض:

جمع عرض (بالتحريك) و هى ما عدا النقود و الحيوانات و المكيلات و الموزونات كالمتاع و القماش.

الظاهر ان ما عدا النقدين و الأراضي داخل فى العروض سيما الأتعمة و الفواكه و الافرشه و سائر الأدوات التى يحتاج إليها فى مرافق الحياه

[ماده ١٣٢]

المقدرات:

ما تتعين مقاديرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع إلخ ..

المقدرات هى ذوات الكم من الجسم التعليمى المشتمل على الأبعاد الثلاثه و ذوات الكم ان كان متصلا فاما ان يكون المطلوب منه معرفه ثقله فيعتبر بالوزن [و الكيل طريق اليه] أو المطلوب معرفه امتداده و طوله و عرضه فيعتبر مساحته بالذراع و ان كان الكم منفصلا فبالعدد فمقادير الأجسام تعرف بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع و لكن الكيل يرجع الى الوزن و الذراع يرجع الى العدد فأصول المقاييس. اثنان

وزن: و عدد.

نعم هنا قسم آخر لم تذكره (المجله) يغنى عن الوزن و العدد و غيرهما فى غير المعدود و المكيل و الموزون و هى المشاهده كما فى الأحطاب و الزروع جزه و جزتين و قطفه و قطفتين، بل و كثير من الافرشه و الألبسه كالعباء و القباء و الثياب المخيطه و الكتب و الأوانى الزجاجيه و غيرها و كثير من الآلات و الأدوات فكان يلزم ذكرها و لعلها أكثر من المكيل و الموزون و المعدود.

(تحرير و تحوير)

يظهر ان أصحاب (المجله) ألفوها متأثرين بظروفهم الخاصه و المحيط الذى كانوا فيه الذى كان أكثر أهاليه ممن لا يعرفون إلا ذروا من العربيه و لا- يعرفون ذلك أيضاً إلا- تلقيناً و تحقيقاً، و قد اضطرتهم تلك الظروف ان يذكروا فى (المجله) كثيراً من المواد التى يجدها العربى الأصيل (بل و الدخيل) من الفضول و التوافه و من قبيل توضيح الواضحات مثل ماده (١٣٣) المكيل ما يكال .. (١٣٤) الموزون ما يوزن (١٣٥) المعدود ما يعد (١٣٦) المذروع ما يقاس بالذراع، و هكذا الى ان تصل المهزله إلى ماده (١٦٠) البائع هو من يبيع (١٦١) المشتري هو من يشتري (١٦٢) المتبايعان هما البائع و المشتري،،،

فهل يليق بالكتب العلميه سيما التي تدرس في المدارس العاليه ان تشتمل على مثل هذه السفساف التي هي اليوم من قبيل ما يقال (السماء فوقنا) و التي لا يترتب على نشرها أى فائده.

(و فسر الماء بعد الجهد بالماء) و إذا كان لأصحاب (المجله) عذر من جهه ظروفهم فأى عذر لمن يعينهم الأمر اليوم فى إبقاء هذه المواد على ما هي عليه مما لا يتناسب مع عصرنا و محيطنا، و ما العذر فى ترك هذا الكتاب على علامته من دون تحرير أو تحويل، و ما دفعنا الى النهوض بهذه الاعباء إلا خدمه العلم و تسهيل السبيل إلى الأسس الرصينه لنشأتنا الحديثه و نشئتنا الناهض و تمرينهم على طلب الحقائق الجوهرية و عدم الجمود على تسطير المواد و الصناعه اللفظيه، و الرصانه و المتانته هي الهدف الاسمى فى كل شىء سيما فى العلوم و القضايا الحقوقية، و بالله المستعان و هو حسبنا و نعم الوكيل و أكثر المواد المسطوره هنا أعنى فى ذيل هذه المقدمه من ذلك الأسلوب الواهى، و اللازم ان نقتصر على المهم النافع منه: مثل.

(ماده: ١٤٥)

المثلى:

ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به، اختلف فقهاؤنا فى تعريف (المثلى) و ما يقابله و هو (القيمى) و ليس المراد التعريف و الحد الحقيقى طبعاً بل القصد إعطاء الطابطة للتمييز بينه و بين القيمى حتى يستراح اليه عندالشك فى موارد الضمانات حيث ان المثلى يضمن بالمثل و القيمى يضمن بالقيمه فلا بد من ضابطه

يتميز بها المثلى من القيمي. و قد اختلفت كلمات فقهاءنا فى تعريف المثلى و عرفه المشهور بأنه ما يتساوى اجزأؤه من حيث القيمة. يعنى إذا كانت (حقه الحنطه) قيمتها درهم فربعها ربع درهم و هكذا بخلاف القيمي فإن الحيوان الذى تكون قيمه مجموعته ألقاً قد لا تكون قيمه نصفه مائتين و الجواهر الذى وزنه مثقال قد يكون قيمته ألفين و لكن ربهه قد لا تبلغ قيمته مائه، و بالجملة، كلما يكون لهيئته الاجتماعيه مدخلية فى ثمنه فهو مثلى و الا- فهو قيمي. ثم أطلوا النقوض على هذا التعريف و طال النقض و الإبرام و عرفوه بتعاريف اخرى تحرياً للأقرب إلى الحقيقه مثل قولهم: «المثلى ما تماثلت اجزأؤه و تقاربت صفاته» و عرفه آخر بما تساوت اجزأؤه فى الحقيقه النوعيه يعنى ان اسم الحقيقه النوعيه كما يصدق على مقدار مجموع منه كذلك يصدق على كل واحد من أبعاضه حتى القبضه بل الحبه و الحبتان منها و لا- بأس بهذا التعريف و ان كان ينتقض بكثير من القيميات كالجواهر. فان اسم النوع الصادق على مجموعته يصدق على أبعاضه. و قد اتفقوا على ان الجواهر بجميع أنواعها قيميه كما اتفقوا على ان المسكوكات بل مطلق الذهب و الفضة مثليه، و التحقيق عندنا فى المقام: ان هذا البحث (اعنى تعريف المثلى و القيمي) ينبغى ان يكون ساقطاً من أصله إذ لم يرد فى دليل من كتاب أو سنه، هذان اللفظان حتى يلزما البحث عن معناهما و طلب المائز بينهما و أدله الضمان كقاعده اليد و غيرها لم تتعرض لبيان ما به الضمان و انما مفادها ان المال فى عهده واضع اليد أو المتلف أو الغار أو غير ذلك و قد أوضحنا ان معنى

الضمان هو العهد عقلًا و عرفاً بل و لغه و شرعاً و مقتضاه وجوب رد العين إذا كانت موجوده ورد الأقرب فالأقرب إليها إذا كانت تالفه و حيث ان الأقرب الى العين بعد تلفها هو المثل مطلقاً سواء كان مثلياً على مصطلحهم أو قيمياً بل تدور مدار صدق كونه مثله عند العرف فان تمكن من غير عسر و حرج من تحصيل مثله و حب ليدفعه الى المضمون له سواء كان تحصيله من الأسواق أو من البيوت أو غير ذلك و سواء أمكن بثمن المثل أو أقل أو أكثر إذا لم يبلغ الاحجاف فيلحق بالمتعذر و إذا تعذر المثل أو تعسر رجوع الى قيمه، اما قيمه يوم القبض أو يوم التلف أو يوم الدفع أو أعلى القيم فيما بينها على الخلاف الذى مرت الإشارة اليه: و الفرق كالصبح واضح بين هذه الطريقتين و طريقه المشهور فإنهم بعد ان قسموا الأشياء الى مثليه و قيمه أوجبوا ضمان المثل بمثله و القيمي بقيمته فلا حق للضامن بدفع المثلى عن القيمي مع التمكن. كما لا حق له بدفع القيمي عن المثل فى المثلى مع تيسيره الا مع التراضى الذى هو كمعامله جديده.

اما على اختيارنا قالوا أجب عليه تحصيل المثل و دفعه مهما كان الشىء و لا يهمننا كونه مثلياً أو قيمياً، فان تعذر أو تعسر لزمه دفع القيمي اما تعريف (المجله) فيمكن تطبيقه على ما ارتأيناه، سوى ان التقييد بوجوده فى السوق مستدرك، و لو عبروا عنه بما يمكن تحصيل مماثله بدون تفاوت يعتد به و بدون مشقه و إجحاف، و القيمي ما يتعذر تحصيل مثله أو يتعسر الا باجحاف لكان أقرب الى الصواب، و يؤيد ما اخترناه

من ان الأصل فى الضمان هو المثل، قوله تعالى (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ)، (وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا) أما قيمه فهى بدل قهري تقضى به الضروره و الأحوال الاستثنائية فتدبره.

(ماده ١٥٢)

الضمن:

اشاره

ما يكون بدلا للمبيع و يتعلق بالذمه (ماده ١٥٣)

الضمن المسمى:

هو الذى يسميه و يعنيه المتعاقدان وقت البيع بالتراضى سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقيه أو ناقصاً عنها أو زائداً، هاتان المادتان- ماده واحده- لأن الذى يكون بدلا للمبيع هو المسمى الذى قد يساوى قيمه السوقيه و قد ينقض و قد يزيد، ثم ان المسمى الذى يكون بدلا للمبيع قد يتعلق بالذمه و قد يكون عيناً شخصيه فقصره على الأول مما لا وجه له على الظاهر، و تحرير القضييه ان البيع مضافاً الى ما تقدم له من الأقسام ينقسم أيضاً باعتبار كليه العوضين أو جزئيهما إلى أربعة أقسام لأنهما اما ان يكونا معاً عينين شخصيتين فالبيع شخصى أو يكونا معاً كليين فالبيع كلى أو يكون المبيع شخصياً و الثمن كلى فى الذمه و لعله الغالب أو يكون بالعكس كما هو فى السلم بالنسبه إلى المبيع فإنه كلى ابدأ، اما الثمن فيصح ان يكون جزئياً و كلياً و تختلف هذه الأقسام فى الأحكام سيما من حيث التلف قبل القبض ثمناً أو مثنماً، كما سيأتى كل واحد فى محله.

(ماده ١٥٤)

القيمه:

هى الثمن الحقيقي للشئ .

لعله غير خفى على النبيه ان ليس لشئ ء من الأعيان المتقومه اعنى المالىات قيمه حقيقه بل تختلف قيم الأعيان باختلاف المكان و الأزمان

و القله و الكثره و الرغبات المنبعثه عن الحاجه أحياناً و عن التوسع و الترفه فى الأكثر فرب سلعه فى بلد لها قيمه و فى بلد آخر تجاوزها أكثر منها أو أقل بل و فى بلد واحد قد تختلف قيمه الشىء الواحد باختلاف الأيام و الفصول، و هذا يكشف عن كون الأشياء ليس لها قيمه حقيقه بل ليس حقيقه القيمه إلا- أمر اعتبارى يختلف باختلاف الظروف التى ينشأ منها الاعتبار فقول (المجله) ان القيمه هى الثمن الحقيقى ناشئ من عدم إمعان النظر، و الظاهر انهم يريدون ان الثمن الحقيقى فى مقابل الثمن المسمى و هى قيمه الشىء فى حد ذاته، و لو عبروا بان ثمن الشىء بذاته هو قيمته السوقيه. أى لا ثمنه المسمى لكان أقرب الى الصواب،

(ماده ١٥٥)

التمن:

هو الشىء الذى يباع بالتمن هذا أيضاً مضافاً الى كونه من الواضحات لا يترتب عليه أى فائده

(ماده ١٥٦)

الدين:

ما يثبت فى الذمه كمقدار من الدراهم فى ذمه الرجل، و مقدار منها ليس بحاضر. و المقدار المعين من الدراهم، أو من صبره الحنطه الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين.

و هذا أيضاً من الخلط الغريب فان الدين لغه و شرعاً و عرفاً ليس إلا الكلى الذى يتعلق بالذمه فى مقابل العين التى يتحقق فى الخارج وجودها الشخصى فالدين هو الكلى و المعين هو الشخص، و هذا مما لا يختلف فيه اثنان، نعم الكلى المطلق لا بقيد الإطلاق و بعبارة أصح: مطلق الكلى قسماً منه فى الذمه و هو الدين و أسباب تعلقه بالذمه كثيره

واحد افراده عقد القرض لا القراض و قسم منه فى الخارج و هو الذى يسميه فقهاؤنا (الكلى فى المعين) مثل صاع من صبره معيه و شاه من قطع معين فإنه أى الصاع أو الشاه كلى لانه صادق على كثيرين و هى كل صاع من الصبره و جزئى لأنه فى الخارج لا فى الذمه و هو مردد فى معين و هى الصبره أو لقطع و على كل حال فلا علاقه له بالدين أصلا و يظهر الفرق بينه و بين الصاع المشاع بالإشاعه الكسريه فى أمور لا مجال لها هنا و ربما يأتى الإشاره إليها فى موضع آخر إن شاء الله.

و ما بقى من المواد المذكوره هنا أى فى المقدمه كلها واضح، و الجدير ان نشرع بعد الفراغ من مواد المقدمه فى مقاصد الكتاب و أبوابه.

(الباب الأول) فى بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع

اشاره

و فيه خمس فصول

(الفصل الأول) فيما يتعلق بركن البيع

(ماده ١٥٧) البيع ینعقد بإيجاب و قبول.

العناصر التى یتربك البيع منها ستة، (البائع، المشتري، المبيع، الثمن، الإيجاب، القبول).

و الأركان منها أربعة.

(الثمن و المثمن و الإيجاب و القبول) و لكل واحد من تلك العناصر شروط، أهمها بعد الشروط العامه (القصد) و معلوميه العوضين بوجه يرفع الجهاله الموجه للغرر، و هذان الأمران شروط و كنيه و سيأتى ذكر باقى الشروط فى الأمور المتعاقبه و قد ظهر من طى المباحث المغايره ان حقيقه البيع سواء جعلناه تبديلا أو مبادله أو تملكيا أو تملكيا و نقلا أو انتقالا- هى من مقوله المعانى الإنشائيه لا يكفى فى تحققها قرارها الذهنى و وجودها التصورى بل لا بدّ لها من مظهر خارجى تظهر فيه و تتحقق به و الذى يتحقق به إنشاء البيع اما قول أو فعل فالإنشاء

القولى هو العقد الذى يتحقق بالإيجاب و القبول، و الإنشاء الفعلى هو المعاطاه الذى سياتى بحثها، فكان الجدير (بالمجله) ان تقول ان البيع العقدى هو الذى ينعقد بالإيجاب و القبول لا مطلق البيع.

(ماده: ١٥٨) الإيجاب و القبول فى البيع عبارته عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع فى عرف البلد:

اشاره

المراد بهذه ماده بيان ان البيع لا يشترط فيه صيغته خاصه بل يتحقق بكل لفظين يستعملان فيه حسب العرف الخاص أعم من كون الاستعمال على نحو الحقيقه أو المجاز بل يعم إطلاق الاستعمال حتى الغلط فى العريبه إذا جرى عليه عرف البلد و اخرج بقوله (لفظين) الإشاره و نحوها، و هذا من البحوث المهمه فى باب البيع بل مطلق العقود، و تحريره يستدعى النظر فى جهات،

الاولى-: ان البيع بل عامه العقود هل يتوقف صدق العقد عليها على إنشائها بألفاظ أو يتحقق عقديتها بإنشائها و لو بالفعل

كالتعاطى أو الإشاره أو الكتابه أو غير ذلك و قد اختلف الفقهاء فى ذلك و الذين ذهبوا الى ان المعاطاه لا تفيد التمليك بنوا ذلك على اعتبار اللفظ فى العقود و لخلو التعاطى عنه لا تكون المعاطاه عقداً فلا يكون مفادها التمليك بل الإباحه و الاذن و الظاهر اتفاقهم على ان إشاره القادر على اللفظ لا تكون عقداً كما ان كتابته كذلك كما اتفقوا على ان إشاره العاجز كالأخرس و كتابته تكون عقداً بنظر العرف مع العجز عن التوكيل أو مطلقاً كما هو الأقوى لأن إشارته عندهم تقوم مقام لفظه و لذا قدمها

الأ- كثر على الكتابه لأنها ليست ألفاظاً و لا- تقوم مقام اللفظ، نعم هي تحكى عن الألفاظ و الألفاظ تحكى عن المعانى، و اما كفايه الفعل كالتعاطى عن القول، فسيأتى تحقيقه إن شاء الله، فلو قلنا بعدم صدق العقد على الفعل و نحوه من غير الألفاظ و عدم تأثير غير ما دلت السيره على تأثيره و شككنا فى اعتبار شىء فى التأثير فالمرجع طبعاً إلى أصله عدم التأثير و لا إطلاق يرجع اليه بخلاف ما لو قلنا بعدم اختصاص صدق العقد بالألفاظ فإن المرجع بحكم الإطلاق إلى أصله الصحه الناشئه من أصله عدم الاعتبار.

الثانيه-: بناء على اعتبار الألفاظ فى صدق طبيعه العقد فهل يعتبر فيها ألفاظ مخصوصه

أو يكفى كل ما دل على طبيعه العقد أو مما استعمل فيه مجازاً أو غلطاً و لو بالقرينه فكما يتحقق طبيعه البيع بإنشائه بالألفاظ الخاصه بالإيجاب مثل بعت و شريت أو الخاصه بالقبول مثل اشتريت و ابتعت و قبلت. كذلك يتحقق بالألفاظ الداله عليه باللازم مثل ملكت و نقلت و عاوضت و أمثالها فإن حقيقه البيع هي المبادله و هي من لوازم تلك العناوين بل بما هو أوسع و أبعد كاستعمال اللوازم العامه مثل خذ هذا بكذا أو هو لك بكذا و ما أشبه ذلك، و يتمطى الجواز حتى يتناول استعمال صيغه عنوان عقد خاص فى عقد آخر فيستعمل البيع فى الإجاره: فتقول بعتك منفعه الدار بكذا. و الإجاره بالبيع فتقول:

آجرتك الدابه ملكا بكذا. و البيع فى الهبه مثل - بعتك الكتاب بلا عوض و بالعكس مثل - وهبتك الثوب بعوض كذا و يترد هذا

فى سائر العقود فما كانت هناك مناسبة و علاقته كان مجازا و الا كان غلطا و لا منافات عند المجوز بين غلطيهِ اللفظ و صحه العقد لان المدار فى العقد عنده على تحقق الإنشاء باللفظ مهما كان، هذا تصفيه تصوير الوجوه و الأقوال على الإجمال، اما التحقيق عندنا فهو ان عناوين العقود الخاصه، كالبيع و الإجاره و الصلح و الهبه و نظائرها لا تتحقق إلا بإنشائها بالألفاظ و لا يلزم ان تكون تلك الألفاظ مشتقه من نفس ألفاظ عناوينها بل يكفى كل لفظ دل عليها فى نفس ذلك الاستعمال و لو بمعونه القرينه حاله أو مقالیه فالمدار على التفاهم بين المتعاملين و ان يفهم كل منهما مراد الآخر حتى يقع القبول مطابقاً للإيجاب سواء كان استعمال تلك الألفاظ فيما قصدها، صحيحاً أو غلطاً، حقيقه أو مجازاً، و أفق عرف البلد أو خالفه، لان العقد ليس الا إنشاء المعنى بلفظ مفهم للمقصود بنفسه أو بالقرينه. و لا نقول: ان العقد منحصر بالإنشاء اللفظى بل نقول ان الإنشاء اللفظى عقد قطعاً بل أظهر أنواع العقد اما انه يتحقق بالإنشاء الفعلى أم لا فسيأتى تحقيقه قريباً إن شاء الله و (بالجمله) فلا نجد العرف يعتبر فى حقيقه العقد أكثر من القصد إلى إيجاد المعنى باللفظ و لازم قصد إيجاده و تحقيقه التزامه به حتى فى العقود الجائزه فإن العقد الجائز أيضاً قد التزم الطرفان بمضمونه و لكن ما دام العقد و غايه الفرق بينه و بين اللازم ان ذاك له ان يحله متى شاء بخلاف الثانى. اما فى ظرف عدم حله فيجب الوفاء به و تترتب آثاره عليه و قد أشرنا فيما سبق الى ان وجوب الوفاء فى الآيه يمكن ان يعم كل عقد خرج بالدليل

العقود الجائزه من حيث جواز حلها و ما عدا ذلك فيجب العمل على طبقها فيها و فى سائر العقود و هذا هو مدرك أصاله العقود كما تقدم.

و القصارى ان العقد يتحقق عرفا بإنشاء معناه لفظا مطلقا بشرط إفهام القصد و المراد و لو بالقرينه و لكن اللزوم الشرعى و وجوب الوفاء يمكن منع شموله لكل عقد عرفى حتى ما أنشأ باللفظ الغير الموضوع لذلك العنوان و سره ان اللام فى العقود التى فى الآيه ظاهره فى العهد لا الجنس فيكون الحكم ثابتا للعقود المعهوده فى العرف الشائعه فيما بينهم لا مطلق ما يستعملونه و من المعلوم ان الشائع المتداول من العقود عندهم هو ما كان إنشاؤه بالألفاظ المنتزعه من عنوان ذلك العقد فالمتداول من عقد البيع هو ما يشتق من هذا العنوان و أخواته مثل: بعت و اشتريت، و شريت و ابتعت و قبلت لا مثل ملكت (بالتشديد) و تملك و نقلت و عاوضت و أشباه ذلك، و هكذا عقد الإجاره فإن المتعارف المتداول ما يشتق من عنوانه كاجرت لا من لوازمها و توابعها مثل تمليك المنفعه و نحوها و هكذا الكلام فى سائر العقود ذوات العناوين الخاصه كالهبة و الصلح و المزارعه و المساقات فكل عقد كان إنشاؤه بألفاظ منتزعه من عنوانه فهو لازم يجب الوفاء به و الا فشمول الدليل له غير معلوم و الأصل هنا عدم اللزوم عند الشك فى شمول الدليل لعدم إحراز العموم أو الإطلاق فإن مصب العموم ضيق كما عرفت، إذا فليس كل عقد عرفاً يجب الوفاء به شرعا بل هى تلك العقود الخاصه بعناوينها المخصوصه و منه يستبين حال استعمال الكنايات القريبه أو البعيده مثل

«بارك الله لك في صفقتك» أو «شايخ الخير»، و نحو ذلك مما يستعمله العرف بعد المساومه لإطلاق البيع و إظهار الموافقه، فإن قصد به القائل إنشاء البيع كما هو الغالب حيث يريدون به معنى بعثك فهو عقد و لكن لزومه غير. معلوم على ان تحقق الإنشاء به محل نظر فإن إنشاء اللازم ليس إنشاء للملزوم فان الدعاء بالبركه و ان كان لازمه ان يكون له و لكنه ليس إنشاء لجعله له فهو محتاج إلى عناية أخرى بأن ينسلخ عن معنى الدعاء و يتمحض لنوع آخر من الإنشاء و ان لم يقصد النقل و التمليك فلا إشكال في عدم كفايته، هذا كله من حيث مواد الألفاظ التي تستعمل لإنشاء البيع و سائر العقود، اما من حيث الهيئات فيتضح بالنظر في:-

(الجهه الثالثه) و هي ان البيع و نحوه من العقود، لما كان من المعاني الإيجاديه التي لا حقيقه لها في الخارج الا بنفس إنشائها و إيجادها

فإذا أنشئت تحققت و وجدت، و حيث ان هيئه الماضى هي الصريحه في الدلاله على الثبوت و تحقق الوقوع و مفادها الصريح تحقق نسبه وقوع الفعل من الفاعل و لذا كان بذاته مجرداً عن الزمان و انما يدل على الزمن باللازم عند الإطلاق و كثيراً ما يطلق على نسبه وقوع الفعل في المستقبل بغير عناية و تجوز مثل (إذا جاء نَصِيرُ اللَّهِ) و (أتى أمرُ اللَّهِ)، و نظائرها فمدلول هذه الصيغه الخاصه مطابقه هو الثبوت و التحقق فإذا استعملت في العقود من بيع و نحوه دلت صراحه على تحقق وقوع معانيها و ثبوتها فكانت هي الهيئه

الصريحه فى إنشاء تلك المعانى المحتاجه الى ما يدل على تحقق وقوعها إذ لا حقيقه لها إلا بإنشاء ثبوتها و تحقيقها، اما هيئه المضارع فمدلولها الصميم ليس الا نسبه المبدء الى الذات اى الفعل الى الفاعل فهو كاسم الفاعل حقيقه و لذا سمي بالمضارع سوى ان الفعل يدل على نسبه المبدء إلى الذات و تلبسها به و اسم الفاعل يدل على تلبس الذات بالمبدء و نسبتها له فهو مترتب عليه و متأخر رتبه عنه فتقول: يضرب فهو ضارب، و هو أيضاً مجرد عن الزمان و يصلح للماضى كما فى قولك: لم يضرب، و يتمحض للاستقبال كما فى سوف يضرب، و يتردد بين الحال و الاستقبال كما لو تجرد. و على اى فحيث ان مدلولهما الصريح تلبس المبدء بالذات أو تلبس الذات بالمبدء من دون نظر الى زمان و لا الى تحقق ذلك لم يكن صريحاً فى الثبوت و الوقوع و ربما يكون كل منهما دالا- عليه عند الإطلاق و لكن باللازم و قد عرفت ان المعتبر فى العقود الصراحه و ان إنشاء أحد المتلازمين لا- يستلزم إنشاء الآخر و ان عدم الانفكاك فى المتلازمين انما هو فى الخارجيات لا الإنشائيات، (و القصارى) أن هيئه الماضى هى الصريحه فى العقود و سيما البيع، و لذا اتفقوا قولاً واحداً على تحقق العقد بها و اختلفوا فى المضارع و اسم الفاعل و الحق انهما لا يصلحان لإنشاء المعانى العقدية بهما الا مع القرينه فتقول: أنا بائع تريد إنشاء البيع و تحقيقه بذلك مع القرينه الواضحه من حال أو مقال فليس هو و لا مضارعه من صيغ العقود الصريحه كالماضى و اما صيغه الأمر و الطلب مثل معنى أو زوجنى و نحوهما فهى أبعد من المضارع

و أخيه بكثير إذ ليس هو إنشاء للبيع بل طلب إنشائه من الغير فهو استدعاء محض اما لزوماً ان كان من العالى أو التماساً و رجاء ان كان من غيره فإذا قال بعنى و قلت له بعتك لا بد من ان يتبعه بقوله قبلت و الا فلا عقد، إذأ فالماضى هو المتعين فى العقود و ما عداه لا- يكفى إلا- بتكلف و عنايه لا يصح الاعتماد عليها فى العقود، و ما ورد فى بعض الاخبار من كفايه الطلب حيث قال: زوجنيها يا رسول الله، ان لم يكن لك بها حاجه، و ما فى شراء العبد الآبق و بيع المصحف و غيرها مما هو ظاهر فى كفايه المضارع و الأمر محمول على المقاوله قبل البيع تمهيداً لإجراء الصيغه لا الاكتفاء بنفس ذلك القول: نعم فى خصوص الطلاق و العتق بل و الوقوف و الصدقات جعل الشارع الصيغه المخصوصه لها أسماء الصفات و اسم الفاعل مثل: أنت طالق و أنت حر و دارى صدقه أو وقف كل ذلك للدليل الخاص و لا يجوز التعدى عنها الى غيرها فلا يصح دارى إجاره أو مأجوره و نحو ذلك قطعاً، اما اعتبار العربيه فى صيغ العقود فان كان المراد به عدم كفايه الألفاظ المرادفه للبيع فى اللغات الأخرى فهذا مما لا دليل عليه بل الأصح ان الأدله العامه (ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (ك أَحِلَّ لَكُمُ الْبَيْعُ) شامله لكل عقد فى كل لغه غايته انها على نحو ما حققناه من كون الملحوظ فيها العقود المنشأه بألفاظها المأخوذه من عناوينها الخاصه سواء فى لغه العرب أو غيرها، و ان كان المراد باعتبار العربيه إخراج الملحون، ماده أو هيئه الخارج عن قواعد العربيه فالتحقيق ان اللحن ان لم يكن مغيراً للمعنى كما لو قال: بعتك

(بفتح الباء أو التاء) لم يقدح، اما لو كان مغيرا كما لو أدخل الهمزه فقال. أبعثك أو شوش نظم المادة فقال جوزتك مكان زوجتك أو استعمل المشترك اللفظي أو المعنوي أو المجاز و لم ينصب قرينه فتحقق حقيقه العقد بها مشكل و على تقديره فلزومه غير معلوم ان لم يكن معلوم العدم، هذا تمام القول فيما يتعلق بهذه المادة و منه يعلم ان عرف البلده لا خصوصيه له فلو قالوا الإيجاب و القبول لفظين مستعملين لإنشاء البيع عن وضع أو قرينه لكان أصح و أوسع فتدبر و بالله التوفيق.

(ماده ١٦٩) الإيجاب و القبول يكونان بصيغه الماضى بدون النيه

كبت و اشترت و اى لفظ من هذين ذكر أو لا- فهو إيجاب و الثانى قبول، فلو قال البائع بعث و قال المشتري اشترت أو قال المشتري أو لا- اشترت ثم قال البائع بعث انعقد البيع و يكون لفظ بعث فى الأولى إيجاباً و اشترت فى الثانيه بالعكس، و انعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك و التملك كقول البائع أعطيت أو ملكت و قول المشتري أخذت أو تملكيت أو رضيت و أمثال ذلك.

تضمنت هذه المادة ثلاثه أمور.

الأول:- انعقاد البيع بالماضى و قد عرفت الوجوه فى انها هى الصيغه الصريحه و ما عداها بين مقطوع بعدم صحته و بين مشكوك.

الثانى:- إعادته ما سبق فى ماده (١٠١) من ان الإيجاب هو أول الكلام إلخ و تحرير هذه المسأله ان الإيجاب و القبول اما ان يقتربنا أو يتقدم أحدهما على الآخر و على كلا الفرضين فأما ان يكونا بلفظ بعث

و قبلت أو بغيرهما و على فرض التقدم و التأخر، فأما ان يتقدم الإيجاب و يتأخر القبول أو العكس فهنا ست صور: تقدم الإيجاب على القبول و هى القدر المتيقن و المتفق على صحتها كالانفاق ظاهراً على بطلان عكسها و هى: تقدم القبول، (الثالثه) افترانهما بصيغه بعت و قبلت و الصحه محل نظر كا (لرابعه) و هى افترانهما بغيرهما من الصيغ (الخامسه) تقدم بعت إيجاباً و تأخر اشترت قبولاً أو العكس تقدم اشترت و تأخر بعت و لا إشكال فى صحه الاولى و يشكل صحه عكسها (السادسه) التأخر و التقدم فى ابتعت أو بعت أو رضيت أو العكس و حالهما حال سابقتهما، و قد يتصور أكثر من ذلك و لكن يعرف حال كثير منهما مما ذكرنا، و (الضابطه) انه كلما كان من أحدهما قبول أو بمعناه من الرضا و الإمضاء و نحوهما فلا بد من تأخيره لما مرت الإشارة إليه من ان نحوه نحو المطاوعه و التأثير و يستحيل تحقق التأثير قبل المؤثر و الانفعال قبل الفعل كاستحاله تقدم المعلول على العله و إذا لم يكن من أحدهما القبول و ما بمعناه مثل ابتعت و بعت و اشترت و بعت ففى الحقيقه كل منهما موجب و قابل باختلاف الاعتبار بل يمكن الحكم بالصحه حتى مع التقارن فى هذه الصيغ و يمكن فيها تطرق التفصيل بين ما إذا كان البيع صرفاً أو مقايضه فكل منهما موجب و قابل تقارنا أو تقدم أحدهما على الآخر، اما لو كان أحد العوضين سلعه و الآخر نقداً فصاحب النقد مشترى و قابلاً و صاحب السلعه بائعاً و موجباً تقدم أو تأخر على ان ترتب الثمره على تعيين الموجب من القابل قليله و الفائده العمليه معدومه

ضئيله، الثالث:- من الأمور إعادة ما أشير إليه في المادة المتقدمه من كفايه كل ما ينبئ عن التمليك و التملك، و قد عرفت أوسع ما ينبغى من التحقيق فيه و منه يظهر لك القدح فيما ذكرته (المجله) هنا من انعقاد البيع بمثل قول البائع أعطيت و ملكت و قول المشتري رضيت فان الإعطاء ظاهر فى التمليك المجانى فهو من صيغ الهبه و لا يجوز استعماله فى البيع الذى هو رأس عقود المعاوضات الا- غلطاً أو مجازاً بعيداً فلا يكون عقد بيع و لو سلم فلا يكون لازماً لما عرفت و أيضاً فإن الرضا لا يصح استعماله قبولاً فى مطلق العقود اللازمه لأن معنى القبول فيها يتضمن معنى يستلزم التعهد و الالتزام و الرضا اذن و موافقه لا تعهد و التزام فتدبره جيداً،

(ماده ١٧٠) ينقذ البيع بصيغه المضارع إذا أريد بها الحال كايح و اشترى و إذا أريد بها الاستقبال لا ينقذ

قد ظهر لك مما أفضنا قبل فى بيانه ان المضارع لا يدل على أكثر من نسبه المبدأ إلى الذات و تلبسها به و هذا غير كونه محقق الوقوع فإن أريد منه الحال بالقرينه كان لازمه كونه محقق الوقوع فيدل على إنشاء المبادله أو التمليك باللازم و كفايته فى العقود محل نظر و هذا بخلاف الماضى فإنه صريح بالوقوع و الثبوت، فليفهم، و قد عرفت ان طلب وقوع الشىء غير نفس وقوعه بل طلبه ظاهر فى عدم تحققه و حصوله و هو عكس المقصود بالبيع و نحوه و منه يعلم ماده (١٧١) التى هى تكرار

للماده التي قبلها و ماده (١٧٢) لا- ينعقد البيع بصيغه الأمر كعب و اشتر إلخ و يريد باقتضاء الحال القرينه على إرادته إنشاء البيع بصيغه الأمر و هو من قبيل استعمال الشىء فى ضده فان قولك بع طلب إنشاء وقوعه الظاهر فى انه غير واقع فلو استعملته فى إنشاء تحقق وقوعه كان استعمالا فى شبه ضده و حاله حال المضارع بل أسوء.

(ماده ١٧٣) كما يكون الإيجاب و القبول بالمشافهه يكون بالمكاتبه أيضاً،

قد عرفت ان الكتابه عندنا لا- تصلح للعقد و حالها حال الإشاره من القادر، نعم مع العجز و عدم إمكان التوكيل قد يكتفى بالكتابه و مع دوران الأمر بينها و بين الإشاره فى العاجز لا يبعد رجحان الإشاره لأنها أقرب الى اللفظ كما فى ماده (١٧٤) ينعقد البيع بالإشاره المعروفه للأخرس، اما الرساله اى إرسال رسول لإجراء البيع فان كان بنحو الوكاله صح و الا فهو فضولى، و تلخص من كلها سبق ان الماضى هى الصيغه الصريحه فى عامه العقود باتفاق الجميع (بدون نيه) اى بطبيعتها و من غير حاجه الى قرينه كما فى قرينه و الا فقصد الإنشاء لازم فى الجميع و لو عبرت (المجله) بذلك لكان أبعد عن الإبهام.

اما الأمر و المضارع فيصح استعمالهما فى العقد عند أصحاب (المجله) و لكن مع النيه و قصد الحال بهما اى و مع القرينه كقول العاقد أبيعك الآن أو حالا أو نحو ذلك، اما عندنا فمشكل و كونه عقداً لازماً أشكل.

(بيع المعاطاه) (ماده ١٧٥) حيث ان القصد الأصلى من الإيجاب و القبول هو تراضى الطرفين فيعقد البيع بالمبادله الفعلية الداله على التراضى و يسمى هذا بيع التعاطى،

مثال ذلك ان يعطى المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه مقداراً من الخبز بدون إيجاب و قبول أو ان يعطى المشتري الثمن للبائع و يأخذ السلعه و يسكت البائع، هذا هو بيع المعاطاه المشهور، و فى عباره (المجله) أيضاً نوع من التسامح حيث جعل القصد الأصلى من العقد أى الإيجاب و القبول هو التراضى مع ان الرضا و التراضى اذن و إباحه و هو غير ما هو المقصود بالعقود فان المهم فيها هو إنشاء التمليك و المبادله، و الرضا بتصرف الغير فى ملكك معنى، و جعل مالك ملكا للغير معنى آخر، و المعاطاه التى هى أخت العقد اللفظى هى التى يقصد بها إنشاء البيع و التمليك و هذه هى التى ينبغى ان تكون محل الكلام و موضع النقض و الإبرام الا- التى يراد بها الرضا و إباحه التصرف و حليه الانتفاع شبه العاريه و نحوها، نعم اختلف فقهاؤنا أشد الاختلاف فى موضوعها و المعنى المقصود منها فى موضع النزاع كاختلافهم فى حكمها فليل هو ما قصد به المتعاطيان الإباحه و قيل ما قصد به التمليك و قيل ما تجرد عن كل منهما كما كان الأقوال فى حكمها كثيره من حيث الصحه و الفساد

و الجواز و اللزوم و قد تنتهى إلى سته هى بين إفراط و تفريط فهى بيع فاسد عند بعض و بيع صحيح لازم كالبيع بالألفاظ عند آخرين و بيع صحيح و لكنه جائز و انما يلزم بتلف أحد العوضين أو كليهما و هذا هو أوسط الأقوال و أقربها إلى القواعد، و ذهب جماعه انها تفيد إباحه التصرفات اما مطلقاً أو خصوص مالا يتوقف على الملك، و صفوه ما عندنا هنا من التحقيق ان المشاهد المحسوس من حالنا بل و من حال غيرنا من صغير أو كبير فى شراء حقير أو خطير حتى الطفل المميز إذا اشترى شيئاً من الأسواق لا- يقصد بدفعه المال من نقود و غيرها بإزاء ما يأخذه من السلعه إلا- مبادله ذا بذاك و قطع علاقته من العين المدفوعه منه بالكليه عوض استيلائه على العين المأخوذه من الآخر فيصح على هذا تعريفها التحقيقى أو التقريبى بأنها عباره عن ان يدفع كل من اثنين ماله الى الآخر عوض ما يدفعه الآخر له، و قد مر عليك ان إنشاء التمليك لا بد له من أمر خارجى يتحقق به و يكون آله لإيجاده، و الألفاظ هى الأدوات التى يبنى العقلاء على إظهار مقاصدهم بها حكاية أو إيجادا يعنى خبراً أو إنشاء، ثم فى الرتبة الثانى، الأفعال فإن للأفعال ظهورا كما للأقوال و ينشأ بها المعانى الاعتباريه كما ينشأ بالأقوال فكما انك إذا قلت لشخص هذه العين لك، تاره تريد اخباره بأنها له، و تاره تريد إنشاء تمليكها له، فكذلك إذا دفعتهأ له و أنت ساكت قد تريد ان دفعها اليه من جهه انها ملكه و ماله العتيد، و تاره تريد إنشاء انها له فتكون من ماله الجديد، فهذا عقد و التزام ضمنى و لكنه فعلى لا قولى

و هو مع قصد التعاوض بيع و يشمله (أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، و لكنه ليس كالعقد القولى يجب الوفاء به لما عرفت قريباً من ان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا تشمل الا العقود اللفظيه المنشأ لعناوينها الخاصه بها فأحل الله البيع تثبت مشروعيه هذا العقد و انه مؤثر، و لكن دليل اللزوم قاصر عنها فتكون جائزه و لكل من الطرفين الرجوع ما دام كل من العوضين قائماً موجوداً اما مع تلفهما أو تلف أحدهما فيأتى اللزوم كما هو الشأن فى جميع العقود الجائزه، كالهبة و غيرها (و سره) ان المالك سلطه على العين بجميع شؤونها و لازمه ان له جميع التصرفات حتى الناقله و الموقوفه على الملك و لازم ذلك ان لا رجوع مع التلف أو الإلتلاف لأن حق الاسترجاع انما هو مع بقاء العين و قيامها، اما مع تلفها فقد زال الموضوع و سقط الحق و لزم العقد، و من نفس عنوان هذا النوع من البيع يعلم انه لا يتحقق إلا بالتعاطى من الطرفين حقيقه أو حكماً فإن المشتري إذا اعطى الثمن للبائع و أخذ السلعه و البائع ساكت فان سكوته الكاشف عن رضاه يقوم مقام عطائه كما ان أخذ المشتري يكون كإنشاء للتملك و التمليك و سكوت البائع إمضاء، و كذا دفع القصاب قطعه اللحم و أخذ المشتري لها بعد طلبه محقق للتعاطى حقيقه اما قبل أخذ المشتري لها فالبيع لم ينعقد و الاستدعاء لا- يجعل المشتري ملتزماً و قد عرفت ان كلا من البائع و المشتري له العدول و الفسخ بعد تحقق البيع بالتعاطى لأنه عقد جائز فكيف لا يجوز قبل ان تتم المعاطاه التى هى بمنزله الإيجاب و القبول و الاستدعاء لا يكون قبولاً و دفع القصاب اللحم كإيجاب بلا قبول فما

وجه حكم (المجمله) بأنه ليس للمشتري الامتناع من قبوله و أخذه بل له الامتناع على التحقيق حتى بعد أخذه أى له الرجوع و العدول لانه بيع جائز و لا يلزم الا بتلف أحد العوضين حقيقه أو حكما كما لو باعه أو رهنه أو ما يشبه ذلك، و من الغريب قول القائل: ان الإيجاب و القبول انما اعتبرا فى البيع لقيامهما مقام التعاطى حكما، فقد جعل التعاطى أصلا و الإيجاب و القبول فرعاً، مع ان الأمر بالعكس فإن الأصل فى الخيريات و الإنشائيات هو اللفظ، و القول و الفعل و التعاطى فرع و تبع له باتفاق أهل العلم، و (بالجملة) فإن إنشاء التمليك بالفعل انما يكون بيعاً و يحصل به النقل و المبادله إذا توفرت فيه جميع شروط البيع من معلوميه العوضين و عدم الغرر و القدره على التسليم و قصد المتعاقدين و رشدهما و اختيارهما الى غير ذلك من شروط البيع الآتية لا يفقد شيئاً من شرائطه و مقوماته سوى الإيجاب و القبول الذى يقوم تعاطيهما مقام هذين الركنين و يلزم فيهما كل ما يلزم فى الإيجاب و القبول من التوالى و نحوه، فالتعاطى من طرف واحد كإيجاب بلا قبول أو قبول بلا إيجاب، نعم يكفى من أحدهما العطاء حقيقه و من الآخر حكما و هو كثير، و منه وضع الفلاس فى دكان بائع البقل أو محفظته و أخذ باقه البقل و نظائر ذلك، و منه فى الإجاره دخول المغتسل الى الحمام و وضع الأجره المعلومه فى صندوق صاحب الحمام و هكذا، و مما ذكرنا يتضح أيضاً ان البيوع الفاسده مطلقاً لا تدخل فى باب المعاطاه بل لها حكم آخر ربما يأتى بيانه إن شاء الله.

كما يتضح ان المعاطاه على القول بإفادتها الملك أو الإباحه يصح جريانها فى غير البيع من العقود جائزه أو لازمته، يعنى كالإجاره أو كالهبه و لا- تلزم فى الإجاره أو غيرها الا بالتلف الحقيقى أو الحكمى أو القيام بالعمل فتدبره جيداً، هذا أوجز ما ينبغى ان يقال فى اختصار بيع المعاطاه. و هذا أقل قليل مما ذكره فقهاؤنا سيما المتأخرين منهم فى المطولات و لعله قليل يعنى عن الكثير.

و من أراد ان يعرف سعه فقاهاه الإماميه و دقه افكارهم و غزاره مادتهم فليرجع إلى مؤلفاتهم المبسوطه فى هذا الباب.

(ماده: ١٧٦) إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثانى.

فلو تباع رجلان مالا معلوماً بمائه فرش ثم بعد انعقاد البيع تباعا ذلك المال بدينار أو بمائه و عشره أو بتسعين قرشاً يعتبر العقد الثانى.

فى هذا الموضوع أيضاً إجمال و اشكال و تحرير ذلك حسب القواعد المتفق عليها. ان الإيجاب و القبول إذا وقعا جامعين للشرائط فقد انتقل مال كل واحد من المتبايعين الى الآخر غايته انهما ما داما فى مجلس العقد يجوز لكل منهما الفسخ و حينئذ فإذا تباعا ثانياً بمعنى ان البائع باع ثانياً ما باعه أولاً فإن كان بذلك الثمن فالثانى لغو طبعاً، و ان كان بثمان آخر. و الفرض ان المشتري واحد فان قصد ضمن البيع الثانى فسخ الأول و لو بقرينه مقاميه أو ظهر منهما التبانى على التقابل صح

الثانى و انحل الأول طبعاً و ان لم يقصدا فسحاً و لا إقاله فالبيع الثانى باطل لانه باع مالا يملك على من يملك فتدبره جيداً على و ضوحه.

(الفصل الثانى) فى بيان لزوم موافقه القبول للإيجاب

يعنى يلزم ان يقع القبول على ما وقع عليه الإيجاب جنساً و قدراً و وصفاً و غير ذلك، فلو باعه المجموع بألف ليس له ان يقبل نصفه بخمسائه و هكذا فى سائر الجهات على ما ذكره فى ماده (١٧٧)، نعم لو قبل البائع بذلك ثانياً أو اشترط القابل شرطاً لم يذكر فى الإيجاب ثم قبل به الموجب ثانياً فلا- يبعد فى هذا و أمثاله الصحه، و «الضابطه» انه كلما كان القبول بالنسبه إلى الإيجاب من قبيل الأقل و الأكثر أو الإطلاق و التقييد صح بالقبول ثانياً، و كلما كان من قبيل المتباينين كما لو قال بعتك الدار فقال قبلت الدابه فهو باطل و لا يصح بقبول البائع ثانياً و وجهه واضح، و الظاهر ان هذا هو المشار إليه بماده (١٧٨) تكفى موافقه القبول للإيجاب ضمناً فلو قال بعتك هذا بألف

قرش و قال المشتري اشتريته منك بألف و خمسمائه انعقد البيع على الألف الا انه لو قيل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري ان يعطيه الخمسمائه التي زادها أيضاً إلخ،، و لا فرق في هذا بين الثمن و المثلن فكما جاز الاختلاف في الثمن بذلك يجوز مثله في الثمن، فلو قال: بعتك هذين الكتابين أحدهما بمائه و الآخر بخمسين صح للمشتري ان يقول قبلت الأخير بخمسين فما ذكروه عن الامام مالك في ماده (١٧٩) لم يظهر وجهه و إذا وقفنا جموداً على ما وقع عليه الإيجاب فاللازم المنع في المقامين و لا وجه للتفكيك، نعم لو باعه أنواعاً متعددة بثلن واحد صفقه واحده من دون تعيين ثمن لكل واحد كان الأوجه عدم الصحه لو قبل المشتري بعضها بثلن يعينه من نفسه و ان كان لا يخلو من وجه إذا رضى البائع ثانياً، فليتأمل، اما مع تكرر الإيجاب و تعيين ثمن لكل واحد فلا إشكال في صحه قبول بعض دون بعض كما في ماده (١٨٠) لأنه بحكم عقود متعدده، و اعلم ان من حق متانه التحرير ان يعقد هذا الفصل لشرائط الإيجاب و القبول فيقال، ١-: مطابقه الإيجاب للقبول.

٢-: توالى الإيجاب و القبول.

٣- التنجيز فيهما اى (عدم التعليق).

٤-: بقاء كل من الموجب و القابل على الأهليه إلى تمام العقد فلو

عرض إغماء أو جنون أو موت للموجب قبل ان يتم القبول بطل العقد.

٥:- العرييه.

٦:- الماضويه.

٧:- الصراحه.

وقد تتداخل أيضاً شرائط الموجب و القابل فى شروط العقد أى الإيجاب و القبول كالبلوغ و الرشد و القصد و الاختيار و الملك و عدم الحجر و عدم تعلق حق للغير كالرهن و غير ذلك.

(الفصل الثالث) في حق مجلس البيع**(ماده: ١٨١) مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع**

مجلس البيع عبارته عن الموضوع الذي جرى فيه الإيجاب والقبول من المتبايعين سواء كانا مجتمعين في محل وجهاً لوجه أو متفرقين و لو في بلدين متباعدين و اسمع كل منهما كلامه للآخر و لو بآله كالهاتف و نحوه و يكون مجلس البيع حينئذ هو موضع كل منهما حين العقد فلو اتقلا أو أحدهما عنه فقد تفرقا، و كذا لو كانا متباعدين في صحراء و أوصل كل منهما صوته للآخر، فمجلس البيع هو موضع المتعاقدين عند العقد حقيقه لا حكما غاية انه أعم من ان يكونا مجتمعين أو متفرقين.

و على هذا يترتب خيار المجلس الذي سبق إجماله و سيأتي تفصيله.

(ماده: ١٨٢) المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس

مثلا لو أوجب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع فقال بعت و لم يقل الآخر اشتريت على الفور بل قال ذلك متراجياً قبل انتهاء المجلس يتعقد البيع و ان طالت المده، تنحل هذه الماده إلى قضيتين.

الاولى:- ان كلا من المتبايعين بعد الإيجاب و قبل القبول مخير بين إكمال العقد و بين إبطال ما وقع منه فالبائع له ان يعدل عن إيجابه و المشتري له ان لا يلحقه بالقبول أصلا فيبطل الإيجاب، و هو على انه

واضح غنى عن البيان يكون حينئذ عين ماده (١٨٣)، لو صدر من أحد العاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض بطل الإيجاب إلخ،، ووجب الاكتفاء بتلك عن هذه.

الثانيه:- ان طول المده بين الإيجاب و القبول و طول الفاصل بينهما لا يقدح فى صحه العقد، و هذه قضيه مستقله و لا تصلح ان تكون مثالا للقضيه الأولى كما لا يخفى على المتدبر.

اما فقهاء الإماميه فيعتبرون التوالى بين الإيجاب و القبول لازما بحيث يكونان كالكلام الواحد الذى له هيئه اتصاليه فلو حصل فصل يقدح بذلك الاتصال و لو قليلا فضلا عن الكثير بطل، و هذا من الواضحات التى يوجب تصورهما تصديقهما، فان الفاتحه مثلا سوره واحده و لها هيئه اتصاليه مخصوصه فإذا قيل اقرأ الفاتحه و قلت الحمد و بعد ساعه قلت لله و هكذا حتى أتممتها فى عشرين ساعه لا يقول العرف انه قرأ الفاتحه، و هكذا فى كل ماله هيئه تأليفه و لذا قالوا: للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء و لكن ما دام مشغولا بالكلام فإذا انقطع عد كلاماً ثانياً و عليه بنوا قضيه الإقرار و الاستثناء، فلو قال على لزيد عشره دراهم و قال بعد ساعه إلا- درهما أو استثنى درهما و نحو ذلك لم يقبل و يعد من قبيل الإنكار بعد الإقرار بخلاف ما لو اتصل بكلامه الأول و حيث ان العقد كجمله واحده مركب من إيجاب و قبول مرتبط أحدهما بالآخر أشد الربط معنى و حقيقه فيلزم اتصالهما صوره و لفظاً كالإنسان المركب من أعضاء مرتبط بعضها ببعض فلو انفصلت لم يعد إنسانا فان شخصيه كل إنسان

متقومه بتأليفه الخاص و معيار الوصل اللازم و الفصل المضر فى الكلام موكول الى نظر العرف و هو يختلف حسب الموارد فالوصل بين لفظ الجلاله و أكبر أشد منه فى ما بين فصول الأذان بعضها مع بعض و الفصل بين آيه و اخرى أوسع منه ما بين جمله و اخرى فى نفس الآيه و الفصل بين كلمه و اخرى فى الجملة الواحده أضيق منه بين نفس الجمل و هكذا فى أبيات الشعر بين البيت و الآخر أوسع منه بين الشطر و الشطر و الجملة منه مع الأخرى.

و «الخلاصه» ان التوالى بين الإيجاب و القبول فى عامه العقود و خصوص البيع من أهم الشروط و إذا حصل الفصل المخل بالوحده الاتصاليه بطل العقد و لم ينفع القبول المتأخر، و لا- يكفى اتحاد المجلس و كما ان للأقوال وحده اتصاليه كذلك للأفعال المركبه عرفيه كالكتابه و الصياغه أو شرعيه كالوضوء و الصلاه و أمثالها من العبادات.

(ماده ١٨٤) لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب و قبل القبول بطل الإيجاب

هذا أيضاً تكرر يغنى عنه الماده قبلها كما تغنى عن ماده (١٨٥) تكرر الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول إلخ،، فهذه المواد الأربع بل الخمس كلها قضيه واحده غنيه عن البيان فضلاً عن هذا التكرار الممل العارى عن كل فائده فإن عدم تأثير الإيجاب وحده قبل القبول من لوازم اعتبار القبول و تركب العقد منهما.

فما الحاجه الى هذا التطويل.

(الفصل الرابع) فى حق البيع بالشرط

الشروط و الخيارات و الإقالة و أمثالها انما هى من توابع العقد الصحيح التام الأركان فلا يحسن بيان شىء منها قبل استيفاء مقومات العقد و أركانه كشرائط المتعاقدين العامه كالبلوغ و العقل و ان لا يكون محجراً عليه لفلس أو سفه أو شرائط الثمن و المثلث مثل مالين متقومين مملوكين و من الغريب ان (المجله) ذكرت بعض هذه المسائل المهمه فى الباب السابع بعد أبواب الخيارات و كان الواجب استيفاء ما يتعلق بالعقد و المتعاقدين و العوضين ثم الشروع فى ما يتبع العقد من الشروط و الخيارات و مهما يكن فان الشروط تقييده و تعليقيه و التعليقيه باطله لأن التنجيز عندنا شرط فى عامه العقود و التعليق ينافى التنجيز إلا إذا كان سوريا صرفاً كالتعليق على محقق الوقوع مثل ان كانت الشمس اليوم طالعه فقد بعثك فإنه يصح على الأصح و ان استشكله بعض، و اما التقييده فهى الالتزامات فى ضمن الالتزامات العقديه كما سبق توضيحها فى صدر الكتاب و هى اما ان يقتضيها العقد أو يقتضى خلافها أولاً يقتضيها و لا يقتضى عدمها، اما الأول فلا إشكال أنه يؤكد العقد و ليس لها أى اثر فان تخلف الشرط و ان اقتضى الخيار و لكن هذا فى مثل المقام اثر العقد لا الشرط فلو شرط ان لا يدفع المبيع الا عند قبض الثمن فلا

حق للمشتري بالمطالبه به الا عند دفع الثمن و لو لم يدفع كان للبائع الخيار بعد الانتظار إلى ثلاثة أيام كما سيأتى، و من هذا النوع اشتراط ضمان الدرك و اما التى يقتضى العقد خلافها و هى الشروط التى تنافى مقتضى العقد فقد عرفت بطلانها بل و تكون مبطله للعقد، اما القسم الثالث فهى الشروط التى تلزم فى العقود اللازمه و هى أيضاً كما عرفت قسماً شرط الفعل و شرط النتيجة و لا إشكال فى صحه شرط الفعل الا ما حرم حلالاً أو أحل حراماً أو خالف كتاب الله تعالى على ما سبق بيانه، و ما عدا ذلك من شروط الافعال فهو لازم نافذ سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد كما أو اشترط الرهن على الثمن المؤجل أو الكفيل عليه أو خارجاً عنه بالكليه كما لو اشترط خدمه أو كتابه و نحوها، اما شرط النتيجة فمثل اشتراط حريه العبد أو وقفه داره اى صيرورتها وقفاً لا ان يوقفها أو يعتق عبده، فهذه الشروط كلها صحيحه على الأصح كما أشارت (المجله) الى بعضها فى ماده (١٨٦) و ماده (١٨٧)، ثم ان من شرط صحه الشروط و لزومها فى العقود اللازمه ان يكون فيها فائده أما للمتبايعين أو لأحدهما أو لثالث اما لو خلى عن الفائده بالكليه كان لغواً و شرطاً سفيهاً و على ذلك بنوا ماده (١٨٨) البيع بشرط متعارف يعنى الشرط المرعى فى عرف البلده صحيح و الشرط معتبر مثلاً- لو باع الفروه على ان يخيظ بها الظهره أو القفل على ان يسمره بالباب أو الثوب على ان يرقعه.

فالفائده فى هذه الشروط للبائع و ماده (١٨٩) البيع بشرط ليس

فيه نفع لأحد العاقدين صحيح و الشرط لغو كبيع الحيوان على ان لا يبيعه أو على ان يرسله فى المرعى صحيح و الشرط لغو، و قد يتعلق للبائع غرض بهذه الشروط فتخرج عن اللغويه و كان عليهم ان يذكروا القسمين الآخرين و هو ما فيه نفع لهما أو لخصوص المشتري و هى واضحه و كثيره، و فى باب الشروط مباحث جمه، و تحقيقات مهمه، لا مجال لبسطها فى المقام و قد مرت الإشاره إلى بعضها و ربما يأتى التعرض فى متفرق أبواب هذا الكتاب لبعض آخر إن شاء الله.

(الفصل الخامس) فى إقاله البيع

إشاره

اقحام الإقاله التى هى فسخ العقد برضاها فى غضون مباحث شروط البيع و قبل ذكر شروط العوضين و المتبايعين غير سديد

(ماده: ١٩٠) للمتبايعين ان يتقابلا المبيع برضاها بعد انعقاده

و قد وردت الاخبار المعتبره فى تأكيد استحباب الإقاله فى النبوى (من أقال نادماً فى بيعه أقال الله عثرته يوم القيمه)، و قد اختلف فقهاء المذاهب فى ان الإقاله عقد جديد أو فسخ العقد الأول فمنافع المبيع من

حين العقد الى حين الإقاله على الأول للمشتري و منافع الثمن للبائع و على الثانى تبنى القضيه على انه فسخ من حينه أو حل للعقد من أصله و على الأول فكالأول و على الثانى فبالعكس.

هذا بالنسبه إلى الزيادات المنفصله، اما المتصله فلا كلام فى تبعيتها للعين

(ماده: ١٩١) الإقاله كالباع تكون بالإيجاب و القبول

و لكن يكفى فيهما كل ما دل عليهما- مثلا لو قال أحدهما: أقلت البيع أو فسخته و قال الآخر: قبلت- صحت الإقاله و يفسخ البيع، و كذا لو قال: أقلنى فقال: فعلت أو رد عليه الثمن و أخذ المبيع برضا الثانى فهى إقاله فعليه نظير المعاطاه أو فرد منها كما فى ماده (١٩٢) الإقاله بالتعاطى القائم مقام الإيجاب و القبول صحيحه.

(ماده: ١٩٣) يلزم اتحاد المجلس فى الإقاله

- كالباع فلو قال أحدهما:

أقلت البيع و قبل ان يقبل الآخر انفض المجلس أو صدر من أحدهما ما يدل على الاعراض قولاً أو فعلاً ثم قبل الآخر لا يعتبر قبوله.

قد عرفت ان اتحاد المجلس لا يكفى فى البيع بل لا بدّ من التوالى الحافظ للهيئته الاتصاليه، و الوحده العرفيه، و كذلك لا يكفى فى الإقاله بل لا بدّ من الاتصال على منهاج ما سبق فى البيع.

(ماده ١٩٤) يلزم ان يكون المبيع قائماً و موجوداً فى يد المشتري وقت الإقاله فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقاله.

اما بناء على كونها عقداً جديداً فاعتبار قيام العين واضح، و اما بناء على كونها فسخاً فالفسخ و ان كان ممكناً على ان يكون أثره رد العين

ان كانت موجوده ورد المثل أو القيمه لو كانت تالفه و لكن لما كانت الحكمه من الإقاله استدراك النادم و الفسحه له فهى انما تقتضى استرداد عينه فلو كانت تالفه فلا موضوع للإقاله مضافاً الى ظهور اخبارها بذلك و فى حكم التلف نقلها بعقد لازم كبيع أو هبه أو وقف أو نحو ذلك، نعم لو كان التالف البعض صحت الإقاله فى الباقي كما فى ماده (١٩٥) و كذلك يعتبر قيام الثمن ان كان شخصياً لعين ما ذكرناه فى المثل، لكن لا يقدر كون الثمن كلياً كما هو الغالب فى صحه الإقاله إذ لا يلزم ان يرد عليه نفس ذلك المصداق بل يكفى رد مصداق آخر يساويه و المهم من الإقاله هو استرداد العين المبيعه اى إقاله البائع لا المشتري كما أشير إليه فى ماده (١٩٦).

أما الخيارات فان كانت الإقاله عقداً جديداً جرت فيها و ان كانت فسخاً و حلاً للعقد الأول فلا معنى لجريانها فليتدبر.

(الباب الثانى) فى المسائل المتعلقة بالبيع،

اشاره

و ينقسم إلى أربعة فصول

(الفصل الأول) فى حق شروط المبيع و أوصافه

اشاره

حق هذا الباب ان يعنون بالمسائل المتعلقة بشرائط العوضين و ما يدخل فى المبيع و احكامه و يدرج الباب الثالث فيه بزياده فصل فى الثمن.

(ماده ١٩٧) يلزم ان يكون المبيع موجوداً.

هذا ليس بشرط على الإطلاق كيف و قد عرفت ان المبيع تاره يكون شخصياً و هو لا يكون الا موجوداً و تاره يكون كلياً يضبط بالوصف و لا- يكون الا- معدوماً، نعم لو أراد بيع الشخص الذى سيوجد مثل ان يبيعه ما ستحملة هذه الدابه أو الثمره التى ستحملها هذه الشجره فالبيع هنا بمقتضى القاعده باطل و لكن لا لكونه غير موجود بل لجهالته الموجه للغرر و الكلى يمكن ضبطه بالوصف بخلاف الجزئى و لذا صح بيع السلم و هو بيع ما ليس بموجود فعلاً، فليتدبر.

لكن يمكن بيعه بالتبع كما يمكن الوقف عليه بالتبع نظير الوقف على البطون الموجوده و ما بعدها و بيع الفرس و اشتراط ما تحمله الأخرى،

(ماده ١٩٨) يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم

هذا مما لا اشكال فيه و هو موضع اتفاق فى الجملة و بدونه يكون البيع غرراً فلا يجوز بيع الطير فى الهواء و ان كان مملوكاً إذا كان وحشياً لا يعود، و استدلوا عليه بحديث نهى النبى (ص) عن الغرر و بحديث (لا تبع ما ليس عندك) بتقريب انه ليس المراد لا تبع غير ملكك و الا لقال:

لا تبع ما ليس لك، فالتعبير بهذا الأسلوب ظاهر فى ان المراد: لا تبع ما ليس لك عليه السلطنة التامه فإن الذى عندك و تحت يدك هو الذى تكون لك عليه السلطنة التامه الفعلية، و كيف كان فلا- كلام فى اعتبار القدره على التسليم فى الجملة. إنما الكلام فى أمرين:-

الأول:- هل المعتبر القدره على التسليم وقت البيع أو تكفى القدره بعده، و مقتضى صحة بيع السلم و نحوه كفايه القدره عند لزوم الدفع و التسليم لا عند إجراء الصيغه، و لكنهم مع ذلك يستشكلون فى صحة بيع الآبق بغير ضميمة و بيع الثمره قبل بروزها عاماً واحداً أو مطلقاً و يمكن الفرق بما مرت الإشارة إليه من الكلى و الشخصى فيصح فى الأول دون الثانى.

الثانى:- هل يكفى قدره المشتري على التسليم و ان كان البائع لا يقدر على التسليم فيبيع العبد الآبق لمن يقدر على قبضه و الدابه الشارده لمن يقدر على إمساكها، فنقول: مقتضى الاعتبار بل القواعد الصحه فإن مدرك المنع هو الجهاله و الغرر و هما منتفیان فى الفرض المزبور، نعم لو كان مدرك اعتبار هذا الشرط هو الإجماع و حديث (لا تبع ما ليس عندك)

كان الوجه عدم الصحة و مع الشك فالمرجع أصاله عدم الشرطيه المستفاده من إطلاقات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و أمثالها و هذا هو الأوجه عندي و ان مال الى المنع بعض أعظم المتأخرين منا.

(ماده ١٩٩) يلزم ان يكون المبيع مالا متقوما.

اما المال فقد عرفت حقيقته منا غير مره و ان الماليه اعتبارات عقلانيه تنشأ من عموم الحاجه الى الشىء و قوه الفائده و المنفعه فإن أقرهم الشارع و لو بعدم الردع فهو مال شرعى أيضاً و الا فهو غير مال شرعاً و ان كان مالا عرف، و المعتبر فى صحه البيع كون المبيع مالا شرعيا و لا يكفى ماليتة عرفاً و لذا لا يصح بيع الخمر و الخنزير و الأصنام و الميتة بل و سائر النجسات و الأعيان المحرمه كآلات اللهو و القمار و نحوها، و عدم الماليه إما لئفاسه الشىء كالأإنسان الحر و المعابد و نحوها و اما لخساسته كالقاذورات و الحشرات و أمثالها فكل هؤلاء لا يصح بيع شىء منها لعدم ماليتها شرعاً و عرفاً أو شرعاً فقط.

(ماده ٢٠٠) يلزم ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري

لعلك عرفت من غضون ما مر عليك من المباحث فى هذا التحرير ان من أهم شروط البيع عدم جهاله المبيع و بالأخرى معلوميه العوضين علماً يرفع الجهاله و الغرر، و بما ان الغرر و الجهاله تبطل البيع فاللازم معلوميه كل من العوضين عند كل من المتبايعين لا- يختص ذلك بالمشتري و لا البائع فلو كان المبيع عند البائع مجهولاً فهو أحرى بالبطلان و الغرر المنفى فى الحديث النبوى مطلق فتخصيص المعلوميه بالمشتري لا وجه له، و لا

فرق في ذلك بين كون المبيع محتاجاً للتسليم و التسليم أم لا، ثم ان المعلومه اللازمه في العوضين تعتبر في خمس جهات.

١:- الوجود. فالذى لم يحرز وجوده لا يكون ثمناً و لا مثنماً.

كالحمل في بطن الناقه و اللبن في الضرع.

٢:- الحصول. فما علم وجوده و لم يعلم حصوله في اليد كالعبد الآبق و المال الغريق في البحر و ما أخذه الظالم قهراً الى كثير من أمثالها لا يقع البيع عليه.

٣:- جنسه. فما لا يعلم جنسه كزبره من المعدن لا يعلم انها حديد أم ذهب فإنها و ان كانت معلومه الوجود و الحصول و لكنها مجهوله الجنس فلا يصح المعاوضه عليها.

٤:- وصفه فما كان مجهول الصفات كحنطه مجهوله الأوصاف و انها من الأعلى أو الأدنى أو الوسط لا ينعقد عليها البيع.

٥:- القدر كقطعه من ذهب أو صبره من الحنطه لا يعلم وزنها فان يبيعها باطل.

أما السلامه من العيوب فليست شرطاً إذ يصح بيع المجهول من هذه الجبهه اعتماداً على أصاله السلامه في الأشياء فتكون كشرط ضمنى و إذا ظهر انه معيب كان مخيراً بين الفسخ و بين الإمضاء بالأرش أو بدونه و من الغريب ما وجدته هنا في بعض شروح (المجله) ما نصه:

«اما إذا كان المبيع غير محتاج للتسليم و التسليم كمن قال لبائعه بعنى المال الذى أودعته عندى فباعه إياه صح البيع و لو كان مقدار المبيع غير

معلوم عند الطرفين» انتهى و هو كما ترى. و قد أشارت الى بعض ما ذكرناه ..

(ماده ٢٠١) يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله و صفاته التي تميزه عن غيره

مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحورانيه أو باعه أرضاً مع بيان حدودها صار معلوماً و صح البيع.

معلوماته المبيع من سائر الجهات المعتبره تختلف أسبابها باختلاف الأجناس و الأنواع المبيعه فالجنس و الوصف و المقدار مثلاً يعرف إذا كان المبيع كلياً بالذكر و الاتفاق بين المتبايعين فيقول: أبيعك طنناً من الحنطة الفلانيه ثم يذكر من أوصافها ماله مدخله في اختلاف الرغبات و الأسعار و ان كان شخصياً فيعرف الأولان بالمشاهده و الاختبار، و اما المقدار فبالكيل و الوزن و العدد و الذراع كما سيأتي و لو كان المبيع الشخصي في عرف عام أو خاص يكتفى بمشاهدته عن اعتباره و تعيين مقداره كما في حزمه الحطب و الخضراوات و قرب الماء و اسقيه الألبان و كثير من أمثالها صح بيعه بالإشاره إلى عينه كما سبق و عليه تحمل:-

(ماده ٢٠٢) إذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفى الإشاره إلى عينه.

و هذا مختص بما يباع بالمشاهده لا مطلق المبيعات فان المكيل و الموزون لا يصح بيعه لو كان حاضراً بالإشاره إليه، نعم في أمثال ما ذكرناه و في أنواع الحيوان تكفى الإشاره كما أو مأت اليه (المجله)

مثلا لو قال البائع للمشتري (بعتك هذا الحيوان) و المشتري يراه فقال (اشتريته) صح، نعم لو كان المكيل أو الموزون أو المعدود معلوماً عندهما فلا حاجة لوصفه أو اختباره كما ذكر في ماده (٢٠٣) و من هذا القبيل الدور بل مطلق العقارات و البساتين و لا فسخ له الا إذا ظهر تغيره عما كان يعلم.

(ماده: ٢٠٤) المبيع يتعين بتعيينه في العقد

- مثلا لو قال البائع:

بعتك هذه السلعه و أشار الى سلعه موجوده في المجلس و قبل المشتري لزمه تسليم تلك بعينها و ليس له ان يعطى غيرها من جنسها.

هذه خاصه البيع الشخصى فإن المبيع يتعين فيه بالعقد فلا يجوز دفع غيره حتى لو تراضيا معاً فإنها معامله أخرى و تكون مقايضه (اي بيع سلعه بأخرى)، أما الكلى فلا- يتعين بالتعيين فلو باعه وزنه حنطه ثم عينها في وزنه خارجيه لم تتعين و كان له ان يدفع غيرها و لا حق للمشتري بالزامه بدفها، نعم يتعين الكلى بالقبض فإذا قبضها المشتري لم يكن للبائع تبديلها فاغتنم هذا.

(عنوان و بيان)

ان نظم كتاب البيع عند فقهاءنا في مؤلفاتهم انهم يشرعون أولاً في المكاسب المحرمه كاللاكتساب بالقمار و التصاوير و الأصنام و الخمر و أمثال ذلك، ثم يبدءون بكتاب البيع و تعاريفه و حقيقته و أصله

اللزوم فيه و يدخلون فى شرائط العقد و تقومه من الإيجاب و القبول و شروطهما و البيع الخالى منهما كبيع المعاطاه و البيع الفاسد ثم شروط العوضين، و بعد ذلك شروط المتعاقدين ثم بيع الفضولى و بعد استيفاء العقد و أركانه و اجزائه يذكرون أنواع البيع و اقسامه باعتبار المبيع و يبدءون منها ببيع الحيوان من إنسان و غيره و له احكام و شئون تخصه دون سائر المبيعات و هو كتاب مستقل، ثم بيع الثمار و لها كذلك مباحث و تحقيقات تختص بهما و لا- تجرى فى غيرها، ثم بيع الصرف و هو بيع النقدين و أحكامه الخاصه به، ثم بيع الربا و هو بيع المكيل و الموزون مع التفاضل، ثم بيع السلم و هو بيع الكلى المؤجل، ثم بيع النسيئه بعكسه و فى كل واحد منها تحقيقات أنيقه، و مباحث دقيقه، ثم يعقبون ذلك بكل واحد من أنواع الخيارات، ثم احكام القبض، ثم الخاتمه فى الإقاله، و أصحاب (المجله) و ان رتبوها أبواباً و فصولاً- و لكنهم لم يحسنوا التبويب و الترتيب و لم ينهجوا النهج الطبيعى الملائم للطبع و الذوق و ما يوافق الاعتبار و حسن الاختيار، و ادخلوا بعض الأنواع فى بعض مع شده الاختلاف فى الاحكام، و قد رأيت كيف اقحموا الإقاله فى أثناء شروط العقد و المتعاقدين الى كثير من هذا النظير، و انظر هنا كيف اردفوا الفصل الأول الذى هو فى حق شروط المبيع و أوصافه بالفصل الثانى الذى أهم ما فيه بعض احكام بيع الثمار مع تباعد التناسب بين الفصلين و كان اللازم عقد فصل خاص لبيع الثمار بل عقد فصول لكل نوع يستقل بأحكام خاصه، و قد خلطوا فى هذا الفصل

خلطاً متنافراً، وجمعوا بين احكام غير متلائمه لا- تدرج فى عنوان واحد فهى أضغاث من فصائل شتى، و أنواع متباينه، فينا يذكرون بعض احكام بيع الثمره و لما يستوفوها و إذا بهم يقفزون الى بيع غير مقدر التسليم و بيع غير المتقوم و أمثالهما مما سبق ذكره قريباً و هو مضافا الى أنه تكرار لا فائده فيه لا يتناسب مع ما ذكر فى أول الفصل من احكام بيع الثمار و هكذا كل ما فى هذا الفصل من المواد لا يرتبط بعضها ببعض الا كارتباط الحصى بالياقوت باعتبار ان الجميع أحجار والا فأى مناسبة بين بيع الحصى المشاعه ماده (٢١٤) و بين بطلان البيع بما لا يعد مالا.

ماده (٢١٠) و بين صحه بيع الثمره البارزه ماده (٢٠٦) حتى يحشر الجميع فى صعيد واحد، و فصل منفرد، و العنوان المذكور و هو ما يجوز بيعه و ما لا يجوز واسع لا يحصى فما الوجه لذكر وحدات من مئات.

و الغرض من كل هذا بيان ان الحق ان هذا الكتاب اعنى (المجله) فيه علم و فقاهاه و لكنه مبعثر و غير محرر فهو أحوج ما يكون الى التحرير و التهذيب، اما التكرار فيه و الإعاده (فحدث و لا حرج).

و لنرجع الى نسق ما ذكره على علته.

(الفصل الثانى) فيما يجوز بيعه و مالا يجوز**(ماده ٢٠٦) الثمره التى برزت جميعها يصح بيعها و هى على شجرها، سواء كانت صالحه للأكل أم لا.**

الثمره من النخيل أو الأشجار لها ثلاث حالات- قبل ظهورها و بعد ظهورها قبل بدو صلاحها، و بعد ظهورها و بدو صلاحها، و لا اشكال و لا ريب فى صحة البيع فى حال ظهورها و بدو صلاحها، سواء اشترط قطعها فوراً أو بقاءها الى وقت جذاذها، و هذا هو الذى إرادته (المجله) بهذه ماده و هو الفرد الواضح و كان اللازم التعرض للحالين الآخرين فقد ذكروا الواضح السهل و أهملوا المهم المشكل و هو بيعها قبل بدو صلاحها و بعد ظهورها، و المشهور الصحه بشرط القطع أو الإبقاء الى نضجها، و أشكل منه و هو محل الخلاف بيعها قبل ظهورها أصلا و قد تضاربت الأقوال فيه و تكثرت و بالنظر الى العام الواحد أو أكثر و مع الضميمه و عدمها تكون أمهات الأقوال ثلاثه أو أربعه.

١-: الصحه مطلقاً.

٢-: العدم مطلقاً.

٣-: الصحه فى عامين فصاعداً، و البطلان فى عام واحد.

٤-: الصحه مع الضميمه مطلقاً فى عام أو أكثر.

و هذا هو الأصح حسب القواعد لأن الأصل الاولى بطلان بيع المعدوم بل اعتبار الوجود من أول شرائط المبيع و يلزم الاقتصار في الخروج عن هذا الأصل على المتيقن و هو الصحة مع الضميمة مطلقاً و يشهد له بعض الاخبار و يؤيده ما ورد من صحة بيع الآبق مع الضميمة و أشباهه من مجهول الحصول أو الموجود و لا يبعد أيضاً صحة بيعها عامين فصاعداً و لو بدون ضميمة، كما ورد في بعض الاخبار المستفيضة و المحصل من مجموعها المنع بالفحوى من بيعها قبل الظهور عاماً واحداً، أما قبل بدو الصلاح بعد الظهور ففيها ما هو صريح بالمنع كصراحه بعضها في جواز بيعها عامين أو أكثر مطلقاً حتى مع عدم الضميمة، و قد علل الجواز في كثير منها بأنه ان لم يحمل بهذا العام حمل من قابل و هو مشعر بجوازه في العام الواحد مع الضميمة، و «تلخص» ان الأصح الجواز في عامين فصاعداً و في العام الواحد مع الضميمة أو بعد بدو الصلاح و ما عدا هذين فالأقرب المنع مطلقاً، هذا في النخيل و الأشجار، أما الخضراوات و الزرع مطلقاً سواء كان المقصود حبه كالحنطة و الشعير و الرز و الماش أو نفسه كالقصيل و ورق الحناء و أمثاله فإن كان المقصود بيع الغله قبل ظهورها و صيرورتها سنبلًا بل حنطه و شعير فهو باطل قطعاً لانه بيع معدوم، و ان كان البيع وقع على نفس الزرع و اشترط بقاءه إلى أوان حصاده أو قطعه قصيلاً فعلاً فهو صحيح نافذ كما يصح بيع الخضراوات من الرياحين جزه و جزتين و البقل لقطه و لقطتين و الأزهار و نحوها قطفه و قطفتين و ترتفع الجهاله في كل هذه

الأنواع بالمشاهده فإن أهلها و هم أهل الخبره بمشاهدتها يعرفون مقدار عائدها و ما يرتفع منها من المنفعه و يزول الغرر و الخطر بذلك، نعم لو باعها من غير مشاهده كان باطلا و مما ذكرنا ظهر جواز بيع الموجود منها و ضم ما سيوجد إلى أمد معين كاسبوع أو شهر فيشترى الجميع بثمان معين كما عرفت سابقاً من ان المعدوم يجوز بيعه تبعاً للموجود على قاعده أنه يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل و أمثالها من القواعد المتقدمه و اليه الإشاره بماده (٢٠٧) ما تتلاحق افراده يعنى ان ما لا يبرز دفعه واحده بل شيئاً بعد شىء كالفواكه و الأزهار و الورق و الخضراوات إذا كان قد برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع البارز تبعاً له بصفقه واحده و كان ينبغى تقييد ذلك بالمشاهده الرافعه للغرر فى أمثال هذه الأنواع

(ماده ٢٠٨) إذا باع شيئاً و بين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجاً على انه الماس بطل.

للاظهار ان المقصود البيع الشخصى يعنى أشار الى الزجاج و قال بعتك هذا الألماس ثم ظهر أنه زجاج و قد سبق فى ماده (٦٥) الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر ان الاختلاف فى الوصف لا يقدرح فلو أشار الى الأشهب و قال بعتك هذا الأدهم صح بيع الأشهب، اما فى الغائب فيقدرح لأن المدار فى الحاضر على المشاهده بخلاف الغائب فإن المدار فيه على الوصف إذ لا مشاهده حتى يعول عليها، هذا فى اختلاف الوصف اما مع اختلاف الجنس كما فى مثال الزجاج فيظهر من (المجله) هناك البطلان و لا يتضح وجه الفرق بين المقامين فان المدار ان كان على

المشاهده و ان المقدم عند تعارض الوصف و الإشاره هو الإشاره فلازمه اطراد ذلك حتى مع اختلاف الجنس فلو أشار الى الزجاج و قال:

بعتك هذا الألماس، فاللازم التعويل على الإشاره و يبطل الجنس كما يبطل وصف الأشهب بالادهم، هذا إذا كان التعبير بنحو الإشاره، أما إذا كان على نحو الشرطيه كما فى هذه ماده حيث باعه الزجاج على انه الماس فالحق و ان كان كما ذكر فيها من البطلان و لكن لا فرق أيضا فى قضيه الشرطيه بين اختلاف الجنس أو الوصف حتى فى الحاضر فلو قال:

بعتك هذا الفرس على انه أشهب و هو أدهم فالحكم بالصحه محل نظر بل منع لان البيع وقع على المقيّد و هو عدم عند عدم قيده فالموجود لم يقع العقد عليه و ما وقع العقد عليه غير موجود فكيف نحكم بالصحه.

و التحقيق ان تخلف الوصف يوجب الخيار بخلاف تخلف الحقيقه فإنه باطل و «بالجمله» فباب الإشاره الجنس و الوصف فيها سواء فى الصحه، و باب التقييد و الشرطيه سواء فى البطلان أو الخيار.

و قد تقدم ما عندنا من التحقيق الذى ربما ينفع هنا فراجع.

(ماده: ٢٠٩) بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينه غرقت إلخ ..

تقدم هذا البيان بعينه فى ماده (١٩٨) من غير جهه افاده فى الإعاده كما ان ماده (٢١٠) بيع مالا يعد مالا و الشراء به باطل تقدمت بعينها فى ماده (١٩٩) و هى تغنى عن مادتي (٢١١ و ٢١٢) بيع غير المتقوم باطل و الشراء به باطل.

و «بالجمله» فقد ذكروا فى هذا الفصل اربع مواد كلها مستدرکه و لا فائده بإعادتها، كما ان ماده (٢٠٠) السابقه تغنى عن ماده (٢١٣) بيع المجهول فاسد إلخ ..

(ماده ٢١٤) بيع حصه شايعه معلومه كالنصف و الثلث و العشر من عقار معين مملوك قبل الافراز صحيح.

لا- اشكال و لا شبهه فى صحه بيع الكسر المشاع و لكن اختصاص ذلك بالعقار لا يعلم وجهه بل يطرد فى العقار و غيره و فى المنقول و غيره كما ان قيد المملوك ان أريد به إخراج حصه مشاعه من غير المملوك كالوقف و نحوه فهو مما لا يقبل البيع مطلقاً لا- بعضه المشاع و لا كله و الا فهو مستدرک إذ غير المملوك لا يصح بيعه و مثله قيد «قبل الإفراز» إذ الحصه الشائعه لا تكون الا قبل الإفراز اما بعد الافراز فلا إشاعه، و اخرج بالمعلومه الحصه المجهوله و هو واضح وضوح:-

(ماده ٢١٥) يصح بيع الحصه الشائعه بدون اذن الشريك

لأن الشركه لا تقتضى سلب مطلق السلطنه بل تسلب السلطنه المطلقه فمثل هذه التصرفات لا تتوقف على اذن الشريك، نعم تصرف كل واحد من الشريكين بالاتفاق بالعين موقوف على اذن الآخر، اما البيع و نحوه مما يقع على نفس حصه الشريك لا على عين المال المشترك فلا- يتوقف على الاذن و لكن إشفافاً على الشريك من ضرر مشاركه الأجنبى الذى ربما لا يلائمه جبره الشارع بحق الشفعه فحفظ بذلك حريه المالك مع مراعاة جانب الشريك ان لا يبتلى بغير الملائم، و قيد الشائعه لعله

احتراز عن بيع الحصه المعينه فى المشاع فإنها لا تنفذ إلا بإذن الشريك أو إجازته و الا فهو فضولى بالنسبه إلى حصه شريكه.

(ماده ٢١٦) يصح بيع حق المرور و حق الشرب و حق المسيل تبعاً للأرض.

هذه الحقوق لها ثلاثه أحوال، فإن حق المرور مثلا اما ان يكون فى أرضه المملوكه له فله ان يبيعه تبعاً للأرض فإنه بعض منافعها و له ان يبيعه مستقلا فيبيع هذه المنفعه الخاصه ان جوزنا بيع المنافع، و اما ان يكون فى أرض الغير فله بيعه مستقلا لانه حق مالى و كل حق مالى يصح بيعه كما يصح إسقاطه، و اما ان يكون فى أرض غير مملوكه كالطرق و الشوارع - عامه أو مرفوعه - فلا بيع و لا معامله عليها مطلقاً بل هى بالحكم أشبه منها بالحق فلا تقبل النقل و الانتقال، كما لا تقبل الاسقاط بحال من الأحوال و «بالجمله» فإن الإنسان فى الشوارع و أمثالها من المحلات العامه لا يملك المنفعه و انما يملك الانتفاع كما ان الناس فى الماء و النار و الهواء شرع سواء، نعم فى الطرق المرفوعه يمكن لأحد الشركاء مصالحه حقه لشريكه أو اتفاهم جميعاً على مصالحته و نقله لأجنبى على اشكال أيضاً، و تحقيق هذا موكول الى محله.

(الفصل الثالث) في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع**إشاره**

يظهر ان هذا الفصل يقصد به بيان المقادير و المقاييس التي تعرف بها الأعيان التي يتداولها الناس بالبيع و الشراء، و قد أعلمناك ان المقصود عند العرف من معرفه الأجسام اما كمها المتصل أو الكم المنفصل. و المقصود من الأول اما معرفه ثقل الجسم أو مساحته.

و الأول يعرف بالكيل و الوزن و هو الأصل و الكيل طريق اليه، و الثاني يعرف بالذرع، و الثالث بالعدد، و الذرع يرجع اليه فأصول المقاييس - وزن و عدد.

(ماده ٢١٧) كما يصح بيع المكيلات و الموزونات و العدديات و المذروعات كيلا و وزناً. و عدداً و ذرعا يصح بيعها جزافاً أيضاً،

مثلا لو باع صبره حنطه أو كوم تين أو آجر أو حمل قماش جزافا صح البيع.

اتفق فقهاء الإماميه و استفاضت اخبارهم بان الأطمعه و خصوص الحنطه و الشعير بل كل مكيل و موزون عند العرف أو في زمان الشارع لا- يصح بيعه الا- بكيله و وزنه و ان بيعه جزافا باطل حتى مع المشاهده، و من الغريب بل و من الجازف حكم (المجله) بصحه بيع المكيلات و أخواتها جزافا، و هل يشك أحد ان بيع صبره الحنطه التي لا يعرف المتبايعان وزنها أطن أو اثنان؟ غرر و بيع الغرر بإجماع المسلمين للحديث المشهور

باطل.

و «بالجمله» فيع الجزاف باطل مطلقاً و لا يصح شىء منه لأن المعلوميه شرط و الجهاله مفسده، كما تقدم فى ماده (٢٠٠) و (٢١٣)، غايته ان بعض ما يباع ترتفع جهالته بمشاهدته فلا جزاف ثمه و لا غرر فيع الحطب و كوم التين و الآجر و حمل القماش أو الفاكهه بالمشاهده لا يعد من الجزاف أصلا و لو كان لكان باطلا قطعاً، و طبيعه البيع لا تحتل الغرر و الجهاله أصلا بل هما متضادان أبداً. نعم يحتل الصلح و ذلك لانه مشروع لقطع الخصومه و التسالم و الرضا بالواقع كيف كان بخلاف البيع و الإجاره فإنهما من عقود التغاين و الفائده فلا يصح منها ما يكون مظنه الخطر و الخساره و تجويز البيع الجزافى ناشئ من عدم النباهه و ضعف الفقاهه و قصور الباع فى أحكام الشريعه الإسلاميه و لذا لم ينقل القول به عن أحد من فقهاء الإماميه مع كثره اختلافاتهم فى الفروع الفقهييه.

و أغرب من ذلك:-

(ماده ٢١٨) لو باع حنطه على ان يكيلها بكيل معلوم أو يزنها بحجر معين صح البيع و ان لم يعلم مقدار الكيل و ثقل الحجر.

و لعمرى لقد سقطوا بالبيع من مكان حالق و هووا به إلى بثر سحيق و هذه هى الفوضى بعينها، و سحق المدينه بأجمعها، و دعوى ان المشار اليه قد علم به من طريق الحس و هو أقوى طرق العلم واضحه الوهن و السقوط فان الحس و المشاهده لم ترتفع الجهاله بمقداره، و لم تفد معرفته بوزنه و عياره، و على ما ذكره فيكون من العبث وضع الموازين

و المكاييل و أمثالها و ضاعت هذه الحكمة القويمه، و الفلسفه العاليه، التى توخاها عقلاء البشر من تلك المقررات فى أوائل التمدن الصحيح فى الهيئه الاجتماعيه فتدبره جيداً و لا يذهب بك الاسفاف الى هذه المداحض فان كل هذه الفروض من افراد بيع الغرر الذى هو من أوضح أنواع البيع الفاسد.

و اعلم ان الغرر المنهى عنه الموجب لفساد البيع هو النوعى لا الشخصى فلو فرضنا ان المشتري أو هو و البائع كان قوى الحدس بحيث لو نظر الى الصبره يعرف مقدارها أو يعرف مقدار ما يكفيه نفقه لمدته من الأيام فلا- يلحقه اى غرر من شرائها لم ينفع ذلك لأن المبطل هو الغرر المتحقق فى نوع هذا البيع فيبطل كل افراده حتى الخالى من الغرر و لا يصح الا المعلوم مقداره من الطرق المتعارفه و هى الكيل و الوزن و العدد و رديفاتها

(ماده ٢١٩) كلما جاز بيعه منفرداً جاز استثناءه من المبيع مثلاً لو باع ثمرة شجره و استثنى منها كذا رطلا على انه له، صح البيع.

هذه المسأله من توابع بيع الثمار و هى قضيه (الثنيا) و (إيجازها) ان باع الثمره يجوز له ان يستثنى له منها كسراً مشاعاً ثلثاً أو ربعاً كما يجوز استثناء أرطال معلومه أربعا أو خمساً مع العلم بأن الثمره تشتمل على أكثر من ذلك و له ان يستثنى نخلايت أو شجرات معينه و كل هذا يجوز بيعه منفرداً فيجوز استثناءه لأنه معلوم من معلوم، اما لو استثنى نخلات غير معينه أو أرطالا مجهوله العدد أو كسراً مشاعاً مردداً بين الكسور فهو باطل لانه لا يجوز بيعه لجهالته فلا يجوز استثناءه، و هذا انما يتم

على رأى من يعتبر فى المبيع عدم الجهاله.

أما «المجله» التى جوزت بيع الجزاف فلا مورد عندها لهذه الماده لأن الجميع يجوز بيعه فيصح استثناءؤه، ثم ان فقهاؤنا فرعوا على قضيه (الثنيا) انه لو خاست الثمره أو تلفت فان استوعب التلف فلا ريب انه على البائع و المشتري و ان تلف البعض ففى الكسر المشاع يسقط منه بحسابه و فى النخلات المعينات إن أصابها التلف فقط فعلى البائع خاصه و الا فلا ينقص منها شىء لتمييز المالين و حينئذ فتلف (الثنيا) لا يلحق المبيع و تلف المبيع لا يلحق (الثنيا). و اما الأبطال المعلومه فان نزلناها على الإشاعه توزع النقص على الجميع بالنسبه و ان نزلناها على الكلى فى المعين اختص النقص فى المبيع و لا- يلحق (الثنيا) منه شىء و هذا هو مظهر الفرق بين المشاع و الكلى فى المعين، فتدبره.

(ماده: ٢٢٠) بيع المقدرات صفقه واحده مع بيان ثمن كل فرد و قسم منها صحيح،

مثلا- لو باع صبره حنطه أو وسق سفينه من حطب أو قطيع غنم أو قطعه من جوخ على ان كل كيل من الحنطه أو قنطار من الحطب أو رأس من الغنم أو ذراع من الجوخ بكذا صح البيع.

إذا كانت الجملة من المقدرات معلومه المقدار كيلا أو وزناً أو عدداً و هى متساويه الأجزاء كصبره معلوم ان وزنها طغار أو قطعه جوخ معلوم ان طولها خمسون ذراعاً فباع الحنطه بأجمعها على ان كل وزنه بدینار و الجوخ كل ذراع بربع دینار صح إذ لا جهاله أصلاً، اما لو كانت الصبره مجهوله المقدار و القطعه مجهوله الذراع أو كانت معلومه و لكنها

غير متساويه الأبعاض لم يصح البيع كل ذراع بكذا عند فقهاءنا للجهالة اى جهاله مقدار ما اشترى، و قد ذكر فى كتاب الإجاره انه لو آجره سنه كل شهر بدرهم بطل، و يظهر من (المجله) الصحه مطلقاً و ليس هو بأسوا من صحه بيع الجزاف عندهم و بعد البيع لا يجدى الانكشاف، فليتدبر.

و ينسب إلى الحنفية صحه البيع فى فرد واحد و هو تحكم، و لا يختلف الحكم عندنا بين الجنس الواحد أو الأجناس المختلفه كصبرتين حنطه و شعير، و قد عرفت ان ملاك الصحه فى الجميع هو رفع الجهاله و المعلوميه حال البيع بان يعلم ما ذا باع و بكم باع و المشتري كذلك و لا يبقى بينهما مجال للنزاع أو الخصومه، فاعرفه جيداً.

و من هنا تعلم ماده (٢٢١) كما يصح بيع العقار بالذراع و الجريب يصح بتعيين حدودها أيضاً، كل ذلك لما عرفت من ان ملاك الصحه ارتفاع الجهاله و هو واضح كوضوح ماده (٢٢٢) انما يعتبر القدر الذى يقع عليه العقد لا غيره، و مما تقدم أيضاً يتضح ما ذكره فى ماده (٢٢٣) المكيلات و العدديات المتقاربه التى ليس فى تبعضها ضرر إذا بيع جمله منها مع بيان قدرها، صح البيع سواء سمي ثمنها فقط أو فصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمناً على حده فإذا وجد تاماً عند التسليم لزم البيع و إذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ و ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن و هو خيار تبعض الصفقه، أما الزيادة فهى للبائع قطعاً و المثال واضح فلا حاجه الى التطويل

(ماده ٢٢٤) لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضا ضرر و بين قدره و ذكر ثمن مجموعه و حين وزنه و تسليمه ظهر ناقصا عن القدر

فالمشترى مخير ان شاء فسخ و ان شاء أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى لأن النقص بمنزله العيب و لا حصه للوصف من الثمن فليس للمشترى تنقيص الثمن كما هو الحكم بخيار العيب.

هذا الحكم أيضاً واضح فان النقص إذا كان بمنزله العيب فهو مخير بين الفسخ و الإمضاء مع المطالبة بالأرش أو الإمضاء بغير أرش. فإن الأوصاف و ان كانت لا تقابل بالاعراض كما سبق في صدر الكتاب و لكن النقص ليس فقد وصف بل فقد جزء و لا ريب ان الثمن يقسط على الاجزاء و الأبعاض و ان لم يقسط على الأوصاف فالزيادة و النقص لها شأن و ملاحظه و لا تذهب على البائع و لا المشتري.

و «تحرير الفرع» ان المتبايعين إذا اتفقا على المعامله على جملة مجموعه سواء كان في تبعيضا ضرر أم لا كقطعه لحم أو فص جوهر و عينا وزنه و قيمته على الجملة فإن لوحظ الوزن الذي ذكره من باب التقييد ثم انكشف زيادته أو نقصه فاللزام الحكم حينئذ اما بالبطلان أو الخيار على اختلاف الاعتبارين من انه من قبيل المتبايعين أو من قبيل تخلف الشرط و ان لوحظ على نحو الداعي اى ان المقصود بيع هذه الجملة بالثمن المعين كيف ما كان و انما ذكرنا الوزن المخصوص لا على وجه التقييد بل على نحو الصفه التوضيحيه لا-الاحترازيه و يكون من باب الخطأ في التطبيق فالباع صحيح حتى مع انكشاف النقصه أو الزيادة و لا خيار و ليس للبائع و لا عليه

شىء، فليتدبر.

هذا و لكن الغالب كما فى مثال المصاغ و الجوهر و غيرهما هو اعتبار القيديه فيكون له الخيار بين الفسخ و بين الأخذ بحسابه كما فى ماده

(٢٢٥) إذا بيع مجموع من الموزونات التى فى تبعضها ضرر مع بيان مقداره و بيان أثمان اقسامه و اجزائه و تفصيلها ثم ظهر وقت التسليم زائداً أو ناقصاً

إلخ .. و ان كان المثالان مختلفين و احتمال البطلان هنا بعيد بل هو مخير بين الفسخ و بين أخذ المجموع بحسابه و ربما يختلف الحكم باختلاف التعبير و القصد فإذا قال: بعتك هذه الصبره على انها وزنه و كل حقه منها بدرهم فانكشف أنها أقل كان له الخيار بين الأخذ بحسابها أو الفسخ فى الجميع، اما لو قال: بعتك هذه الجملة بقيد كونها وزنه بكذا ثم انكشف الزيادة أو النقصان توجه البطلان.

و «الحاصل» ان المقاصد و التعابير تختلف فيختلف الحكم فاللازم دقه الملاحظه فى كل مورد بحسبه.

(ماده ٢٢٧) إذا بيع المجموع من العدديات المتفاوته و بين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع

و إذا ظهر ناقصاً أو زائداً كان البيع فى صورتين فاسداً، مثلاً- إذا بيع قطع غنم على انه خمسون رأساً بألف و خمسمائه قرش ثم ظهر خمسه و أربعين رأساً عند التسليم أو خمسه و خمسين فالبيع فاسد.

لا يظهر وجه صحيح هنا لفساد البيع بل الصحه فيه اولى من الصحه فى ماده (٢٢٥) و هى إذا بيع مجموع من الموزونات التى فى تبعضها ضرر

إلخ .. فقد حكمت (المجله) فيها بالصحه مع الخيار بين الفسخ و بين أخذ المجموع بحسابه فإذا كان المجموع الذى فى قسمته ضرر كمنقل من نحاس لا يفسد البيع بنقصه أو زيادته فبالأولى أن يصح مالا ضرر فى قسمته كقطع الغنم، و مقتضى القاعده أن يصح بحسابه كما صح هناك بل من المرجح أن يتعين هذا و لا يكون له خيار بينه و بين الفسخ أصلا للفرق الواضح بين الأبعاض الاعتباريه و الوحده الحقيقه و بين الأبعاض الحقيقه و الوحده الاعتباريه فإن قطع الغنم ليس وحدته الا اعتباريه و انما هى وحدات واقعيه اعتبر مجموعها شيئاً واحداً بخلاف المنقل فإنه واحد حقيقه و ينحل بالاعتبار الى أجزاء فالعقد على تلك الوحدات ينحل الى عقود متعدده فكل رأس من الغنم مبيع مستقل فإذا وقع العقد الواحد على خمسين و كانت خمسه و أربعين فنقص الخمسه لا- يقدر فى وقوع العقد على كل واحد من الخمسه و أربعين فيكون لازماً لا خيار فيه و لكن بمقداره و هذا بخلاف منقل النحاس الذى هو خمسون رطلاً فان العقد واحد و قد وقع على شىء واحد غايته ان العقل يحلله إلى أبعاض و هى الأبطال و حيث انكشف عدم وجود ما وقع العقد عليه فيقتضى ان يكون فاسداً و لكن بالنظر الى التحليل الاعتبارى و ان الموجود بعض المبيع فيكون له الخيار نظير تبعض الصفقه و على كل حال فقد ظهر ان الصحه هنا اولى من الصحه هناك و ان حكم (المجله) بان البيع فى الصورتين فاسد- فاسد.

(و فذلكه الحساب فى هذا الباب)

انك إذا بعت جملة من ذوات الكم المتصل كقطعه أرض أو طاقه قماش أو منقله صفر و أمثال ذلك و عينت عدد الأذرع في أمثال الأولين أو الوزن في أمثال الأخير. و جعلت ثمناً واحداً للمجموع فان كان البيع كلياً ثم دفعت المصداق فظهر انه أكثر أو أقل فله ان يطالبك بالتكملة في الأول و لك ان تطالبه بالزائد في الثانى ليتحقق مصداق الكلى المبيع حسب الفرض و ليس له الفسخ، و ان كان البيع شخصياً فقلت بعتك هذه الأرض التى هى ألف فدان فظهر أنها أقل أو أكثر فله الخيار ان شاء يأخذ الموجود بحسابه بعد توزيع الثمن المسمى على الالف و ان شاء الفسخ و كذا فى صورته الزيادة و يكون كبيع جديد بالنسبة إلى الزائد و له الفسخ أيضاً سواء عين للجمله ثمناً أو لكل فدان مقداراً و على هذا المنوال- بيع ذوات الكم المنفصل من المعدودات و ما يلحق بها من الأطعمة و الحبوب المكيه و الموزونه فإن الكيل يرجع الى الوزن و الوزن يضبط أخيراً بالعدد كوزنه و زنتين و هكذا، ففى البيع الكلى و ظهور النقيصه له المطالبه بالمصداق و مع الزيادة يأخذها البائع لىبقى للمشتري حقه و هو المصداق و لا فسخ فى الصورتين، اما فى البيع الشخصى فكل منهما مخير بين الفسخ و بين الإمضاء بالحساب فاغتنم هذا البيان فلعلك لا تجده فى غير هذا الكتاب، و منه تعرف ما فى ماده

(٢٢٨)، إذا بيع مجموع من العدديات - إلخ .. فإن الحكم بالخيار فى صورته النقيصه كالحكم بالفساد فى صورته الزيادة لا وجه له أصلاً

و الحق ان البيع صحيح على جميع التقارير غايته انه مع الخيار تاره و بلا خيار

اخرى، كما ان ماده (٢٢٩) فى الصور التى يخير فيها المشتري من المواد السابقه إذا قبض المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص لا يخير فى الفسخ بعد القبض نعم لا خيار له بالفسخ مع علمه لأن قبضه ظاهر فى رضاه بالعقد و لكن له حق المطالبه بالنقيصه كما ان دفع البائع مع علمه بالزياده لا يمنعه من الرجوع به و هو اعلم بقصده ان قال قصدت الأمانه أو غير ذلك.

(الفصل الرابع) فى بيان ما يدخل فى البيع بدون ذكر صريح و ما لا يدخل

قد عرفت ان المرجع فى مثل هذا الى العرف الخاص للمتبايعين و هو يختلف باختلاف الأمكنه و الأزمنه و العناصر و اللغات و لا يدخل تحت عنوان واحد و ضابطه مطرده فان تسالم المتبايعان على دخول شىء أو خروجه فذاك و ان تنازعا فالمرجع الى عرفهما ان اتفق و ان اختلفا أو حصل الشك فالأصل عدم الدخول لاستصحاب بقاء ملك البائع. و قد يتفق عرف البلدان و الأمم على دخول شىء إذا كان كالجزم من الشىء أو جزء حقيقى كالمفتاح من القفل أو القفل اللاصق بالباب (كيلون) الذى هو كجزء منها اما مثل البقره الحلوب فيختلف العرف فى دخول

فلوها و عدم دخوله فقد يدخل فى عرف قوم و قد يخرج فى عرف آخرين ثم ان تخلف الداخل فى المبيع عند الإطلاق من حيث انه يوجب الخيار فقط اوله المطالبه برد جزء ما يقابله من الثمن يرجع فيه الى العرف أيضاً فإن كان عندهم بمنزله الجزء الحقيقى كان له قسط من الثمن كالميزاب أو الباب مثلا و الا فليس الا الخيار، و بهذا يتضح أكثر ما ذكر فى هذا الفصل من المواد و ما ينبغى ان يقال فيها على الإجمال، و الهى هنا انتهى الباب الثانى من أبواب البيوع المسطورة فى (المجله) و به يتم الجزء الأول من هذا الكتاب (التحرير)، و يليه إن شاء الله (الجزء الثانى) و يكون اوله (الباب الثالث) فى المسائل المتعلقة بالثمن و كان العزم على إنهاء أبواب البيع كلها فى هذا الجزء الذى بدأنا فيه اوليات شوال سنه ١٣٥٩ و بلغنا الى هذا المقام بأقل من شهرين و قد تجاريا طبعه و تأليفه معاً فى زمن واحد، و قد انتهزنا سويغات إلقاء هذه الخواطر للنشء من أنياب النوائب و حوادث الأيام و كوارث الآلام و الأسقام و تراكم الأشغال و المزعجات الروحيه و البدنيه و على كل فالمنه لله وحده و هو حسبنا و نعم الوكيل.

(تدارك)

يوجد فى مكتبنا من المطبوعات القديمه كتاب (الأشباه و النظائر) للفقيه الشيخ زين بن نجيم الحنفى المصرى من أهل القرن العاشر و كنا قبل برهه متماديه تصفحناه و أتينا على جملة من أبوابه و عند ما شرعنا فى هذا التحرير و ذكرنا المؤلفات فى القواعد العامه غاب عنا ان نذكر هذا الكتاب أو ان ننظر فيه و نستمد منه، و لما انتهينا الى ختام هذا الجزء استحضرناه من المكتبه فوجدنا ان المائه ماده التى ذكرتها (المجله) فى المقدمه جملها أو كلها بنصها و ترتيبها مأخوذ من هذا الكتاب بل و أكثر المواد فى أبواب البيوع و الإجازات و ما بعدها من المعاملات أيضاً منتزع من الكتاب المزبور. و أول ما ذكر من القواعد العامه قاعده (لا- ثواب إلا- بنيه) (الثانيه) (الأمر بمقاصدها) و هكذا بتغير يسير عما فى (المجله) و الناظر فيهما يجد فى أول نظره ان كتاب (المجله) قد اختصر من ذلك الكتاب أو هو تحرير له. اما الكتاب فى حد نفسه فالإنصاف ان فيه ثروه من القواعد العامه و الفروع النادره و ماده من الفقاهه و الاستنباط تنبع من سعه خيال، و طول باع، و غزير اطلاع، و لكن قد خلط فيه الحابل بالنابل، و جمع بين الغث و السمين، و الركيك و المتين، حتى بلغ به الاسفاف و الضعف الى ذكر باب واسع من جملة أبوابه- فى أحكام (الجان) و أنت خبير بان الفقه إذا دخلت فيه احكام الجان، فقد صار

□
 أشبه شىء بالخرافة و الهذيان، و إذا وفق الله سبحانه لتأليف الأجزاء الباقية من هذا (التحرير)، فعسى ان نتعرض لذكر النافع من هذا الكتاب فان فيه فوائد مطموره فى التوفاه طمور الدر فى المزابل، و هذا الكتاب عند الجمهور أشبه ما يكون بكتاب (القواعد) للشهيد الأول عند الإماميه و لكن ليس فى كتاب (القواعد) احكام الجان و كثير من أمثالها من الفروع السخيفه و الفروض النادره التى لعلها تقع و ربما لا تقع فى الدهر و لا مره، و على كل ذلك فشكر الله مساعيتهم، و أثابهم على نياتهم و أعمالهم، فقد جدوا و اجتهدوا، و نفعوا و أفادوا، و نسئله ان يختم لنا بالحسنى انه ولى الإحسان، و آخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين و قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز.

محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعة.

٢٧ ذى قعدة الحرام سنه ١٣٥٩

الكتاب الأول

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمه امام المقصود

ذكرنا اننا لما وجدنا مجله (الأحكام العدليه) هي المرجع الأعلى و التي عليها المعول من زمن الأتراك إلى اليوم ليس في خصوص العراق بل في عامه الأقطار العربيه و غيرها، و وجدناها لأول نظره في أشد الحاجه الى التنقيح و التحرير كتبنا (الجزء الأول) و أجزنا للمطبعه نشره و تقديمه إلى (كلية الحقوق) و اساتذتها الاعلام و سائر علماء الحقوق و الفقه و نقباء الشرع و القانون و كاهه رواد العلم و التحقيق من الطلاب و المعلمين و كانت محتويات (الجزء المتقدم) لا تعدو ان تكون واحده من ثلاث شرح. أو انتقاد. أو استدراك. يعني شرح بعض مشكلاتها، و الإيماء الى عثراتها، و ضم بعض موادها إلى أخواتها و ليس الغرض من كل ذلك سوى ان نسد فراغاً و نكمل نقصاناً و نستدرك فائتاً، إتماماً للفائده، و إعظاماً للمنفعه فان أجدت فيما افدت فالمنه لله وحده، و الا فيكفى حسن النيه، و سمو المقصود، و ما توفيقى إلا بالله عز شأنه و من عنايته استمد التوفيق لإتمام بقيه الاجزاء على النهج المتقدم أو أقوم قيلا، و انهج سيلا، و قصار انا ان التمحيص و النقد أحب إلينا فيما نكتب من الإطراء و الحمد.

[تمه كتاب البيوع]

الباب الثالث فى بيان المسائل المتعلقة بالثمن

الفصل الأول فى بيان المسائل المترتبة على أوصاف الثمن و أحواله

[ماده: ٢٣٧] تسميه الثمن حين البيع لازمه، فلو باع بدون تسميه ثمن كان البيع فاسداً

هذا الحكم ضرورى بعد الذى عرفت من ان البيع مبادله مال بمال يعنى انه نسبه و اضافه بين مالين و هل يعقل تحقق الإضافه بدون طرفين و كذا لو كان فعلاً و انفعلاً فإنه فعل يتعلق بشيئين و جعل أحدهما مكان الآخر و عليه فحق التعبير ان يقال: لو باع بغير ثمن لم يقع بيع، لا- انه كان فاسداً و قد تكرر بيان ان الثمن و المثل من مقومات البيع و أركانه نعم لو كان الثمن مجهولاً كان بيعاً و لكنه فاسد، فتدبره كما فى.

(ماده: ٢٣٨) يلزم ان يكون الثمن معلوماً.

و قد عرفت اعتبار المعلوميه فيه و فى المثل فى خمس امور. الوجود و الحصول و الجنس و الوصف و القدر. فلو حصل الجهل بشىء منها كان البيع فاسداً.

(ماده: ٢٣٩) إذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته و الإشاره اليه و ان كان غائباً يحصل ببيان مقداره و وصفه.

المشاهدة لا- تكفى إلا- إذا كان الثمن أو المثل غير مكيل و لا- موزون و لا معدود و قد تقدم انه لو باع صبره حنطه لا يعلم مقدارها فالبيع عندنا باطل و مثله الكلام فى الثمن فلو اشترى منه وزنه حنطه بقبضه دراهم لا يعلم عددها كان باطلا، نعم عند أرباب (المجله) الذين يجوزون بيع الجزاف يكون صحيحاً و لكن لا معنى حينئذ لقولهم فى المادة السابقه و أمثالها مما سبق انه يلزم ان يكون الثمن معلوماً و دعوى انه يصير بالمشاهده معلوماً واضح المنع، فليتدبر.

(ماده: ٢٤٠) البلد الذى يتعدد فيها نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شىء بكذا دينار و لم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً.

هذا صحيح و الفساد جاء من جهه الجهاله و لكن يناقضه حكمهم فى المادة اللاحقه (٢٤١) إذا جرى البيع بعدد معلوم من القروش كان للمشتري ان يؤدى الثمن من اى نوع شاء إلخ .. إذ لا- فرق فى ذلك بين القروش و الدنانير إذا كانت أنواع كل منهما رائجه غير ممنوع تداولها سواء كانت متحده القيمه أم لا.

(ماده: ٢٤٢) إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري ان يؤدى الثمن من نوع النقود التى وصفها.

مثلا- لو عقد البيع على ذهب مجيدى أو انكليزى إلخ لزم ان يؤدى من النوع الذى وصفه.

هذا أيضاً صحيح و من الغريب ما فى ماده «٢٤٣» لا يتعين الثمن بالتعيين فى العقد مثلا- لو أدى المشتري للبائع ذهباً مجيدياً فى يده ثم اشترى بذلك الثمن شيئاً لا يجبر على أداء ذلك الذهب بعينه بل له ان

يعطى ذهباً مجيداً من ذلك النوع غير الذى أراه إياه.

إذا كان البيع من حيث الثمن شخصياً فلا إشكال فى انه يتعين و إذا لم يدفعه بعينه كان للبائع الفسخ، نعم لو كان كلياً فله ان يدفع اى فرد شاء من ذلك النوع و لا يتعين الذى كان فى يده، و من هنا يعرف الحال فى ماده «٢٤٤» فإن البيع ان كان شخصياً تعين ما شخصه من الليرات مثلاً- أو أبعاضها و ان كان كلياً كان له دفع الأبعاض الا ان تنقص قيمتها عن الكل مثلاً- إذ اشترى بخمسه دنانير فله ان يدفع عشرين ربع دينار الا- ان يكون قيمتها أقل من خمسه دنانير مجتمعه كما يتفق ان الفرط مبدول و المجتمع عزيز و هو يختلف باختلاف الأزمان و البلدان و غيرها، فليلاحظ.

الفصل الثانى فى بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئه و التأجيل

اشاره

قد سبق ان إطلاق العقد يقتضى كون الثمن نقداً و هذا هو الأصل فى العوضين كما فى ماده (٢٥١) و كان حقها ان تتقدم الا ان يقيد أو يكون عرف يقتضى التأجيل كما فى تلك ماده ثم ان جعل المثلث مؤجلاً فهو السلم و ان جعل التأجيل فى الثمن فهو النسيئه كما فى ماده (٢٤٥) البيع مع تأجيل الثمن و تقسيطه صحيح و يجرى هذا فى الكلى و فى الأعيان فيجوز ان يجعل الثمن عيناً من النقود أو غيرها و يشترط تأجيل دفعها الى سنه أو أقل أو أكثر و يلزم فى النسيئه تعيين المده

و ضبطها بالأشهر أو السنين كما فى قوله تعالى (إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى) فإذا جعله لمدة غير معلومه كمجىء الحاج أو هبوط الأمطار أو نحو ذلك بطل البيع من أصله لبطلان ركنه و هو الثمن و منه يعلم ماده «٢٤٧ و ٢٤٨» و من الجهاله المفسده ان يشترط المشتري دفع الثمن للبائع إذا باع ما اشتراه من الغير.

(ماده: ٢٤٩) إذا باع نسيئه بدون مده تنصرف المده إلى شهر واحد فقط

يصح هذا ان كان هناك عرف خاص فى بلد المتبايعين بحيث ينصرف الإطلاق اليه و الا فهو ممنوع أشد المنع و لا فرق بين الشهر و اليوم و السنه فيكون باطلا.

(ماده: ٢٥٠) يعتبر ابتداء مده التأجيل و التقسيط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع

فلو حبسه البائع سنه اعتبر أول السنه التى هى الأجل من يوم تسليم و للبائع حينئذ ان يطالبه بالثمن الى مضى سنه من وقت التسليم أو سنتين من حين العقد.

هذا محل منع بل مقتضى القاعده اعتبار الابتداء من حين العقد سيما مع اشتراط تأجيل تسليم المبيع أو التماهل فى قبضه من المشتري الا ان يكون عرف خاص هناك، فليتدبر.

الباب الرابع فى بيان المسائل المتعلقة فى الثمن و الثمن بعد العقد

اشاره

و يشتمل على فصلين

الفصل الأول فى بيان حق تصرف البائع و المشتري بالمبيع بعد العقد و قبل القبض

(ماده: ٢٥٢) البائع له ان يتصرف بثمان المبيع قبل القبض مثلاً لو باع ماله من آخر بثمان معلوم له ان يحيل بثمانه دائنه.

الثنان اما ان يكون كلياً فى الذمه أو يكون عيناً شخصيه فإن كان كلياً جاز ان يتصرف البائع به قبل قبضه و تعيينه بان يبيعه أو يهبه من المشتري أو غيره غايته ان هبته للمشتري إسقاط و له ان يحيل دائنه عليه فيصير المشتري مشغول الذمه لدائن البائع و لا يعقل هنا التلف قبل القبض اما لو كان عيناً شخصيه فإن تلفت قبل القبض كان التلف على المشتري كما عرفت سابقاً و ينحل العقد كما فى تلف المبيع قبل القبض و مع وجودها فلبائع أن يتصرف بها كيف شاء قبل القبض و بعده لأنه قد ملكه بالعقد و لا تتوقف ملكيته على قبضه.

نعم هى ملكيه مترلزله و لكنها لا تمنع من التصرف و بالتصرف تكون مستقره و لازمه كلزومها بالقبض.

(ماده: ٢٥٣) للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقاراً و الا فلا.

لا فرق عندنا في صحه تصرفات المشتري في المبيع قبل القبض بين ان يكون عقاراً أو غيره كما عرفت من تحقق الملكيه بمجرد تماميه العقد و هي كافيه لصحه التصرف و أقصى ما يتصور في الفرق بين العقار و غيره ان العقار لا يعرضه التلف قبل القبض غالباً فتكون الملكيه مستقره بخلاف غيره و لكنك خبير ان هذا على فرض تسليمه لا يمنع من التصرف لان مصحح التصرف هو مطلق الملكيه لا الملكيه المطلقه و هو واضح.

نعم قد تقدم في بعض المواد ان الطعام بل مطلق المكيل و الموزون ورد النهى عن بيعه قبل قبضه و عمل أكثر أصحابنا بذلك و اختلفوا بين قائل بالتحريم فقط و بين قائل بالفساد أيضاً، و هذا أمر تعبدى و القواعد لا تقتضيه، فليتدبر.

الفصل الثانى**(ماده: ٢٥٤) للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد**

فالمشتري إذا قبل في مجلس البيع الزيادة كان له حق المطالبه بتلك الزيادة و لا تفيد ندامه البائع فلو اشترى عشرين بطيخه بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع أعطيك خمساً اخرى و قبل المشتري هذه الزيادة في المجلس أخذ خمساً و عشرين بطيخه بعشرين قرشاً، اما لو قبل بعد المجلس فلا يجبر البائع على إعطاء الزيادة.

هذا حكم كیفی و قول خرافی لا ینطبق علی شیء من الأصول و القواعد فان العقد إذا تم و وقع علی صورته فقد انتهى كل شیء و لیست الزیاده الخارجة عن العقد الا وعد مستقل له ان یفی به و له ان لا یفی، نعم حیث انهما ما دامتا فی مجلس العقد لهما خيار المجلس فیمکنهما حل العقد الأول و إیقاعه جدیداً بصیغه أخرى علی الخمسة و عشرين فیجب الوفاء به و لكنه خلاف الفرض فلیتدبر و مثله الكلام بعینه فی ماده «٢٥٥» من انه للمشتري زیاده الثمن و انه ملزوم بها و ان وقع العقد علی أقل منها، و الجمیع جزاف فافهم ذلك.

(ماده: ٢٥٦) حظ البائع مقدراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح و معتبر فی موضع جازت فیهِ الزیاده إلخ

جمیع هذه المواد من هذه المادة إلى آخر هذا الفصل ماده (٢٦١) لا مجال لها عندنا معشر الإمامیه أصلاً و العقد یلزم علی ما وقع علیه من مقدار الثمن و المثلن لا یزید بعد العقد و لا ینقص سواء حصل التقابض بینهما أم لا، و لیس الحظ من الثمن بعد العقد أو الزیاده فیهِ أو فی المثلن إلا هبه للزائد أو إسقاط من الثمن المسمى ای إبراء و هكذا، اما العقد الواقع الجامع للشرائط فلا یتغیر و لا یتبدل عما وقع علیه و لا یتحول و لا یتزول، نعم یمکن إزالته بالفسخ من جهة خيار المجلس أو غیره من أنواع الخيارات و یعقدون عقداً آخر علی الزائد أو الناقص، و لیس البیع بعد وقوعه یرقی كیفیاً یتلاعب المتبايعان به كیف ما أرادوا بل هو أمر إلزامی و تعهد دائمی، و علیه فقد سقط البحث فی جمیع تلك المواد المبنيه علی هذا

الأساس المتلاشى فتدبره جيداً.

و يترتب على ما ذكرناه من ان دفع الزيادة فى الثمن أو المثلثن يكون هبه ابتدائيه ان له الرجوع فيها فى المجلس و بعده قبل القبض و بعده الا ان يكون هناك أحد الملزمات للهبة المعروفه، اما حظ بعض الثمن أو كله فقد عرفت انه إسقاط و إبراء و انما يتحقق هذا حيث يكون الثمن كلياً فى الذمه اما لو كان عيناً خارجيه فلا معنى للحظ أصلاً، و لعل الى بعض هذا تشير ماده (٢٦٠) فتأملها جيداً.

(الباب الخامس) فى بيان المسائل المتعلقة بالتسليم و التسلم**اشاره**

و فىه ستة فصول

الفصل الأول فى حقيقه التسليم و التسلم و كيفيتهما**(ماده: ٢٦٢) القبض ليس بشرط فى البيع**

قد مر عليك ان العقد هو الإيجاب و القبول و إذا حصل بالشرائط المعبره فقد صار المبيع للمشتري و الثمن للبائع فيجب على كل منهما ان يدفع الى الآخر المال الذى انتقل اليه فالقبض و الإقباض أى التسليم و التسلم من آثار العقد و ثمراته لا من أركانه و مقوماته إلا فى موارد مخصوصه للدليل الخاص كبيع الصرف بالنسبه إلى النقدين و بيع المسلم بالنسبه إلى الثمن و الهبه فإن القبض فى هذه الموارد ركن لا تحصل الملكيه إلا به بخلاف سائر أنواع البيوع فإنها تحصل بالعقد و يكون المبيع فى يد البائع كأمانه يجب دفعها الى صاحبها و هكذا الثمن عند المشتري، و قد سبقت الإشاره إلى انه ليس أحدهما أولى بالمبادره بالدفع من الآخر فان تبرع أحدهما أو سبق وجب على الآخر الدفع و ان تشاحا أجزهما الحاكم على التقابض و توهم بعض انه يجب على المشتري متى تم العقد ان يسلم الثمن إلى البائع أولاً ثم يسلم البائع المبيع اليه كما نصت عليه (المجله)

هنا، و بعضهم عكس فأوجب على البائع تسليم المبيع حتى يستحق قبض الثمن، و الحق ما عرفت من عدم ترجيح أحدهما على الآخر بعد حصول الملكيه لكل منهما دفعه واحده و لكل من الوجهين اعتبارات ظاهره و لكنها غير معتبره كما لا يخفى على المتدبر.

(ماده: ٢٦٣) تسليم المبيع يحصل بالتخليه و هو ان يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلّم المشتري إياه

هذه المسأله (اعنى مسأله القبض) من مهمات مسائل البيوع أو أمهاتها و قد شاع فى كلمات فقهاء الفريقين ان القبض هو التخليه و هو من الغرابه بمكان فإن التخليه سواء من البائع للمبيع أو من المشتري للثمن غير القبض فكيف يفسر عمل شخص بفعل الآخر فتخليه البائع مبيعه غير قبضه للثمن و قبض المشتري غير تخليه بين البائع و بين الثمن ثم ان التخليه أشبه بأمر عدمى فإنها عباره عن عدم المنع أو عدم المانع فكيف يكون تفسيراً للقبض الذى هو أمر وجودى و هو التسلم و التسليم و «الحاصل» ان كلام الفقهاء فى التخليه مشوش لا يكاد يتضح وجهه و قد جرت (المجله) على هذا المجرى من غير إمعان و تمحيص، و تحقيق المقام ان كلا من البائع و المشتري يلزمه قبض و إقباض (أى يلزم البائع تسليم المبيع و تسلّم الثمن، و يلزم المشتري تسليم الثمن و تسلّم المبيع) حيث لا يكون كل منهما مقبوضاً أو بحكم المقبوض كما فى الدين و نحوه، و لكن القبض و الإقباض و ان شئت فقل التسليم و التسلم من كل منهما يختلف باختلاف ما يقع عليه البيع فقد يتحقق الإقباض بالتخليه و الاذن فقط و قد

لا يتحقق الا يوضعه فى يده أو فى صندوقه كما ان القبض قد يحصل بصرف علمه بالتخليه و قد لا يحصل إلا بأخذه بيده و بين هذين الحدين أنواع و اشكال يتحقق بها القبض و الإقباض و تندرج أنواع القبض تحت عنوان واحد و هو الاستيلاء على الشىء و السلطنه عليه كما يجمع جميع أنواع الإقباض التسليط و التمكين فقد يتحقق التسليط بصرف التخليه و قد يحتاج معها إلى شىء آخر، و لما اختلفت الأنواع المحققه للقبض و المحققه للإقباض اختلفت تعبيرات الفقهاء و كل واحد نظر الى جهه و ناحيه فعبّر بها حتى بلغت الأقوال فى بيان القبض حسب ما ذكره بعض اعلامنا المتأخرين على ما اتخبطه إلى ثمانية و عند التحقيق فهى من باب اشتباه المصداق بالمفهوم و لكل من القبض و الإقباض مفهوم انما الاختلاف و التعدد فى محققاته و مصاديقه المختلفه فإقباض أراضى الزراعه هو تخليتها و اعلام المشتري بتفريغها و هذا محقق لإقباضها و تسليط البائع كما ان علم المشتري و سكوته محقق لتسلمها و قبضها سواء تصرف فيها ببعض أنواع التصرف أم لا- و لكن هذا المقدار لا يكفى فى مثل الدار أو الدكان و الخان بل و البستان حتى يدفع اليه المفتاح مثلاً كما ان علم المشتري بتفريغها لا يكفى فى تسلمه و قبضه حتى يأخذ المفتاح أو يتصرف بنحو من التصرفات و هكذا الى ان يصل الأمر فى مثل الأمتعه و الدراهم و الدنانير التى لا يكفى فى إقباضها رفع اليد عنها بل لا بد من وضعها بين يدي المشتري، و تسلمه لها ان يقبضها بيده أو يضعها فى جيبه و نحو ذلك كما ان الدابه إقباضها دفع زمامها و تسليمها أخذ الزمام أو الركوب أو سوقها امامه أو أخذ اذنها و أمثال ذلك، و هكذا الكلام

فى المكىل و الموزون و لكن ثبت بالأدله الخاصه أن كىل الطعام قبض يعنى ان المشتري إذا قال للبائع كل لى وزنه حنطه فكالها كان ذلك بمنزله قبض المشتري فلو تلف بعد الكىل كان تلفها عليه لا على البائع و لو لا الأدله الخاصه لم نقل بأنه قبض بل قبض الطعام و المتاع عرفاً هو نقله و حمله من مكان البائع إلى مكان آخر يختاره المشتري و على كل فالبض الذى يترتب عليه ذلك الأثر المهم و هو برأيه البائع من الضمان هو عبارته عن التسلم و الاستيلاء الذى هو فعل المشتري لا التخليه التى هى من فعل البائع.

و «المراد» من القبض هنا هو القبض العرفى لا اللغوى الذى هو الإمساك باليد و ليس للشارع فيه اصطلاح خاص قطعاً فما هو الا القبض العرفى الذى قد عرفت جوهر معناه و جامع افراده، نعم يبقى الإشكال فى موارد الشك فى تحقق القبض و لا ريب ان الحكم هو عدم ترتب آثار القبض بمقتضى الاستصحاب، مثلاً- إذا اشترى مائتاً من دهن و نحوه و أخذ البائع يصبه فى وعاء المشتري فاتفق ان عرض للإناء ثقب فى أسفله و صار الدهن يسيل فى الأرض من غير علم و لا تفريط ففى مثل هذا يقع الشك فى تحقق القبض و عدمه نظراً الى ان صبه فى إناء المشتري تسليم فلا ضمان عليه أوان استيلاء المشتري لم يحصل بعد فهو تلف قبل القبض فىكون على البائع، و مثله لو قال بايع الدابه للمشتري: خذها، و أرسل الزمام من يده و قبل ان يأخذها المشتري أو يركبها شردت أو ماتت، و أقصى مبالغ الدقه فى هذه

الفروع و الفروض ان يقال: ان برأيه البائع من الضمان هل هى منوطه بتسليمه فقط أو بتسليمه و تسلم المشتري أيضاً أو ان تسلم المشتري يحصل بمجرد تسليط البائع و تمكينه أو يحتاج إلى عناية منه بتصرف أو استيلاء أو نحوه و حل هذه العقده و ان كان لا يخلو من صعوبه و تحتاج الى مزيد تتبع و استقراء للنصوص و كلمات الأصحاب و لكن من البعيد جداً اناطه ضمان شخص و عدمه بعمل شخص آخر و عدمه فتدبر ذلك.

اما قبض البعض فلا- ريب فى انه يترتب عليه حكمه فإذا تلف الباقي فى يد البائع كان عليه ضمانه و يثبت بعده خيار تبعض الصفقه و جميع مواد هذا الفصل تعود واضحه بعد البيان المتقدم، نعم ماده الأخيره (٢٧٧) قبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل أداء الثمن لا- يكون معتبراً الا- ان المشتري لو قبض بدون الاذن و هلك فى يده أو تعيب يكون القبض معتبراً، فيها إجمال و تعقيد محل بالغرض المقصود، و تحريرها- أنه لما كان من المعلوم ان الغرض من تسليم البائع المبيع هو حصوله فى يد المشتري و لذا لو كان فى يده قبل البيع بعاريه أو وديعه سقط وجوب التسليم فكذا لو قبضه المشتري بدون اذن البائع و تسليمه فقد حصل الغرض المهم من التسليم و هو الحصول فى يد المشتري و سقط الضمان عن البائع و صار تلفه على المشتري فقد صار هذا القبض معتبراً من هذه الناحيه (أى ناحيه سقوط الضمان)، ثم ان هذا القبض العارى عن الاذن ان كان بعد دفع الثمن إلى البائع فهو قبض معتبر من جميع الجهات و جميع

تصرفات المشتري فيه تكون صحيحة نافذه، اما لو كان قبل دفع الثمن فالحبض المزبور و ان كان معتبراً من حيث إسقاط الضمان و لكنه غير معتبر من حيث نفوذ تصرفات المشتري فيه فلو باع أو رهن أو وهب وقف على إجازة البائع لأن له حق حبسه الى ان يقبض الثمن فيكون تصرفات المشتري موقوفه لأنها وقعت على متعلق حق الغير فهي أشبه بالفضولي و بيع الراهن للعين المرهونه و ان لم تكن منه.

□
هكذا ينبغي ان تحرر المسائل و لله المنه وحده.

الفصل الثانى فى المواد المتعلقة بحبس المبيع

خلاصه هذا الفصل قد تقدمت فى الأبواب السابقه حيث أوضحنا ان المشتري له ان يحبس الثمن حتى يقبض المبيع و للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن فان تبرع أحدهما فبادر الى التسليم و جب على الآخر الدفع و سقط حق الحبس و ان تشاحا أجبرهما الحاكم على التقابض، و حق الحبس طبعاً انما هو فى غير بيع النسيئه بالنسبه إلى الثمن و فى غير بيع السلف بالنسبه إلى المثل و فى غير الموارد التى يكون الثمن مقبوضاً للبائع أو المبيع مقبوضاً للمشتري و إذا بادر أحدهما بالتسليم فان دفع الثانى فذاك و إلا فله استرجاع ما دفع لان حق حبسه لم يسقط بالكليه بل سقوطه مراعى بدفع الآخر فإذا لم يدفع كان له الاسترداد إلا إذا صرح بإسقاطه مطلقاً

و بهذا تظهر الخدشه فى ماده (٢٨١) إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه و ليس للبائع ان يسترد المبيع من المشتري، و باقى المواد واضحه.

الفصل الثالث فى حق مكان التسليم

تحرير هذا الفصل ان المتبايعين ان علم كل منهما ان المبيع الشخصى فى محل غير بلد العقد و أطلقا البيع فالإطلاق يقتضى تسليمه فى محل المبيع الا- ان تكون هناك قرينه أو عرف خاص يقتضى خلاف ذلك، و ان جهل كل منهما ذلك أو جهل المشتري فإطلاق العقد يقتضى تسليمه فى بلد العقد كما لو كان كلياً و الا كان للمشتري الخيار فيهما، هذا كله مع الإطلاق و الا فالشرط هو المتبع و ما ذكرناه هو حاصل المواد الثلاث (٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧) و من الغريب هنا الذى لا يعرف وجهه ما نقله بعض الشراح عن بعضهم من أنه- إذا باع البائع الحنطه و هى فى أرضه و اشترط تسليمها فى مكان معين صح البيع و لزمه تسليمها حيث شرط الا إذا اشترط حملها و نقلها الى دار المشتري فان ذلك يفسد البيع انتهى.

اما الثمن فان كان كلياً و أطلق فحقه التسليم فى بلد العقد و ان كان شخصياً فمثل ما تقدم فى المبيع الشخصى و يكون الخيار للبائع مع جهله، فتدبره.

الفصل الرابع فى مؤونه التسليم و لوازم إتمامه

ليس فى هذه الناحيه من السبوع قاعده مطرده يمكن الاعتماد عليها بقول مطلق و إيكال ذلك الى عرف البلد فى غير موارد الشرط أتعن و أحسن كما فى ماده (٢٩١) و حيث يكون هنالك عرف خاص أو عام أو شرط فلا إشكال إنما الإشكال حيث لا يكون هناك شىء من تلك الأمور التى يصلح الاعتماد عليها و تشاحا فيمكن ان يجعل المناط ان كلما يتعلق بالمبيع فهو على البائع و كلما يتعلق بالثمن فهو على المشتري و أحسن من ذلك ان يجعل المدار على المصلحه و المنفعه فإن كانت للبائع فمصارفه عليه و ان كانت للمشتري فعليه و يعرف صاحب المصلحه بطلبها و ان كانت لهما فعليهما و لعل منه ما شاع فى هذه العصور من ان اجره كتابه الأوراق و السجلات و الطوابع بل و تسجيل البيع فى (الطابو) كله على المشتري لأنه لمصلحته و إتقان ملكيته و هذه الضابطه و ان لم تكن مطرده كليه فلا إشكال فى أنها توافق الغالب و لا يشذ منها الا النادر.

الفصل الخامس فى بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع

اشاره

تكرر ذكر هذا الحكم المستفاد من النبوى (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) و قد مرت الإشاره إليه قريباً فى ماده (٢٧٧) و قد ذكرنا فى الجزء الأول معنى هذه القضيه و تطبيقها على القواعد و ان التلف يكشف عن انفساخ العقد قهراً حتى يرجع المبيع قبل التلف الى ملك البائع و يكون تلفه منه و مثله تلف الثمن و القاعده الكليه هنا هكذا- كل مال تلف فى يد مالكة قبل العقد فهو عليه كما ان تلفه بيد من ملكه بالعقد يكون عليه.

(ماده: ٢٩٥) إذا قبض المشتري المبيع برضا البائع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن ليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء

اتفقت الإماميه أن المفلس الذى لا تفى أمواله بديونه و حكم الحاكم بمنعه من التصرف فى أمواله ليقسمها على الغرماء بالنسبه فتوزع أمواله بالحصص الا الغريم الذى يجد عين ماله فإنه يأخذها عيناً و لا يضرب مع الغرماء و هذا و ان كان مخالفاً للقواعد و لكن النصوص و الفتاوى متطابقه عليه و يكون لازم ذلك انفساخ العقد كقضيه التلف قبل القبض، اما إذا مات الرجل و كانت تركته لا تفى بديونه و وجد بعض الغرماء عين ماله فإنه لا حق له بأخذها بل يضرب مع الغرماء، نعم لو كانت أمواله تفى بديونه

فله أخذ عين ماله إذا أراد، و منشأ الفرق هو النصوص الخاصه عندنا و عباره (المجله) مطلقه و الحق هو التفصيل كما ذكرناه.

الفصل السادس فيما يتعلق بسوم الشراء و سوم النظر

هذه القضية ليست من مسائل البيوع و لكنها من هوامش البيع و رتوشه و هى مسأله مهمه و تعرف عندنا بمسأله «المقبوض بالسوم» و حاصل ما افادته (المجله) ان المقبوض بالسوم (اى ما قبضه إنسان من المالك لينظر فيه) فاما ان يشتريه بالثمن الذى اتفقا عليه أو برده فلو اتفق أنه انه تلف فى يد القابض فإنه مضمون عليه لا- بالثمن الذى اتفقا عليه لعدم وقوع العقد حسب الفرض بل بالمثل ان كان مثلياً و بالقيمه ان كان قيمياً، و لا فرق عندنا فى الضمان بين ان يعينا قيمته أم لا فما ذكرته (المجله) بقولها (اما إذا أخذه بدون ان يبين و يسمى له ثمناً كان ذلك المال امانه فى يد المشتري فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد مثلاً- لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابه ألف قرش اذهب بها فإن أعجبتك اشتراها فأخذها ليشتريها فهلكت لزمه قيمتها للبائع، اما إذا لم يبين الثمن بل قال خذها فإن أعجبتك اشتراها فأخذها على انه إذا أعجبتة يقاوله و يشتريها فبهذه الصوره إذا هلكت بلا- تعد لا- يضمن) لا- وجه له على التحقيق لو حده ملاك الضمان و هو قاعده اليد و من الوهم الزائف تخيل انها فى الصوره الثانيه

امانه فان البائع لم يقصد دفعها له بصفه الامانه و الوديعة، و قد سبق أول قواعد [المجله]- ان الأمور بمقاصدها- و القصارى ان كل إنسان قبض مال غيره ليشتريه سواء اتفقا على قيمته أم لا فهو مقبوض بالسوم و مضمون على القابض بقاعده اليد، فتدبره جيداً.

نعم لو برء القابض الذى يريد النظر للشراء من عهده الضمان و رضى المالك فلا ضمان لو تلف بغير تعد لان المالك قد أسقط حقه و لكنه مبنى على صحه إسقاط ما لم يجب كصحه ضمانه و هو محل بحث و نظر و ان كان الأصح عندنا صحته و مما ذكرنا يظهر البحث فى ماده (٢٩٩) ما يقبض على سوم النظر و هو ان يقبض مالا- لينظر اليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أم لا فيكون امانه فى يد القابض فلا- يضمن إذا هلك بلا- تعد فان المقبوض على سوم النظر ان قبضه لينظر فيه ليشتريه فهو من المقبوض بالسوم يضمه مطلقا إذا تلف لانه قبض معاوضه اى مبنى على التعاوض و ان قبضه لا للشراء فلا ضمانه لأنه امانه و كذا قبض الدلال و السمسار لانه و كيل أو شبهه فلا ضمان مع عدم التعدى.

(الباب السادس) فى الخيارات**اشاره**

أعلم ان أبواب الخيار من أهم مباحث البيوع و هى المضممار الذى يتسابق فيه فرسان الفقاهه و مهرة التحقيق، و كثير من أعلام الإماميه أفرد لها كتباً مستقلة فى التأليف، ذاك لأن فيها المجال الواسع للدقه، و عمق النظر، و براعه الصناعه و التحقيق، حيث انها تبتنى على مزيج من الأدله من عقل و نقل، و عرف و تقاليد، يعنى . شرع و اعتبار و عاده و علماء الشرع رضوان الله عليهم منا و من الجمهور فى تعداد أنواع الخيارات بين مقل و مكثّر، بين من ذكر ثلاثه و بين من زادها على عشرين، و المتوسطون بين من ذكر سبعة كما فى (شرائع) المحقق و بين من اقتصر على سبعة كالشهيد الأول فى (اللمعه دمشقيه) و «المجله» اقتصرت أيضاً على سبعة، و حيث ان الأصل و القاعده فى البيع بل فى عامه العقود عدا ما خرج بالنص القاطع هو اللزوم و عدم جواز فسخ العقد بعد وقوعه صحيحاً مستجمعاً بشرائطه، و لكن إحاطه علم الشارع الحكيم و رعايه الشريعة لدقائق الحكمة اقتضت تشريع الخيار فى العقود اللازمه قلعاً لمواد الفتنة بين البشر و قطعاً لأمراس الشجار و الخصومات فيما بينهم فإن الإنسان قد تدعوه خاطره الى بيع ماله فيجرى العقد عليه باختياره ثم يندم فيتطلب العلل و التخريجات من مضايقه العقد فقد يحدث النزاع و الشجار بين المتعاقدين فشرع الخيار لقطع ماده هذا الشجار، و افساحاً

لمجال التروى و التفكير فيما هو الصالح. و لكن تداركا لذلك و لكى لا تذهب مكانه العقد، و تسقط قيمته بالتلاعب، حسب الخواطر و الأهواء جعل الخيار مقيداً بقيود، و محدوداً بحدود، لئلا يقع الاشتمار و الفوضى و تنعكس الآيه، و تنقلب الحكمة.

و مما لاخفاء فيه ان تعدد أنواع الخيار، و اختلاف أسمائه، و تغاير نسبه و إضافاته، انما هو لاختلاف أسبابه، و البواعث التى قضت بجعله بعد ان كان هو خلاف الأصل و العمومات كما عرفت.

و الأسباب كثيره و لكن يجمعها على التحقيق ثلاثه أنواع فان موجب الخيار اما لأمر يعود الى أحد العوضين كنقص و نحوه، و ذلك كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و التأخير و نحوها و اما لأمر يعود الى العقد من حيث حدوثه، و أصل وجوده، و هو اما ان يكون يجعل الشارع كخيار المجلس و خيار الحيوان، و اما ان يكون بجعل المتعاقدين أو أحدهما كخيار الشرط أو شرط الخيار. و بعبارة أوجز ان الخيار اما ان يكون شرعياً أو طبيعياً أو وضعياً فالأول كخيار المجلس و الحيوان، و الثانى كخيار العيب و الغبن و نحوهما فإن طبيعه العقد تقتضيه و الثالث ما يكون بوضع المتعاقدين و جعلهما كخيار الشرط أو شرط الخيار، ثم الخيارات بجميع أنواعها اما ان يكون الخيار فيها لكل واحد منهما أو لواحد منهما أو لغيرهما منفرداً عنهما أو معهما أو مع أحدهما كما يجوز ان يكون الغير جماعه أو فرداً مجموعين أو متفرقين على نحو الاختيار أو الخيار أو الاستيمار، و لكل واحد من هذه الأنحاء احكام شخصيه و آثار ربما يأتى التنبيه عليها فى مواردنا إن شاء الله

الخيار

الخيار اسم مصدر من الاختيار، وأصل المادة الخير و ان اندك لحاظه في أكثر مشتقاتها و هو- لغه و عرفاً- معنى يرجع الى حريه الإراده و عدم الملزم بأحد طرفى الفعل و الترك و ان من له الخيار له الأخذ بخير الأمرين من الفسخ و الإمضاء، و- شرعاً- سلطنه على فسخ العقد، و أثره رجوع كل مال الى صاحبه فى باب المعاوضات و ما يتاخمه فى غيرها- أو حق استرداد العين و أثره و انحلال العقد و رجوع كل مال الى صاحبه و تظهر الثمره بين الاعتبارين فى مواضع: منها صورته تلف العين فعلى الأول يبقى الخيار لانه حق فى العقد و أثره حينئذ يظهر بدفع المثل أو قيمه و على الثانى يزول لزوال موضوعه، و لذا قد يعد التلف من مسقطات الخيار عند بعض كما يسقط حق الرجوع بالهبة عند الجميع.

و «الخيار» حق مالى يصح نقله و انتقاله كما يصح إسقاطه و المصالحه عليه كعامه الحقوق المالىه. و هذا هو حكمه العام الذى يلحقه من حيث كونه خياراً، كما ان لكل واحد من أنواعه أحكاماً تخصه من حيث خصوصيته مثل كونه خيار مجلس أو خيار حيوان أو غير ذلك.

و حيث ان خيار المجلس مقدم طبعاً على سائر الخيارات المجعوله شرعاً فالأنسب تقديمه وضعاً فنقول قد عرفت ان مستند

(خيار المجلس)

هو الحديث المستفيض عند عامه المسلمين (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و هو و غيره من أحاديثنا الخاصه مستند القول بخيار المجلس عند فقهاءنا إجماعا اما فقهاء المذاهب فقد انشطروا فى هذه القضية شطرين فأنكرته الحنفية و المالكية و تأول الأولون الحديث تأويلا- الطرح خير منه كاجتهاد فى مقابل النص حيث قالوا على ما نقل عنهم: خيار المجلس لا يثبت الا بالشرط فإذا ثم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا و انما الذى للعاقد فى المجلس بدون شرط هو خيار القول فإذا قال البائع بعتك فله ان يرجع قبل ان يجيبه المشتري انتهى و يحملون الحديث تاره على ان له خيار المجلس بالشرط و اخرى على ان له الرجوع قبل الإيجاب. و هذا من الغرابه بمكان فان الحديث يقول البيعان بالخيار لا البائع فقط ثم ما معنى اقحام التفرق و تعليق الخيار عليه و «بالجملة» فصراحه الحديث و وضوح معناه كاف فى درهم.

أما «المالكية» فقد اعترفوا بان الحديث صحيح بل و صريح و لكنهم قالوا ان عمل أهل المدينة على خلافه و عملهم مقدم على الحديث و ان كان صحيحاً و هذا شىء لا نعرفه و لا ندرى كيف عمل أهل المدينة يطرح الحديث أو ينسخه و عهده ذلك عليهم، و قد زادوا على الحنفية حيث أفسدوا العقد

مع شرط الخيار فى المجلس و الحنفية أجازوه اما «الشافعية و الحنابلة» فقد عملوا بالحديث و اثبتوا لكل من المتبايعين بعد تماميه العقد خيارا فى المجلس الى ان يفترقا بالأبدان فإذا افترقا وجب البيع كما فى ذيل الحديث على ما فى بعض الروايات و أفرط الشوافع فى ثبوت هذا الخيار فقالوا لو اشترط عدمه بطل الشرط و العقد لانه من مقتضيات العقد و كل شرط ينافى مقتضى العقد باطل و مبطل و اعتدلت الحنابلة كالإماميه و قالوا انه يسقط باشتراط سقوطه فلو قال بعتك بشرط ان لا خيار لأحدنا فى المجلس فقال قبلت صح العقد و الشرط و دعوى كونه منافيا لمقتضى العقد ممنوعه و انما هو مناف لإطلاقه كما سبق تحقيق ذلك فى الجزء الأول و هذا اعنى شرط عدمه أحد مسقطات خيار المجلس عندنا و عند الحنابلة كما ان التفرق هو المسقط الثانى و التصرف هو المسقط الثالث عندنا و عند الشافعية و الحنابلة و التلف عند بعض هو الرابع ثم ان الشافعية قصرنا هذا الخيار على عقود المعاوضات بشرط ان يكون العقد مما يفسد بفساد أحد العوضين كالبيع و الإجاره لا النكاح الذى لا يفسد بفساد المهر و ان يكون على عين لازمه فيخرج الإجاره و ان لا يكون التملك قهريا فيخرج الشفعه فينحصر مورده بالبيع المطلق و السلم و الهبه المعوضه و الصلح فى بعض أنواعه.

أما عندنا فحيث ان خيار المجلس من المجعولات الشرعيه لا تقتضيه طبيعه العقد و لا اشترطه المتعاقدان فيتبع فى سعته و ضيقه الدليل و هو يقول «البيعان» فيختص بالبيع و لم يقل المتعاوضان و نحوها حتى يعم.

و كما يسقط هذا الخيار بشرط عدمه فى متن العقد كذلك يسقط

بإسقاطه بعد العقد قبل تفرقهما و لكن المسقط الأعم لم لهذا الخيار- هو التفرق من المجلس اى مجلس العقد سواء كانا مجتمعين فيه أو متفرقين فى بناء أو صحراء متقاربين أو متباعدين فلو تبايعا واحدهما فى مصر و الآخر فى بغداد بالهاتف و نحوه كان لهما الخيار حتى يقوم أحدهما أو كل منهما من مكانه و كذا لو كان كل واحد منهما على مركوب من دابه أو سفينه أو سياره و جرى العقد بينهما فالخيار ثابت لهما حتى يصدق عرفا افتراقهما و لكن العبره بالتفرق الاختيارى لا القهرى فلو فرق بينهما ظالم قهرا فان منعهما أيضاً من التبايع لم يسقط خيارهما الى ان يزول القهر عنهما فاما ان يفسخا العقد حينئذ أو يمضياه و ان لم يمنعهما و تفرقا بدون فسخ لزم العقد و سقط الخيار و لو أخذ أحدهما قهراً مع منعه و بقى الآخر فى مجلس العقد فهل يبقى خيار كل منهما أو يزول خيارهما معا أو يبقى خيار المقهور دون الآخر وجوه أو أقوال أقربها الأول و لو كان الموجب و القابل واحداً فالمدار لو قلنا بثبوت الخيار و عدم انصراف الدليل عن مثله على قيامه من مجلس العقد، اما لو عقد و هو باق فى مكانه فله ان يفسخ ان كان ذا سلطه على العقد و الفسخ هذه نبذه يسيره من خيار المجلس و احكامه و اختلاف الفقهاء فيه و لعلماء الإماميه فيه أبحاث طويله و تحقيقات جليله، لا مجال لسردها فى هذا المختصر

(الخيار الثانى) خيار الحيوان

و يظهر ان هذا الخيار من مختصات الإماميه لم أجد له ذكرا عند فقهاء المذاهب، و هو أيضا من المجعولات الشرعيه و أحاديث أئمة أهل البيت (ع) به مستفيضه مثل روايه على بن أسباط عن الرضا (ع) الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري و صحيحه ابن يسار قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثه أيام للمشتري قلت و ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا، و من هنا ذهب الأكثر إلى اختصاص هذا الخيار بالمشتري و تكاد تكون نصاً فيه صحيحه ابن رثاب عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أولهما كليهما قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيام فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء و لكن ذهب جماعه من الاعلام إلى ثبوته للبائع و للمشتري لصحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و لعل المراد أن المنتقل اليه الحيوان بايعا كان أو مشتريا ثمنا أو مثننا يكون له خيار و بهذا يحصل الجمع بين الاخبار كما فى صحيحه أخرى لابن مسلم المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام فإن التعبير بصاحب الحيوان مشعر بعدم الاختصاص بمشتري الحيوان بل يعم بايع ماله بالحيوان و تكون تلك الاخبار خصت المشتري بالذكر لان

الغالب ان الحيوان مما يشتري لا مما يشتري به و على كل فأصالة اللزوم فى العقود تقضى بعدم ثبوت هذا الخيار لبائع الحيوان بغيره و الاخبار غير واضحه فيه ان لم تكن واضحه بخلافه و حكمه هذا الجعل و التشريع لا تقتضيه فإن الحكمه فى هذا الحكم ان خيار المجلس لما كان عاده لا- يكفى للاطلاع على خفايا مزايا الحيوان و خصوصيات صفاته فإن مشتري الفرس مثلاً لا يمكنه الاطلاع عاده على كونها حرونة أو ذلولاً و صعبه القيادة أو سهله إلى كثير من أمثال هذا الا باختبارها فى ركوبها و الغاره عليها و لا- يعرف مقدار أكلها و صبرها عن الماء الا- بيومين أو ثلاث على الأقل فلذلك جعل الشارع فى الحيوانات أعم من الإنسان كالعبد و الجاربه أو غيره من أنواع الحيوان خياراً زائداً على خيار المجلس افساحاً فى المجال لكشف الحال و تفصيلاً عما يوجب الندم و تداركاً لما يخشى من التورط و هذا كله إنما يأتى فى من انتقل اليه الحيوان لا من انتقل عنه و لا يذهب بك الوهم الى ان خيار العيب يغنى عن هذا الخيار فإن القضييه هنا ليست قضييه عيوب أو نقص فى الخلقه بل قضييه أوصاف تختلف بها الرغبات حسب اختلاف المشارب و الأذواق فرب شخص يرغب فى الجاربه السريعه الانتباه مثلاً و رب آخر يكره ذلك و هكذا و النظائر كثيره و قد اختلفوا فى ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد أو من حين التفرق و على الأول فلو مضت ثلاثه أيام و لم يفترقا زال خيار الحيوان و بقى خيار المجلس و على الثانى لو افترقا بعد ثلاثه أيام كان له ثلاثه أخرى

و على الأول يكون قد انتهى الخيار ان و ظاهر الأدله قد يلوح منها الأول و الاعتبار أدل على الثانى. و يسقط هذا بشرط سقوطه فى متن العقد و بإسقاطه بعد العقد و بالتصرف الدال على الرضا بالعقد و إمضائه لا مطلق التصرف، و الفروع هنا أيضاً كثيره و المباحث واسعه و فيما ذكرنا مع اختصاره كفايه.

الخيار الثالث خيار الشرط

اشاره

و هذا الخيار مما اتفق عليه الفريقان و الأدله عليه عموماً و خصوصاً مستفيضه و يكفى من العمومات النبويان (الشرط جائز بين المسلمين) و (المؤمنون عند شروطهم) و أمثالها، و كان حق التعبير ان يعبروا عنه بشرط الخيار لا خيار الشرط لان المراد به هنا ان يشترط الخيار فى ضمن عقد البيع أو غيره بان يقول: بعثك بشرط ان يكون لى خيار الفسخ إلى ثلاثه أيام أو شهر مثلاً، فهو عباره عن اشتراط الخيار، اما خيار الشرط فهو عباره عن ان يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً فلا يفى به فيكون له خيار تخلف الشرط فلو قال: بعثك بشرط ان تأتيني يوم الجمعه فقبل و لم يأته يوم الجمعه فإن للبائع الخيار ان يمضى العقد أو يفسخه فحق هذا ان يسمى خيار الشرط اى خيار تخلف الشرط و ما نحن فيه (شرط الخيار) و يعبر بعض فقهاءنا عن ذلك بخيار الاشتراط، و مهما كان فالأمر فى التسميه سهل. و المهم هنا (أولاً) ان

تذكر ما مرت الإشارة إليه سابقاً من ان الخيار فى العقد ليس معناه توقف العقد فى تأثيره الملكيه و النقل على انقضاء زمن الخيار كما قد ينسب الى بعض أعظم علمائنا وفقاً لبعض علماء الجمهور بل المتفق عليه عندنا ان العقد الصحيح إذا وقع انتقل المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع غايته ان صاحب الخيار له ان يفسخ هذا العقد و يحله فتعود ملكيه كل مال الى صاحبه و عليه يترتب النماء و المنافع فى المده بين العقد و الفسخ فان نماء المبيع تلك المده إلى المشتري و نماء الثمن فيها للبائع، نعم لو اشترط كل منهما خلاف ذلك و ان تكون منافع كل مال لصاحبه الأول فيكون كما لو باعه- مسلوب المنفعه تلك المده أمكن الجزم بالصحه و سيأتى فى ماده (٣٠٨) ما ينافى ما ذكرناه من كون العقد التام هو المؤثر و (ثانياً) ان مده الخيار يجوز ان تتصل بالعقد فيشترط الخيار له من حين العقد إلى سنه، و يجوز ان تنفصل فيشترطه فى شهر بعد سنه من العقد و لا مانع من صيروره العقد جائزاً بعد لزومه فان الشروط تعمل أكثر من هذا، و «ثالثاً» يجوز ان يشترط الخيار لواحد منهما أو لكليهما أو لأجنبى معهما أو مع أحدهما على نحو الاستقلال أو الاشتراك أو المؤامره أى يكون الشرط ان له الأمر بأن يفسخ أو يمضيا لا ان يكون له ذلك بنفسه و الى بعض هذا أشارت (المجله) فى ماده (٣٠٠) يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مده معلومه لكل من البائع و المشتري أو لأحدهما دون الآخر، و أهم ما فى هذه ماده هو لزوم كون مده الخيار معلومه بعدد الأيام أو الأشهر أو السنين فلو لم يعين بطل الخيار

بل ربما يقال ببطلان العقد أيضاً كل ذلك للغرر وبيع الغرر باطل قطعاً و ما يقال من ان الغرر موضوع عرفى و ترى العرف بالوجدان يؤجلون ديونهم و كثيراً من معاملاتهم الى الحصاد و موسم التمر أو الرز أو غيرهما و لا يعدونه غرراً و تقدم العقلاء على مثله فى الكثير من المقامات مدفوع بان المعلوم من مجموع الأدله الشرعيه ان الشارع لا يصحح المعاملات التى يدخلها مثل هذه الجهاله و يتطلب المعلومه الحاسمه لكل مواد احتمال التشاح الخصومه و ان أقدم عليها العرف تسامحاً منهم ثم يقعون فى الخصومه و الندامه و بعد ذلك و قد نراهم يتشاحون فى اليوم أو اليومين فضلاً عن الشهر و الشهرين فى انقضاء الخيار و بقائه و بقاء أجل الدين و انتهائه فهم يتورطون فى البدء تسامحاً و يتشاحون فى النهايه شحاً و حرصاً و الشارع الحكيم لا يرضى بمثل ذلك و أحكامه مبتنيه على الحكمه التامه، و المصلحه العامه، و اقدم العقلاء لا يخرجهم عن كونه غرراً فإنهم قد يقدمون على الغرر استرسالاً- و تختلف مراتب العقول و لذا العاقل الرصين لا- يقدم على مثل ذلك و كم للعقلاء العاديين من هفوات و خطيئات هى مثار الفتن و الخصومات و لعل هذا مراد جدنا (كاشف الغطاء) طاب ثراه حيث يقول «دائرته الغرر فى الشرع أضيق منها فى العرف» و الظاهر ان مراده أنها أضيق حكماً و الا فالشارع لا يجوز اى غرر كان و العرف ما أكثر ما يرتكبون مواضع الغرر، نعم قد يتسامح الشارع فى بعض المواضع التى يتسامح العرف بها أيضاً مثل اختلاف المكاييل و الموازين و الحبطين و الثلاث و أمثال ذلك مما لا يكون غالباً مثاراً للخصومه و التشاح

ولا- يعنى بنقصه و زيادته الضئيله عامه الناس فليس المدار على مطلق الجهاله بل الجهاله التى يتطرق منها احتمال الخصومه و الجدل و الا فإن مده خيار المجلس مجهوله و لم تقدح جهالتها لأنها ليست مظنه للتخاصم و يؤيد ما ذكرنا من مذاقه الشارع فى موارد الجهاله و تشديده فى اعتبار المعلوميه خبر غياث «لا بأس بالسلم فى كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم الى دياس أو الى حصاد» .. مع ان السلم الى الحصاد و الدياس هو المتعارف عند عامه الناس لا سيما الجاهلين بأحكام الشرع، و من هنا يتضح لك عدم الفرق فى الحكم بالبطلان بين عدم ذكر مده أصلا أو ذكر مده غير معينه فيقول: بعتك و اشترطت الخيار لى أو بذكر مده و لا- يعينها أصلا فيقول اشترطت الخيار لى فى مده أو يعينها بصفه مجهوله كمجىء الحاج و الحصاد و نحوها، و ذهب جمع من علمائنا إلى صحه الصورتين الأوليين و جعل مده الخيار فيها ثلاثه أيام و ادعوا ورود الاخبار بذلك و لم يعثر الباحثون فى كتب الحديث و المتخصصون بعلم الدرايه و الروايه على خبر واحد فضلا عن الاخبار و لعل أولئك حملوه على خيار الحيوان المقدر فى الأدله بثلاثه أيام و هو قياس لا يعملون به سيما مع وضوح الفرق بين المقامين نعم ورد من غير طرقنا ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجه اصابته فى رأسه فقال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم «إذا بعت أو ابتعت فقل لا خلا به و جعل له الخيار ثلاثه أيام» و هو كما ترى ضعيف سنده و أضعف من ذلك دلالتة فالأصح البطلان فى الجميع.

اما ماده التى بعدها ماده (٢٠١) كل من شرط له الخيار فى البيع

يصير مخيراً بفسخ البيع أو إجازته في المده المعينه للخيار. فكأنها بيان لصحة جعل الخيار لغيرهما و كان يكفى عنها ان يضم إلى ماده المتقدمه لفظه «أو لأ-جنبي» و نحوها و لا حاجه الى عقد ماده مستقله لها. و الخيار المجعول بالشرط للأجنبي تابع لجعلهما في الكم و الكيف و سائر الجهات على نحو الأصاله في نفسه أو الو كاله عنهما أو إصدار الأمر عليهما أو على أحدهما مع اعلامهما أو إعلام أحدهما بل حتى مع عدم علم كل واحد منهما بحضورهما أو حضور أحدهما أو حضور شخص آخر أو أشخاص أو عدم حضور أحد، و كما يحصل الفسخ بالقول كما في ماده «٣٠٢» يحصل بالفعل أيضاً كما لو باع البائع المبيع أولاً لشخص آخر مع قصد الفسخ و الا- كان لغواً كما في ماده «٣٠٣ و ٣٠٤» و لا- تمنع الزيادة المتصله من الفسخ طبيعیه كانت كالسمن و طول القامه و قوه البدن أو غير طبيعیه كالصبغ و غرس الأشجار و نحوها.

نعم لو فسخ البائع مثلاً كان للمشتري قلعها أو أخذ ثمنها من الفاسخ اما المنفصله فقد عرفت ان نماء المبيع قبل الفسخ للمشتري و نماء الثمن للبائع و إذا أجاز في البعض و فسخ في الآخر كان له خيار تبعض الصفقه.

«ماده: ٣٠٥» إذا مضت مده الخيار و لم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع و ثم،

سواء كان عالماً بانقضاء المده أو جاهلاً أو غافلاً و سواء تركه لعذر أو لغير عذر حتى لو جن أو أغمى عليه و أفاق بعد المده لم يكن له الفسخ لانه حق مقيد يزول بزوال موضوعه.

«ماده: ٣٠٦» خيار الشرط لا يورث فإذا كان الخيار للبائع و مات في مدته ملك المشتري المبيع و إذا كان للمشتري فمات ملكته ورثته بلا خيار.

الظاهر ان هذا قول الحنفية أما عندنا فجميع الخيارات تورث لأنها حق مالي فيشمله النص القائل «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) و الى هذا ذهب الشافعية و المالكية أما غيرهم فقد فصلوا فجعلوا الإرث لبعض الخيارات دون بعض و لم نجد لهذا التفصيل من دليل غير عليل.

«ماده: ٣٠٧» إذا شرط الخيار للبائع و المشتري معاً فأيهما فسخ في أثناء المده انفسخ البيع و أهما أجاز سقط خيار المجيز فقط و بقي الخيار للآخر الى انتهاء المده.

أوضح و أوجز من هذا ان يقال: إذا كان الخيار لكل من البائع و المشتري فاجازه أحدهما لا تسقط حق الآخر بل له الفسخ الى انتهاء المده.

«ماده: ٣٠٨» إذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدوداً من جملة أمواله

فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه فلا يلزمه الثمن المسمى بل يلزم أداء قيمته للبائع يوم قبضه.

هذا إلغاء للسبب التام عن تأثيره من دون سبب و لا مانع، و قد عرفت ان الخيار لا يمنع العقد التام عن تأثيره، غاية انه يحدث الملكيه المترزله لا انه لا تأثير له أصلاً.

نعم هنا قاعده أخرى تقدم ذكرها في أوائل (الجزء الأول) و هي

ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فلو كان الخيار للبائع فقط و تلف المبيع فى يد المشتري فان تلفه يكون على المشتري، و قد ثبت هذا الحكم على خلاف القواعد بالنص الخاص و لا محيص من حملة على ان التلف يكشف عن تحقق الفسخ القهرى قبله فيرجع ملكيه المبيع إلى البائع و يكون مضموناً على المشتري بمثله أو قيمته و يأخذ ثمنه الذى دفعه و هذا تكلف و تعسف ألجاناً توجيه الدليل اليه، و لعل أرباب (المجله) تبعاً للحنفيه و غيرهم لما وجدوا ان ضمان الشىء للغير لا يجتمع مع ملكيته و كيف يمكن كون العين ملكاً لإنسان و هو يضمن مثلها أو قيمتها لغيره لذلك التزموا فى قضيه التلف فى زمن الخيار ان المبيع مثلاً لم ينتقل عن البائع إذا كان له خيار بل هو معدود فى أمواله و لهذا يضمه المشتري لو تلف فى يده و يدفع للبائع المثل أو قيمه، و لكنهم بهذا التدبير فروا من سيئ الى أسوء و هو التزام كون العقد غير مؤثر مع انه عقد جامع للشرائط، فاقد للموانع بل و أسوء من هذا أيضاً هو ان العقد الواحد حينئذ يؤثر من ناحيه و لا يؤثر من أخرى، فإن الثمن يخرج من ملك المشتري الذى لا خيار له و يدخل فى ملك البائع و لكن المبيع لم يخرج من ملك البائع فوقعوا فى ثلاث مخالفات، عدم تأثير العقد الصحيح، و تأثيره من جهه دون اخرى، و اجتماع العوض و المعوض فى ملك شخص واحد و هو البائع، فإنه ملك الثمن و المثل أيضاً باق فى ملكه أو بقاء المال بلا مالك ان قلنا بخروج الثمن من ملك المشتري الذى لا خيار له و عدم دخوله فى ملك البائع كما قال به بعض فقهاءهم خلافا لصريح (المجله)

و على كل حال فلا دخل لهذا بقضيه بقاء المبيع على ملك البائع الذى له الخيار بعد صدور العقد الصحيح منه الذى هو حسب الفرض سبب تام للنقل و الانتقال كما مر توضيحه قريباً فليتدبر.

اما فقهاؤنا فقد عالجوا القضية بما أوردناه لك من الالتزام بالانفساخ القهرى فى توجيه الدليل قالوا «ان العقد يفيد الملكيه للبائع ذى الخيار بالنسبه إلى الثمن و للمشتري الذى لا خيار له بالنسبه إلى المثلن على حد سواء و لكن لو تلف المال فى يد من لا خيار له- أى المشتري- مثلا سقط خيار البائع و كشف التلف بحكم قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) عن الانفساخ القهرى و رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آنأ ما فيكون تلفه بيد المشتري مضمونا عليه و يدفع للبائع المثل و قيمه و يسترد ثمنه المسمى بحكم الفسخ المفروض و هكذا الكلام فى عكسها و كون الخيار مختصاً بالمشتري و تلف الثمن فى يد البائع و هذا كما قلنا لا يخلو من تعسف و لكن لا محيص منه و هو أهون بكثير مما التزم به أرباب (المجله) تبعاً لفقهاءهم و من هذا البيان كله اتضح الكلام فى ماده (٣٠٩) إذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع و صار ملكاً للمشتري فإذا هلك المبيع فى يد المشتري بعد قبضه أو هلك فى يد البائع بعد ان قبضه منه المشتري و أودعه عنده يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع فإن المبيع لما استقرت عليه ملكيه المشتري لعدم خيار للبائع كان تلفه عليه و يدفع للبائع الثمن المسمى، جريا على مقتضى العقد، هذا على طريقه القوم و لكن مقتضى قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) كون

التلف هنا على البائع الذى لا- خيار له و يسترد المشتري منه الثمن المسمى كل هذا فى التلف السماوى، اما إذا كان بإتلاف فالمتلف ان كان هو البائع و هو صاحب الخيار فهو فى الحقيقه تصرف عملى، و فسخ فعلى فيجب عليه ان يرد الثمن المسمى إلى المشتري، و ان كان الخيار للمشتري فخياره باق ان شاء فسخ و استرد المسمى من البائع و ان شاء أمضى و أخذ المثل و قيمه منه، و ان كان المتلف هو المشتري و الخيار له فقد أسقط خياره بإتلاف العين و لزم العقد و استقر ملك البائع للمسمى و ان كان الخيار للبائع فهو أيضاً على خياره فان فسخ رد المسمى و أخذ المثل أو قيمه و ان أمضى استقر له ملك المسمى و ان كان المتلف أجنبياً بقى الخيار لصاحبه فان كان هو البائع و أجاز ملك المسمى و رجع المشتري بقيمه المبيع على الأجنبى و لو فسخ رد المسمى إلى المشتري و رجع بالقيمه و هل يرجع بها على الأجنبى أو على المشتري أو يتخير وجوه يظهر مداركها بالتأمل كما يظهر الحال لو كان صاحب الخيار هو المشتري فسخ أو أجاز.

بقى فى المقام أمور يجدر التنبيه عليها.

الأول-: ان القدر المتيقن من مورد قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) هو الخيارات الزمانيه

أعنى مالها زمان تمتد فيه مثل خيار المجلس و الشرط و الحيوان أما غير الزمانيات كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و أمثالها فيشكل جريان القاعده فيها سيما على القول بفوريه تلك الخيارات إذ ليس هناك زمان حتى يتصور وقوع التلف فيه و كلمات

أصحابنا فى المقام مختلفه بين من يظهر منه التعميم و بين مصرح بالتخصيص و بين متوقف، و بالرجوع الى الاخبار التى تحصلت منها القاعده يترجح منه عدم التعميم

الثانى:- ان مورد القاعده أيضاً هو البيع الشخصى فإنه هو الذى يتضح فيه حصول التلف و عدمه،

اما الكلى فلا معنى لتلفه و اما المصداق الذى يتحقق به قبض الكلى فهو و ان كان قابلاً للتلف و لكن ليس هو المبيع بل سقوط الكلى به من باب المعامله الضمنيه الارتكازيه فى قيامه مقام المبيع و ليس فى هذه المعامله خيار.

و (بالجمله) فما تعلق الخيار به لا يلحقه التلف و ما يلحقه التلف لا خيار فيه، اللهم الا ان يقال ان المصداق فى نظر العرف هو عين الكلى المبيع فمتعلق الخيار و التلف بنظر العرف شىء واحد و ان كانا بدقه الفلسفه شيئين فليتأمل.

و فى مطولات كتب الأصحاب فى هذه الأبواب بحوث سحيقه و تحقيقات دقيقه يضيق عن جرعتها لهوات هذه المختصرات.

الثالث:- فى التنازع

إذا ادعى أحدهما انه شرط خياراً أو ان مدته زائده أو ان صاحب الخيار امضى العقد و أنكر الآخر فالقول فى جميع ذلك قول المنكر و إذا اتفقا على الخيار و مقدار المده و اختلفا فى انقضائها لجهل تاريخ مبدئها يقدم قول مدعى بقائها للاستصحاب و إذا تنازعا فى الفسخ و الإجازة فإن كان فى المده قدم قول ذى الخيار لقاعده (من ملك شيئاً إلخ ..) و ان كان بعدها قدم قول المنكر.

(استدراك و تكمله)

خيار الشرط كما عرفت هو أن يشترط البائع أو المشتري خياراً لهما أو لأحدهما أو لثالث و هو اما ان يكون مطلقاً و هو الذى تقدم الكلام فيه و اما ان يكون مقيداً بحال بان يقول اشترط ان يكون لى الخيار بعد شهر ان جاء ولدى من السفر فى هذا الشهر فان جاء كان له الخيار و الا فلا و من هذا النوع البيع المضاف الى خياره المسمى عند الإماميه (بيع الخيار) و عند فقهاء المذاهب (بيع الوفاء) و قد عقدت له (المجله) فصلاً مستقلاً سيأتى، و قد سبق انه بيع صحيح عندنا يترتب عليه آثار البيع سوى أنه عقد خيارى جائز، و اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على أنحاء (١) أن يكون الخيار تعليقاً أو توقيتاً منوط برد الثمن فلا خيار له قبل الرد و له الخيار بعده أى له حق الفسخ فلا يفسخ ان لم يفسخ و يكون الثمن قبله عند البائع كأمانه الى أن يفسخ فيملكه و المراد بالرد إيصاله إلى البائع أو وكيله أو وليه أو وصيه أو حاكم الشرع إذا امتنع (٢) ان يكون له الخيار فى كل جزء من المده المعينه مقارنة للرد و الفرق بينه و بين الذى قبله ان الخيار هناك بعد الرد فلا خيار قبله و هنا فى كل زمان و لكن مع الرد (٣) أن يكون الرد فسخاً منه فعلياً أو انفساخاً قهرياً بحيث متى ردا نفسخ اما لأنه إنشاء فسخ أو لأنه يفسخ قهراً نظير شرط المسبب و النتيجة (٤) أن يكون الرد شرطاً لوجوب فسخ البائع فمتى رد المشتري وجب

على البائع أن يفسخ و يرجع الى الإقاله فان لم يفعل تسلط المشتري على الفسخ و حاصل الفرق بين هذا البيع الخيارى و شرط الخيار المعروف أى المطلق هو أن المشتري فى شرط الخيار يفسخ فيسترد الثمن و هنا يرد الثمن فيفسخ فالرد هنا سبب الفسخ و الفسخ هناك سبب للرد فتدبره، و فى هذه الرشفه من خضم مسائل هذا البحث كفايه عن الخوض فى لججها الزاخره اما تصويره و حقيقته عند القوم فسيأتى إن شاء الله.

(الفصل الثانى) خيار الوصف

(ماده: ٣١٠) إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ و ان شاء أخذ به بجميع الثمن المسمى،

و يسمى هذا الخيار خيار الوصف، مثلاً لو باع بقره على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً، و كذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر تخير المشتري.

ليس لهذا الخيار ذكر فى كتب فقهاء الإماميه المتداوله و ليس هو إلا شعبه من خيار الاشرطه التى مرت الإشاره إليه فإن الوصف المذكور فى العقد ان ذكر نحو الشرط كان لازماً و تخلفه يوجب الخيار و ان ذكر لا على نحو الشرطيه بل على نحو التعريف أو الترغيب لم يكن تخلفه موجباً لشيء من خيار أو غيره و كان من قبيل الدواعى التى لا اثر

لحصولها أو عدمه أصلاً مثلاً لو اشترى أرضاً بداعي جعلها بستاناً يتخيل أنها صالحه لذلك فتبين أنها لا تصلح إلا للزراعة لم يكن له حق الفسخ بخلاف ما لو شرط ذلك في متن العقد و قال اشتريتها بشرط صلاحيتها للبستان فان له خيار تخلف الشرط لو ظهر عدم صلاحيتها لذلك و دليله أدله الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) و غيره مما يدل على وجوب الوفاء بكل شرط مقدور لا- يخلف كتاب الله و لا- ينافى مقتضى العقد و نظراً لكون المقام يتأسس على دعائم الأوصاف و الشروط و فى من مباحث المعاملات المهمه و لم أجد حسب ما وقفت عليه من كتب الفريقين من أعطاهها حقها من البحث و التحقيق و وصل الى محدد الجهات من تخومها الشاسعه و دل على عروه اتصالها بالعقود و مكانتها منها و كيفية ارتباطها بها و الفرق بين الاولى و الثانيه فنقول و الله المستعان بلطفه.

ان الأوصاف هى عبارته عن الأعراض القائمه بموضوعاتها الخارجيه التى يعبر عنها الحكماء بما يكون وجودها فى أنفسها عين وجودها فى موضوعاتها المستقله فى أنفسها و ذلك كالكميات و الكيفيات من عوارض الأجسام و كالملكات و السجايا و الأحوال من عوارض النفوس و المدارك أما الشروط التى تستعمل فى هذه المسارب و تقرن بالعقود و الأوصاف فيراد منها تارة المعنى الأعم من الأوصاف و الأحوال و المبادئ و الأفعال و الغايات و أحوال الغايات و النتائج، و أخرى المعنى الأخص أعنى خصوص الاعمال، و قد مرت الإشارة فى أوائل (الجزء الأول) الى ان هذه الأوصاف هى الدواعى و البواعث إلى الرغبة فى اقتناء موصوفاتها

و هي و ان كانت لا تقابل بالاعواض و لكن باعتبارها تختلف الاعواض زياده و نقصاً بل بالنظر إليها تبذل الأعواض في الأعيان فالدار انما تشتريها باعتبار صلاحيتها للسكنى و الدابه للركوب أو النسل أو المنافع الأخرى من الصوف أو اللبن و لو تجردت عن كل ذلك لم تبذل بإزائها أى ثمن و لا تنبعث بك الرغبه إلى أخذها و لا مجاناً و هكذا جميع الموجودات انما تنبعث الرغبات إليها بالنظر الى صفاتها و حالاتها لا بالنظر الى ذاتها و هذه الأوصاف التى هي ملاك المالىه و منشأ حصول الرغبات فى الجده و الملك قد تذكر فى العقد على العين التى انبعثت الرغبه إليها باعتبار تلك الأوصاف و قد لا تذكر فان لم تذكر فى العقد كانت دواعى صرفه و أغراضاً مجردة لا- أثر لتخلفها و عدمه لا- فى خيار العقود و لا غيره (و إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام) و ان ذكرت فى متن العقد على نحو الشرطيه أو على نحو التقييد فقد صارت جزء من المعاوضه الخاصه بمعنى ان الالتزام الخاص الوجدانى الذى أنشأه العاقد قد تعلق بالمعاوضه بين المالىن الخارجين و هما الدرهم و هذا الثوب المخيط أو العبد الكاتب مثلاً و ليست الكتابه و الخياطه هنا قد التزم بها بالتزام لنفسها بل بنفس الالتزام المتعلق بالمعاوضه الذى حصل بنفس العقد فلزوم مثل هذا الوصف أو الشرط لا يحتاج الى التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بل يكفى فيه عمومات أدله البيع و وجوب الوفاء بالعقود و ليس مفاد العقد فيما نحن فيه الا تمليك المبيع المعين بالعوض المعين اى التزام البائع للمشتري بتمليك العبد و كونه كاتباً أو كون الثوب مخيطةً فإذا انكشف

عدم تحقق الوصف لم تبطل المعاوضه من رأس لأنها بين المالين المشخصين و هما حاصلان موجودان و انما يبطل اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد لأنه إنما وقع على تلك الكيفيه الخاصه أعنى مبادله المالين و كون أحدهما بتلك الصفه الخاصه لا على نحو التقييد الوحدانى و لا على نحو الالتزام الاستقلالى حتى يبطل على الأول بقاعده (المقيد عدم عند عدم قيده) بلحاظ البساطه و يكون التزاما ثانيا على الثانى بل على نحو الالتزام أو وحده الالتزام و تعلقه بأمرين كوحده الدال و تعدد المدلول، و وحده الإشاره و تعدد المشار اليه و مع تخلف أحدهما لا تبطل الدلاله على الآخر. نعم حيث ان وجوب الوفاء ورد على ذلك العقد الخاص و بعد زوال الخصوصيه لا يبقى وجوب الوفاء و لكن المعاوضه التى حصلت فى ضمن ذلك العقد لا داعى لبطانها بعد تحقق أركانها، فتبقى جائزه و أمرها إلى المتعاقدين أو الى من له الشرط فسخاً و إمضاء. و رفعاً و إبقاء، و معنى رضا المشتري بغير الكاتب أو غير المخيط إسقاط حقه من الوصف الذى التزم له البائع به و قضيه الشروط و الأوصاف فى الاعراض تشبه قضيه تبعض الصفقه فى الأعيان فيكون كالتزام جديد بينهما يجب الوفاء به و لذا ليس له الفسخ بعد الرضاء و إمضاء العقد، و أما الإشكال بأنه لا معنى لتعلق الالتزام بالوصف فى العين الشخصيه لأنه اما حاصل فلا معنى لتحصيل الحاصل أو معدوم فيستحيل الالتزام بوجوده حين العقد، فمدفوع بان الالتزام هنا ليس بمعنى فعله و تحصيله بل بمعنى كونه فى العهده يعنى ان البائع يجعل على عهده كونه الوصف حاصلًا فى الخارج متحققاً فى الموصوف و أثر

هذا الالتزام يظهر فيما إذا انكشف عدم تحققه بتسلط المشتري على الفسخ و يستحق استرجاع ثمنه و لاحق له بمطالبه الأرش لما عرفت مكرراً من ان الأوصاف لا- تقابل بالاعراض و ان زادت بها قيمة العين بل هي قوام القيمة، أما العيوب و أخذ الأرش لها فذاك أمر آخر سيأتي تحقيق الكلام فيه إن شاء الله.

هذا كله فى الأوصاف بمعنى الإعراض، اما الأفعال و الغايات و هى الشروط بالمعنى الأخص كما لو باعه العبد و اشترط عليه ان يعتقه أو شرط عليه اعتاقه أو باعه الدار و اشترط عليه ان يملكه الكتاب أو يكون الكتاب ملكاً له فحقيقتها انها التزامان فى عقد واحد و بعبارة أجلى ان الألفاظ حينئذ قد دلت على التزام عقدى و التزام شرطى فالشرط فى ضمن العقد مثل قوله بعتك الدار و اشترطت لك ان أهبك الكتاب عبارة عن التزامين مختلفى الأسلوب و صورته متحدى الجوهر و الحقيقة بخلاف الوصف فإنه التزام واحد بأمرين و لما كان الشرط التزاماً خارجاً عن العقد لم يكف فى لزومه ما دل على وجوب الوفاء بالعقد بل كانت قاعدته التى يعتمد عليها أدله الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) و بناء العقلاء و أمثالها، و هو و ان كان خارجاً عن الالتزام العقدى الا أنه مرتبط به أشد الارتباط و أثر هذا الربط ان العقد اللازم بدون حصول الشرط يعود جائزاً،، و سر ذلك ان لزوم العقد وقع منوط بحصول الشرط و مع عدم حصوله ينتفى لزومه و وصفه لا حقيقته و ذات و مرجع هذا التقييد فى الحقيقة إلى تعليق لزوم العقد على حصول الشرط

و أدله الشروط تقضى بلزوم هذا القيد و وجوب الوفاء به تكليفاً و وضعاً فلو امتنع من عليه الشرط من الوفاء به أو تعذر الشرط عليه كان لمن له الشرط ان يفسخ لارتفاع اللزوم بارتفاع قيده. و لو لا هذه النكته الدقيقه و السر العميق لكان مقتضى القواعد بادئ بدء ان يبطل العقد بتمامه عند عدم حصول شرطه لأنه وقع على المجموع المركب و الكل ينتفى بانتفاء بعض اجزائه فهو نظير الشرط فى باب العلل و الأسباب حيث يقولون (المشروط عدم عند عدم شرطه) و لكن من ذلك الطريق الدقيق و الوجه اللامع حكماً مع ارتفاع الشرط ببقاء العقد الذى حقه ان يرتفع بارتفاعه و يبطل ببطلانه، و من هنا جاز ان نقول ان فساد بعض الشروط لا يستلزم فساد ما أنيطت به من العقود لأن الشروط التزامات ثانويه فى التزامات العقود فالعقد و الشرط من حيث الالتزام لا هو هو و لا منفصل عنه بل متعلق فيه و مرتبط به أشد الربط، ثم ان كان الشرط فعلاً من الافعال و جب إيجاده و ان كان غايه و نتيجة كشرط صيروره العبد حراً و الكتاب وقفاً و الدار لك ملكاً و قلنا بصحة مثل هذه الشروط و جب الالتزام بتحقيقه و ترتيب آثاره و يكون العبد حراً كما لو أعتقه بالصيغه المخصوصه، لا ان يملك و يعتق و يوقف و مثل هذه الشروط لا يتصور تخلفها مع قابليه الموضوع نعم تخلفها يكون بنحو آخر، و لبعض اعلامنا المتقدمين كلمه فى هذا البحث لعلها تشير الى بعض ما ذكرنا حيث يقول (و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد) اهو لعل المراد علق عليه لزوم العقد و الا فالتعليق

فى العقود مبطل عند علمائنا كلمه واحده، فلا جرم ان المراد تعليق لزوم العقد و كثيراً ما يعبرون عن اللزوم بالعقد لارتباطهما و تلازمهما فى الغالب خصوصاً فى البيع،،. و كان حق هذا البحث ان يذكر فى مباحث الشروط و لكن ذكر الأوصاف التى تقابل الشروط سحبتنا اليه (و الألباس يتلألاً إنما وضع) ليس مكان أحق به من مكان، فتدبره و اغتنمه فإنك لا تجد هذه الرقائق فى غير هذه المهارق و المنه لله وحده.

و نعود الى بحث المادة التى فى متن (المجله) إذ تقول:- إذا باع بوصف مرغوب فظهر خالياً كان المشتري مخيراً إلخ .. و أقول لملك تفتنت الى ان قضيه الأوصاف لا دخل لها بالوصف المرغوب ان كان المراد المرغوبيه عند النوع و فى الغالب كما يظهر من تمثيلهم بالبقرة الحلوب فان باب الأوصاف و الشروط تدور مدار الرغبات الشخصيه فقد يكون لإنسان غرض فى الوصف الغير المرغوب عند العموم كما لو اشترط كون البقره غير حلوب لانه يريد لها للحرث أو السقى لا للبن و النسل مثلاً فإذا ظهر انها حلوب كانت على خلاف رغبته و نقيض شرطه فلا- يمكن إلزامه بها و قد التزم له البائع بغير هذا الوصف فلا محيص من ان يكون له الأختيار و مثل ذلك لو اشترى عبداً و اشترط كونه أميا و هو وصف غير مرغوب عند النوع فإن القراءه و الكتابه صفات كمال فى العبد و غيره و لكنه يريد أميا كى لا يطلع على أسراره و مراسلاته فلو ظهر أنه يقرأ و يكتب كان له الخيار طبعاً، فلا معنى بل لا وجه لتقييد الشروط و الأوصاف بكونها مرغوبه مع ان أدله الشروط عامه و الاعتبار يساعد

على عمومها فافهم ذلك و تدبره، و التقييد بكونه (ليلا) غالبى لا احترازى فإن المدار فى ثبوت الخيار على عدم علم المشتري ليلا كان الشراء أو نهارا

(ماده: ٣١١) خيار الوصف يورث إلخ ..

قد عرفت ان جميع الخيارات عندنا موروثة و يحتاج كيفية إرثها و أحكام إرث الخيار و تفاصيله الى بيان واسع ربما يأتى له محل آخر إن شاء الله

(ماده: ٣١٢) المشتري الذى له خيار الوصف إذا تصرف فى المبيع تصرف الملاك بطل خياره.

تقدم فى القواعد العامه ان كل تصرف دال على الرضا بالعقد و إمضائه فهو مسقط سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا و هذا وسط بين من قال كل تصرف مسقط و من قال خصوص تصرف الملاك مثل بيعه أو رهنه أو وقفه و نظائرها مما يتوقف صحته على الملكيه أو اذن المالك. و لم تذكر (المجله) ان خيار الوصف هل هو على الفور أو التراخى يعنى هل أنه بمجرد علمه بفوات الوصف يلزمه اما الفسخ أو الإمضاء فإذا لم يبادر إلى أحدهما سقط خياره أم له ذلك متى شاء، و قد سبق ان الأصل هو الفوريه فى جميع الخيارات الا- ما ثبت تراخيه بالدليل على التراخى سيما مع أنه لا يخلو من لزوم الضرر على البائع حيث يبقى الأمر مهملا- الى وقت غير معلوم، نعم الفوريه ليست على الدقه الحقيقه بل فوريه عرفيه لا- يقدر فيها الساعه و الساعتان.

(الفصل الثالث) خيار النقد**إشارة**

ذكرنا ان الفقهاء فى تعداد أنواع الخيارات بين مقل و بين مكثف فبعضهم قصرها على ثلاثة و بعضهم زادها على عشرين و لكن أكثرها متداخله يدخل بعضها فى بعض فلو أرجعنا كل فرع إلى أصله لم تزد على ثمانية أو تسعه مما ذكروه و شاهد ذلك هذا الخيار الذى جعلوه أصلاً برأسه و هو على الصورة التى ذكروها ليس إلا- من فروع خيار الاشتراط فإنه عبارة عن اشتراط أداء الثمن فى وقت معين و لذا لا يوجد فى شىء من كتب فقهاءنا فإنه بطبيعة إطلاق العقد مستغنى عنه ضروره ان الإطلاق يقتضى تسليم الثمن نقداً فان لم يدفعه كان له الخيار متى شاء فى المدة المعينه و فى غيرها، نعم فى أخبار أئمتنا سلام الله عليهم فى هذا المقام خيار أصيل يعرف عند علمائنا (بخيار التأخير) و هو أن البائع مع إطلاق العقد و عدم تسليم المبيع و عدم قبض الثمن ينتظر المشتري الى ثلاثة أيام فهو فى هذه الثلاثة لازم عكس خيار الحيوان ثم يصير بعد الثلاثة جائزاً ان شاء فسخ و ان شاء بقى على الانتظار مع الخيار و خيار الحيوان يصير بعدها لازماً ففى روايه على بن يقطين عن الكاظم سلام الله عليه عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال:- الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن اقبضه بعه و الا فلا بيع بينهما، و عنه عليه السلام أيضاً (من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام و لم يجئ فلا بيع له) و مثلهما أخبار أخرى كثيره

و ظاهر قوله فلا بيع بينهما بطلان البيع رأساً بعد الثلاثه و لكن العلماء اجمع الأمن شد حملوه على ارتفاع لزوم البيع و قد قلنا انه كثيراً ما يعبر عن اللزوم بالبيع أو بالعقد للتناسب و التلازم الذى بينهما و الاعتبار و الحكمه من هذا الحكم تساعد على ذلك فإن إلتزام البائع بالصبر و الانتظار مع ان المبيع عنده و فى ضمانه و قد انتقل الى الغير و منفعه أيضاً للغير و لم يقبض الثمن ضرر و مشقه شديده، و تدارك ذلك يحصل بجعل الخيار فان رأى من صالحه الانتظار، و إلا فسخ بالخيار، فما أكرمها من حكمه ساميه و هذا الخيار لم أجده فيما وقفت عليه من كتب القوم و لم يعرفه فقهاء المذاهب على الظاهر، و العجب من (المجله) و غيرها من مؤلفاتهم يذكرون مثل خيار النقد و الخيانه و نحوها التى ليست بشىء و لا يذكرون مثل هذا الخيار الرصين، و فى مؤلفات أصحابنا لخيار التأخير مباحث واسع و تحقيقات جليله.

(ماده: ٣١٣) إذا تبايعا على ان يؤدي المشتري الثمن فى وقت كذا و ان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع و هذا يقال له خيار النقد.

مقتضى تعبير (المجله) فلا بيع بينهما كما فى أخبارنا- ان البيع يكون فاسداً عند عدم الأداء فى الوقت و صرحت (المجله) أيضاً فى ماده

(٣١٤) إذا لم يؤد المشتري الثمن فى المده المعينه كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسداً،

فأين الخيار إذاً فإن العقد إذا فسد عند عدم أداء المشتري للثمن فى الوقت المعين لم يكن معنى لثبوت الخيار له و كيف يثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء لعقد قد فسد و انفسخ ثم ما معنى جعل الخيار للمشتري

مع ان الشرط للبائع على المشتري و ضرر الانتظار و الصبر عليه لا على المشتري و خيار المشتري الذى قد لا يفسخ و لا يؤدي الثمن بل يبقى على المماطلة لا يرفع ضرر البائع.

و (الحاصل) ان هذا كله مشوش مغشوش و خطأ فى خطل لا جسم فيه و لا روح، و لا جوهر و لا معنى، و أعجب من ذلك كله ماده (٣١٥) إذا مات المشتري المخير بخيار النقد فى أثناء مدته الخيار بطل البيع، فإنه إذا كان خياراً قاراً و حقاً ثابتاً، مثل خيار الوصف و الشرط فلما ذا لا- ينتقل الى الوارث و على تقدير كونه وصفاً قائماً بذات المشتري لا يقبل الانتقال الى غيره مع انه ممنوع، فلما ذا يبطل البيع و لما ذا لا يكون لازماً و يؤخذ الثمن من التركة و ينتقل المبيع إلى الورثة كسائر أموال مورثهم فتدبر هذه النقوش و الرتوش جيداً.

(الفصل الرابع) خيار التعيين

اشاره

هاهنا (كما يقول العوام) تسكب العبرات، و هذا هو المحزن المؤسف ان يسف العلم هذا الاسفاف، و ما ادري كيف اشتبه الأمر على أرباب (المجله) الأفاضل فخلطوا هذا الخلط الشاين، و خبطوا هذا الخبط المزرى فان الخيار الذى يبحث عنه الفقهاء فى باب المعاملات هو كما عرفت السلطنه على فسخ العقد و إبقائه لأحد المتعاقدين أو لكل منهما أو لا جنبى، و هذا الخيار الذى ذكره هنا و سموه خيار التعيين لا علاقه له بهذا المعنى أصلاً

اللهم الا تشابه الاسم فقط على انه فرق فى الاصطلاح بين الخيار و التخيير فان الخيار المزبور عبارته عن تخيير البائع ان يدفع أحد الأشياء المعينه أو يتخير المشتري ان يأخذ ما شاء منها فأى ربط لهذا بقضيه فسخ العقد أو إمضائه و لو صح لنا ان نعد هذا فى الخيارات لصح لنا ان نعد من جمله الخيارات خيار الكفاره فإن المكلف بالكفاره مخير بين العتق و الإطعام و الصيام، و خيار المديون فى أداء دينه و بائع الكلى مخير فى دفع اى مصداق من مصاديقه. و هلم جرا الى ما لا يحصى و لا يعد، و هذه لعمر الحق مهزله من المهازل عند أهل العلم المعقم و أرباب الفن الصحيح، و على كل، فان هذا تخيير لا خيار و لزوم فى العقد لا جواز كما هو واضح لأول نظره، هاك فانظر.

(ماده: ٣١٦) لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيمات كلا على حده

على ان المشتري يأخذ أيا شاء بالثمن الذى بينه له و البائع يعطى أيا أراد كذلك صح البيع استحسانا و هذا يقال له خيار التعيين. الكلام هنا يتجه الى جهتين.

الاولى:- هل ان هذا خيار على غرار سائر الخيارات المذكوره فى أبواب العقود و المعاملات و قد عرفت انه أجنبى عن ذلك بالمره فلا فسخ و لا إمضاء و لا سلطنه على عقد و لا على عين، و اقحامه هنا كاقحام المسمار فى الجدار.

الثانيه:- على علته هل هو صحيح أو فاسد، و لعله مر عليك منا غير مره ان مثل هذا البيع باطل عند جمهور الإماميه و قد اتفقوا على ان بيع عبد

من عبيد باطل و ان تساويا فى جميع الصفات و الحيثيات و لا يقول بصحته منا الا الشاذ النادر (ان كان) كل ذلك لانه غرر و بيع الغرر باطل و قد عرفت قريباً ان دائره الغرر شرعاً اوسع منها عرفاً، بل الحق انهما متساويان و ليس للشارع فى الغرر اصطلاح خاص و وضع جديد و لكن العرف يتسامحون فيرتكبون و الشرع لا-يسامح و لا يتسامح، و سبق أيضاً ان المعلومه بالعين و المقدار و الوصف و الوجود و الحصول شرط فى البيع مطلقاً، إذاً فهو مضافا الى أنه اجنبى عن أنواع الخيار بالمره بيع فاسد عندنا ليس له أى أثر و اللازم ان يكون فاسداً عند ارباب (المجله) أيضاً بمقتضى ماده (٢١٣) المتقدمه بيع المجهول فاسد الى آخرها و هو ينطبق على ما نحن فيه تماماً بملا-ك مطلق الجهاله و ان كانت هناك أشد، و لكنهم هنا حكموا بالصحه و رتب بعض الشراح على المشتري أحكاماً تسعه و على البائع سبعة مثل ما فى ماده (٣١٧) يلزم فى خيار التعيين تعيين المده أيضاً، و ماده (٣١٨) من له خيار التعيين يلزم عليه ان يعين الشىء الذى يأخذه فى انقضاء المده التى عينت و لا نجد فائده فى التعرض لباقيها بعد ان كان أصل خيار التعيين لا أصل له و هو عندنا كما عرفت بيع فاسد للجهاله و لا علاقه له بمسائل الخيار بتاً.

انظر - ماده (٣١٩) خيار التعيين ينتقل الى الوارث

مثلا- لو أحضر البائع ثلاثه أثواب أعلى و أوسط و ادنى من جنس واحد و بين لكل منها ثمناً على حده و باع أحدها لا على التعيين على ان المشتري فى مده ثلاثه أيام أو أربعه أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذى تعين له و قبل المشتري على هذا

المنوال انعقد البيع و فى انقضاء المده المعينه يجبر المشتري على تعيين أحدهما و دفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضاً مجبوراً على تعيين أحدها و دفع ثمنه،،، و ليت شعري إذا كانت القضييه بهذه الصوره و تنتهى إلى الجبر فأين الخيار؟ ثم إذا كانت مثل هذه الجهاله غير ضائره فى صحه العقد فتخصيص الجواز فى القيميات تحكّم لا وجه له و تخصيص بعضهم له بثلاثه أشياء فقط كما نقل بعض الشراح أيضاً لا وجه له.

(الفصل الخامس) خيار الرؤيه

اشاره

هذا الخيار من الخيارات الاصيله و ان أمكن اندراجه ببعض الاعتبارات فى خيار الوصف أو خيار الاشتراط لأنه عباره عن حق فسخ العقد إذا اشترى عيناً غايته بالوصف ثم رآها على خلاف ما وصف البائع أو كان المشتري رآها قبل العقد فاشتراها على تلك الرؤيه فظهر بعد العقد انها قد تغيرت فبهذا اللحاظ يمكن درجه فى خيار الاشتراط ضروره ان الوصف أو الرؤيه السابقه كانت كشرط ضمنى فإذا ظهر فقدانه كان له خيار تخلف الشرط، و لكن الأصحاب تبعاً للأخيار جعلوه خياراً مستقلاً لأن الشرطيه غير صريحه فيه و ان كانت ضمنيه و سموه خيار الرؤيه ففى صحيحه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام

فى رجل اشترى ضيعة و كان يدخلها و يخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله (ع) انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى قطعه لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية، اهو معلوم ان مورد هذا الخيار هو بيع العين الغائبه و قد عرفت فى القواعد العامه- قاعده- الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر- و ذكرنا هناك ان بيع العين الغائبه لا يصح الا بالوصف لرفع الجهاله كبيع الكلى فى السلم و غيره و لو باع بغير الوصف كان البيع باطلا من أصله و لو باع بالوصف صح فان ظهر موافقاً لزم و الا- كان له الخيار و من هنا يظهر لك الخلل فى عبارته (المجله) ماده (٣٢٠) من اشترى شيئاً و لم يره كان له الخيار الى ان يراه فإذا رآه ان شاء قبله و ان شاء فسخ البيع و يقال له خيار الرؤية فإنه ظاهر فى صحه شراء شىء بغير وصف و لا- رؤيه و هو قطعى البطلان حتى عندهم كما ذكروا فى بطلان بيع المجهول و من الغريب حكمهم ان هذا الخيار لا- يورث كما فى ماده [٣٢١] خيار الرؤية لا- ينتقل الى الوارث فإذا مات المشتري قبل ان يرى المبيع لزم البيع و لا خيار لوارثه.

لعمرك ان هذا من أحكام الجراف القاسيه التى لا يقبلها عقل و لا ذوق فضلاً عن الشرع و كيف يلزم الوارث المسكين بمبيع ما رآه مورثه و لا كان لازماً عليه فتجتمع على الورثه مصيبتان فقد مورثهم و إلزامهم بمال ربما لا يرغبون فيه و لا رغب مورثهم فيه و لا يكون من صالحهم كما لو كان قد اشترى ضيعة أو مزرعه أو نحو ذلك مما له شأن فى نظم

حياتهم، و من هنا نقول- و حقاً نقول- انه لو كان الخيار فى كل نوع من أنواعه لا يورث فهذا النوع أعنى خيار الرؤيه يجب ان يكون موروثاً كيف و قد عرفت ان جميع أنواع الخيارات موروثه لأنها بأجمعها حق مالى فيشمله دليل [ما ترك الميت من حق فهو لوارثه] ثم ان دليل خيار الرؤيه و ان كان قد ورد فى خصوص المشتري إذا اشترى ما لم يره أو ما تغير عما رآه و لكن الملاك يجرى حتى إلى البائع إذا باع ما لم يره ثم رآه على غير الوصف الذى وصفه هو أو وصفه الغير له، و لذا قال أكثر أصحابنا بعمومه للبائع و المشتري و هو معقول كالقول بشموله لغير البيع من عقود المعاوضات اللزومه مثل الإجاره و الصلح و القسمه و الخلع و غيرها و يجرى فى غير الموافق للوصف مطلقاً سواء كان أعلى أو أدنى لما عرفت من ان الرغبات و الحاجات يختلف الناس فيها أشد الاختلاف فإذا اشترى حنطه بصفه أنها حمراء أو سوداء ثم ظهرت بيضاء و هى أعلى لا يلزم بها لأن حاجته الخاصه ربما تكون فى السوداء و مما ذكرنا تعرف الخلل فى ماده (٣٢٢) لا- خيار للبائع و لو كان لم ير المبيع مثلاً لو باع رجل مالا دخل فى ملكه بالإرث و كان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع.

(ماده: ٣٢٣) المراد من الرؤيه فى بحث خيار الرؤيه هو الوقوف على المال و المحل الذى يعرف به المقصود الأسمى من البيع.

هذه العبارة غير وافية ببيان المقصود و ذكر المحل هنا لا محل له من الاعراب (كما يقولون) كما ان ذكر المقصود الأسمى لا يتضح به المقصود و التحقيق فى المقام ان يقال ان المراد بالرؤيه التى يصح معها البيع و يسقط

بها الخيار بالوصف الذى يقوم مقام الرؤيه فيصح معه البيع حتى مع عدم الرؤيه و يدور الخيار مداره وجودا و عدما هو ما يوجب العلم بالشىء و يرفع الجهاله عنه و الغرر و لا يرتفع الغرر من الأشياء الا بالاختبار و معرفه تحقق الغرض المقصود منها و الذى من أجله يتطلبه و يريد الحصول عليه و لما كانت المقاصد و الحاجات تختلف باختلاف الأجناس و الأنواع بل باختلاف كل صنف من كل نوع، مثلا البقر قد يريدونها المشتري للذبح و الاكل فيختبر سمنها و قد يريدونها للحرث فيعتبر قوتها و قد يريدونها للحليب فيختبر درتها و اخلافها بل أوسع من ذلك رب أشياء لا يرتفع الغرر برؤيتها بالبصر بل لا بد من شمها كالعطر من المسك و العنبر و شىء لا يكفى شمه كالسمن و الزبد و أمثالها بل لا بد من ذوقه أيضا و لو اشترى فاره مسك أو جونه عطر و لم يفتحها بل شمها و عرف وزنها و اشتراها (و لكن لم ير ما فيها ببصره) لم يكن له خيار الرؤيه بدعوى عدم رؤيه المسك بعينه فإن رؤيه كل شىء بحسبه و كثير من الأجناس لا يكفى رؤيتها و لا شمها و لا ذوقها بل لا بد من لمسها و كثير منها لا بد مع ذلك من كيلها و وزنها أو عدها و هكذا،، فليس المراد بالرؤيه خصوص المشاهده ابصريه بل المراد الاختبار الرافع للجهاله و اختبار كل شىء بحسبه، فإذا اشترت حقه سمن رأيتها بعينك و لكن لم تذوقها و لم تشمها كانت بحكم الشىء الذى اشتريته بغير رؤيه فلك الخيار بعد الاختبار إذا لم يكن موافقاً لمقصودك و كنت تريد مثلا سمن البقر فظهر أنه سمن الغنم فلك الفسخ و هذا باب واسع لا يمكن إعطاء الضابطه له الا بما قلنا

من أن المراد بالرؤية الاختبار و الاختبار يختلف باختلاف الأنواع و الأجناس بل و الأصناف و الأغراض فمن اشترى شيئاً أو باعه و قد اختبره بما يليق به من الاختبار الكاشف عن الغرض المقصود منه أى غرضه الخاص لا أغراض النوع و العامه فإن هذا كما عرفت لا يجدى فى باب المعاملات فلا خيار له بعد ذلك و إذا لم يختبره بما يحق له من الاختبار كان له الخيار و هذا هو مراد أرباب (المجمله) و ان قصر التعبير عنه أو لا و لكن يتضح بقولها مثلاً- الكرباس و القماش الذى يكون ظاهره و باطنه متساويين يكفى رؤيه ظاهره و القماش المنقوش و المدرج يلزم رؤيه نقشه و دروبه و الشاه المشترى لأجل التناسل و التوالد يلزم رؤيه ثديها و الشاه المأخوذه لأجل اللحم يقتضى حس ظهرها و يتيها و المأكولات و المشروبات يلزم ان يذاق طعمها فالمشترى إذا عرف هذه الأموال على الصورة المذكوره ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية.

(ماده: ٣٢٤) الأشياء التى تباع على مقتضى انموذجها يكفى الأنموذج عنها فقط.

و حق التعبير ان يضم إليها الماده التى بعدها فيقول: فان ظهر موافقاً للأنموذج فلا خيار و الا كان له الخيار و لا حاجه الى ماده اخرى خلاصتها ذانك الكلمتان، كما ان هذا يعنى عن:-

(ماده: ٣٢٦) فى شراء الدار و الخان و نحوهما من العقار تلزم رؤيه كل بيت منها

الا انه إذا كانت بيوتها موضوعه على نسق واحد تكفى رؤيه بيت واحد و هكذا كل ما هو من هذا القبيل مثل الأقمشه و الاحديه

و نحوها فما يظهر مخالفاً له رده و استبداله و الالفه الخيار.

فان جميع هذه المواد يمكن ان تجمع فى ماده واحده موجزه، و لا حاجه الى الإكثار و التكرار.

(ماده: ٣٢٧) إذا اشترت أشياء متفاوتة صفقه واحده تلزم رؤيه كل واحد على حدته.

و يلزم ان يضم إليها ماده التي بعدها فإنها جزء متمم لها فيقال باختصار فان رأى بعضها و لم ير الباقي ثم وجده مخالفاً لما رآه فله الخيار اما بأخذ الجميع أو رد الجميع و ليس له أخذ ما رآه و ترك الباقي. و الأصح ان له ذلك و لكن يحدث للبائع خيار تبعض الصفقه فتدبره، و لا- يخفى ان الأعمى و البصير سواء فى هذه الاحكام فلا يصح للأعمى ان يشتري مجهولاً بل اما ان يختبره بنفسه بالنحو المستطاع له من الاختبار أو يوصف له و صفافاً يرفع الجهاله كما يوصف للبصير فى العين الغائبه و فى السلم بالنسبه إلى الكلى فإن طابق فلا شىء و الالفه الخيار و منه تعرف الخدشه فى ماده (٣٢٩) بيع الأعمى و شراؤه صحيح الا انه يخير فى المال الذى يشتريه بدون ان يعلم وصفه،، فإن شراه بدون وصف أو اختبار عندنا باطل و كان ينبغى ان يضم إليها المادتين اللتين بعدها (٣٣٠ و ٣٣١) بكلمتين و هما- فإذا اشترى بالوصف فلا خيار، يعنى مع المطابقه لا مطلقاً و يسقط خياره باختباره بلمس الملموسات، و ذوق المذوقات و هكذا يكون الشراء صحيحاً لازماً- اى مع المطابقه أيضاً.

عرفت سابقاً انه يصح الشراء بالرؤيه السابقه فإن ظهر التغيير كان له

الخيار كما فى ماده (٣٣٢) ثم ان الوكيل و الرسول ان كانا مفوضين على الرؤيه و العقد و القبض سقط خيار الموكل برؤيتها و الا فلا- و لا وجه لاعتبار رؤيه الأول دون الثانى كما فى مادتى (٣٣٣، ٣٣٤) الوكيل بشراء شىء و الوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤيه الأصيل ثم قال: الرسول من المشتري لأخذ المبيع و إرساله فقط لا تسقط رؤيته خيار المشتري، و الأصح ان المدار فى الجميع على الاعتماد و التفويض و بدونه لا تجدى صرف الوكاله أو الرساله فتدبره.

(ماده: ٣٣٥) تصرف المشتري فى المبيع تصرف الملاك يسقط خياره.

اشاره

اعلم ان التصرف اما ان يكون قبل الرؤيه أو بعدها و على التقديرين فخيار الرؤيه اما ان يكون فورياً أو غير فورى فإن قلنا بفوريته فكل تصرف بعد الرؤيه يكون مسقطاً للخيار بالضروره و وجهه واضح و ان قلنا بعدم فوريته فلا يسقط الا بالتصرف الدال على الرضا بالعقد و إمضائه سواء كان من قبيل تصرف الملاك مثل الرهن و العتق و نحوهما أم لا اما التصرف قبل الرؤيه سواء دل على الرضا أم لا، و سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا، ففى سقوط الخيار به و عدم سقوطه وجهان مبنيان على ان سبب الخيار هو العقد، و الرؤيه شرط، أو ان السبب هو الرؤيه و المخالفه شرط، فعلى الأول يكون التصرف الدال على الرضا مسقطاً للخيار و يكون مسقطاً فعليا كما لو أسقطه قولا، و على الثانى لا يكون التصرف مطلقاً مسقطاً لان الخيار بعد لم يحصل لعدم حصول سببه و هو الرؤيه

فكيف يسقط قبل تحققه و تحقق سببه و كذا لو أسقطه قولاً فإنه لا يسقط لذلك الوجه بعينه، هكذا ذكر الأصحاب ملخصاً و يمكن ان يقال لا مانع من سقوطه بالمسقط الفعلى فضلاً عن القولى حتى لو قلنا بان سبب الخيار هو الرؤيه فإنه يكفى لصحه إسقاطه بالقول أو الفعل وقوع العقد على العين الغائبه الذى فيه استعداد للحقوق الخيار بحصول سببه و هو الرؤيه فاستعداد العقد لحصول سبب الخيار بعده كاف فى صحه إسقاطه و يكون من قبيل الدفع لا الرفع، نعم لو شرط سقوطه فى العقد كما لو قال: بعتك العين الغائبه الموصوفه بكذا و اشترطت عليك سقوط خيار الرؤيه بطل الشرط قطعاً و لا يبعد بطلان العقد أيضاً فيكون من الشروط الفاسده المفسده و سر ذلك ان العقد على العين الغائبه المجهوله إنما صح بالوصف لها الرفع للغرر و الجهاله عنها و معنى اشتراط سقوط خيار الرؤيه إسقاط حق الوصف و إلغاء أثره و هو الخيار فتكون النتيجة أنه باع عيناً من غير مشاهده و لا وصف و هو من أوضح مواضع البطلان بخلاف ما لو أسقطه بعد العقد قبل الرؤيه فإن العقد وقع صحيحاً بالوصف و لم يقترن بما يبطله و كان فيه استعداد لإثبات حق و هو الخيار فلا مانع من إسقاط حقه فليتدبر و لم تذكر (المجله) مسائل الاختلاف هنا مع انها جد مهمه فلو اختلفا فى مخالفته الوصف و عدمها فقال البائع مثلاً: بعتك الحنطه الحمراء، و قال المشتري بل البيضاء أو قال المشتري تغيرت الدابه عما شاهدتها، و قال البائع: لم تتغير فالقول قول البائع فى المقامين اما الأول فلأن المشتري يريد ان يثبت له خياراً و الأصل عدمه، و اما الثانى فلذلك و لأصالة عدم

تغيرها فان التغير أمر حادث فإذا شك فيه فالأصل عدمه فليتأمل.

(فرع) لو نسج مقداراً من الثوب أو الحصريه فاشتراه على ان ينسج الباقي كالحاضر قبل يبطل للجهاله

و قيل يصح لانه بحكم الموصوف بل يحكم المشاهد، اما لو أعطاه مقداراً من الغزل على ان ينسجه كالموجود فيشترى الحاضر منه و يستأجره على نسج الباقي بتلك الكيفيه فلا ينبغي الإشكال في الصحه فلو لم ينسجه على الغرار كان له الخيار.

(الفصل السادس) خيار العيب

اشاره

اضافه الخيار الى العيب كاضافته الى الغين و الى الرؤيه و الى الشرط من باب اضافه المسبب الى سببه و إضافته إلى المجلس و الحيوان أشبه بإضافه الشىء إلى محله، و الأصل في دليل هذا الخيار و خيار الغبن هو قاعده الضرر فان لزوم العقد الواقع على المعيب ضرر على المشتري مثلاً و هو لا يعلم به و لم يقدم عليه و كل حكم ضررى مرفوع بقاعده (لا ضرر في الإسلام) فلزوم العقد على المعيب مرفوع و يمكن رده الى خيار الاشتراط فان العقلاء غالباً لا يقدمون الا على ابتياع الصحيح السليم من الأعيان و انما لا يشترطون ذلك صريحاً في العقد اعتماداً على أصاله السلامه فالسلامه في نظر كل متعاقدين شرط ضمنى في العقود المطلقه التي لم

يؤخذ فيها البراءة من العيوب، فإذا انكشف وقوع العقد على غير السليم فقد تخلف الشرط و تخلف الشرط يوجب الخيار و عليه تحمل عبارته (المجمله)

(ماده: ٣٣٦) البيع المطلق يقتضى السلامة من العيوب

يعنى ان بيع المال بدون البراءة من العيوب بلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضى ان يكون سالماً خالياً من العيب و لكن الأصح أن خيار العيب أصل برأسه و العيب موجب للخيار بنفسه لأمن باب تخلف الشرط الضمنى و لذا يعد اشتراط السلامة صريحاً فى العقد شرط مؤكداً لإطلاق العقد وجوده كعدمه و خيار العيب يغنى عنه و قد أشرنا قبل ان طبيعه العقد عند الإطلاق تقتضى وقوعه على الصحيح و ظهور العيب أو وجوده يقتضى التدارك بالخيار فجعل الشارع الخيار تأكيداً لما تقتضيه طبيعه الشئ ذاتاً لا- تأسيس فى التشريع جعلاً كخيار المجلس و نظيره الغين فان طبيعه عقود المعاوضات تقتضى التبادل بين الأموال على نسب متعادله فى الريح و الخسران و الزيادة و النقصان مثلاً قاعده الريح عند العقلاء فى التجاره ان يكون الريح فى العشره اثنين أو ثلاثه و هذا هو المعدل التى تتراوح فيه الأرباح من الواحد الى الثلاث فلو زاد على ذلك عدته التجار و العرف و إجحافاً و غبناً، و لعل علم الاقتصاد أحق و اخرى من علم الفقه بضبط هذه الموازين و تحديد هذه المقاييس ثم ان العيب انما يوجب الخيار بشروط.

الأول:- ان يكون سابقاً على العقد أو حادثاً قبل قبض المشتري أو فى زمن خياره اما لو حدث بعد قبضه و بعد خياره فلا يكون العيب

موجباً للخيار.

الثانى:- ان يكون غير عالم بالعيب قبل العقد أو حين العقد أو قبل القبض فلو عقد عليه و هو عالم بعيبه أو قبضه مع علمه بالعيب فلا خيار.

الثالث:- ان لا يكون البائع قد برء من العيوب فلو برء و ظهر معيماً لم يكن للعيب أثر فى الخيار.

الرابع:- ان يكون العيب يوجب نقص قيمه فلو كان لا- يوجب نقصاً أو يوجب زياده ففى كونه موجباً للخيار خلاف و الأقرب عدم الخيار.

الخامس:- ان يكون العيب مما لا- يزول بسهولة فلو كان مثل الصداع الطارئ أو الحمى الخفيفه أو الدمى العادى لم يوجب الخيار السادس:- ان يعلم به حال وجوده فلو علم به بعد زواله لم يكن له اثر.

و قد اتفق فقهاء الفريقين أو أكثرهم على ان البراءه من العيوب تمنع من تحقق خيار العيب و يكشف هذا عن كون سبب الخيار هو نفس العيب لا- ظهوره و انكشافه و ليس حاله حال الرؤيه التى ذكروا انه لا- يصح إسقاط خيارها فى العقد أو بعده لأنها إسقاط ما لم يتحقق بعد و لا- ينبغى الريب ان نفس الغبن و العيب أسباب للخيار بوجودهما الواقعى لا بالعلم بهما و انما العلم كاشف و طريق لا- يترتب على الواقع أثره إلا- به و لعل تعبير أكثر الفقهاء ان الخيار يثبت بظهور العيب ناظر الى ما ذكرنا لا الى كون الظهور هو السبب كما تخيله بعض و من هذا القبيل عبارته (المجله) ماده (٣٣٧) ما بيع بيعاً مطلقاً إذا ظهر به عيب قديم يكون

المشترى مخيراً ان شاء رده و ان شاء قبله بثمنه المسمى، ثم أنه لا إشكال في ان هذا الخيار كسائر الخيارات عبارته عن سلطنه على فسخ العقد و إبقائه و لكنه يمتاز بخصوصيه عن اترابه و هي ان المشتري مثلاً- كماله الفسخ بالعيب و استرداد الثمن له الإمساك و المطالبه بالنقيصه اى التفاوت ما بين الصحيح و المعيب المعبر عنه في كتب أصحابنا (بالأرش) و هو في أصل اللغه ديه الجراحات و استعمله الفقهاء في المال المأخوذ بدلاً عن النقص المضمون في بدن أو مال و لم يقدر له الشارع مقداراً معيناً على خلاف في ذلك فالمشهور عند علمائنا ان العيب يوجب الخيار للمشتري في المبيع و للبائع في الثمن بهذا الترتيب ١:- الفسخ و التراد.

٢:- الإمساك بالأرش.

٣:- الإمساك مجاناً.

و خالفهم آخرون فقالوا: ليس لأحدهما المطالبه بالأرش مع إمكان التراد و انما تنتقل النوبه إلى الأرش إذا امتنع الرد لأحد الأسباب المانعه التي سيأتى ذكرها و هذا هو الظاهر من أكثر فقهاء المذاهب و عليه ينبغي ان تحمل عبارته (المجله) و ان كانت مطلقه حيث يقول في آخر ماده و ليس له ان يمسك المبيع و يأخذ ما نقصه العيب ا ه ضروره ان استحقاق المطالبه بالأرش اى النقيصه متفق عليه في الجملة و لكن بين قائل به مع إمكان الرد و بين من خصه بصوره الامتناع بإطلاق عبارته (المجله) غير مراد كما نصت عليه ماده (٢٥٠) الآتيه من انه إذا تعذر الرد له

المطالبه بنقصان الثمن.

(ماده: ٣٣٨) العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبره.

قد ذكرنا أن أهم مباحث البيوع أبواب الخيارات. و أهم أنواع الخيار خيار الغبن و العيب، و أهم مباحث العيب و الغبن تعيين الضابطه و التعريف للعيب الموجب للخيار، و الغبن الذى هو على ذلك الغرار، و قد اضطرت كلمات علماء الفريقين فى ضابطه ذلك و الكلمه الدائره عند فقهاء المذاهب و تأثرتهم (المجله) فيه هى ان العيب ما ينقص القيمه و هى أبعد كلمه تقال فى هذا الموضوع ضروره أن الصفات الكماليه مثل كتابه العبد و جمال الجاربه و فراهه الفرس كلها تزيد فى قيمه موصوفاتها و عدمها ينقص القيمه مع ان عدم كتابه العبد ليست عيباً و ان كان وجودها كمالاً و بالجمله فخلل هذا التعبير لا يخفى و ان شاع فى كلمات القوم فإنه أبعد شىء عن الحقيقه، و أتقن ما يليق من التحقيق فى المقام ان يقال - لا- ريب اننا إذا اعمقنا الفكر فى الحقائق النوعيه من حيث وجوداتها الخارجيه، اعنى من حيث مصاديقها المتكثره و تحقيقاتها المتكرره، نجدها متقومه من أمرين.

موجودات متعدده محسوسه قد ارتبط بعضها ببعض حتى صارت كشىء واحد، و نسميها أجزاء أو أعضاء أو ما أشبه ذلك.

و معانى نتعلها فى الذهن و لا نجد الا آثارها فى الخارج و لا تحس بالحس الخارجى و انما تعرف بالحس الباطنى و نسميها أوصافاً و أحوالاً

ثم نجد في النظره الثانيه ان من تلك الاجزاء أو الأوصاف ما لا ينفك عن تلك الحقيقه فكل فرد يوجد منها فإنما يوجد ملتثما من تلك الأمور و إذا خلا فرد من بعض تلك الاجزاء يعد عند العرف و العقلاء شاذاً و خارجاً عن ناموس تلك الطبيعه فيعرف بذلك أن كل واحد من تلك الاجزاء هو من مقتضيات تلك الطبيعه و لوازم تلك الحقيقه بخلاف بعض الأجزاء التي قد توجد و قد لا توجد و عدم وجودها في بعض الافراد لا يوجب عده من شواذ الحقيقه و فلتأت الطبيعه و بذلك نعرف الأجزاء الأصلية أى ما تقتضيه الحقيقه و الماهيه من الاجزاء الزائده الفرعيه التي يقتضيها وجود الفرد بشخصيته لا وجود الماهيه من حيث هي فنقص جزء من هذه الاجزاء لا يعد عيباً و لا نقصاً في ذلك الفرد سواء زادت به القيمه أم نقصت بخلاف الاجزاء من النوع الأول فإن فقد شىء منها يعد نقصاً و عيباً سواء زادت القيمه بنقصه أم نقصت فنقص القيمه أجنبى عن قضيه العيب بالكليه، و هكذا الكلام بالنسبه إلى الأوصاف و الأحوال نوع منها لا تنفك افراد تلك الحقيقه عنه الا شاذاً نادراً فيحكم العرف بأنه من مقتضيات تلك الطبيعه و لوازمها، و نوع آخر قد يوجد و قد لا يوجد و حيث لا يوجد لا يعد الفاقد شاذاً خارجاً عن ناموسها العام،،، مثلاً:

ننظر في أجزاء الإنسان فنجد الشعر على العموم جزء منه لا تنفك افراد طبيعته عنه و لكنه في حاجبه و أشفار عينيه و نحوها جزء لازم في كل فرد الا الشاذ النادر، و أما في ناصيته من القذال أو الوفه و نحوها فغير لازم يوجد في بعض الافراد و لا يوجد في بعضها و لا يعد فقده شذوذاً

و ليس الأنزع كفاقد شعر الحاجبين طبعاً، و من هنا نعرف ان فقدان شعر الناصيه ليس عيباً لأنه ليس خروجاً عن مقتضى طبيعه بخلاف الأخص الذى لا ينبت الشعر على بدنه و مثل ذلك فى الأوصاف فإن أجسام البشر تقتضى حسب حقيقتها ان يكون للجسم لون واحد من بياض أو سمره أو سواد فلو وجد فرد جسمه كان ملمعاً بالبياض و السمره مثلاً كان خروجاً عن مقتضى الطبيعه كالبرص و البهق و نحوهما و هكذا فى كل نوع من الأنواع و كل حقيقه من الحقائق لها اقتضاء خاص من حيث الأجزاء و الأوصاف نعم قد ينقلب الأمر و تنعكس القضية فتصير هناك حقيقه ثانويه وضعيه تغلب على الحقيقه الأوليه الطبيعه، مثلاً- الغلفه (يعنى عدم الختان) من مقتضيات طبيعه الذكور و من الاجزاء التى يولد الإنسان الذكر معها و لكن الوضع بل الشرع عند المسلمين اقتضى الخروج عن هذه الحقيقه (١)

١- و نظير هذا من أمثله الأوصاف و ان لم تكن من العيوب- اللحي- فان مقتضى طبيعه الإنسان الذكر ان تكون له لحيه إذا بلغ السن المخصوص و لكن انعكست القضية بالنظر الى الحقيقه الثانويه، و صار التواضع التقليدى على حلق اللحي بحيث أوشك أن يعد مقتضى الطبيعه و الفطره و هو كون اللحي عيباً و إزالتها كمالاً، و من المستظرف هنا قول بعضهم. رأيت فى جلق غزالا تجار فى وصفه العيون فقلت ما الاسم قال موسى قلت نا تحلق الذقون نعم هذا زمان حلق الذقون. فانا لله و اليه راجعون.

فصارت الحقيقه الثانويه هي (الختان) و صارت الغلفه عيباً و يشهد لهذا التحقيق الرشيق من أخبار أهل البيت عليهم السلام- قصه القاضى ابن أبى ليلى- حيث جاءه رجل بخصم له فقال: ان هذا باعنى هذا الجاربه فلم أجد شعراً على ركبها (بفتح اوله و ثانيه- محل نبات الشعر من العانه) و زعمت انه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبى ليلى: ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت، فقال له: أيها القاضى ان كان عيباً فاقض لى به، فقال حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فانى محمد بن مسلم (هو من خواص أصحاب الصادق و أبيه الباقر سلام الله عليهما) فقال: أى شىء تروون عن أبى جعفر فى المرأه لا- تكون على (ركبها) شعراً، أ يكون هذا عيباً، فقال محمد بن مسلم. اما هذا نصاً فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آباءه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال (كلما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب) فقال ابن أبى ليلى. حسبك هذا- فرجع الى القوم ففضى لهم بالعيب، اه.

و كل هذه الاعتبارات و المعانى حقائق قائمه بنفسها ليس لزياده قيمه و نقصها دخل فى صدق كونه عيباً أو غير عيب، ألا ترى ان الحب اى قطع آله التناسل عيب بلا- ريب لأنه خروج عن مقتضى حقيقه الإنسان الذكر و مع ذلك فهو مما يزيد قيمه المملوك قطعاً و لكن ذلك لا يخرججه عن كونه عيباً يوجب الخيار مع عدم العلم غايته انه لا موضع لطلب الأرش هنا إلا بتكلف ربما يأتى محل ذكره، و على كل حال فجعل

ضابط العيب هو زياده قيمه و نقصها و ان شاع فى كلمات كثير من فقهاء الفريقين و لكنه من الأوهام الشائعه و بعيد عن الحقيقه أشد البعد و قد عرفت ان جميع الصفات الكماليه وجودها يزيد فى قيمه و عدمها ينقصها طبعاً، و ليست هى بعيوب قطعاً.

(ماده: ٣٣٩) العيب القديم

هو ما كان موجوداً فى المبيع و هو عند البائع.

هذه ماده و ما بعدها:-

(ماده: ٣٤٠) العيب الذى يحدث فى المبيع

و هو فى يد البائع بعد العقد و قبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذى يوجب الرد.

و (ماده: ٣٤١) إذا ذكر البائع ان للمبيع عيب كذا و كذا

و قبل المشتري مع علمه بالعيب فلا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب.

و (ماده: ٣٤٢) إذا باع مالا على انه برى ء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب.

هذه المواد لبيان شروط تحقق خيار العيب و مع فقد واحده لا يثبت الخيار و هى مع الاختصار- كون العيب قبل العقد أو قبل القبض و جهل المشتري به حين العقد أو قبله و عدم برأيه البائع من العيوب، أما

(ماده: ٣٤٣) من اشترى مالا و قبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك،

مثلا- لو اشترى حيواناً بجميع العيوب و قال قبلته محطماً مكسراً أعرج معيباً، فلا صلاحيه له بعد ذلك ان يدعى بعيب قديم فيه.

و (و ماده: ٣٤٤) بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره،

مثلاً- لو عرض المبيع للبيع كان رضا بالعيب، فلا يردده بعد ذلك.

هاتان المادتان لبيان مسقطات خيار العيب، وقد أنبأناك من قبل ان أهم مباحث الخيارات التي هي أهم أبواب البيوع- خيار الغبن و خيار العيب- و أهم مباحث خيار العيب ثلاث نواحي.

١- ضابطه العيب الذي يثبت به الخيار.

٢- مسقطات هذا الخيار.

٣- التنازع بين البائع و المشتري في وجود العيب و عدمه، و حدوثه و قدمه و أمثال ذلك.

و قد تقدم الكلام في الأولى على ابسط بيان و أتقنه، و هذا موضع القول في الناحية الثانية، و هي من ميادين السباق لفرسان التحقيق، و سيأتي الكلام على الثالثه قريباً إن شاء الله تعالى.

اما مسقطات هذا الخيار

اشاره

فهى ثلاثه.

مسقطات الرد فقط، و مسقطات الأرش فقط، و مسقطاتهما معاً،

اما مسقطات الرد

اشاره

فأمور.

الأول-: إسقاطه بعد العقد صريحاً قبل ظهور العيب أو بعده،

بأن يقول: أسقطت حق الرد لو ظهر عيب، ثم ان ظهر العيب يكون له الأرش فقط اما لو أسقط الخيار مطلقاً فالظاهر سقوطهما معاً.

اما لو أطلق الالتزام بالعقد فالأرش لا يسقط.

الثانى:- التصرف فى المعيب سواء بعد ظهور العيب أو قبله

بمطلق التصرف أو خصوص التصرفات الناقله اى الموقوفه على الملك كالبيع و الرهن و أمثالها أو خصوص ما دل على الرضا و الالتزام بالعقد احتمالات بل أقوال، فيها لتضارب كلمات العلماء أوسع مجال، و أحق ما ينبغى ان يقال هنا من التحقيق ان التصرف لا يخلو اما ان يبقى معه مجال لإمكان الرد أو ينقطع به إمكان الرد شرعاً أو عرفاً كما لو وطئ الجاريه أو أحبلها أو نجز وقفيه الدار أو جعلها مسجداً و نحو ذلك، و لا إشكال فى ان مثل هذه التصرفات مانعه من الرد قولاً واحداً و إذا ظهر العيب يتعين أخذ الأرش، و إذا بقى مجال للرد كما لو ركب الدابه أو لبس الثوب أو سكن الدار فان ظهر بهذا التصرف التزامه بالعقد و إسقاطه الرد- سقط و تعين الأرش و ان لم يظهر منه ذلك فالخيار باق بحاله ان شاء فسخ و ان شاء أمسك مجاناً أو بالأرش، و المرجح من الاخبار فى هذه القضيه مرسله جميل فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيناً قال: ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب، و الصحيح. أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع.

الثالث:- تلف العين أو ما هو بحكم التلف كالتعق و الرهن و نحوهما

فان الخيار يسقط هنا إجماعاً و ان لم نقل بالسقوط فى سائر الخيارات عند التلف فان الرد فى المرسله المتقدمه أنيط بقيام العين و أى قيام لها مع

التلف أو ما بحكمه بل لو انتقل الى الغير أو انعتق العبد قهراً فلا- رد لعدم قيام العين فان الظاهر منه اعتبار بقائها على ملك المشتري، نعم يمكن الحاقه بالتصرف لا بالتلف و على كل فلو عاد الى ملك المشتري فالظاهر ان الخيار لا يعود بقاعده (الساقط لا يعود) و قيل يعود و لا يخلو من وجه ثم ان الأصحاب اتفقوا على ان وطئ الجارية عيب يمنع من الرد بالعيب القديم و الأصل في ذلك أخبار خاصه منها خبر طلحه قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جاريه فوطئها ثم رأى فيها عيباً قال: تقوم و هى صحيحه و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين، و فى أخرى. كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى الأمه فوطئها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم و له أرش العيب، و استثنوا من هذا- الحامل- فان الحمل عيب ترد به الأمه فلو وطئها و هى حامل جاهلاً أو مطلقاً بردها مع نصف قيمتها النكاحه إياها، و فى أخرى عشر قيمتها، و تحمل على البكر حيث يتحقق الحمل مع البكاره كما قد يتفق و يشهد له روايه ثالثة. ان كانت بكرة فعشر قيمتها و ان كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها، و ربما يخص ذلك بالحامل من مولاهما فإنها أم ولد تشبث بالحرية فلا يجوز بيعها و التفصيل موكول الى محله.

الرابع :- من مسقطات الرد بالخصوص حدوث عيب عند المشتري

و تحرير ذلك ان العيب اما ان يكون قد حدث قبل العقد و بقى الى ما بعده و اما ان يكون حدوثه بعده اما قبل القبض أو بعده و الحادث بعد القبض اما ان يكون فى أثناء خيار المشتري أو فى أثناء خيار البائع أو فى

أثناء خيارهما و على جميع التقادير فاما ان يكون حدوثه بآفه سمائيه أو بمباشره بشر اما البائع أو المشتري أو أجنبي و يظهر حكم عامه هذه هذه الصور مما تقدم، و المقصود بالبيان هنا ان خصوص العيب الحادث عند المشتري بعد قبضه و انقضاء خياره مانع من الرد بالعيب المقارن للعقد سواء حدث في حينه أو قبله، و لكن إذا كان العيب من فعل البائع أو أجنبي فهو مضمون عليه لا- على المشتري و لا- فسخ بل يستحق المشتري أرش العيب، و المراد هنا بالعيب الحادث المانع من الرد- هو الأعم من العيوب الموجهه للأرش الموجهه للخيار حسب ما سبق و من التغيرات الحسيه و المعنويه الموجهه نقصا في الماليه- فمثل تبعض الصفقه و نسيان العبد الكتابه و خياطه الثوب و صبغه و قطع الأخشاب كلها مانعه من الرد ان أوجبت نقصا في الماليه و ان لم تكن عيوباً اصطلاحيه أو عرفيه إلا- إذا قلنا بان العيب مطلقاً هو ما يوجب نقص قيمه أمثاله لو لا هذا الوصف و على كل فهى كما عرفت مانعه من الرد اتفاقاً الا ما نسب الى الشيخ المفيد قدس سره من ان العيب الحادث لا يمنع الرد مطلقاً و هو خلاف المتفق عليه عند أصحابنا بل و عند أكثر فقهاء الجمهور.

نعم لو رضى البائع به على عيبه فلا إشكال لأن الحق بينهما فإذا تراضيا فلا مانع،، هذا لب ما ينبغى ان يقال فى مسقطات الرد.

اما مسقطات الأرش فقط

اشاره

فأمران.

الأول-: ما لو اشترى ربويا بمتله فظهر فى أحدهما عيب،

مثلا- لو اشترى حنطه بمتلها وزنه بوزنه و ظهر فى إحداهن عيب فإن أخذ

الأرش لا يمكن لاستلزامه الربا و اجازته بعض فقهاءنا و نسبه الى بعض الشافعية بدعوى ان عدم الزيادة انما تعتبر فى المتماثلين فى ابتداء العقد و الأرش غرامه شرعيه لا تقدر فى العقد السابق حتى تغالى فجزأ أخذ الأرش من جنس العوضين فضلا عن غيره و هو محل نظر فإن الأرش تدارك و صف الصحه فهو كجزء من المبيع و لذا قالوا: الأوصاف أجزاء عقيله، اللهم الا ان يقال ان الشارع فى الربويين قد ألغى و صف الصحه فصار سواء وجوده و عدمه و لذا لم يجوز وزنه رديه بنصف وزنه جيده و ان تساويا فى القيمه و إذا سقط و صف الصحه شرعا فليس الأرش سوى حكم خارجى، و المسأله معقده و قد التبس فى المقام العيب و الصحه بالوجوده و الرداءه، و هى محتاجه إلى ضرب آخر من التحقيق لا يتسع له المجال

الثانى:- العيب الذى لا يوجب نقصا فى القيمه بل قد تزيد به

و المثال المعروف له عند الفقهاء الخضاء فى العبيد و لا يخلو من مناقشه و يمكن ان يكون منه العنب إذا فسد فإنه قد يطلب بأكثر من قيمته عنباً للتخليل أو التخمير و الأمثله غير عزيزه.

الثالث:- ما يسقط الرد و الأرش معا،

اشاره

و هى أمور.

«أحدها» قبول المشتري كل عيب عند العقد

قديمه و حادثه و هو إسقاط لحقه فيما يقتضيه العقد على المعيب من الخيار.

«ثانيها» برأيه البائع من العيوب فى العقد تفصيلا أو إجمالا،

و مرجع البراءه هنا إلى إسقاط كلما للعيب من أثر من خيار أو أرش أو غيرهما أولاً و بالذات لا ثانياً و بالعرض فلو تلف المبيع بالعيب السابق فى خيار

المشترى لم يسقط ضمان البائع و ان توهم البعض ذلك، و لا ريب ان القدر المعلوم من صحه البراءه من العيوب السابقه على العقد، اما المتجدده الموجه للخيار كالعيوب الحادثه قبل القبض أو الحادثه فى العبد إلى سنه فيشكل صحه البراءه منها لأنها إسقاط ما لم يجب و يمكن تصحيحها بان العقد يقتضى الخيار عند حصولها و يكفى لصحه الاسقاط وجود المقتضى فليتأمل.

«ثالثها» علم المشتري بالعيب

فإن إقدامه على المعيب مع علمه يسقط حقه من الخيار لان الخيار انما جعل تداركا لجهله بالعيب فلا وجه له مع العلم.

ثم ان عد هذه الثلاثه من مسقطات الخيار مبنى على ان وجود العيب بذاته مقتضى للخيار فالبراءه تسقط اقتضائه، و الا فالعقد مع العلم بالعيب أو برأيه البائع منه أو قبول المشتري لم يثبت فيه خيار أصلا حتى يسقط بأحد الأمرين فهى من قبيل الدفع لا الرفع فليتدبر.

«رابعها» زوال العيب قبل العلم به

سواء كان بعد القبض أو قبله و هو بالنسبه إلى تأثيره فى سقوط الرد ظاهر لأن المتبادر هو رد المعيب حال الرد لا رد ما كان معيبا، اما الأرض فقد ثبت بوجود العيب حين العقد و زواله حدث فى ملك المشتري فسقوطه بعد ثبوته يحتاج الى دليل، و ربما تبنى المسأله على قاعده (ان الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد) فيسقط الرد و الأرض على الأول و لا يسقط شىء منهما على الثانى و لكن لا اثر لهذه القاعده عند فقهائنا بل يتبعون فى كل قضيه ما يستفاد من دليلها من الكتاب و السنه.

«خامسها» التصرف فى المعيب بعد العلم بالمعيب

فإنه يسقطهما معاً اما سقوط الرد فظاهر، و أما سقوط الأرش فلأن التصرف دليل على الرضا بالمعيب، و دعوى ان الرضا بالمعيب لا يدل على الرضا بالمعيب مدفوعه بأن ظاهر الرضا بالشئ ى قبوله على الإطلاق، أى من دون قيد الأرش و كذا.

«السادس» و هو التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته

فان الرد يسقط بالتصرف و الأرش ساقط بعدم النقص.

«سابعها» تأخير الرد و المطالبة بالأرش

بناء على فوريه هذا الخيار كما لا يبعد.

و قد تذكر مسقطات أخرى و لكن ما ذكرناه أشهرها و أظهرها و جدول المسقطات عموماً كما يلي مسقطات الرد فقط.

(١) إسقاط الرد فى العقد و التزام الأرش لو ظهر معيباً.

(٢) تصرف المشتري فى المبيع تصرفاً مانعاً من الرد.

(٣) تلف العين عند المشتري.

(٤) حدوث عيب عند المشتري و منه تبعض الصفقه.

مسقطات الأرش فقط.

(٥) العقد على ربويين و قد ظهر العيب فى أحدهما.

(٦) العيب الذى لا يوجب نقص القيمة.

مسقطاتهما معاً

(٧) العلم بالعيب قبل العقد (٨) برأيه البائع من العيوب فى متن العقد.

(٩) قبول المشتري بكل عيب فى متن العقد.

(١٠) زوال العيب قبل العلم به (١١) التصرف فى المعيب الذى لم ينقص العيب قيمته.

(١٢) حدوث العيب فى المعيب الذى لم ينقصه العيب.

(١٣) تأخير الأخذ بالخيار فسخاً أو أرشاً أو إمضاء.

و الى بعض هذه المسقطات أشارت (المجله) فى ماده (٣٤١) المتضمنه ان قبول المشتري مسقط و ماده (٣٤٢) المتضمنه برأيه البائع و ماده (٣٤٣) هى عين ماده (٣٤١) و ان تضمنت عدم سماع دعواه بعد قبوله بالمعيب و ماده (٣٤٤) المتضمنه ان التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للخيار و ماده (٣٤٥) المشتمله على بيان ان حدوث العيب الجديد عند المشتري يسقط الخيار بالعيب القديم، فانتصرت على ذكر أربعة من المسقطات (القبول، البراءة، التصرف، حدوث العيب الجديد) و أهملت ذكر تسعه على أن الذى ذكرته لم تميز فيه بين مسقط الرد فقط من مسقط الأرش أو مسقطهما معاً، و هذه ومضه مما ذكره أصحابنا فى هذا المقام ليس لنا فيه الا طرفه البيان و حسن التحرير.

ثم ان التصرف كما أشرنا إليه سواء كان موجباً للتلف الحقيقى أو الحكمى أم لا، و سواء كان دالاً على الرضا أم لا، لا يوجب الا سقوط الرد و له المطالبه بالأرش فما فى (ماده ٣٤٤) لو عرض المبيع للبيع بعد اطلاعه

على عيب قديم فيه كان عرضه للبيع رضا بالعيب إلخ، غير منقح لما عرفت ان الرضا بالمعيب ليس رضا بالعيب فكان اللازم ان تقول لا برده و له المطالبه بالأرث.

(ماده: ٣٤٦) نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض،

و ذلك بان يقوم الثوب سالماً ثم معيماً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى و على تلك النسبه يرجع المشتري على البائع بالنقصان إذا تسالم المتبايعان على وجود العيب القديم و على مقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فلا إشكال في انه ينقص من الثمن المسمى بمقدار ذلك التفاوت إذا كان المسمى مساوياً للقيمة كما لو كان قيمه الصحيح عشرين و هي المسمى و المعيب خمسة عشر فيرجع بالربع، اما لو كانت صحيحاً أزيد من المسمى و معيماً مساويه أو أقل، انقص من المسمى بتلك النسبه، و كذا لو كان سالماً و معيماً أنقص من المسمى، أو سالماً و معيماً أزيد من المسمى، و قد مثل لهذه الصور الأربعة في (المجله) بقوله:

مثلاً- لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً و بعد ان قطعه و فصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه فقوم أهل الخبرة ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً أيضاً و معيماً بالعيب القديم بخمسه و أربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً فيرجع بها المشتري على البائع و لو أخبر أهل الخبرة ان قيمه ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً و معيماً ستون قرشاً فيما ان التفاوت بين القيمتين عشرون قرشاً و هي ربع الثمانين قرشاً

فلمشتري أن يطالب بخمسه عشر قرشاً التي هي ربع الثمن المسمى و لو أخبر أهل الخبره ان قيمه ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً و معيياً أربعون قرشاً فبما ان التفاوت الذى بين القيمتين عشره قروش و هي خمس الخمسين قرشاً يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى و هو اثنا عشر قرشاً.

اما لو اختلفا فى كونه معيياً أم لا أو اتفقا و اختلفا فى التفاوت بين الصحيح و المعيب فالمرجع فى المقامين الى أهل الخبره بتلك السلعه فى أصل العيب و فى قدر التفاوت، و المراد بأهل الخبره- العارف المتخصص بمزاولة تلك السلعه، الخبير بتلك الصنعه، بيعاً و شراءً أو عملاً كالبزازين فى الأقمشه و الصياغين فى الحلى و هكذا، ثم الرجوع اليه و الاعتماد على قوله اما ان يكون من باب الاخبار عن قيمه السوقيه، و ان هذه الحنطه تباع اليوم فى السوق بكذا فهو حينئذ اما من باب الشهاده فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشاهد من الحس و العداله و التعدد و ان كان من باب خبر الواحد و قلنا باعتباره فى الموضوعات كفى العدل الواحد و اما ان يكون اخباراً عن رأيه و انه بحسب معرفته و مزاولته لهذا النوع يعرف مزايا أصنافه و افراده و يقول: ان هذا ينبغى ان تكون قيمته كذا من دون نظر الى ان قيمته السوقيه كذلك أم لا- فهو حينئذ من باب الفتوى و نظير الاجتهاد فى باب الاحكام و تعيين حكم المفهوم الكلى لا- يلزم فيه التعدد و لا- الحس و تكفى العداله فقط أى حصول الاطمئنان بمعرفته ثم بقوله و أما ان يكون من باب التطبيق و تعيين المصداق فقط بان يكون احكام

الأنواع و الكليات فى السوق معلومه و انما الشك فى اندراج هذا الفرد بأى الأنواع فالعارف الخبير يعين أنه من النوع الفلانى و قيمته معلومه فىكون أشبه بباب الحكومه و القضاء فلا- يحتاج الى التعدد أيضاً، و يكفى الاطمئنان و الثقه، و خير هذه الوجوه الثلاثه أوسطها فإنه من باب رجوع الجاهل الى العالم، و يسمى فى الأحكام فتوى و اجتهاد و فى الموضوعات رجوع الى أهل الخبرة و الملاك فى المقامين واحد فليتدبر.

فلو اختلف المقومون فقليل يؤخذ بالأقل للأصل و قيل بالأكثر لأنه مثبت و قيل بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل نظراً لعدم إمكان اليمين لجهل كل من المتبايعين بالواقع حسب الفرض، و يحتمل تعيين إلزام الحاكم لهم بالصلح، و الأصح لزوم الجمع و العمل بكلا القولين و لو فى الجملة فإذا قال أحدهما قيمته مثلاً ستة و قال الآخر أربعة أخذنا نصف الستة ثلاثه و نصف الأربعة اثنين و جعلنا قيمه خمس و هكذا، و مدرك تعيين هذه الطريقتين أمران أحدهما (قاعده العدل) التى ذكرناها فى القواعد العامه.

ثانيهما:- (قاعده ان العمل بالدليلين المتعارضين) و لو فى الجملة أولى من طرح أحدهما تماماً و العمل بالآخر، و لذا حكموا بالتنصيف فيما لو تعارضت البيتان فى دار بيد رجلين يدعيها كل منهما و فيه جمع بين الحقين فى الجملة و حرمان واحد فى الواقع من بعض حقه أولى من ارتكاب ما يوجب حرمان صاحب الحق. تماماً و كل من هذين الدليلين مقنع و ان سالت أباطح الجدل باعناق

المناقشات و الإشكالات عليهما، ثم ان الاختلاف اما ان يكون فى قيمه المعيب فقط. أو فى قيمه الصحيح فقط. أو فيهما معا. فان كان الاختلاف مؤلفاً من اثنين جمعت القيمتان و أخذ النصف. و ان كان من ثلاثه أخذ الثلث و هكذا.

هذا بعد الاتفاق على العيب. اما لو اختلفا فيه فقال واحد انه صحيح لا عيب فيه. و قال الآخر: أنه معيب فلا ينبغي الإشكال فى أن قول مدعى الصحة مقدم الا ان تكون هناك قرائن مقاميه ترجح قول الآخر الذى هو على خلاف الأصل. و هاهنا أبحاث جمه. و تحقيقات مهمه. تطلب من مؤلفاتنا المبسوطه. و هذه ومضه من تلك البروق كافيه إن شاء الله.

(ماده: ٣٤٧) إذا زال العيب الحادث صار العيب موجبا للرد على البائع.

حق المعنى الصحيح ان يقال: عاد الخيار بالعيب فاما الفسخ أو الإمساك مجاناً أو بالأرث، و هذا مبنى على القاعده المتقدمه فى ضمن القواعد العامه- إذا زال المانع عاد الممنوع و كان العيب الجديد مانعاً فإذا زال عاد الخيار بالعيب القديم. ثم ان من المعلوم أن ما ذكره من ان العيب الحادث عند المشتري يمنع من الرد بالعيب القديم أى الذى كان عند البائع و ان المشتري ليس له الا- المطالبه بالأرث. كل ذلك معناه أن المشتري لا حق له ان يلزم البائع بقبول المعيب بالعيب الجديد و حاصله أنهما تساويا فى السبب فسقط عن التأثير و ليس مراعاه أحدهما بأولى

من مراعاة الآخر، أما لو رضى البائع رد الثمن و أخذ المعيب الحادث و القديم، فذاك تنازل منه و ليس للمشتري أن يلزمه بالأرش بالضرورة و هو الوجه فى

(ماده: ٣٤٨) إذا رضى البائع أن يأخذ المبيع الذى ظهر به عيب قديم

بعد أن حدث به عيب عند المشتري و كان لم يوجد مانع للرد فلا- يبقى للمشتري صلاحية الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع إلى البائع أو قبوله،، أما لو كان قد حصل مانع من الرد كالإسقاط أو زوال العيب قبل العلم فلا رد بل و لا أرش، أو ما أشير إليه فى (المجله) بقولها: حتى ان المشتري إذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم فلا يبقى له حق فى أن يدعى بنقصان الثمن، مثلاً- لو أن المشتري قطع الثوب الذى اشتراه أو فصله قميصاً ثم وجد به عيباً و بعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له أن يقول: كنت أقبله بالعيب الحادث، فيما أن المشتري باعه كان قد أمسكه و حبسه عن البائع.

و جدير هنا بان يتفطن بأنه لا- داعى لهذا التطويل الذى هو بغير جدوى و لا- طائل إذ قد عرفت فيما مر عليك أن تصرف المشتري بالمعيب بعد اطلاعه على العيب يسقط أصل خياره فلا فسخ و لا أرش و لا غير ذلك و صار العقد السابق لازماً فلو باعه المشتري مع علمه بعيبه فقد التزم به و مضى عليه و لا حاجة الى قول البائع إنى كنت أقبله بالعيب الحادث و عدم قوله، و هذا من قبيل ما يقول أهل المعقول من باب التعليل

بالعرضى مع وجود الذاتى فإن عدم حقه بالمطالبه بالنقيصه من جهه تصرفه بعد الاطلاع لا من جهه قول البائع و عدم قوله.

و قد ذكرت (المجله) فى بعض موادها المتقدمه قريباً ان تعريفه للبيع مع علمه مسقط لخياره فكيف بوقوع البيع منه، و قولنا ان حدوث العيب يمنع الرد و له المطالبه بالنقصان انما هو حيث لا تصرف، اما مع التصرف و العلم فقد انتهى كل شىء. فتدبره و لا تفوتك هذه المزايا فى الزوايا.

و «القصارى» أنه قد ظهر لك من المباحث السابقه جلياً أن موضع تعيين الأرش هو تصرف المشتري فى المعيب قبل العلم بالعيب تصرفاً يمنع من الرد. و التصرف المانع من الرد هو الذى لا يبقى معه صدق كون المعيب قائماً بعينه فان النص جعل قانون الرد هو قيام العين كما فى مرسله جميل المتقدمه: ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه و ان كان قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب. اه. و هذا هو الذى تريد (المجله) بيانه فى ماده (٣٤٩) كل موضع لا يمكن للمشتري فيه ان يرد المبيع القائم فى ملكه للبائع بدون رضائه أو برضاه إذا أخرج المبيع عن ملكه (اي قبل علمه بالعيب) يرجع على بائعه بنقص الثمن، بناء عليه الزيادة المتصله الغير متولده. و هى ضم شىء من مال المشتري و علاوته الى المبيع تكون مانعا من الرد. مثلاً- ضم الخيط و الصبغ الى الثوب بالخياطه و غرس الشجر فى الأرض من المشتري مانع من الرد. و بناء على الضابطه التى عرفتها للرد و عدم الرد تعلم ان الزيادات تختلف فى ذلك من حيث

صدق قيام العين و عدم صدقه، و تحرير المقام يحصل بتفحيح ان الزيادة أما متصله أو منفصله، و المتصله إما لانضمام جسم خارجى إليها أو بنمو من نفسها و لو بسبب خارجى، و المنفصله اما متولده أو غير متولده، فالأولى كالصبغ و الخياطه و غرس الأشجار و كلها تمنع من الرد لعدم صدق قيام العين معها، أما الثانيه فهى مثل سمن الدابه و كبرها و قوتها، و هذه لا تمنع من الرد ضروره صدق قيام العين، أما الثالثه فمثل الشاه إذا ولدت و الجاربه إذا حملت. بناء على ان الحامل و الحمل كالمظروف و الظرف فهى مبتنيه على ان الحمل فى الجاربه عيب يوجب الرد كما هو المتفق عليه عند أصحابنا و حيثئذ يكون حدثه عند المشتري مانعاً من الرد بعيب آخر قديم و لكنهم مع اتحاد ملاك المسألتين اختلفوا هنا بين قائل بأنه مانع مطلقاً و بين من قيده بما إذا كان موجباً لنقص الجاربه، و قيل ليس بعيب كما هو الأشهر فى غير الجاربه كالشاه و نحوها من الحيوانات و «بالجمله» فالمسئله لا- تخلو من نظر و فيها خلاف مترامى الأطراف بين أصحابنا، و إذا رجعنا إلى الضابطه و هى صدق قيام العين نجدها أشكال لعدم وضوح ان هذا المقدار من التغيير يمنع صدق قيام العين أم لا كما ان صدق العيب عليه غير معلوم فبعض يقول إنه زياده، و آخر يقول انه زياده و لكنها فى المعنى نقيضه لأنها معرضه للخطر خصوصاً فى الجاربه التى يمنعها الحمل من كثير من الاعمال فضلاً عن خطر الولاده و الوضع هذا فى الحمل الذى ليس هو بتصرف المشتري، إماما كان بتصرفه فلا إشكال فى كونه مانعاً من الرد لأن الوطاء من التصرفات

المانعه اتفاقاً كما سبق و ان لم يكن مغيرا للعين فضلا عما إذا غيرها بالحبل و عند الشك في مورد فلا بد من الرجوع الى الأصول العامه المقرره للرجوع إليها عند الشك و عدم الدليل القاطع.

(أما الصورة الرابعه) أعنى الزيادة المنفصله كالحنطه من الأرض و التمر من النخل و الأجره من الدار و أمثال ذلك فلا ينبغى الإشكال فى انها غير مانعه من الرد مطلقا لصدق قيام العين بالضروره و من هنا يظهر لك وجه تقييد (المجله) الزيادة المانعه من الرد بأنها هى المتصله الغير متولده فإنها هى القدر المتيقن من الزيادة اما ما عداها فبين ما هو محل خلاف و بين ما هو متيقن بعدم المنع فليتدبر.

(ماده: ٣٥٠) إذا وجد مانع للرد ليس للبائع ان يسترد المبيع

و لو رضى بالعيب الحادث بل يصير مجبوراً على إعطاء نقصان الثمن حتى انه بهذه الصوره لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البائع و يأخذه منه، مثلاً- ان مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً و خاطه ثم اطع على عيب قديم فيه ليس للبائع ان يسترده و لو رضى بالعيب الحادث بل يجبر على إعطاء نقصان الثمن للمشتري و لو باع المشتري هذا الثوب أيضاً لا- يكون بيعه مانعاً له من طلب نقصان الثمن و ذلك لأنه حيث صار ضم الخيط الذى هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد و ليس للبائع فى هذه الحاله استرداد المبيع مخيطاً فلا يكون بيع المشتري حينئذ حيساً و إمساكاً للمبيع.

هذا البيان على طوله مشوش مختل و المعنى الصحيح فيه أنه إذا تصرف

المشترى فى المبيع قبل علمه بالعيب تصرفا مانعا من الرد فليس له إلزام البائع بأخذه، و لا للبائع ان يلزمه برده بل الوظيفة المقرره هنا أخذ الأرش. فإذا طلبه المشتري صار البائع مجبوراً على دفعه، اما لو تراضيا و اتفقا على رده فلا إشكال فى صحته لأن الحق بينهما فيكون المشتري أسقط حقه من الأرش و البائع أسقط حقه من التصرف و تراضيا على الفسخ ورد كل مال الى صاحبه كالإقاله أو هى بنفسها، اما لو امتنع المشتري فليس للبائع جبره على رد العين، لا لقضيه ان ضم الخيط الذى هو مال المشتري صار مانعاً بل من أجل ان مثل هذه التصرفات أعنى مثل القطع و الخياطة و الصبغ تمنع صدق قيام العين الذى هو ملاك صحه الرد سواء باعه المشتري أم لا، فتدبر هذا جيداً.

(ماده: ٣٥١) ما بيع صفقه واحده إذا ظهر بعضه معيباً

فان كان قبل القبض كان المشتري مخيراً ان شاء رد مجموعه و ان شاء قبله بجميع الثمن و ليس له ان يرد المعيب وحده و يمسك الباقي و ان كان بعد القبض فإذا لم يكن فى التفريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالمًا و ليس له ان يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع و اما إذا كان فى تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن مثلاً لو اشترى قلسوتين بأربعين قرشا فظهرت إحداهما معيبه قبل القبض بردهما معاً و ان كان بعد القبض يرد المعيبه وحدها بحصتها من الثمن سالمه و يمسك الثانيه بما بقى من الثمن، اما لو اشترى زوجى خف فظهر أحدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع و أخذ ثمنهما منه.

تحرير هذه المادة على وجه التهذيب و التنقيح، بحيث تنكشف الرغوه عن اللبن الضريع. يحتاج الى مقدار من البسط فى البيان فنقول و منه تعالى نستمد المعونه.

أن تبعض الصفقه لا يتحقق أو البيع صفقه واحده لا يتحقق موضوعه طبعاً الا بتحقق تعدد ما، و التعدد اما ان يكون فى الثمن أو المثلث و اما ان يكون فى البائع أو يكون فى المشتري فالصور اربع:-

اما (الاولى) و (الثانيه) و هو ما لو اشترى شيئاً واحداً بدرهم أو دنانير مثلاً و ظهر العيب فيه أو فى واحد منهما. أو اشترى أشياء بدينار فظهر العيب فيه أو فى واحد منها فليس للبائع أو المشتري تعدداً أو اتحداً ان يفسخ فى المعيب منها و يقبل الصحيح بنسبته من الثمن لأن العيب ان كان فى المبيع الواحد أو الثمن الواحد. فان فسخ فى جزء معين منه أو مشاع استلزم الشركه و هى عيب يمنع من الرد و حينئذ فاما ان يقبل الجميع و يطالب بالأرش. و ما ان يفسخ فى الجميع. و ان كان العيب فى واحد من الثمن المتعدد أو المبيع المتعدد فالفسخ فى المعيب المعين منها يستلزم التفريق على البائع و هو نقص مانع من الرد و قد يكون فى تفريق أمواله ضرر عليه سواءً كانا من قبيل المصراعين أو الخفين. أو من قبيل الثوبين أو الكتابين المتباينين فان الضرر لا ينحصر فى الأول غايته ان الضرر فيه أظهر و أكثر و لو قيل لا مانع من ان المشتري يجوز له الرد بخيار العيب و يجبر البائع دفعا لضرره بخيار تبعض الصفقه و يكون بهذا جمع بين الحقين قلنا ان هذه استحاله ظاهره فان

معنى ان للمشتري الرد بالخيار ان له سلطنه إمساك الصحيح و رد المعيب فلو جعلنا للبائع أيضاً خياراً لكان معناه ان له سلب تلك السلطنه فيكون من قبيل ما يقال هذا أمر- يلزم من وجوده عدمه- فسلب سلطنته من أول الأمر بمنعه من رد المعيب و إبقاء الصحيح فقط اولى و أقوم من هذا و أقوى ان تقول: ان القدر المعلوم من أدله خيار العيب عامه أو خاصه هو ان له الخيار فى رد الجميع أو إمساك الجميع مجاناً أو بالأرث، اما إمساك البعض و رد البعض فهذا مما لم ينهض عليه دليل أصلاً و أصله اللزوم فى العقود تدفعه بل تمنعه، نعم لو وقع العقد على شيئين بثمانين كما لو قال:

بعتك الثوب بدينار و الكتاب بدرهم و ظهر فى أحدهما عيب أمكن القول بجواز الفسخ و إمساك الآخر لأنه بحكم عقدين على شيئين و ان كان فى الظاهر عقداً واحداً، و مع ذلك فلو كان فى هذا التفريق ضرر على البائع و لو. نوعاً منعناه أيضاً، و قد تبنى المسأله على ان المعيب عرفاً أو حقيقه و لو بالاعتبار هل هو تمام المبيع و لو باعتبار جزئه فلا يجوز حينئذ إلا رد الجميع أو المعيب هو خصوص ما تعلق العيب به و هو البعض المعين فيجوز رده بخصوصه بخيار العيب و قاعده (المعيوب مردود) اما البعض الآخر و هو الصحيح فلا سبب فيه للرد و هذا الوجه و ان كان لا يخلو من وجاهه و لكنه لا يخلو من نقاش و الأصح فى وجه المنع ما ذكرناه و صرح بعض الاعلام انه لو رضى البائع يأخذ المعيب جاز لأن الحق لا يعدو هما و هذا يؤيد ما ذكرناه قريباً من ان البائع لو رضى بأخذ المعيب بالعيب الحادث صح و كان كالأقاله فتذكر

أما (الصورة الثالثة) فهي ما لو باع اثنان دارهما المشتركة و ظهر فيها عيب و أراد المشتري ان يفسخ حصه أحدهما فلا ينبغي الإشكال في جوازه إذ لا ضرر على أحدهما بل العقد في الحقيقه عباره عن عقدين فلا مانع من فسخ أحدهما دون الآخر و هو واضح.

أما (الصورة الرابعة) و هي إذا اشترى اثنان دار واحد و ظهر فيها عيب و أراد أحدهما الفسخ و هنا لا إشكال في لزوم تبعض الصفقه الواحده على البائع الواحد و لزوم الضرر عليه في تبعض داره و دخول الشريك عليه فيها فالمنع فيها لعله أظهر من سائر الصور.

و قد تزيد الصور على ما ذكرنا بتركيب بعضها مع بعض و حكم الجميع يظهر مما ذكرناه.

و أحسب انك عرفت مواضع الخدشه في هذه المادة فإن التفصيل بين ما قبل القبض و ما بعده لا وجه له و الحكم في الجميع سواء، ثم التفصيل ثانياً بين ما هو من قبيل القلنسوتين أو الخفين أيضاً لا وجه له فان نص التفريق و تبعض الصفقه عيب و ضرر في الغالب فهو من العيوب الحادثه المانعه من الرد و يصدق معه عدم قيام العين لأن المراد بالعين المبيع و هو المجموع لا أبعاضه فليتدبر.

و على هذه القاعده و الملاك تتمشى :-

(ماده: ٣٥٢) إذا اشترى شخص مقداراً معيناً من المكيلات و الموزونات

- بل و العدديات- و بعد قبضه وجد بعضه معيباً كان مخيراً ان شاء قبله جميعاً و ان شاء رده جميعاً.

اما رد المعيب و إمساك الصحيح فلا، لعدم مساعده الدليل عليه أولاً و للزوم الضرر على البائع ثانياً، و لعدم صدق قيام العين ثالثاً، و ان كان الحكم هو المنع فى المكيلات و أخواتها فجريانه فى غير المكيلات كالدار و العقار و الأقمشه بطريق أولى.

(ماده: ٣٥٣) إذا وجد المشتري فى الحنطه و الشعير و أمثالهما من الحبوب المشتراه تراباً

فان كان ذلك التراب يعد قليلا فى العرف صح البيع، و ان كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً هذه ماده و التى بعدها.

(ماده: ٣٥٤) البيض و الجوز و ما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً

فما لا- يستكثر فى العاده و العرف كالاثنين و الثلاثه فى المائه يكون معفواً و ان كان الفاسد كثيراً كالعشره فى المائه كان للمشتري رد جميعه للبائع و استرداد ثمنه كاملاً.

مرجعهما إلى العاده و العرف فإنهم يتسامحون بمثل هذه الأجناس تسامحاً بالصدق أو المصداق و لكن الى حد مخصوص فإذا تجاوز ذلك الحد و أخفاه البائع أو لم يعلمه المشتري كان عيباً بل ربما تنطبق عليه عناوين اخرى كالغبن و التغير و الغش و التدليس و الخديعه و أمثالها و كلها محرمة تكليفاً كما هى محرمة وضعاً أى ذات اثر وضعى و هو استحقاق الفسخ أو أخذ التفاوت.

و ليس فى الإسلام غش و لا خدع و لا خيانه، و من النبويات المشهوره (من غشنا فليس منا) و (لا غش فى الإسلام) و أمثالها كثير، و على

كل فالتسامح فى مثل الأطمعه و الجوز و البيض و البطيخ و القثاء و أمثالها مما لا اشكال فيه إذا كانت ذات كميه كثيره لا فى الواحده و الاثنتين و الثلاث، و لكن لا يمكن تحديد ذلك التسامح و تعيين ضابطه له بأنه ثلاثه فى العشره أو أقل أو أكثر و فى تراب الحنطه إنه ربع أو ثمن فى الحقه أو انقص أو أزيد بل يختلف ذلك باختلاف البلدان و الأشخاص و الأزمان، على ان تحقق التسامح العرفى فى مثل الجوز و البيض حتى فى الواحده و الاثنتين غير معلوم فإذا ظهرت فاسده قد يطلبون استبدالها إلا إذا كانت واطئه القيمه جداً كفلس أو أقل، نعم لا إشكال فى التسامح فى مثل التراب فى الحنطه و الماء فى اللبن، و يمكن ان نجعل الضابطه وجوده الاستقلالى و وجوده الفنائى فإذا كان التراب بحيث يرى و يشاهد بين الحنطه كان عيباً و إذا كان فانيا بحيث لا يرى الا بعد الغربله و التصفيه كان غير قادح، و مع الشك و عدم معرفه حال العرف أو ترددهم فالمرجع إلى الأصول و هى تقتضى لزوم العقد و عدم الخيار و لكن له المطالبه بالنقيصه فليتدبر

(ماده: ٣٥٥) إذا ظهر المبيع كله فاسداً لا ماله له

فلا إشكال فى أن البيع من أصله فاسد لأنه يتقوم بالعوضين و مع فقد أحدهما لا بيع.

الى هنا انتهى كلام (المجله) فى مباحث خيار العيب و بقيت المسأله الثالثه من المسائل الثلاث التى ذكرنا أنها أهم ما فى مباحث هذا الخيار و هى مسأله الاختلاف و التنازع بين المتعاقدين لم تذكر (المجله) شيئاً منها مع أهميتها و كثره فروعها، و نحن نذكر رءوس مسائل الخلاف

كرءوس أقلام و ندع استخراج حكمها الى (طلاب الحقوق) كتمرين عملى على قوه الاستنباط فان هذه المسائل أعنى مسائل الخصومه و الخلاف على اختلاف إشكالها و أنحائها ليس فيها نصوص خاصه، و انما يستخرج الفقهاء أحكامها من القواعد العامه التى مر عليك أكثرها فى أوائل (الجزء الأول) فإن كنت أتقنت دراستها جيداً قدرت على استخراج هذه الفروع بقليل من التأمل إن شاء الله.

و المبحوث عنه من مسائل الخلاف هو خصوص ما يتعلق بالعيب، اما الخلاف فى مقدار المبيع أو جنسه أو قدر الثمن أو نوعه فهذه خلافات عامه فى مطلق البيوع ليس محل ذكرها هنا.

إذا فتتصر مسائل الخلاف فى خيار العيب فى ثلاث عناوين.

اشاره

الأول:- فى موجب الخيار و هو العيب.

الثانى:- فى مسقطه.

الثالث:- فى حصول الفسخ و عدمه.

أما الأول ففى مسائل.

الأولى:- لو اختلفا فى أصل حدوث العيب فادعاه المشتري و أنكره البائع، و حكمه واضح.

الثاني:- فى كون الصفه الحادثه عيباً أو ليست بعيب كما لو صارت الدابه بطيئه السير أو العبد كثير النوم حيث لا يمكن الرجوع الى أهل الخبره، أو لم يكن عندهم حل هذه العقده، و هكذا فى سائر مواضع الخلاف.

الثالثه:- لو اتفقا على العيب و اختلفا أنه هل كان حدوثه عند البائع فيوجب الخيار أو عند المشتري فلا خيار، فاستخراج حكمها لا يخلو من غموض و في طيها صور فتاره يعلم تاريخ العقد و يجهل تاريخ الحدوث و اخرى بالعكس، و ثالثه يجهل تاريخهما معاً.

الرابعه:- لو اتفقا على ان هذه العين معيبه بعيب قديم و لكن البائع يقول: ليست هي العين التي بعثها لك، و المشتري يقول: هي، و حكمها أيضاً غامض.

اما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط

ففى طى مسائل أيضاً.

الاولى:- لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه و حكمه واضح.

الثانيه:- لو اختلفا فى برأيه البائع و عدمها و هو أوضح، و فيه روايه ان القول قول مدعى البراءه، و لكنها ضعيفه و مختصه بموردها و هي مكاتبه جعفر بن عيسى.

الثالثه:- لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به و استخراج حكمه يحتاج إلى تأمل الرابعه:- لو اتفقا على زوال العيب و لكن البائع يقول: هو القديم و المشتري يقول هو الجديد، و هو كسابقه.

الخامسه:- لو اختلفا بعد الاتفاق على عيب قديم فى عيب مشاهد انه قديم أيضاً أو حادث عند المشتري السادسه:- لو ادعى البائع رضا المشتري بالعيب بعد علمه به أو ادعى إسقاط الخيار أو تصرفه المسقط لخياره أو حدوثه عند المشتري و أنكر

المشترى كل ذلك.

و أما الثالث و هو الاختلاف فى الفسخ

ففيه أيضاً مسائل.

الأولى:- لو اختلفا فى الفسخ بعد انقضاء زمن الخيار أو فى أثائه فادعى المشتري أنه فسخ و أنكر البائع، و إذا لم يثبت الفسخ و الفرض أن العيب الموجب محقق فهل يستحق الأرش كى لا يخلو من الحقين أم ليس له ذلك لاعترافه بالفسخ، و احتمال بعض الاعلام ان له أقل الأمرين من الأرش و ما زاد من الثمن على قيمه إن كانت زياده لأنه بزعمه يستحق الثمن، و عليه رد قيمه ان كانت العين تالفه فيقع التقاص فى قيمه من الثمن و الزائد منه ان كان أقل من الأرش أخذه و الا أخذ الأرش، فليتأمل.

الثانية:- لو اختلفا بناء على فوريه خيار العيب فى ان الفسخ وقع فوراً أو تأخر و فى طيها أيضاً صور.

الثالثة:- لو اختلفا فى علم المشتري بالخيار و جهله أو علمه بفوريه هذا الخيار و عدم علمه و ذاك فيما لو ادعى المشتري بعد العلم بالعيب انه انما لم يفسخ لجهله بان له الخيار أو يعلم بان له خيار و لكن كان جاهلاً بفوريته و أنكر البائع ذلك، و عليك أيها الطالب بالتأمل التام فى هذا المقام فان مرجع أكثر الصور الى تعاقب الحالتين المجهولتى التاريخ أو ما تكون إحداهما معلومه التاريخ و الأخرى مجهوله، و الى الاستصحاب و أصاله تأخر الحادث و أشباه ذلك.

(الفصل السابع) خيار الغبن و التفرير**اشاره**

و البحث فيه يقع من ثلاث نواحي - الموضوع، و الحكم، و الدليل معنى الغبن و مقداره، و تأثيره، و مدركه.

أما الأولى - : فأصله لغة الخدع

و وسطه يحرك فيكون في الرأى و يسكن فيكون في المال و المعامله، و بهذا المعنى استعمله الشارع و المتشرعه و قيدوه ببعض الاعبارات فقالوا: هو تملك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر، و هذا تعريف له من جهه الغابن، أما من جهه المغبون فيكون تملك مال بأزيد من قيمته و تخصيصه بجهل الآخر غير متجه مع انا تجد الاستعمال أوسع من ذلك عرفاً بل و لغة، الا ترى ان العارف بالشىء قد يخدعه غيره بلباقته فيضله على علمه و يخدعه على معرفته فيكون علمه معه فلا ينفعه،

و لكن فقهاء الفريقين اعتبروا في تحقق موضوع الغبن المبحوث عنه انصافه بشرطين.

الأول - : عدم علم المغبون بالقيمه

فلو كان عالماً و اشتراه بأكثر فلا غبن و لا خيار فيختص بالجاهل بسيطاً أو مركباً أو شاكاً أو ناسياً و يلحق به الظان على تأمل بل قيل ان الشاك الملتفت الى الضرر و لو احتمالاً إذا ارتكب فهو مقدم على الضرر و هو ممنوع بل ربما يرتكب برجاء النفع و أمل السلامه كما هو الغالب فى أعمال البشر فان اليقين بالنجاح متعذر أو عزيز

نادر، و المدار على قيمه حال العقد فلا اثر لزيادتها بعده و لو قبل علمه لأنها حصلت فى ملكه و العقد وقع على غبن و لا عبره بالزيادة و النقيصه بعد العقد اتفاقاً و الأثر لعلم الموكل لا الوكيل الا ان يكون وكيلاً مطلقاً لا فى العقد فقط، ثم ان اعترف الغابن بجهل المغبون فلا اشكال و ان أنكر فإن كانت بينه فكذلك و الا فالقول قوله بيمينه لانه منكر و لأصله عدم العلم الا ان يقيم الغابن بينه على علمه أو يمينه ان ردها المغبون عليه أو يكون المغبون من أهل الخبره بتلك السلعه بحيث يستبعد جهله بها فيتقدم الظاهر على الأصل على تأمل.

الشرط الثانى:- ان يكون التفاوت فاحشا

اى بما لا يتغابن الناس بمثله و اضطربت كلمات فقهاء الإماميه و فقهاء المذاهب أيضاً فى ضابطه التفاوت الفاحش حتى حكى عن مالك ان التفاوت بالثلث لا يوجب خياراً فان زاد ثبت الخيار، و هذا إفراط، و يقابله تفريط (المجله) فيما تقدم ماده (١٦٥) الغبن الفاحش غبن على قدر- ربع العشر فى الدراهم و نصف العشر فى العروض و العشر فى الحيوانات و الخمس فى العقار أو زياده، و كل هذه التقادير تحكيمات و افتراض بغير دليل، و لو ان زياده العشر و نصف العشر توجب الغبن لبطلت التجارات و تعطلت المكاسب و لم يرتزق الناس بعضهم ببعض و لكن (كلا- طرفى قصد الأمور ذميم) و الأ-حسن رد هذه الدعوى إلى محكمه العرف و أهل الاختصاص بتلك السلعه فهم يعرفون المقدار المعتدل فى الربح و ما زاد عليه أو نقص يكون غبناً على البائع أو على المشتري و لا يتحقق غبن

عليهما في معامله واحده على شىء واحد نعم يجوز ذلك في شيئين يباعان في صفقه واحده و لكل واحد منهما ثمن كما أنبأناك فيما سبق، و لعل لعلماء الاقتصاد في هذا المقام شأن لا ينبغي ان يغفل عنه.

و «الخلاصه» انه لو تحقق في المعامله زياده فإن علم حالها من غبن أو عدمه و لو بالرجوع الى العرف و أهل الخبره فذاك، و مع الشك فالمرجع إلى أصله لزوم العقد و عدم الخيار الا ان يكون هناك ضرر و لو شخصى لا نوعى فتكون قاعده الضرر حاكمه على أصله اللزوم و يكون له الخيار، هذا عصاره ما ينبغي ان يقال في موضوع الغبن لغه و عرفاً و شرعاً اما «الحكم و الدليل» فإنهم جعلوا الغبن بواقعه أو عند ظهوره موجباً لخيار المغبون على حد سائر الخيارات فيتخير بين الفسخ و استرجاع تمام الثمن أو الإمضاء بكل الثمن و استدلوا له (أولاً) بقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) بتقريب ان البيع تجاره دلت الآيه على مشروعيتها و جوازها و تكون لازمه بالتراضى و حيث ان المغبون غير راض واقعا بشرائه بأكثر من قيمته فيقع البيع جائزاً غير لازم لفقد شرط اللزوم و هو الرضا فله إمضاؤه و له فسخه،، و بقاعده الضرر (ثانياً) فان لزوم العقد على المغبون يستلزم الضرر و الخسران عليه و كل حكم يستوجب الضرر مرفوع بحكم القاعده فاللزوم مرفوع و هو معنى الخيار ثم أيدوا ذلك بالأخبار الكثيره الوارده بان غبن المسترسل سحت و غبن المؤمن حرام و فى روايه (لا- يغبن المسترسل فان غبنه لا- يحل) و هكذا و الانصاف ان هذه الأدله لا تنهض لإثبات تلك الدعوى لدى الفحص

و التمحيص، أما الآيه الشريفه فلا- تدل على أكثر من ان التجاره أى البيع و نحوه عن تراض نافذ مشروع و ليس أكلا- للمال بالباطل اما انه يغير تراض يكون مشروعاً و جائزاً فأجنىب عنها مضافاً الى ان المغبون قد رضى بالمعامله فى أولها و هو كاف و لا عبره بالرضا التقديرى على ما حقق فى محله، و اما القاعده فهى و ان دلت على ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر و لكن لا تعين ان الوظيفه بعد اللزوم هو الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بل لعل الأقرب فى مفادها ان الضرر مرفوع و الضرر انما جاء من جهه الزيادة أو النقصه فلزوم العقد بالنسبه إلى الزيادة أو النقصه مرفوع و لانزمه ان له حق استرداد الزيادة من البائع أو مطالبه المشتري بالنقصه فيما لو باع بأقل من الثمن و يبقى العقد على لزومه بالنسبه إلى القيمه المطابقه فان لم يدفع الزيادة أو التكملة تسلط المغبون بعدها على الفسخ و هذا المقدار المسترد تدارك له و جبر و بعبارة أجلى إرجاع ماله المأخوذ منه بغير حق اليه أو التكملة لعوض ماله لا- غرامه خارجيه كما تخيله بعض الاعلام و لا هبه مستقله كما تخيله آخرون، و اثر هذا ان الغابن لو بذل التفاوت لم يكن للمغبون الفسخ و حل العقد و استرداد كل الثمن كما حكم به المشهور حيث جعلوا للمغبون سلطنه الفسخ مهما كان الأمر و هو رأى لا يعتمد على حجه ظاهره إذ ليس عندنا دليل يقول ان الغبن يوجب الخيار للمغبون حتى نأخذ بإطلاقه و ليس إلا- قاعده الضرر و قد عرفت ان الضرر يتدارك ببذل التفاوت و تبقى أصاله اللزوم فى العقود بحالها فلا خيار الا بعد الامتناع عن بذل التفاوت و مع البذل فلا حق له فى الفسخ، اما الاخبار الوارده

فى غبن المسترسل فهى أيضاً أجنبيه عن قضيتنا و هى إلى الأحاديث الأخلاقية أو المتكفله لبيان الأحكام التكليفية أقرب منها الى بيان الأحكام الوضعيه فالمراد منها بعد التدبر فيها حرمه غش المستنصح فى الرأى و خيانه المستأمن لك. الواثق بك، و هو المعبر عنه بالمسترسل فى تلك الاخبار اى المطمئن بك الغير متحذر منك. المرسل نفسه على سجيته لديك، اما السحت و ان كان فى الأموال و لكن الظاهر أن المراد منه فى الخبر ان غبن المسترسل حرام كحرمه مال السحت و الحاصل ان هذه الطائفه من الاخبار بمعزل عما نحن فيه، ثم ان الغبن و التغيير مفهومان متغايران نعم هما متلازمان بحسب المعنى اللغوى العام فكل من غررته فقد خدعته و كل من خدعته غررته و لكن بحسب المعنى الخاص قد ينفك أحدهما عن الآخر فقد يتحقق الغبن و لا تغير كما لو كان جاهلا فاشترى الشىء بأضعافه من دون ان يكون أحد دعاه أو حبذه له و قد يتحقق التغيير دون الغبن كما لو غرره فى ارتكاب عمل ساقط فارتكبه فهنا تغير من غير غبن فعطف (المجمله) أحدهما على الآخر و تقييد الغبن بالتغير واهن غير سديد و أوهن من ذلك اعتبار التغير فى الغبن ثم استثناء المعامله على مال اليتيم و الوقف و بيت المال فان الغبن ان كان لا يؤثر إلا- بالتغير فهو عام و الا- فالغبن موجب للخيار فى الجميع و إخراج تلك المواضع تخصيص بلا- مخصص سوى الاستحسان، و باب العقود و المعاملات منوطه بقواعد عامه و أدله كليه يتساوى فيها اليتيم و غيره و التقى و الشقى و الوقف و الملك.

«و بالجمله» فالمتبع هو الدليل لا الرأى و الاستحسان فافهم ذلك و التزمه. هذا إذا غبن أحدهما الآخر أو وقع أحدهما فى الغبن من نفسه من دون أن يغبنه أحد- اما لو كان الغابن أجنبيا كالدلال و نحوه فالظاهر أنه لا يكون له خيار بل يرجع بالتفاوت على من غره بقاعده (المغرور يرجع على من غره) على تأمل أيضاً، فما فى ماده (٣٥٧) إذا غر أحد المتبايعين أو الدلال الآخر و تحقق ان فى البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حيثنذ محل نظر- فان عمل الدلال أو الأجنبى لا يصحح دخول الضرر على البائع مثلاً يفسخ بيعه رغماً عليه فالمسئله محل اشكال تحتاج إلى إمعان نظر أزيد من هذا.

(ماده: ٣٥٨) إذا مات من أغر بغبن فاحش فلا تنقل دعوى التغيرير الى وارثه.

بل تنقل على الأصح كما عرفت مكرراً.

(ماده: ٣٥٩) المشتري الذى حصل له تغيرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف فى المبيع تصرف الملاك سقط حقه.

اشاره

هذه ماده و التى بعدها تشير (المجله) فيها الى مسقطات خيار الغبن و تحرير ذلك و تصويره باوفى بيان

ان خيار الغبن يسقط بتلك المسقطات كسائر الخيارات

(فالأول) إسقاطه بعد العقد بعد العلم بالغبن

بلا- اشكال بل و قبل العلم به و لا يرد عليه بأنه إسقاط ما لم يتحقق إذ يكفى تحققه الواقعى و اقتضاء العقد له كما فى إسقاط خيار العيب قبل ظهوره الذى تقدم أنه لا مانع منه كطلاق مشكوك الزوجيه و عتق مشكوك الحريه

الذى يدور مدار واقعه و كالبراءه من العيوب و بهذا الملاك يصح المصالحه عليه و ان لم يتحقق؟؟؟ و ان كان ضم شىء إلى الغبن المحتمل أولى.

(الثانى) - اشتراط سقوطه فى متن العقد

و لكن لا يذهبن عنك ان اشتراط السقوط فى العقد و ان صح بالنسبه إلى سائر الخيارات و لكن بالنسبه الى هذا الخيار كخيار الرؤيه حسب ما عرفت لا- يصح لأنه يستلزم الغرر من جهه الجهل بالقيمه و يمكن تصحيحه بان المدار فى الغرر المبطل ان يشتري الشىء بقيمه مجهوله القدر أو بشىء مجهول القيمه، اما إذا اشترى بقيمه معلومه و ان كانت زائده على القيمه الواقعيه المجهوله فلا غرر أصلا.

نعم يشكل ذلك فى خيار الرؤيه لأن العين الغائبه إنما صح بيعها بغير رؤيه لمكان الوصف القائم مقامها و مع تخلف الوصف يكون له الخيار فاشتراط سقوطه معناه إلغاء اعتبار الوصف الذى به صح العقد و بدونه تبطل المعامله لأنها تكون على عين غائبه بغير وصف و لا رؤيه و كيف كان فالظاهر ان اشتراط سقوط خيار الغبن فى العقد لا مانع منه فتدبر.

(الثالث) تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيار بعد علمه بالغبن

المدال على الرضا بالعقد و إمضائه جديداً و الالتزام به مع غبنه، اما التصرف قبل العلم بالغبن فلا اثر له لعدم دلالتة على ذلك و مع الشك فى ان تصرفه عن رضا و التزام أم لا فالمرجع الى استصحاب بقاء الخيار.

(الرابع) تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين أو بحكم التلف

كبيع أو عتق أو وقف و هو محل نظر بناء على ان التلف فى سائر الخيارات لا يقتضى سقوط الخيار فما وجه سقوطه هنا بهذه التصرفات التى لا تدل على الرضا بالعقد المغبون به لعدم علمه بالغبن حسب الفرض فإلحاقه بسائر الخيارات يقتضى انه مع قيام العين و بقائها عنده على حالها يتخير بين الرد و الفسخ على اسلوبهم، و مع التلف حقيقه أو حكماً يسقط الرد لزوال الموضوع و يتعين اما أخذ التفاوت كأخذ الأرش فى خيار العيب مع امتناع الرد أو الفسخ و دفع قيمه العين و استرجاع الثمن كما فى خيار الحيوان و الشرط و غيرهما و كلمات الأصحاب هنا غير منقحه و دليلهم غير واضح، و لهم مباحث ذات عرض عريض يكفيك منها، نخلنا لك لبابه، و فتحنا عليك بابه، و على كل فإلى هذين المسقطين أشارت (المجله) فى المادتين (٣٥٩، ٣٦٠) و لكنها خلطت فى الأخيره بين التلف السماوى بقولها: إذا هلك و بين حدوث العيب و بين التصرفات الغير متلفه كالبناء فى العرصه، و هذه الثلاثه ليست من نمط و أحد بداهه ان التلف و حدوث العيب مسقطات مطلقاً سواء حدثت بعد العلم بالغبن أو قبله. اما بناء العرصه فإنما يسقط إذا وقع بعد العلم فكان حقه ان يذكر مع أخواته فى الماده التى قبلها. و الحاصل ان تصرف المغبون ان كان قبل العلم بالغبن فالقاعده تقتضى عدم تأثيره فى إسقاط خياره لو علم غايته ان العين ان كانت موجوده و فسخ ردها و ان كانت مفقوده رد المثل أو قيمه أو أخذ التفاوت و ان كان بعد العلم فان كان دالاً على

الرضا سقط الخيار مطلقاً سواء كان تلفاً أو بحكمه أم لا و سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا هذا كله فى تصرف المغبون اما تصرف الغابن فلا ريب فى انه لا يسقط خيار المغبون فان فسخ و وجد عين ما له أخذها و ان لم يجدها و كان الغابن تصرف بها بيع أو شراء أو وقف أو نحو ذلك، فهل تبطل تلك التصرفات و يسترد العين أو ينتقل حقه الى المثل و القيمة أو يفرق بين العقد الجائز فيبطل و بين اللازم فيبقى و ينتقل الى المثل أو القيمة و مثله الكلام لو وجدها مستأجره فهل تنفسخ الإجاره أو يأخذها مسلوبه المنفعه أو يأخذ عوض المنفعه و كذا لو زاد فى الغبن غرساً أو صبغاً أو مزجها بغيرها و الفروع هنا كثيره و المسأله مشكله و الأقرب الرجوع الى المثل أو القيمة و إبقاء تلك العقود على حالها

(الخامس من المسقطات) عند البعض التلف،

و التلف اما ان ان يكون اتفاقياً أو بمتلف فان تلف ما فى يد المغبون و كان اتفاقياً فقد عرفت ان البعض (و لعله الأشهر) يسقطون الخيار معتلين بعدم إمكان الاستدراك اى زوال الموضوع و عرفت ان هذه العله عليه و ان التدارك يمكن بالمثل أو القيمة كما فى غيره من أنواع الخيارات التى لا يسقط شىء منها بالتلف، نعم قد تعترض هنا قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) فتزيل موضوع الخيار بانفساخ العقد قهراً، كما عرفت مفصلاً، و لكنها على الظاهر مختصه بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو تلف ما يد المغبون بمتلف فاما ان يكون المتلف هو المغبون فلا إشكال فى سقوط خياره حينئذ ضروره ان تصرفه الذى هو أهون من التلف مسقط فكيف

بالتلف، نعم يمكن الخدشه فيه بان التصرف المسقط هو الدال على الرضا فالاتلاف ان كان عن رضا و التزام بالعقد فهو و الا فلا. و اما ان يكون الغابن فخير المغبون بحاله فإن فسخ استرد من الغابن ما دفعه من المسمى و ان امضى أخذ منه غرامه العين- المثل أو قيمه- و ان كان المتلف أجنبياً و فسخ المغبون استرد من الغابن ثمنه المسمى و يرجع الغابن على الأجنبى بالمثل أو القيمه و ان امضى رجع على الأجنبى بالمثل أو القيمه و لو تلف ما فى يد الغابن فان كان اتفاقياً سماوياً و فسخ المغبون غرم له بدل الثمن المسمى و ان امضى غرم له القيمه أو المثل و ان كان بمتلف فان كان هو الغابن بنفسه فكذلك فى حالتى الفسخ و الإمضاء و ان كان المتلف هو نفس المغبون و فسخ رد العين و لا شىء له لأنه قد ألتف ماله و ان امضى غرم للغابن المثل أو القيمه و ان كان المتلف أجنبياً و امضى المغبون رجع على المتلف بالغرامه و ان فسخ تخير بين الرجوع على الغابن لأن يده كانت قد استقرت على ماله فان غرم الغابن له رجع على الأجنبى و بين الرجوع على الأجنبى لأنه هو المتلف و قرار الضمان عليه فإذا غرم له برئت ذمه الغابن لأن المال لا يضمن مرتين.

هذه صورته مصغره و جرعه يسيره من عين غزبره من فروع هذا الأصل و مصاريع هذا الباب و بقى من مسائل خيار الغبن مسألتان مهمتان تعرض لها بعض اعلامنا المتأخرين باوفى بسط من التحقيق و علقنا عليه جمله من الملاحظات و النقوش و هما قضيه جريان خيار الغبن فى غير البيع من عقود المعاوضات المالىه اللازمه كالإجاره و الصلح و الهبه

المعوضه و غيرها، و أدله هذا الخيار من الآيه و قاعده الضرر تقتضى الاطراد فى الجميع و لكن الأصحاب لم يذكروه إلا فى البيع و لكن هذا لا يقتضى الاختصاص مع عموم الدليل.

(الثانيه) اختلف الفقهاء فى ان هذا الخيار بعد العلم بالغبن هل هو على الفور أو على التراخى

و استدل الأول بما عرفت غير مره من أصاله اللزوم فى العقود و خرج منه لدفع الضرر ساعه علمه بالغبن على اليقين و يبقى ما عداه من المشكوك فى عموم أصل اللزوم و قد مر عليك فى نظائره انه هو الأقرب، و استدل الثانى باستصحاب الخيار الثابت حين العلم بالغبن على اليقين فيستصحب الى ما بعده من الأزمه المشكوكه أو الافراد المشكوكه و هذه المسأله أيضاً من المسائل المعقده و فيها تحقيقات عميقه و ثيقه الارتباط بالقواعد الأصوليه و عنوانها ان العام الأفرادى - الزمانى أو الاحوالى - إذا تخصص بفرد أو زمان أو بحال قطعاً ثم شك فى الزمان الثانى أو الحال الثانى انه محكوم بحكم الخاص أو بحكم العام - أصاله العموم تقتضى الثانى و استصحاب حكم المخصص يقتضى الأول، مثلاً أصاله اللزوم تقتضى وجوب الوفاء بالعقد و الالتزام به فى كل زمان و كل حال خرج حال العلم بالغبن قطعاً و أدله خيار الغبن و نشك عند الحال الثانى فى بقاء الخيار كالحال الذى قبله أو انه فرد من العام يجرى عليه حكم العموم من وجوب الوفاء و اللزوم هذا عنوان المسأله و تحقيقها يحال الى محله من الموسوعات و لا يصلح هنا أكثر من هذا، و بخيار الغبن انتهت (المجله) أبواب الخيار السبعه، و قد عرفت ان كلا من خيار النقد

و الوصف يرجع الى خيار الشرط، و خيار التعيين لا- ربط له بباب الخيارات أصلاً، و هو تخيير لا خيار، و قد وقع في مثل هذا الوهم بعض شراح (المجله) فاستدرك عليها خياراً سماه (خيار الاستحقاق) و قال انه من جمله الخيارات الا ان (المجله) لم تبحث عنه و ان كثيراً من (الحكام) يقع في المشكلات العظيمه في دعاوى الاستحقاق و القانون المدنى الفرنسى بحث عن الاستحقاق بمواد كثيره، و فسره بما ملخصه:-

«ان المشتري إذا اشترى مبيعاً و قبل قبضه ادعاه آخر بالاستحقاق كلا أو قسماً و ضبطه كدابه ضبط نصفها أو دابتين و ضبط إحديهما و لم يجز البيع انفسخ البيع فى القدر المستحق و تخير المشتري مع عدم علمه بين الفسخ فى الباقي أو قبوله بنسبته من الثمن» انتهى.

و قد ذكر فقهاؤنا هذه الصوره فى باب (من باع ما يملك و ما لا يملك) و ان المالك إذا أجاز و قلنا بتعميم الفصولى لمثل هذا البيع ثم العقد و لا خيار للمشتري و ان لم يجز أو قلنا بأن إجازته لا تجدى صح البيع فيما يملك فقط و بطل من أصله فى غيره الا انه يفسخ و يكون للمشتري خيار بين الإمضاء فى الباقي و بين الفسخ فيه، و هذا هو خيار تبعض الصفقه بعينه و القضيه فرع من فروعها، و ليس هو خيار مستقل برأسه، أما ما غرمه المشتري على تقدير قبض العين الغير مملوكه للبائع و تصرفاته فيها من غرس و بناء و نحو ذلك فقد ذكروا أحكامها تفصيلاً فى باب (المقبوض بالعقد الفاسد) و جعلوا ضمانها على البائع ان كان المشتري جاهلاً و البائع

عالمًا، و ان كانا جاهلين أو المشتري عالمًا و البائع جاهلا فالضمان على المشتري و إذا كان مغروراً من أجنبي رجع على من غره، الى تحقيقات كثيره. و مباحث واسعه، طولاً و عرضاً.

ثم استدرك على (المجله) بخيار آخر سماه (خيار الخيانه) و هو ما إذا ظهرت خيانه البائع فى البيع بالمرابحه فللمشتري الخيار ان شاء ترك المبيع و ان شاء قبله بجميع الثمن المسمى، اه و لا ريب انك تطالب بدليل هذا الخيار فلا تجده و تلجأ إلى القاعده من صحه العقد و لزومه بمقدار الثمن الواقعى و تسقط الزياده التى أنت من الخيانه اللهم الا ان تتشبت بأذيال خيار الشرط و تقول ان الشرط كان بينهما ذلك و قد خالفه البائع فيتخير المشتري.

إذاً فهو من فروع خيار الشرط لا- خيار مستقل، و مثل ذلك الكلام فى بيع التوليه لو خان فى بيان مقدار الثمن فاعرف هذا و تدبره جيداً.

(الفذلكه)

ان المتحصل من خيارات (المجله) المتأصله خمس.

١- خيار الشرط.

٢- خيار الوصف، ان لم ترجعه الى الشرط على بعض الوجوه.

٣- خيار الرؤيه.

٤- خيار العيب.

٥- خيار الغبن و أضفنا الى هذه الأربعه ثلاثه أشرنا إليها باختصار

٦:- خيار المجلس.

٧:- خيار الحيوان.

٨:- خيار التأخير.

و عليها اقتصر أكثر أرباب المتون من فقهائنا بدون خيار الوصف و في (شرائع المحقق) ذكر خمس، و أفرد العيوب في فصل منفرد، و ذكر عدة خيارات في تضاعيف أبواب البيع و أنواعه، أما الشهيد قدس سره في (اللمعة) فذكر أربعة عشر - السبعة المتقدمة و أضاف إليها سبعة.

١:- خيار الاشرط.

٢:- خيار ما يفسد ليومه.

٣:- خيار الشركه.

٤:- خيار تبعض الصفقه.

٥- خيار التفليس.

٦:- خيار التدليس.

٧:- خيار تعذر التسليم، فيما لو باع و هو قادر على التسليم ثم تعذر بعد العقد قبل القبض كما لو أبق العبد أو شردت الدابه.

□

و منه ما انقطع المسلم فيه عند الأجل فإن المشتري - كما سيأتى إن شاء الله - مخير بين الفسخ و استرجاع المسلم. (أى المسمى) و بين الإمضاء و أخذ القيمه.

و يمكن إرجاع بعض هذه الأربعة عشر الى بعض بتكلف كما أنه بقيت خيارات كثيره يذكرها الفقهاء في خلال أنواع البيع و بحوثه و لم

يذكروا شيئاً منها في الفصل الذى عقده لتعداد الخيارات.

«منها» باب السلم.

و «منها» باب المرابحه- لو بان ان البائع أخبر بما زاد على الثمن أو لم يخير بالأجل فإن المشتري مخير بين الفسخ و بين الإمضاء بالثمن الواقعى أو مع الأجل و قد عرفت ما فيه.

و «منها» خيار الورثه- إذا باع مورثهم أكثر من الثلث بأقل من ثمن المثل فإنهم مخيرون بعد موته بين الإجازة و الفسخ فيما زاد على الثلث و كذا الغرماء فيما لو استوعبت الديون التركة و نحو ذلك، و الانصاف أنها خيارات أصلية و لكنها خاصه بموردها لا تتعدى بخلاف مثل خيار المجلس و الشرط و أضرابها الكثيره الموارد الجاربه فى أكثر البيوع، و لذا لم يذكروها إلا فى موردها الخاص.

خاتمه «أبواب الخيارات»

إشاره

قد جرت طريقه فقهاءنا فى الغالب بعد استيفاء البحث فى كل نوع من أنواع الخيارات ان يذكروا احكام الخيار من وجهه عامه لا تختص بخيار دون خيار، و قد أغفلت (المجله) هذا البحث مع أنه من أهم مباحث الخيار و افسح أبواب البيع فى المجال، لدقه النظر فيه و سعه الخيال و قد تقدم ذكر جملة من أحكام الخيار استطراداً فى الفصول السابقه

على سبيل الإيجاز، مثل - ان (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) و عرفت ان اليقين من هذه القاعدة لا يتعدى الى أكثر من الخيارات الزمانية الامتداديه بطبيعتها كخيار المجلس و ثلاثه الحيوان و خيار الشرط اما مثل خيار الغبن و العيب و الرؤيه، سيما على القول بفوريه هذه الخيارات، فالقاعده لا تتمشى فيها، فلو علم المشتري بالعيب أو الغبن مثلاً. فان فسخ و تلفت العين فهى من مال البائع بالفسخ طبعاً لا بالقاعده و ان امضى أو لم يعمل بخياره فسقط كان التلف عليه لا على البائع لصيروره البيع لازماً و هكذا.

نعم لو تلفت العين فى يد المشتري ثم ظهر أنه كان مغبوناً فيها أو معيبه لم يسقط خياره و لا خيار البائع لو كان هو المغبون أو الثمن معيباً، اما التلف بعد القبض فالظاهر ان الشهره أو الاتفاق على انه لا يسقط الخيار و ان امضى كان التلف عليه و استقرت ملكيه البائع للمسمى.

هذا من بعض ما تقدم ذكره من احكام الخيار مختصراً.

و «منها» أيضاً إرث الخيار فقد تكرر منا بيان ان كل خيار فهو موروث لأنه حق مالى فينتقل إلى الورثه بقاعده (ما ترك الميت،،) خلافاً (المجله) فى أكثر الخيارات تبعاً لبعض فقهاء المذاهب و على كل فلا- إشكال فى الإرث على المجله. إنما الإشكال فى كيفية إرثهم و هى قضيه لا نخلو من غموض و صفوه الاحتمال أو الأقوال فى ذلك تتصور فى ثلاث صور.

الاولى:- ان يكون لكل وارث خيار مستقل فى الكل كمورثه

فلو أجازوا جميعاً و فسخ واحد من الورثه مضى الفسخ على الجميع فى الكل نظير حد قذف الجماعه الذى لو عفى الجميع الا واحد كان له استيفاء تمام الحد و يدعى القائل بهذا انه هو ظاهر القاعده المتقدمه المستفاده من النبوى فلا يجرى ذلك فى المال لعدم تعقل تعدد الملكيه على مال واحد بخلاف الحق.

الثانيه:- استحقاق كل واحد خياراً مستقلاً و لكن فى نصيبه فقط فلو اختلفوا فى الفسخ و الإجازة نفذ عمل كل واحد فى نصيبه و يأتى حينئذ خيار تبعض الصفقه لمن عليه الخيار نظير ما لو اشترى اثنان مبيعاً لهما خيار فيه فأجاز أحدهما و فسخ الآخر، الثالثه:- استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار فليس لكل واحد منهم ان يجيز لا فى الكل و لا فى نصيبه بل اللازم على الكل ان يتفقوا اما على الفسخ أو الإجازة لأنه حق واحد انتقل إليهم و لا- يقبل التجزئه كالمال فلا محيص من جعله بتلك الكيفيه و أقرب الوجوه الوسط ثم الأخير و أبعدها الأول.

و هناك تصورات أخرى بعيدة هى إلى الخيال أقرب منها إلى الحقيقه و لا يتسع المجال لأكثر من هذا، و من المسائل النظرية التى فيها عميق التحقيق فى هذا البحث إرث الزوجه للخيار فيما تحرم من إرثه عندنا كالأراضى و العقارات و لنا فيه رساله مفرده فريده فى بابها، و لو كان الخيار لأجنبى فمات فهل ينتقل الى وارثه- عموم الدليل - و إطلاقه يقتضيه و الاعتبار لا يساعد عليه، و يكفى الشك فى التوقف و الاقتصار على المتيقن و هكذا

الكلام فى العبد و ان خياره لمولاه أو لنفسه، و من أحكام الخيار التى تقدم ذكرها- سقوطه بالتصرف و كان الملحوظ هناك ان التصرف مسقط و الذى ينبغى ان يضاف اليه هنا ان التصرف كما يكون مسقطاً فيصير اجازته للبيع كذلك قد يكون فسخاً له و قد ذكر فقهاؤنا رضى الله عنهم ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ و فيما انتقل إليه اجازته و لكن كما ان التصرف لا يكون مسقطاً للخيار و اجازته إلا إذا كان دالاً على الرضا كما يستفاد من بعض أدلته كالصحيحه التى يقول فيها فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه فذلك رضا منه و لا شرط له- اى لا خيار له- فكذلك يلزم تقييد التصرف المجعول فسخاً بما إذا كان قد قصد به الفسخ و كان له ظهور فيه لا مطلقاً، فاللازم اناطه الفسخ بالتصرف الدال عليه كإناطه الإجازة بالتصرف الدال على الرضا ضروره ان التصرف فى ماله المنتقل عنه قد يقع على وجه شتى غير قصد الفسخ و استرداد الملكيه، ثم ان بعض الاعلام استشكل فى ان الفسخ هل يحصل بنفس التصرف فيكون سبباً بذاته أو هو كاشف عن حصول السبب قبله و ذكر ان كلمات بعض الأصحاب يظهر منها الأول و من آخرين يظهر الثانى و «أقول» التحقيق عندنا أنه لا هذا و لا ذاك لا سبب مستقل و لا كاشف صرف بل هو جزء السبب للفسخ نظير العقد مع القصد فى تأثير النقل و الملكيه و سائر الصيغ الشرعيه. فالتصرف مع قصد الفسخ هو المؤثر فى تحقق الفسخ شرعاً بل و عرفاً لا القصد وحده و لا التصرف وحده

و كلمات الأصحاب لا تأبى من ذلك و انه مع القصد سبب تام لحل العقد كما فى سائر المقامات من عقود و إيقاعات، و عليه فهذا البحث مستدر ك بجملته، فليتدبر.

و عليه فلو باع ما انتقل عنه أو رهن أو أوقف تكون تلك الصيغ ذات أثرين هما:- فسخ فعلى، و تمليك عقدى جديد، و توهم الدور لأنها موقوفه على الملك و هو لا يحصل الا بعد الفسخ الذى لا يحصل الا بها.

و «بعبارة أحلى» البيع موقوف على ملكه. و ملكه موقوف على بيعه الذى به يتحقق عود الملك إليه لأن به يحصل الفسخ حسب الفرض مدفوع بأنه من قبيل ما يقال (دور معيه) و يكفى فى صحه البيع حصول الملكيه معه غايته أنه يملكه أولماً ثم يملكه (بالتشديد) ثانياً و يترتب الثانى على الأول ترتب المعلول على علته يتحدان زماناً، و يتقدم أحدهما على الآخر رتبه، و قد التزم بعض تفصيلاً من هذا المحذور بان قصد الفسخ الذى يتعقبه التصرف ببيع و نحوه موجب للفسخ و دخوله فى ملكه واقعاً فيصح البيع و هو وجيه أيضاً و ان كان الأول أوجه و عليه يبتنى سائر التصرفات من وطئ أو أكل أو بيع أو هبه أو غير ذلك، و فرعوا على هذا ما لو باع عبداً بجاريه ثم قال أعتقتها فهل هو إجازة إن قدمنا عتق الجاريه أو فسخاً ان قدمنا عتق العبد، و بناء على ما ذهبوا اليه من ان الفسخ مقدم على الإجازة يقدم الثانى و يلغو الأول و لكنه محل نظر، فليتأمل.

«و من أحكام الخيار» عند الأصحاب التى لم يتقدم لها ذكر- عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين لو تحقق

الفسخ فقد قال الأكثر ان خيار البائع يمنع المشتري من التصرفات الناقله و لكن فى (شرائع المحقق) رضى الله عنه ما نصه:-

«و يصح الرهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما لانتقال الميع بنفس العقد على الأشبه» اهـ.

و معلوم أنه إذا صح الرهن صح البيع و غيره من التصرفات لوحده الملاك، و اضطربت هنا كلمات الاعلام، فبين قائل بالمنع مطلقاً، و قائل بالجواز مطلقاً، و مفصل بين العتق الذى لا يمكن فسخه لأن الحر لا يعود رقاً و بين غيره من التصرفات التى يمكن فسخها كالبيع و نحوه مما يمكن فسخه لو فسخ المالك الأول فيفسخ الثانى بفسخه، و قد احتج كل فريق لما ذهب إليه بحجه قويمه و ردها الآخر كذلك، و البسط محال الى محله.

و «لباب التحقيق» فى هذا الباب و ما نصير اليه من الرأى- أن الخيارات الأصيله كالحيوان و المجلس و نحوها من المجعولات الشرعيه أصاله بناء على ما عرفت مكرراً من ان العقد الخيارى يؤثر الملكيه و يحصل به النقل و الانتقال كالعقد اللزومى لا فرق بينهما إلا بإمكان رفعها و اعاده الملكيه السابقه و لازم تحقق الملكيه المطلقه به جريان قاعده السلطنه فله ان يتصرف فى ملكه كيف شاء و لا وجه لمنعه من التصرف الا تعلق حق صاحب الخيار باسترداد العين فيكون حقه مانعاً من نقلها الى الغير أو جعلها بحيث لا- يمكن استردادها كالوقف و العتق و نحوهما و ليس هو بأضعف من حق الرهن المانع من التصرف، و هذا الحق و ان كان

مما لا مجال لدفعه و لكن اقتضائه المنع من التصرف ممنوع فإنه لا يقتضى أكثر من رد العين ان كانت موجوده ورد بدلها ان كانت تالفه أو بحكم التالفه، و محور القضييه يدور على ان العقد الخياري أثره الملكيه المطلقه، و السلطنه التامه أو الملكيه المقيدده و بناء على مالا ينبغى الريب فيه من الأول فإن الملكيه الحاصله بهذا العقد لا قصور فيها من حيث ذاتها و لا نقص أصلا و لا- تفترق عن أختها إلا- بإمكان إبقائها و رفعها و هى هى تلك الملكيه بحقيقتها إذاً فلا- مساغ لاحتمال عدم صحه بعض التصرفات معها فهو يتصرف بمقتضى ملكيته كيف شاء و صاحب الخيار حقه محفوظ يعمله متى شاء فان كانت العين موجوده أخذها و الا أخذ المثل أو القيمه كما لو كانت تالفه حقيقه، و هذا هو مقتضى التوفيق بين الأدله و الجمع بين الحقوق، هذا فى الخيارات الاصيله التى لا- تقييد فى أدلتها، أما غيرها من الخيارات الجعليه كخيار الشرط فغزاره غير ذلك الغرار. فان اشتراط البائع ان يكون له الخيار فى الوقت المعين معناه أنه يريد استبقاء العين حتى يسترجعها فكأنه شرط ضمناً إبقاء العين حتى يستردها، و هذا المعنى و ان كان ملحوظاً فى جميع الخيارات و لكنه فيها يشبه بالحكمه، و فى خيار الشرط يشبه ان يكون عله و قيده، فلا يصح للمشتري ان يتلف العين باختياره و يمنع البائع من حقه فى رد ذات العين الذى هو متعلق غرضه لا البدل من المثل أو القيمه بخلاف تلك الخيارات الاصيله التى جعلها الشارع فإنها لا تدل على أكثر من ان له الفسخ و حل العقد، اما ان العين يلزم

عليه إبقاؤها أو لا يلزم فلا تعرض فيها لذلك أصلاً فيبقى على القاعده و هي كما عرفت، و مقتضى صحة التصرفات من بيع و نحوه ان تكون واقعته على طبيعتها من اللزوم فلو فسخ البيع الأول لا يفسخ البيع الثاني بل يرجع الفاسخ (كما عرفت) الى المثل أو قيمه، و ما يقال من ان العقد الثاني قد قام على العقد الأول فإذا انهار بفسخ صاحب الخيار انهدم الثاني لانهدام أساسه مدفوع بأنه ان أريد ابتناؤه على استمرار ملكيه الأول فهو ممنوع، و ان كان المراد ابتناؤه على ملكيته في الجملة و لو حين البيع فهو حاصل.

و «بعبارة اجلى» ان البيع الثاني وقع صحيحاً بملكيه البائع و لا يقدح انحلال العقد بعد ذلك الذي لا يؤثر في التصرفات السابقه لأنها وقعت جامعته مانعه من موجب كامل في محل قابل و حفظاً لحق الخيار يكون اثر فسخه أخذ البدل و إذا جاز البيع بل ما هو أشد منه من الوقف و العتق و نحوها فبالأولى جواز مثل الإجاره و العاريه و نحوها مطلقاً.

و لكن في عروه السيد الأستاذ قدس سره:-

لا يجوز للمشتري بيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع ان يؤجر المبيع أزيد من مده الخيار للبائع و لا في مده الخيار من دون اشتراط الخيار حتى إذا فسخ البائع يمكنه ان يفسخ الإجاره و ذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوه اشتراط إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ فلا يجوز تصرف ينافى ذلك، اهـ-، و فيه ما لا يخفى إذ أقصى ما هناك ان يقال بأنه موقوف على الإجاره لا عدم الجواز مطلقاً بل و التحقيق

حسب ما عرفت الصحه مطلقاً غايته ان له المثل أو القيمه لو فسخ كما لو باع، فليتدبر.

نعم لو اشترط عليه ذلك اتجه المنع و لزم لوجوب الوفاء بالشروط

(فائده)

شروط الأسباب و الوسائل سواء كانت إيجابيه كشرط ان يبيع أو يوقف يعتق، أو سلبيه كشرط ان لا يبيع أو لا يؤجر أو لا يهب يترتب عليها حكمان، تكليفي يعنى لو خالف فعل حراماً، و وضعى فلو خالف وقع باطلا و تخلف الشرط هنا لا يوجب خياراً إذ لا- معنى للتخلف فى السلبيه لما عرفت من البطلان فى المخالفه، و لو امتنع عن الوفاء بالشروط الإيجابيه كما لو شرط عليه ان يوقف فلم يفعل يجبره الحاكم الشرعى، فإن تعذر من كل وجه إنجازة كان له الخيار فاعرف ذلك و تدبره.

و «من احكام الخيار عند بعض فقهاءنا و لم يتقدم له ذكر- انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن مده زمن الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و له الاسترداد و لا يجبر الآخر على التسليم، و قيل ليس له الاسترداد بعد الدفع إلا إذا فسخ، و قد يدعى الإجماع على أنه لا يجب على ذى الخيار التسليم ابتداء، و بهذا قال أكثر فقهاء المذاهب أو كلهم، و لكن هذا الحكم مخالف لما مر عليك غير مره من تأثير العقد الخيارى ملكيه المشتري للمبيع و ملكيه البائع للثمن و انتقال كل مال الى الآخر و مقتضى قاعده السلطنه ان يدفع كل واحد الى الآخر ماله الذى انتقل اليه سيما مع المطالبه فكيف يجوز لكل منهما منع الآخر

عن ماله و (الناس مسلطون على أموالهم).

و «بالجملة» فهذا الحكم لا دليل عليه بل الدليل على خلافه واضح و الإجماع لم نتحققه.

و من جميع ما نضدناه من مباحث الخيار و أنواعه و أحكامه ظهر لك ان التلف لا يسقط الخيار فى جميع أنواعه، و من المعلوم ان المراد منه التلف بعد القبض. اما التلف قبله فقد عرفت انه يوجب الانفساخ القهرى فيزول موضوع الخيار بقاعده (كل مبيع ..) اما التلف بعد القبض فى زمن الخيار كتلف الحيوان بيد المشتري فى الثلاثه فإن جعلنا معنى قاعده (التلف ممن لا خيار له ..) كناية عن سلطنه المشتري على البائع فسحاً و إمضاء فلازم هذا بقاء خياره فإن أجاز استقر ملك البائع للمسمى و ان فسخ استرده و تلف المبيع من البائع فالتلف حينئذ لا يسقط الخيار و ان جعلنا معناها انه يفسخ العقد و يدخل المبيع فى ملك البائع و يتلف من ماله لم يبق وجه لبقاء الخيار بل يكون نظير التلف قبل القبض.

و «القصارى» ان هذا مبنى على ما ذكرناه فى أول الخيار من أنه ان كان سلطنه على العقد فالتلف لا يرفعه، و ان كان سلطنه على استرداد العين فلا معنى لبقائه بعد تلفها الا بتكلف بعيد عن الذوق و الاعتبار بل و عن الأدله.

نعم حتى لو قلنا بأنه سلطنه على العقد يمكن دعوى كون التلف يسقط الخيار فى الموارد التى علم ان المراد من تشريع الخيار رفع ضرر الصبر على العين كما فى خيار العيب فلو تلفت ارتفعت حكمه تشريعه و لم يبق

وجه للخيار لعدم إمكان الرد و لذا يتعين الأرش هناك أو الإمساك مجاناً و الفسخ و ان أمكن على ان يكون أثره المطالبه بالمثل أو قيمه و لكنه خلاف نص الأدله التي اناطت الرد بقيام العين و مع التلف فأين قيام العين حتى ترد لذا انحصرت القضيه بالأرش و فى الغبن برد التفاوت اما خيار الشرط أو خيار رد الثمن فظاهر هذين الخيارين ابتناؤهما على ان رد الثمن انما هو لاسترداد نفس العين فهو متقوم بردها ذاتاً فإذا امتنع ردها سقط الخيار طبعاً، فتلخص ان الخيارات تختلف مع التلف فبعضها يثبت معه و بعضها يسقط فلا بد من التأمل فى كل مورد بخصوصه. و بقول مطلق ان الخيار ان كان هو الرد فهو ساقط بالتلف طبعاً و قطعاً. و ان كان عباره عن الفسخ فان كانت العين موجوده أخذها و الا فالبديل و عليه فلا يسقط نوع من أنواعه بالتلف الا ما قام عليه الدليل كما فى خيار العيب و نحوه.

و «من أحكام الخيار أيضاً مما لم يذكر» انه لو فسخ ذو الخيار فالعين التي فى يده حسب الفرض قد دخلت فى ملك الآخر كما ان ما فى يد الآخر قد رجع الى ملكه فقاعده اليد تقتضى ضمان كل منهما العين التي فى يده الآخر و ليس هنا استيمان و نحوه حتى يسقط الضمان فالمقتضى موجود و المانع مفقود فى حق كل واحد منهما على صاحبه و بيان آخر ان العين فى يد كل منهما كانت مضمونه قبل الفسخ بالمسمى و لما بطل المسمى بالفسخ الحادث و لم يك ائتمان لا مالكي و لا شرعى لا قبل الفسخ و لا بعده فلا محاله ينتقل الضمان الى البديل الواقعى و هو المثل أو قيمه.

و لنكتف بهذه الشذرات من مباحث الخيارات فقد التقطنا لك نفاًس تلك المعادن المظموره فى كتب الأصحاب المغموره بتعقيد البيان و عدم افاده التعبير، و إجاده التحرير، فجلوناها لك بحمد الله تعالى كالوذيله الصقيه المرصعه باللؤلؤ الناصعه، من الرأى البكر، و التحقيق الطريف، المتدافع من منابع الوجدان، و منابع البرهان. و العلم السهل الممتنع، و المنه لله وحده.

الكتاب الثاني

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

(يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ)

المقدمه (فى الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالإجاره)

أشاره

(ماده: ٤٠٤)

الأجره و الكراء:

بدل المنفعه، و الإيجاز هو الإعطاء بالكراء، و الاستيجار الأخذ بالكراء.

أصل هذه ماده الأجر الذى يفسر فى اللغه- بجزاء العمل- و هو ظاهر فى العمل الذى يكون جزاء للعمل، ثم اتسع فشمل المال الذى يقع عوض العمل، ثم اتسع فتناول عوض المنفعه- أى منافع الأعيان- و غلب استعماله و استعمال مشتقاته من المزيد كأجر و المجرى كأجر و إيجار و اجاره فى المعنى العرفى المقتنص من ذلك المعنى اللغوى فصار يستعمل حتى تعين فى لسان الشرع و المتشرعه فى العقد الذى هو تملك المنفعه بالعوض المعلوم كما هو المعروف من تعريفها عند الإماميه و سائر فقهاء المذاهب و تستعمل الإجاره تارة اسما بمعنى الأجره و اخرى مصدر بمعنى الإيجار أو مصدر (أجر) المجرى سماعاً أو (آجر) المزيد و على كل فالأقرب ان المراد من قولهم (كتاب الإجاره) و الإجارات و نحوها هو الإيجار و ما يتحقق به هذه المعامله شرعاً و بيان أحكامها و الأجره و الكراء و ان اتحدا فى كونهما بدل المنفعه و لكن شاع و غلب

استعمال الكراء فى بدل منفعة الدواب و الأجره فى غيرها فىقال: كريت الدابه و اكثريتها، كما يقال آجرتها و استأجرتها، و استأجرت الدار و العبد، و لا يقال: كريت الدار، الا نادراً.

و لا- أهميه فى كل هذا انما المهم تعريف الإجاره شرعاً تعريفأ يطابق الحقيقه أو يقاربها، و قد عرفتها (المجله) ماده (٤٠٥) الإجاره فى اللغه بمعنى الأجره و قد استعملت فى معنى الإيجار أيضاً و فى اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعه المعلومه فى مقابله عوض معلوم.

استعمال البيع فى تعريف الإجاره يشبه ان يكون من قبيل تعريف الشىء بضده فان البيع مختص بنقل الأعيان و الإجاره بنقل المنافع و هما متباينان مفهوماً و مصداقاً و كان اللانزم أن يقال: هى تملك المنفعه المعلومه بعوض معلوم كما هو التعريف الشائع عند الأ-كثر فإن التملك جنس و بإضافته إلى المنفعه خرج البيع و غيره من العقود الناقله كالصلح و الهبه مما يحصل به تملك الأعيان، نعم ينتقض فى طرده بشموله للصلح على المنفعه و هبه المنافع هبه معوضه، و العاربه المعوضه كما قيل و الجميع مدفوع بأن حقيقه الصلح التسالم و هو يقع على المعاوضه و على غيرها و حقيقه الهبه تقوم بالمجانين و العوض ليس للعين الموهوبه بل لذات الهبه و العاربه إذا دخلها العوض كانت اجاره فى الجوهر سواء سميتها عاربه أو إجاره أو غيرهما، فإن الإجاره و العاربه يشتر كان فى أنهما تسليط على المنفعه فإن كان بعوض كان اجاره و ان كان مجاناً كان عاربه فالإجاره و العاربه فى المنافع كالبيع و الهبه فى الأعيان بل

التحقيق ان العاريه لا تملك فيها و لا تسليط أصلا لا على العين و لا على المنفعه بل هي إباحه الانتفاع لا تملك المنفعه و لذا لا يستطيع المستعير نقلها الى الغير بعقد أو غيره، و من هنا ينقذح الإشكال فى عدها من العقود و لا تحتاج إلى إيجاب و قبول بل هي بالإيقاع أشبه و ان شاع عندهم درجها فى العقود.

أما الإجاره فهى و ان كانت حسب الشائع عند الفقهاء عباره عن تملك المنفعه بعوض و لكنها بالنظر الا دق سلطنه على العين من حيث ملكيه منافعها فهى أيضاً من مقوله الملك و الجده ان أريد من الإجاره الأثر الحاصل و النتيجة و الغايه و ان أريد بها السبب و الوسيله فهى العقد الذى ينشأ به التسليط على العين باعتبار ملكيه منافعها و هذا هو المراد من قول الفقهاء (كتاب الإجاره) و (كتاب البيع) و نحوها. و عليه فاركان الإجاره ثلاثه- العوضان. العاقدان العقد- فيلزم البحث عن كل واحد منها و شرائطه و أحكامه و أحكام الإجاره.

اماما ذكر فى (المجله) فى مقدمه الإجاره المشتمله على الاصطلاحات الفقهيه فيها فهى مستدركه لا- حاجه الى شىء منها ضروره أنه ما من عربى عريق أو لصيق الا و هو يعرف المستأجر (بالكسر) و المستأجر (بالفتح) و المأجور و الأجير و الأجره و محل الاستغلال أى الموضع المعد للإيجار من غيره و المسترضع هو من استأجر ظئراً للرضاعه. فكل هذه المواد واضحات و توضيح الواضح من العبث فيلزم لو حررت (المجله) و نقحت حذف كل ما هو من هذا القبيل لذا لم نذكرها.

(الباب الأول) «في الضوابط العموميه»**(ماده: ٢٢٠) المعقود عليه في الإجاره هو المنفعه.**

لا يخفى ما في هذا التعبير من التسامح بل الخلل فان عقد الإجاره يتسلط على العين و لكن باعتبار المنفعه لا على المنفعه مباشره فتقول: آجرتك المدار، و لا تقول: آجرتك المنفعه، و لو قلت: ملكتك المنفعه، فالمشهور و ان كان يظهر منهم الصحه و لكن صحته اجاره لا يخلو من نظر فإن حقيقه الإجاره تسليط على العين باعتبار المنفعه. فإن قلنا بصحته فهو عقد بنفسه.

و تحرير البحث هنا بالنظر الدقيق يتوقف على بيان أمرين مهمين.

الأول-: منافع الأعيان من عقار أو إنسان أو حيوان قبل العمل أو الاستعمال معدومه في الخارج بالضروره، و المعدوم لا يصلح للعقد عليه أصاله و ان أمكن تبعاً و لكن المنافع مطلقاً و ان كانت معدومه حقيقه و لكن لها باعتبار العقلاء نحو من الوجود قائم بوجود الأعيان قيام المظروف بالظرف و الحال في المحل يعني قيام شىء في شىء و ان كان

واقع أمرها أنها قيام شىء بشىء، يعنى قيام الصفه بالموصوف و العرض بالمعروض و لكن العرف قد يراها بمنظار مكبر انها موجودات متأصله مع الأعيان أو فى الأعيان فيصح بهذا الاعتبار لحاظها مستقلة و إيقاع العقد عليها مباشره بتمليك أو وصيه أو صدقه و هذه المعانى لا- ربط لها بالإجاره إنما الإجاره لحاظ المنافع بأحد الوجهين الأولين التى تلحظ بها المنافع قائمه بالعين قيام عروض أو قيام حلول و بهذا اللحاظ يقعون العقد على العين باعتبار تلك الشئون القائمه بها، و قد عرفت ان هذه الشئون و المنافع هى المقومه لماليه العين و لكن تاره تندك فى العين فيجرى العقد على العين مطلقه مرسله و أخرى على العين مقيده محصله، فالأول هو البيع و الثانى هو الإجاره، و يلحق بالأول و ان لم يكن من صميمه و حقيقته تمليك العين، و بالثانى كذلك تمليك المنفعه.

و من هنا يظهر لك التسامح فى تعريفهم الإجاره بأنها تمليك المنفعه و الخلل فى (المجله) ان المعقود عليه فى الإجاره هو المنفعه، بل المعقود عليه فى البيع و الإجاره شىء واحد و هو العين ليس الا، و لكن اللحاظ و الاعتبار مختلف. و هذه المعانى ارتكازيه عند العقلاء و ان كان لا- يحسن تحليلها و تفكيك عناصرها إلا- أنا أو أنت و يغفل الكثير عنها و الله ولى التوفيق للجميع.

الثانى:- لا يذهبن بك الوهم كما توهم جماعه ان المراد بالمنفعه هنا خصوص المعانى التى لا عين لها فى الخارج من الاعراض المقوليه كسكنى الدار و لبس الثوب و عمل الخياطه بل المنفعه تعم حتى الأعيان إذا كانت

نماء لأعيان أخرى مثل الشاه و صوفها و ثمره النخيل و الأشجار بل و يشمل نتاج الانعام و أولادها فيصح أن يؤجر الدابه و الشاه باعتبار جميع نماءاتها حتى أولادها و تؤجره النخيل باعتبار كل منفعه فيه حتى التمر و السعف و الكرب و لا يقدر في ذلك القاعده المشهوره في ضابطه (ما يصح إجارته) انه ما لا تستهلك عينه بالانتفاع به- أو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فان جميع ذلك محفوظ فإن الإجاره تعلقت بالشاه و لبنها و صوفها منافع لها و ان كانت أعيانا و لا يضر استهلاكها مع بقاء عين الشاه و هكذا النخيل و الأشجار و أمثالها.

و من هنا ظهر ضعف ما توهمه بعض شراح (المجله) حيث يقول:-

الإجاره الواقعه على الحوض لاصطياد اسماكه أو أخذ مائه و على الحرش لقطع أشجاره أو لرعى الأغنام فيه أو على الأشجار لأخذ ثمارها ..

و الأغنام لأخذ صوفها و الأبقار لأخذ حليبها- باطله- بل الحق كما عرفت أنها جميعاً صحيحه و لا تزال السيره جاريه على إجاره الأرض لرعى الأغنام فى نباتها و عشبها (شاه مرتع) و كأنه توهم ان المنفعه مختصه بالاعراض التى لا وجود لها فى الخارج إلا فى موضوعاتها و لم يعرف ان منفعه كل شىء بحسبه.

(ماده: ٢٢١) الإجاره باعتبار المعقود عليه على نوعين

(النوع الأول) الوارد على منافع الأعيان و يقال للشىء المؤجر عين المأجور و تنقسم إلى ثلاثه أقسام، الأول:- إجاره العقار، الثانى:- اجاره العروض كإيجار الملابس و الأواني، الثالث:- اجاره الدواب، (الثانى)

عقد الإجاره على العمل، و هنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمه و العمله و استئجار أرباب الحرف و الصنائع من هذا القبيل، حيث ان إعطاء السلعه للخياط مثلا ليخيط ثوباً يصير اجاره على العمل كما ان تقطيع الثوب على ان السلعه من الخياط استصناع.

سكنى الدار و ركوب الدابه كعمل الإنسان من بناء أو حياكه أو صياغه و غيرها و كثمره البستان و نحوها- كلها تندرج فى المنفعه و يجمعها انها فوائد أعيان لا نهلك العين باستهلاكها و يستعمل فى عمل الإنسان انه أجير و فى الدابه و الدار مستأجره و مأجوره و ليس الاستصناع كما عرفت فى مثل خياطه الثوب و تقطيعه إلا إجاره على عمل. و كل عين يجوز إيجارها و استيجارها باعتبار فائده تحصل منها مع بقائها و لا يخرج الا ما ينحصر استيفاء فائدته بزوال عينه كالمأكولات و المشروبات و الزرع من حيث هو لا من حيث الأرض و هكذا.

(ماده: ٤٢٢) الأجير على قسمين،

القسم الأول هو الأجير الخاص الذى استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط كالموظف. و القسم الثانى. هو الأجير المشترك الذى ليس بمقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى.

هذا التقسيم غير عام و لا- مستوعب و التقسيم الجامع العام فى المقام ان الإجاره بجميع أنواعها لعين من الأعيان أو لحيوان أو إنسان. اما ان تكون شخصيه أو كلييه. و الشخصيه اما ان تكون مشخصه من كل جهه أو من جهه دون أخرى- فالأقسام ثلاثه- كلييه. كما لو استأجرته

على خياطه كلى معين بالوصف أو خياطه هذا الثوب المعين، و هذا واسع يدخل فيه أكثر الإجازات و منه الأجير المشترك المذكور فى (المجله) الذى لم يقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى فإنهم مأجورون على عمل كلى و هو خياطه الثوب و إصلاح الساعه مطلقاً من حيث المباشر و من حيث الوقت فلا ينافيه ان يكون مستأجراً لمتعدين كما ان صاحب الزورق و أمثاله يؤجر نفسه لإيصالك الى المحل الفلانى فى زورقه فلا يقدر تعدد الإجاره فإن الإجاره وقعت على كلى فى الذمه، و الذمه واسعه لا تراحم فيما تشتمل عليه مهما تعدد (الثانى) المشخصه من جهه أو جهات مخصوصه لا من كل جهه و هذه أيضاً ملحقه بالكلى، و لكن الكلى المقيد كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب و لكن بالنحو الخاص أو الوقت المعين و مهما تكثرت القيود و الشروط لا يخرج عن كونها كليه.

(الثالث) المشخصه من كل جهه كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب بنفسه فى هذه الساعه المعينه أو فى اليوم المعين و أمثال ذلك، و هذه هى الإجاره الشخصيه التى لا مجال فيها للتعدد، و الأجير هو الأجير الخاص الذى لا يجوز ان يعمل لغيره فى ذلك الوقت المعين و سيأتى إن شاء الله حكم الأجير الخاص لو خالف ما استؤجر عليه، و من هذا القبيل المستأجر على الخدمه شهراً معيناً أو سنه معينه أو سنين هذا بالنسبه إلى عمل الإنسان و نظيره بالنسبه إلى الأعيان من عقار أو حيوان فإنك تاره تؤجره دابه أو داراً موصوفه بأوصاف معينه فيجب ان تدفع له

دارا بتلك الأوصاف تكون مصداقا لذلك الكلى الذى وقعت اجارتك عليه و تاره تؤجره هذه الدابه المعينه أو الدار المعينه فهذه اجاره شخصيه فلو آجرتها من غيره ثانيا وقعت باطله أو فضوليه موقوفه على إجاره المستأجر الأول لأنه ملك منافع هذه الدار المعينه، فقد ظهر من كل هذا ان الضابطه العامه و التامه هو ان الإجاره اما شخصيه أو كليه و باختلافهما تختلف الاحكام و ليس المدار على الأجير الخاص أو الأجير المشترك بل على نحو الإجاره و كفيته.

و منه ظهر ما فى ماده (٤٣٢) الأجير على قسمين، الأجير الخاص الذى استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط كالخادم الموظف الى آخر ما ذكر، فان عدم جواز عمله للغير انما هو من جهه ان الإجاره شخصيه و ان يعمل بنفسه فى الوقت المعين و لو استأجره على حصول الخدمه و قضاء حوائجه المعينه فى العقد جاز ان يقيم مقامه عاملا و هو يعمل للغير.

(ماده: ٤٢٣) كما جاز ان يكون مستأجر الأجير الخاص شخصا واحدا كذلك يجوز ان يكون الأشخاص المتعدده

الذين هم فى حكم شخص واحد مستأجرى أجير خاص، بناء عليه لو استأجر أهل القرية راعيا على ان يكون مخصوصا لهم بعقد واحد يكون الراعى أجيلا خاصا و لكن لو جوزوا ان يرعى دواب غيرهم كان الراعى أجيلا مشتركا.

لا- معنى للتجوز هنا الا- ان يكونوا قد استأجروه على حصول العمل الخاص و هو الرعى إما مقيدا بمباشرة أو مطلقا فتكون الإجاره كليه و له ان يعمل للغير اما لو استأجروه على ان يجعل منفعه هذا الشهر أو السنه

مقصوره على رعى غنمهم كانت الإجاره شخصيه و لا يجوز ان يرعى غنم غيرهم بل و لا يجوز له اى عمل آخر.

(ماده: ٤٢٤) الأجير المشترك لا يستحق الأجره إلا بالعمل.

من الواضح ان التسليم و التسلم لا زمان فى الإجاره كلزومهما فى البيع و لكن يمكن تحققهما بجلاء فى البيع الذى هو معاوضه فى الأعيان بخلافه فى الإجاره التى هى تعويض على المنافع و هى لكونها تدريجيه الحصول و من الاعراض الغير قاره لا يمكن تسليمها و تسلمها دفعه كالأعيان إذا فلا بد ان يكون نحو التسليم و التسلم فيها بطور آخر و هو تسليم العين التى وقعت الإجاره على منافعها فإذا استأجرت الدابه للركوب فتسليم منافع الدابه أو الدار تسليم عينها ليستوفى المنفعه منها فيسلمك الدابه و تسلمه الأجره على نحو التقابض فى البيع و ان كانت الأجره على عمل فتسليمه ان يهيئ معدات العمل فيحضر هو أو من يتحصل به العمل و بذلك بتحقق التسليم و يستحق الأجره و لكن جرت العاده فى باب إجاره الأعمال نظرا الى احتمال عروض الموانع من الاستمرار على العمل الى تمامه ان تدفع الأجره بعد استكمالها و حقه ان يستلمها عند التهيؤ و الشروع فان الشخص هنا كالعين هناك فكما أنه إذا سلم الدار المستأجره يستحق الأجره كذلك هنا إذا سلم نفسه أو نفس المستأجر على العمل يستحق الأجره و لا فرق فى ذلك بين الأجير المشترك أو الخاص و عبارته (المجله) فى هذه ماده مجمله لا يعلم هل المراد ان الأجير المشترك لا يستحق الأجره إلا بالعمل اى بعد العمل أو عند الشروع بالعمل و لكن

يظهر ان المراد الأول من مقابلته بالأجير الخاص فى ماده (٤٢٥) الأجير الخاص يستحق الأجره إذا كان فى مده الإجاره حاضراً للعمل ولا يشترط عمله بالفعل و لكن ليس له ان يمتنع عن العمل و إذا امتنع فلا يستحق الأجره.

و «التحقيق» ما أوضحناه لك من عدم الفرق بين الأجيرين من حيث أصل الاستحقاق بمقتضى العقد و ان جرت العاده نظرا الى تلك الملاحظه على الفرق بينهما فافهم ذلك و تدبره.

(ماده: ٤٢٦) من استحق منفعه معينه بعقد الإجاره له ان يستوفى عينها أو مثلها أو ما دونها

و لكن ليس له ان يستوفى ما فوقها مثلا لو استأجر الحداد حانوتا على ان يعمل فيه صنعه الحداده له ان يعمل فيه صنعه مساويه فى المضره لصنعه الحداد و لو استأجر دارا ليسكنها فله ان يضع أشياءه فيها و لكن ليس لمن استأجر حانوتا للعطاره ان يصنع فيه صنعه الحداد.

هذه ماده مشوشه غير وافية بإيضاح المراد و إعطاء الضابطه و كان يلزم ان تضم إليها ماده التى بعدها (٤٢٧) كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد مثلا- لو استكرى أحد دابه لركوبه ليس له ان يركبها غيره.

و «تحرير هذا البحث بيان ينجلى به وجه الحقيقه.

انه يلزم فى عقد الإجاره كما عرفت تعيين المنفعه أو العمل المستأجر عليه بنحو تنحسم به كل خصومه محتمله و رافع لكل غرر و جهاله، فلو

استأجر دابه- فكما يلزمه تعيين الزمن لركوبها و المسافه و من اين و إلى اين كذلك يلزمه ان يعين من الذى يركبها و هل هى شخصيه فلا يستوفيه الا هو أو شخص معين، أو كليه يملكها هو و يستوفيه هو أو من يشاء و إذا كانت للحمل لا للركوب و جب عليه تعيين الوزن و جنس المحمول من قطن أو جديد أو طعام و كذلك إذا استأجر حانوتا يلزمه ان يعين المهنة التى يزاولها من حداده أو نجاره أو غيرها من الصنائع التى تختلف تأثيراتها على العقارات و على الابنيه و هى الأعمال التى يعتبر فيها التقييد و التعيين فإن أوضح و قيد فى متن العقد تعين و ان أطلق يعنى استأجر هذا الحانوت سنه معينه أو هذه السنه و لم يذكر ما يشتغل فيه أو استأجر هذه الدابه للحمل من (النجف) الى (بغداد) و لم يعين الوزن و الجنس فان كان هناك عرف ينصرف إليه الإطلاق، أو قرينه مقالیه أو حالیه يبنى العقد عليها فى تقييد تلك الجهات و تحديدها، تعينت و صارت بحكم المذكور فى العقد، و ان لم يكن عرف أشكل صحه العقد للجهاله و الغرر الذى هما ماثرا للخصومه و النزاع و تفكك الأوضاع، و لكن لو عينا صنعه أو صفه فتجاوزها فاما ان يكون التجاوز إلى صنعه أخرى تغايرها بالحقيقه كما لو عينا الحداده فتجاوزها إلى النجاره أو استأجر الدابه لحمل وزنه من الخشب فحمل عليها وزنه من الشعير مثلا ففيها تفصيل يأتى بيانه و ان تجاوزها الى ما يغيرها بالكم فقط فان زاد كما لو حمل عليها من الخشب وزنتين كان ضامنا و لصاحب الدابه الخيار بين ان يفسخ فيأخذ أجره المثل على الوزنتين و بين الإمضاء و يأخذ

أجره المثل للوزنه الثانيه، و ان حمل عليها الأنقص كما لو حمل عليها نصف وزنه صحت و ليس للمستأجر المطالبه بأجره الباقي لأنه قد فوته باختياره و قد ظهر مما ذكرنا- ان من استأجر الحانوت لصنعه من حداده أو غيرها ليس له ان يشتغل فيه بصنعه مساويه للحداده فى المضره أو زائده عليها أو ناقصه منها، نعم لو كان الاختلاف فى المقدار فقط فان نقص صح و لا شىء و ان زاد فالخيار الذى عرفت، كما ان قول (المجله) فى ماده (٤٢٧) لو استكرى أحد لركوبه دابه ليس له ان يركبها غيره، انما يتم فى الإجاره الخاصه الشخصيه لا مطلقا و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (٤٢٨) كل ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو، مثلا- لو استأجر أحد دارا على ان يسكنها له ان يسكن غيره فيها.

فان المالك إذا اشترط ان يسكنها المستأجر اما وحده أو مع عياله و لا يسكن غيره فيها لزم الشرط و صح التقييد سواء كان يختلف باختلاف المستعملين أم لا و أدله الشروط عامه، فلو خالف كان للمالك الخيار بين الفسخ ورد المسمى و أخذ أجره المثل و بين الإمضاء و المطالبه بالزائد- ان كان ثمه زياده- نعم فى الإجاره الكليه التى يملك فيها منفعه الدار المطلقه لا المنفعه الخاصه لا مانع من ان يسكنها من يشاء و لكن بالمقدار المتعارف أيضا بالنسبه الى ما تتحملة تلك الدار، فقول (المجله) ان مالا يختلف- فالتقييد فيه لغو- على إطلاقه غير صحيح

(ماده:- ٤٢٩) يجوز للمالك ان يؤجر حصته الشائعه من الدار المشتركه لشريكه ان كانت قابله للقسمه أو لم تكن،

و ليس له ان

يؤجرها لغيره و لكن بعد المهايأه له ان يؤجر نوبته للغير و «تحرير البحث» فى إجاره المشترك أى المشاع- ان المشاع ان آجر الشريكان حصتهما لثالث أو آجر أحدهما على الآخر فلا اشكال و ان آجر كل واحد منهما حصته لا جنبى فإن كان المشاع يتسع للمستأجرين فلا إشكال أيضا فى صحه الاجارتين و انتفاعهما معا و لا تراحم و ان كان لا يتسع فإن أمكن قسمته و لا ضرر يجيران عليها أو يتفقان على الإجاره لأحدهما و قسمه الإجاره بينهما و ان كان فى قسمته ضرر فاما ان يتفقا على الإجاره الواحده أيضا و إبطال الأخرى أو يجبر الحاكم المستأجرين على المهايأه الزمنيه فان لم يوافق الشريكان أو المستأجران على شىء من ذلك اجبر الحاكم الشريكين على أحد الأمرين من بيع المشاع على ثالث أو شراء أحدهما حصه الآخر، و ليكن هذا أحد أنواع ازاله الشيوخ الشائع فى المحاكم الرسميه فى هذه العصور و هو الأمر الواقع الذى لا محيص عنه فى مثل هذه الخصومات و يطرد فى كل ما لا يمكن قسمته من مثل الرحى و الطاحونه و مكينه الماء و مكينه الخياطه و أمثالها و مما ذكر عرفت القدح فى قول (المجله) و ليس له- أى الشريك- ان يؤجر حصته لغير شريكه، فإنه لا مانع من إيجار الشريك حصته لمن شاء بقاعده (الناس مسلطون،،،) غابته ان كلا من الشريكين لو آجر لأجنبى فحال المستأجرين حال المالكين لا يتصرف أحدهما بالمشاع إلا برضا الآخر فان اتفقا فذاك و ان اختلفا و تشاحا فالميزان ما ذكرنا من المهايأه أو إبطال احدى الاجارتين أو ازاله الشيوخ بأمر الحاكم

على اختلاف الصور هذا كله فى إجاره الشريكين معا أو إجاره أحدهما الآخر، و اما إجاره أحدهما فقط لأجنبى فلا يخلو اما ان يؤجر حصته من المشاع فقط أو يؤجر تمام المشاع ففى الصورة الأولى يقوم المستأجر مقام المالك الشريك تماماً فاما انتفاعهما بالعين معا أو المهايأه أو ازاله الشيوخ أو القسمة على اختلاف أنحاء العين المشاعه حسب ما أشرنا له، و فى الثانية تمضى الإجاره فى حصته لزوما و تبقى فى حصه شريكه موقوفه على الإجازة فإن حصلت نفذت و الا- بطلت ثم المستأجر يكون حاله مع الشريك حال شريكه الآجر و يجرى ما سبق، فتدبر هذا و اغتتمه و «الضابطه العامه» فى المقام أنه متى حصل التشاح و النزاع بين لشريكين فى المشاع فى أنفسهما أو فى اجيريهما فالمرجع هو الحاكم ليجد حلا مشروعاً لقطع مشاجرتهما و رفع خصومتها، و يختلف باختلاف الظروف و الأحوال و البيئه و الرجال.

(ماده: ٤٣٠) الشيوخ الطارى لا يفسد عقد الإجاره،

مثلا- لو آجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجاره فى نصفها الآخر الشائع هذا ليس من الشيوخ الطارى أصلا بل هو من الشيوخ القديم و يمكن ان يجعل من الشيوخ الطارى ما لو آجر داره ثم باع نصفها أو آجر فمات فانتقلت إلى الورثه بناء على الأصح عندنا من عدم بطلان الإجاره يموت المؤجر كعدم بطلانها بموت المستأجر، و على كل فقد عرفت ان الشريك إذا آجر تمام المشاع فهو فضولى بالنسبه إلى حصه الشريك

الآخر ان شاء أجاز و ان شاء فسخ سواء كانت الإشاعه معلومه من أول الأمر أو ظهرت بعد ذلك.

(ماده: ٤٣١) يسوغ للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترك لآخر معا

مثل ماده (٤٣٢) يجوز إيجار شىء واحد لشخصين.

و كلاهما من الواضحات.

الباب الثاني في بيان المسائل المتعلقة بعقد الإجاره

اشاره

و يشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول في بيان مسائل ركن الإجاره

(ماده: ٤٣٣) تنعقد الإجاره بالإيجاب و القبول كالبيع.

عرفت قريبا ان تحقق معنى الإجاره و أثرها و هو تملك المنفعه بالمال يقوم على ثلاثه أركان ١-: العقد ٢-: العاقدين - المؤجر و المستأجر - ٣-: العوضين - المنفعه و الأجره.

اما العقد - فهو الإيجاب و القبول كما في البيع و لكن الصيغه الصريحه هي: آجرت و كريت، و القبول هو: استأجرت و قبلت و ما أشبه ذلك من الألفاظ الصريحه، اما مثل: بعتك المنفعه، أو: صالحتك أو ملكتك فهو و ان صح و كان نتيجه نتيجته الإجاره و لكن ليس هو منها بشى ء فضلا عن مثل: أعرتك و وهبتك و أضرابها و ان سبق الى و هم كثير

من شراح (المجله) دخولها فى الإجاره، و قد سبق ما يوضح لك ذلك فتدبره.

كما أنك عرفت فى [الجزء الأول] ان الصيغه الصريحه فى عامه العقود هى صيغه الماضى دون الأمر و الاستقبال كما أوضحت ذلك

ماده [٤٣٥] الإجاره كالبيع أيضا تنعقد بصيغه الماضى

و لا تنعقد بصيغه المستقبل.

[ماده: ٤٣٦] كما ان الإجاره تنعقد بالمشافهه كذلك تنعقد بالمكاتبه و بإشاره الأخرس.

قد تقدم فى مباحث البيع أن العقود لا تصح بالكتابه، و الكتابه حاكبه لا منشئه، فهى تحكى عن الألفاظ و الألفاظ تحكى عن المعانى، إما إشاره الأخرس فمع عدم إمكان التوكيل تكفى إذا أفهمت و لا يقع شىء من العقود بالرسول و لا بالرساله إلا إذا كان الرسول وكيلا.

(ماده: ٤٣٧) تنعقد الإجاره بالتعاطى أيضا

كالركوب فى بأخره المسافرين و زوارق الشوارع و دواب الكراء من دون مقاوله فإن كانت الأجره معلومه أعطيت و الا اجره المثل.

إذا كانت الأجره معلومه أو اتفقا على أجره معينه كانت إجاره معاطاتيه و الا لم تكن لا من الإجاره العقديه و لا المعاطاتيه لما عرفت فى البيع من ان المعاطاه يلزم ان تكون واجده لكل ما يعتبر فى البيع سوى العقد، نعم إذا استوفى المنفعه بغير تواطؤ على الأجره و لا معلوميه لزم اجره المثل من باب الضمان و الغرامه فتدبر.

(ماده: ٤٣٨) السكوت فى الإجاره بعد قبولاً و رضاه،

مثلاً- لو استأجر رجل حانوتا فى الشهر بخمسين قرشا و بعد ان سكن فيه مده شهر اتى الآجر و قال ان رضيت بستين فأسكن و الا فاخرج و رده المستأجر و قال لم ارض و استمر ساكنا يلزمه خمسون قرشا كما فى السابق و ان لم يقل شيئا و لم يخرج من الحانوت و استمر ساكنا يلزمه إعطاء ستين قرشا كذلك لو قال صاحب الحانوت مائه قرش و قال المستأجر ثمانين و أبقى المالك المستأجر و بقى هو ساكنا أيضا يلزمه ثمانون و لو أصر الطرفان فى كلامهما و استمر المستأجر ساكنا تلزمه اجره المثل.

لعمرك انه حكم غريب لا يساعده الوجدان و لا البرهان فان المالك إذا قال أنا لا أرضى بان تسكن دارى بستين فى الشهر فان رضيت و الا فاخرج فقال الساكن لا ارضى و استمر ساكنا كيف يلزم المالك قبول الخمسين و قد صرح بعدم رضاه الا بستين.

و «بالجملة» فالمدار على قول المالك لا على رد المستأجر، فإن السكوت انما يكون رضا حيث لا يكون مسبوqa بالرد الصريح و المفروض ان المالك صرح بعدم رضاه الا بالستين و قد أمره بالخروج ان لم يرض و أى دلالة أصرح من هذا فهل يعقل ان يكون السكوت مزيلا لهذا البيان المعتمد على قاعدتى (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) و (الناس مسلطون على أموالهم).

و «بالجملة» فهذا ليس من موارد السكوت الذى يعتمد عليه و يستند اليه بل يجب عليه فى الفرض ان يدفع الستين و هكذا فى نظائره.

نعم، الرجوع الى أجره المثل فى الصورة الأخيره متجه كما لا يخفى و فى الصورة السابقه له وجه، اما ما يقوله المستأجر فلا يلزم به المؤجر قطعاً فليتدبر.

(ماده: ٤٣٩) لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل أو تزييده أو تنزله يعتبر العقد الثانى.

المقاوله بعد تماميه العقد الأول لا تجدى و لا ترفع ما وقع عليه ذلك العقد، نعم لو فسخا العقد الأول و عقدا ثانياً يعتبر العقد الثانى و لغا الأول

(ماده: ٤٤٠) الإجاره المضافه صحيحه و تلزم قبل حلول وقتها

بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجاره بمجرد قوله ما آن وقتها تقدم اصطلاحهم على ان الإجاره المنجزه هى الإجاره التى يتصل استحقاق المنفعه بها بزمان العقد، و المضافه هى التى يتأخر الاستحقاق فيها عن زمان العقد كما لو أجره الدار السنه التى بعد هذه السنه أو بعد هذا الشهر و هكذا، و لا ريب عندنا فى صحتها و لزومها كالمجزه، و كل إجاره إذا وقعت صحيحه لا يسوغ لأحدهما فسخها كما فى ماده (٤٤١) الإجاره بعد ما انعقدت صحيحه لا يسوغ للآخر فسخها بمجرد ضم الحارج على الأجره لكن لو أجر الوصى أو المتولى عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من أجره المثل تكون الإجاره فاسده و تلزم أجره المثل.

اما انفساخ اجاره عقار اليتيم و الوقف إذا كانت أقل من ثمن المثل فيمكن ان يكون وجهه هو ان أجره المتولى أو الولى و الوصى منوطه بالمصلحه فإذا لم توافق المصلحه تكون باطله و لكن مع البطلان فان

استوفى المستأجر المنفعة يستوفى منه اجره المثل و الا فتؤجر بما فيه الغبطه لليتيم أو الوقف فلعلما يحصل راغب بأكثر من اجره المثل فلا وجه للقول بها على الإطلاق.

(ماده: ٤٤٢) لو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبه يزول حكم الإجاره.

أوضح مثال لهذا الفرع ما لو استأجر دارا ثم اشتراها. ثم ان شراءه لها لا يخلو اما ان يكون بعد استيفاء تمام المنفعة أو بعضها أو قبل استيفاء شىء منها، اما الاولى فلا إشكال فى صحه البيع و الإجاره و يستحق المالك ثمن العين و اجره المنفعة و هو واضح، و أما الثانيه و الثالثه فقد يقال ببطلان الإجاره فيهما بالنسبه إلى الجميع فى الأخيره و الثانى فى الثانيه بزعم ان الإنسان لا يدفع اجره على الانتفاع بملكه و هو واضح الضعف فإنه لم يدفع اجره على الانتفاع بملكه بل على منفعة ملك غيره فإنه قد تملك المنفعة ما كان يملك العين و حين ملك العين لم يبق فيها منفعة بل ملكها مسلوبه المنفعة كما لو اشترى دارا مأجوره لغيره.

و (الخلاصه) ان البيع اللاحق لا يزاحم الإجاره الصحيحه السابقه و لا يبطلها بل كلاهما صحيحان مؤثران، هذا بالنسبه العين و ذاك بالنسبه إلى المنفعة فحكم (المجله) ببطلان الإجاره لا وجه له.

(ماده: ٤٤٣) لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجاره.

المقصود بهذه ماده بيان أسباب انفساخ الإجاره و بطلتها بعد وقوعها

صحيحه، وقد أحسنت «المجله» فى ضابطه الانفساخ إجمالاً- وهى العذر المانع من اجراء موجب العقد و تفصيل ذلك ان الانفساخ أما زوال العين التى هى محل الإجاره أو زوال المستأجر الخاص على العمل، مثلاً- لو استأجر هذه الدابه المعينه فماتت أو استأجره لقلع ضرسه فبراً أو سقط أو استأجر الشخص المعين للعمل فمرض أو مات فلا إشكال فى ان الإجاره تبطل فى جميع هذه الفروض، و كذا لو استأجر الدكان فانهدم. ثم إن كان زوال الموضوع قبل استيفاء شىء من المنفعه فلا إشكال فى انها تنفسخ و يسقط تمام الأجره و ان كان بعد استيفاء مقدار منها فبالنسبه كما لو ركب الدابه فماتت فى منتصف الطريق فيمكن القول باستحقاق نصف الأجره على تأمل، و لعل المقامات تختلف فيلزم التأمل فى كل مورد بخصوصه و مع التخاصم فالرجوع الى الحاكم اجرى و احكم و الله اعلم.

و (من موارد الانفساخ) ما ذكر فى (المجله) من الأمثله لو استأجر طباحاً للعرس و مات أحد الزوجين، و يمكن المناقشه فى المثال فان موت أحد الزوجين لا يستلزم سقوط الطبخ فليكن الطبخ للعزاء لا للهناء، نعم المثال الثانى صحيح و هو- من كان فى سنه الم فاستأجر على إخراجة فزال الا لم تنفسخ الإجاره و كذلك وفاه الصبى أو الظئر لا بوفاه المسترضع و هذا البحث واسع و ستأتى له أمثله و فروع كثيره.

الفصل الثانى (فى شروط انعقاد الإجاره و نفاذها)**اشاره**

شروط انعقادها هى شروط الصحه، و الإجاره عندنا إذا صحت لظمت و لىس فىها خيار ذاتى كخيار المجلس فى البىع و خيار الحىوان و خيار التأخىر- نعم تجرى فىها الخىارات العامه كخيار العىب و الغبن و نحوها كما سىأتى.

أما شرائط الصحه فتاره بالنسبه إلى العقد و اخرى إلى المتعاقدين و ثالثه إلى الأجره و المنفعه، اما العقد فقد سبق القول فىه فى الفصل الأول، و كان ىنبغى ان تخص (المجله) هذا الفصل لشرائط المتعاقدين و تخص الأول بشرائط العقد و لكنها أدخلت بعضا فى بعض و خلطت فى الفصلین بین شرائط هذا و ذاك ففاتها حسن التحرىر و متانه التألىف، فى ماده (٤٤٤) ىشترط فى انعقاد الإجاره أهلىه العاقدين ىعنى، كونهما عاقلین مملزین، ذكرت شرائط العاقدين من العقل و التملیز و أهلىه التصرف بالملك أو الوكاله أو الولایه أو الوصیه عن المالك و لكنها أقحمت فى خلال ذلك ماده (٤٤٥) المشتمله على ما هو من شرائط العقد و هو اشتراط موافقه الإىجاب و القبول و اتحاد مجلس العقد و كان حق هذا ان ىذكر فى الفصل الأول.

و كىف كان فلا رىب فى فساد عقد المجنون حال جنونه عند الجميع و هو

عند الإماميه من الشرائط العامه المعبره فى صحه كل عمل من عباده أو معامله و أولها العقل، و ثانيها البلوغ، و لكن بعض فقهاء المذاهب يكتفون بالتمييز عن البلوغ فتصح عندهم معامله الصبى المميز، أما الإماميه فبين قائل بالبطلان مطلقاً و هم الأكثر و بين قائل انها موقوفه على اجازة الولى فيشبه الفضولى من هذه الجبهه و ان كان العاقد مالكا، و هذا القول سديد و لعل القائل به كثير حتى من فقهاء المذاهب كالأحناف و غيرهم و قيل بنفوذ مطلقاً أو فى خصوص الوصيه و نحوها مما ورد النص به و القائل به منا قليل.

اما توافق الإيجاب و القبول فهو شرط ضرورى و ركنى فلو وقع القبول على غير ما وقع الإيجاب عليه لم يقع عقد أصلاً، اما اتحاد مجلس العقد فغير لازم لا- هنا و لا فى البيع انما اللازم فيهما كما مرت الإشاره إليه فى البيع- الموالاه بين الإيجاب و القبول- و تحصل بحفظ الهيئه الاتصاليه بينهما بحيث لا يعد القبول مبتوراً عن الإيجاب ككلام مستقل و قد أوضحناه فى (الجزء الأول) مفصلاً فراجع، فإذا حصل التوالى بين الإيجاب و القبول صح العقد من هذه الجبهه سواء اتحد مجلس العقد أم تعدد فلو أوجب المؤجر فى غرفه ثم قاما مصطحبين إلى غرفه قريبه و قبل المستأجر حصل التوالى و ان تعدد مجلس العقد و هو واضح.

(ماده: ٤٤٦) يلزم ان يكون الأجر متصرفاً بما يؤجره أو وكيل المتصرف أو وليه أو وصيه،،،

هذه ماده لبيان أهم شرائط الإجاره كما كانت أهم شرائط البيع و هى اعتبار ملكيه المؤجر أو وكالته أو ولايته عن

المالك و لكن قولها بناء عليه يلزم ان يكون الأجر إلى الآخر- لا يظهر وجهه فان هذا شرط برأسه لا علاقته له بالماده السابقه عليه و هى موافقه الإيجاب و القبول و كان حق المعنى و التعبير ان تقول: يلزم ان يكون الأجر له حق التصرف فى المأجور بملك أو ولاية أو كاله أو وصيه، و أنواع الولاية سته.

١:- ولاية الأب و الجد على الصغير.

٢:- ولاية القيم المنسوب منهما.

٣:- ولاية الوصى على الثلث.

٤:- متولى الوقف.

٥:- الحاكم الشرعى و منصوبه على الصغير الذى لاولى له من أب أو وجد أو منصوبهما و على الغائب و المجنون و الممتنع.

٦:- ولاية الامام على الأراضى الخراجيه و الأنفال و نحوها.

اما الأمانات فإذن لا ولاية فتدبرها.

و هذه الولايات بعضها مع بعض قد تكون طويله و قد تكون عرضيه فإذا اجتمع وليان أو أكثر كأب و جد نفذ تصرف السابق منها و بطل اللاحق و إذا اقترنا بطلا حيث لا يمكن الجمع.

و من العى فى البيان قولهم يلزم ان يكون الأجر متصرفاً أى مالكا للتصرف فتدبره.

(ماده: ٤٤٧) انعقاد إيجار الفضولى موقوف على اجازة المتصرف،

فان كان المتصرف صغيراً أو مجنوناً فالولى أو الوصى بشرط ان يكون

قد أوجر بأجر مثله، لكن يشترط في صحه الإجازة قيام و بقاء أربعة أشياء- العاقدين، و المال المعقود عليه، و بدل الإجازة ان كان من العروض و إذا عدم أحد هؤلاء فلا تصح الإجازة.

يعنى انها موقوفه على اجازة المالك فلو كان المالك صغيراً أو مجنوناً فالولى أو الوصى إذا كانت الإجازة ببدل المثل- و الاولى ان يقال إذا كانت الإجازة موافقه للغبطه و المصلحه إذ قد تكون الغبطه فيما دونه، و على كل فيعتبر في صحه الإجازة و نفوذها بقاء أمرين فقط- المنفعة و الأجره- إن كانت عيناً خارجيه لا ديناً في الذمه اما العاقد الفضولى فلا أثر لبقائه و عدمه إذ هو آله للتلقظ فقط، و أما المعقود له الأصل فالأصح أيضاً اعتبار بقاءه على الأهليه من الحياه و العقل و غيرها و ان أمكن المناقشه في ذلك فليتدبر.

(الفصل الثالث) في شروط صحه الإجازة

[ماده: ٤٤٨] يشترط في صحه الإجازة رضا العاقدين.

حق هذا الشرط و لو احقه من القصد و الاختيار و نظائرها أن يذكر في الفصل المتقدم الذى ذكر فيه بعض شروط العاقدين من العقل و التمييز و لا- بحسن هذا التبعر و الخلل في النظام و كان ينبغى قصر هذا الفصل على شرائط المنفعه و العوض كما هو أكثر مواد بل كلها عدا الاولى.

ثم ان جميع مواد هذا الفصل قد اشتملت على شرطين من شروط

المنفعة و العوض - و هما: التعيين أولاً و تعيين كل شىء بحسبه و الغرض المهم منه بيان كل ما يكون الإخلال به موجباً للغرر أو التشاجر بين المستأجر و المؤجر، و القدره على تسليم المنفعة أو العين المؤجره ثانياً، فلا تصح إجاره الدابه الشارده و العبد الآبق و أمثال ذلك.

و جميع مواد هذا الفصل قويه متينه و نحن نوردها عليك درجاً تبعاً لوضوحها و عدم حاجتها الى تعليق أو تحرير.

(ماده: ٤٤٩) يلزم تعيين المأجور

بناءً عليه لا يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين.

(ماده: ٤٥٠) يشترط ان تكون الأجره معلومه. (ماده: ٤٥١) يشترط فى الإجاره ان تكون المنفعه معلومه

بوجه يكون مانعاً للمنازعه.

(ماده: ٤٥٢) المنفعه تكون معلومه ببيان مده الإجاره

فى أمثال الدار و الحوانيت و الظئر.

(ماده: ٤٥٣) يلزم عند استئجار الدابه تعيين المنفعه

بكونها للركوب أو للحمل أو إركاب من شاء من التعميم مع بيان المسافه أو مده الإجاره.

(ماده: ٤٥٤) يلزم فى استئجار الأراضى بيان كونها لى شىء استؤجرت

مع تعيين المده فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء من التعميم.

(ماده: ٤٥٥) تكون المنفعه معلومه فى استئجار أهل الصنعه ببيان العمل

يعنى بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفيه عمله فإن أريد صبغ الثياب

يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام رقتها.

(ماده: ٤٥٦) تكون المنفعة معلومه فى نقل الأشياء بالإشاره

و بتعيين المحل الذى ينقل اليه مثلا- لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلانى تكون المنفعة معلومه لكون الحمل مشاهد و المسافه معلومه.

(ماده: ٤٥٧) يشترط ان تكون المنفعة مقدوره الاستيفاء

بناء عليه لا يصح إيجاره الدابه الفاره.

الفصل الرابع فى فساد الإجاره و بطلانها

اشاره

الفساد عندهم- غير البطلان- كما سبق فى البيع فيريدون من بطلانها الخلل فى أركانها، و من فسادها عدم استجماع شرائطها، و من هذا يظهر التسامح فى ماده (٤٥٧) تبطل الإجاره ان لم يوجد أحد شروطها مثلا- إيجار المجنون و الصبى غير المميز كاستيجارهما باطل لكن لا تنفسخ الإجاره بجنون الآجر بعد انعقادها.

، فان فقد العقل و التمييز فقد ركن لا فقد شرط، نعم لو وقعت الإجاره صحيحه ثم عرض لأحدهما الجنون أو فقد التمييز أو الموت لم تبطل لأن الأهليه شرط حدوثا لا استدامه، و على كل حال فان هذا الاصطلاح اعنى الفساد و البطلان عديم الفائده فاقد الأثر، ضروره ان الإجاره سواء كانت فاسده أو باطله ان علم المستأجر قبل الاستيفاء حرم عليه التصرف

و لو تصرف ضمن اجره المثل و لو علم بعده لم يكن عليه الأجره المثل مطلقاً فأى فرق بين الفاسده و الباطله فى الأثر العملى، أما الأجره المسماه فلا تلزم أيضاً على كلا التقديرين و انما اللزم اجره المثل بعد الاستيفاء مطلقاً و لا فرق فى ذلك بين مال الكبير و الصغير و الملك و الوقف و العاقل و المجنون فالكل سواء امام القاعده و القانون و القضايا الكليه، و عليه فلا وجه لماده (٤٥٩) لا- تلزم الأجره- أى المسماه- فى الإجاره الباطله بالاستعمال و لكن يلزم المثل ان كان مال الوقف أو اليتيم و المجنون بحكم اليتيم.

فإن أجره المثل لازمه فى الباطله و الفاسده و فى اليتيم و غيره و ظهر أيضاً سقوط مادتي (٤٦٠، ٤٦١) الإجاره الفاسده نافذه لكن الأجر يملك فى الإجاره أجره المثل و لا يملك الأجر المسمى.

فان النفوذ لا معنى فيه و لا اثر له هنا و الفاسده و الباطله متساويان فى استحقاق بدل المثل.

(ماده: ٤٦٢) فساد الإجاره ينشأ بعضه من كون البديل مجهولاً

و بعضه عن فقد شرائط الصحه الآخر ففى الصوره الأولى يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ و فى الصوره الثانيه يلزم أجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى.

هذا التفصيل غير مطرد ففى صوره جهل البديل لا ريب فى لزوم اجره المثل اما فى الثانيه فإن كان فساد الإجاره من جهه عدم الرضا كما لو كان مكرهاً أو غافلاً أو هازلاً فاللزم بالاستعمال اجره المثل أيضاً، نعم لو كان الفساد من جهه عدم التعيين كما لو قال له: آجرتك أحد

الحنوتين أو إحدى الدابتين بخمسه دراهم، فان اللازم هنا أقل الأمرين منها و من بدل المثل فلو كان بدل المثل سبعة لزمتم الخمسه فقط لأنه قد رضى بها حسب الفرض و لو كان بدل المثل ثلاثه تعينت هى لا الخمسه لفساد عقده الإجاره بعدم التعيين و ليس هذا من جهه الفرق بين الفساد و البطلان بل من جهه الرضا بالأقل مع بطلان العقد فتدبره جيداً، و تأمل.

الباب الثالث «في بيان المسائل التي تتعلق بالأجره»

اشاره

«و يحتوى على ثلاثه فصول»

الفصل الأول عرفت ان البيع و الإجاره كليهما يقعان على العين

و لكن البيع من حيث ذاتها و رقبتها و الإجاره من حيث منافعتها و غلتها، و قوام المعاملات- بل العالم كله، بالحيثيات و لو لا
الحيثيات «كما قيل» بطلت الحكمه، فالمعوض فى البيع هو العين لا غير، و فى الإجاره المنفعه فقط، اما العوض فكل مال سواء
كان عيناً أو منفعه، عروضاً أو نقوداً، فكما يصح بيع الدار بمنفعه دار اخرى كذلك يصح اجاره دار بمنفعه دار اخرى.

و (الضابط العام) فى بدل الإجاره ان يكون مالا معلوماً مملوكاً طلقاً مقدوراً على تسليمه، و هذا كما يصلح ان يكون ثمناً فى
البيع يصلح ان يكون عوضاً فى الإجاره سواء بسواء و من كل هذا يظهر الخلل فى ماده «٤٦٣» ما صلح ان يكون بدلا فى البيع
يصلح ان يكون بدلا فى الإجاره، و يجوز ان يكون بدلا فى الإجاره- الشىء الذى لم يصلح ان يكون ثمناً، مثلاً- يجوز ان
يستأجر بستاناً فى مقابله دابه أو سكنى دار.

اى ان عوض الإجاره يقع منفعه كسكنى الدار كما يقع عيناً مثل الدابه و هذا متجه واضح و لكن الذى لا يتجه كون بعض ما
يصلح بدلا فى

الإجاره لا يصلح ان يكون ثمنًا، بل الحق ما عرفت من ان كل ما يصلح عوضاً فى الإجاره يصلح ثمنًا فى البيع و بالعكس فتدبره.

اما:- ماده (٤٦٤) و ماده (٤٦٥) فالمقصود منهما أمر واحد و هو اعتبار معلوميه بدل الإجاره و قد عرفت سابقاً ان معلوميه العوضين اللانزمه فى البيع تعتبر فى خمس جهات:- الوجود، و الحصول، و المقدار، و الجنس، و الوصف، فان كان من المكيلات أو الموزونات عرف مقداره بكيله و وزنه و ان كان من المعدودات فبعده و الا فبمشاهدته و هكذا، و كل هذا يجرى فى بدل الإجاره و بدون معلوميته بذلك النحو تقع الإجاره باطله، و كان يلزم الاكتفاء عنهما بماده واحده فإن الثانيه تغنى عن الأولى فإنها مستدرکه فيقال هكذا:- يلزم ان يكون بدل الإجاره معلوما بتعيين مقداره و وصفه ان كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربه و يلزم تسليم ما يحتاج الى الحمل و المئونه فى المحل الذى شرط تسليمه فيه و ان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم فى المحل الذى هو فيه و ان كان عملاً ففى محل عمل الأجير و ان كان حموله ففى مكان لزوم الأجره، و اما فى الأشياء التى ليست محتاجه إلى الحمل و المئونه ففى المحل الذى يختار للتسليم.

هذه القضية أيضاً لا تختص بباب الإجاره و لعله سبق فى مباحث البيع الإشاره الى ان ما يحتاج الى حمل و مئونه سواء كان ثمنًا أو مئونه و هنا أيضاً سواء كان مأجوراً أو أجره فإن أطلق فالمتبع عرف البلد و ان لم يكن عرف فاللازم التعيين فى العقد فان لم يعيننا كان باطلا للجهاله و كل هذا

انما يجىء في الأشياء المنقولة و ما يحتاج نقله إلى مؤونه اما غير المنقول فلا يدخل في البحث أصلاً و كذلك المنقول الذي لا مؤونه في نقله كالنقود، فقول (المجله) اما في الأشياء التي ليست محتاجه إلى الحمل و المؤونه ففي المحل الذي يختار للتسليم، غير سديد كما لا يخفى، اما العمل فينصرف عند الإطلاق إلى محل العمل ان كان له محل كالدار و البستان و الا فما يقع عليه الشرط.

الفصل الثاني في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الأجره و كيفية استحقاق الأجر و الأجره

«ماده: ٤٦٦» لا تلزم الأجره بالعقد المطلق يعني لا يلزم تسليم بدل الإجاره بمجرد انعقادها حالاً.

عرفت مكرراً ان كلا من العوضين في البيع و الإجاره يملكه الآخر بمجرد العقد و يجب على كل منهما دفع ما في يده الى الآخر فلو تشاحا أجزهما الحاكم و يكفي في إجاره الأعيان تسليم العين لاستيفاء منفعتها و في العمل التهيؤ أو تسليم العامل نفسه و بهذا يظهر ان الملكيه لا- تتوقف على التسليم و القبض، نعم استقرارها يتوقف عليه فمن المتجه ما في ماده «٤٦٧» يلزم الأجره بالتعجيل، و لكن غير متجه قولها: يعني لو سلم المستأجر الأجره نقداً ملكها الأجر، فإن الملكيه كما عرفت لا تتوقف على التسليم بل يكفي العقد في تحققها، نعم انما تلزم بالتسليم و التسلم

(ماده: ٤٦٨) تلزم الأجره بشرط التعجيل،،،

يعنى لو شرط إعطاء بدل الإجاره نقداً يلزم المستأجر تسليمه ان كان عقد الإجاره وارداً على منافع الأعيان أو على العمل ففى الصوره الأولى للأجر ان يمتنع عن تسليم المأجور و لكن الخيار لمن له الشرط لا لمن هو عليه فجعل الخيار لهما فى الماده غير سديد و فى الصوره الثانيه للأجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفى الأجره.

و على كلتا الصورتين لهما مطالبه الأجره نقداً فان امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجاره، هذا كله عملاً بمقتضى الشرط و إذا لم يف بشرطه كان للآخر خيار تخلف الشرط إذا كان الشرط فى متن العقد.

(ماده: ٤٦٩) تلزم الأجره باستيفاء المنفعه

مثلاً- لو استأجر أحد دابته على ان يركبها الى محل ثم ركبها و وصل الى ذلك المحل يستحق آجرها الأجره.

يراد من هذه الماده و التى بعدها- (ماده: ٤٧٠)- بيان أمر واضح و هو أن الأجره التى تملك بالعقد عندنا تصير لازمه بأمرين (الأول) استيفاء المنفعه (الثانى) القدره على الاستيفاء، فمن استأجر داراً سنه أو شهراً و صارت فى يده الى تمام السنه لزمه الأجره سواء سكنها أم لا لان فوات المنفعه بيده بمنزله الاستيفاء- فكان يلزم جعلهما ماده واحده بأوجز مما ذكره بكثير بل و تنضم إليهما ماده (٤٧١) لا يكفى

فى الإجاره الفاسده التمكن على استيفاء المنفعه و لا تلزم الأجره ان لم يحصل الانتفاع حقيقه.

و سر ذلك ظاهر فإن الفاسده أو الباطله ليس لها أى اثر عقدى غايته انه ان استوفى المنفعه لزمه اجره المثل ضمناً و غرامه لا عقدا و معامله فإذا لم يستوف المنفعه فأى حق عليه؟، اما مع العقد و عدم الاستيفاء كما فى الصوره المتقدمه فالعقد الزمه بالأجره و هو قد فوت المنفعه على نفسه. ه- و (الحاصل) ان كل من استولى على مال غيره عيناً أو منفعه بغير عقد معه و لا رضا منه فهو ضامن له بمثله أو قيمته سواء كان المال معدا للاستغلال أو لا و سواء صدق عليه عنوان الغصب أم لا طالبه المالك بالأجره أم لا، و من هنا يظهر الخلل فى ماده (٤٧٢) و من استعمل مال غيره من دون عقد طالبه المالك بالأجره فإن كان معدا للاستغلال تلزمه اجره المثل و الا فلا، لكن لو استعمله بعد مطالبه صاحب المال الأجره و ان لم يكن معداً للاستغلال يلزمه إعطاء الأجره لأنه باستعماله فى هذا الحال يكون راضياً بإعطاء الأجره.

فإن الأجره لازمه على كل حال و لا وجه للفرق بين ما هو معد للاستغلال و بين غيره و لا بين المطالبه بالأجره و بين عدمها فان مال الغير لا- يحل إلا- بإحراز الرضا و مع عدم إحراز الرضا فهو ضامن مطلقاً، و الرضا اللازم هو رضا المالك لا رضا مستوفى المنفعه، و الظاهر ان حكم (المجله) بعدم الأجره فى صوره عدم العقد مستند إلى القاعده المعروفه [الأجر و الضمان لا يجتمعان] ماده (٨٤) و هى من القواعد المسلمه عند الحنفيه و خالفهم

فيها الإماميه و الشافعيه و قد تقدم فيها البحث مفصلاً و سيأتي أيضاً في ماده [٥٩٦] و- هب- أننا سلمنا بالقاعده تماشياً و لكن ما وجه الفرق بين المعد للاستغلال و غيره و بين المطالبه بالأجره، و عدم المطالبه و الكل سواء بحكم القاعده؟ فاما عدم الضمان مطلقاً على أصول الحنفيه و أما الضمان كذلك مطلقاً على أصول الباقيين فتدبره جيداً.

(ماده: ٤٧٣) قد تقدمت عيناً في ماده (٤٦٨) كما أنها تغني و لو أحقها عما بعدها ماده (٤٧٤) إذا شرط تأجيل البدل يلزم على الأجر أولاً تسليم المأجور و على الأجير إيفاء العمل و الأجره لا تلزم الا بعد انقضاء المده التي شرطت.

[ماده: ٤٧٥] يلزم على الأجر أولاً تسليم المأجور و على الأجير إيفاء العمل في الإجاره المطلقه

التي عقدت من دون شرط التعجيل و التأجيل على كل حال، يعني ان كان عقد الإجاره على منافع الأعيان أو على العمل.

قد عرفت ان حال الإجاره في العوضين حال البيع فكما يجب التقابض بينهما في البيع و ليس أحدهما بأولى من الآخر في السبق بعد فرض استحقاق كل منهما ما على الآخر و ان تشاحا أجزهما الحاكم فكذلك في الإجاره فلزوم تسليم المأجور أولاً على المؤجر و إيفاء العمل بعد على الأجير لا وجه له إلا مع الشرط كما في:-

(ماده: ٤٧٦) ان كانت الأجره موقوته بوقت معين كالشهريه و السنويه مثلاً يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت.

فان المتبع فى جميع هذه الفروع و الفروض هو الشرط، اما المطلقة فالحكم فيها التقابض و التعجيل من الطرفين كل بحسبه، و كذا مبدأ الوقت فى الموقته يتبع الشرط فان جعله من وقت التسليم لزم كذلك و إلا فمن وقت العقد، فلو قال استأجرت دارك سنه بدينار ادفعه بعد شهر، فالإطلاق يقتضى شهراً بعد العقد لا بعد التسليم، نعم لو لم يسلم لم يستحق الأجره و لكن لو سلم استحق الأجره بعد شهر عن السنه التى هى من حين العقد لا من حين التسليم، غايته ان المستأجر له الرجوع على المؤجر بقيمه ما مضى من المده و يكون كالعاصب و لا- يبعد ثبوت الخيار له، و من هنا يظهر الخلل فى ماده (٤٧٧) تسليم المأجور شرط فى لزوم الأجره يعنى تلزم الأجره اعتباراً من وقت التسليم فعلى هذا ليس للأجر مطالبه اجره مده مضت قبل التسليم و ان انقضت مده الإجاره قبل التسليم لا يستحق الأجر شيئاً من الأجره، يعنى ان الإجاره تبطل لفوات محلها و يحتمل الصحه و الرجوع عليه بالقيمه.

و خلاصه التحقيق هنا- و ان مرت الإشارة إليه غير مره- ان كلاً- من البائع و المشتري و الأجير و المستأجر عند تماميه العقد يستحق على الآخر ما وقع العقد عليه و يصير ملكاً له و لكن مترزلاً فإذا وقع القبض و الإقباض استقرت الملكيه و لازمها ان لكل منهما مطالبه الآخر بالمال المنتقل منه اليه سواء أقبض أحدهما الآخر و سلمه أم لا فان استحقاق المطالبه من لوازم ذات العقد لا من لوازم تسليم أحدهما و عدم تسليمه.

و من هنا ظهر تسامح تعبير السيد الأستاذ قدس سره فى عروته إذ يقول:

و لكن لا يستحق المؤجر مطالبته الا بتسليم العين أو العمل كما لا يستحق المستأجر مطالبتهما الا بتسليم الأجره كما هو مقتضى المعاوضه، ا ه بل التعبير الصحيح أن كلا منهما يستحق مطالبه الآخر سواء سلم هو أم لا و هو واضح.

(ماده: ٤٧٨) لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجره

مثلاً- لو احتاج الحمام الى التعمير و تعطل في أثناء تعميره تسقط حصته تلك المده من الأجره و كذلك لو انقطع ماء الرحي و تعطلت تسقط الأجره اعتبارا من وقت انقطاع الماء و لكن لو انتفع المستأجر بغير صوره الطحن من بيت الرحي يلزمه إعطاء ما أصاب حصه ذلك الانتفاع من بدل الإجاره.

هذا البحث الأثيل لم توفه (المجله) حقه مع انه من أهم مباحث الإجاره وقعاً، و أعمها نفعاً، و أوسعها فرعاً، و تحريره بتنقيح و اختصار- ان امتناع الانتفاع بالعين المستأجره لا يخلو إما ان يكون لأمر قهري (أرضى أو سمائي) أو لسبب اختياري بشري أو لحادث اتفاقي اعتباري، و على جميع التقادير فاما ان يحدث بعد العقد قبل القبض أو بعده، قبل استيفاء شىء من المنفعه أو بعد استيفاء مقدار منها فيتخرج من ذلك عدده صور.

الأولى:- ان يحدث المانع بعد العقد قبل القبض فان كان يعد تلفاً فلا إشكال في البطلان اما لقاعده (كل مبيع تلف قبل قبضه ..) ان قلنا بأنها على القاعده فتجرى في غير البيع و الا فالخيار من جهه تعذر التسليم كما سيأتى.

الثانيه:- ان يحدث بعد القبض قبل استيفاء شىء من المنفعة فإن كان تلفاً أو بحكمه كموت العبد و تشرذ الدابه و سقوط الانيه فى البحر كان له خيار تعذر التسليم فان المستأجر و ان قبض العين و استلام العين استلام لمنافعها فيكون التلف عليه كما فى البيع لو تلف المبيع فى يد المشتري و لكن حيث ان المنافع تدريجيه الحصول فلا يكون استلام العين استلاماً لها الا بعد مضى تمام المده فتكون من هذه الجبهه بحكم غير المقبوض و ان كان قبضاً من حيث صيروره الأجره به لازمه كلزوم العقد الذى هو من آثار قبض المنفعه التى وقعت الأجره عنها فان اختلاف الحثيه كما عرفت يصحح اختلاف الحكم، و حينئذ فيما الحكم بالانفساخ بقاعده (التلف قبل القبض،،،) بناء على عمومها لغير البيع أو الخيار لتعذر التسليم، و إذا لم يكن تلفاً أو بحكمه كمطر أو جب انهدام الدار كلا أو بعضاً أو سليل أو جب غرق المزرعه فلا تصلح للزرع و ما أشبه ذلك، كان للمستأجر خيار العيب و لو قلنا بأنه يلزم المالك بالمبادره إلى إصلاحه فإن أمكن بحيث لا يفوت من المنفعه زمن معتد به و جب و لا خيار و الا كان له الخيار.

الثالثه:- ان يحدث بعد استيفاء مقدار من المنفعه فإن كان المانع مما يعد تلفاً بالنسبه إلى الباقي جاءت قاعده (التلف قبل القبض،،،) بناء على عمومها و جاء التقسيط و يكون الانفساخ حينئذ من حين حدوث المانع و استتقرب السيد الأستاذ قدس سره كون الانفساخ من حين العقد فيرجع المسمى إلى المستأجر و يدفع أجره المثل للمؤجر عن مقدار ما استوفاه من المنفعه و يدفعه أصاله اللزوم فى العقد و وجوب الوفاء به

حسب الإمكان، و إن لم يكن تلفاً فالخيار اما للعيب أو لتعذر التسليم.

الرابعه-: ان يكون المانع من فعل بشر و هو اما المؤجر نفسه أو المستأجر نفسه أو أجنبي فإن كان هو المؤجر فالمستأجر بالخيار بين الفسخ و استرجاع المسمى و بين الإمضاء و يأخذ منه بدل مثل المنافع التي استحقها بعقد الإجاره، و ان كان هو المستأجر لزم العقد و كان بمنزله استيفاء المنافع و ضمن للمؤجر العين و ان كان هو الأجنبي تخير المستأجر بين الفسخ و استرجاع المسمى لتعذر التسليم أو إمضاء العقد و الرجوع على الأجنبي ببدل المثل و على كلا التقديرين يضمن المتلف العين للمالك مسلوبه المنفعه و يدخل فى هذا النوع غصب الغاصب، و تسلط الظالم، و انتزاع الجائز و الغاشم، و ما الى ذلك من أنواع الاستيلاء العدواني.

الخامسه-: ان يكون المانع من الانتفاع حادث اتفاقى اعتبارى كما لو استأجر حانوتا فى سوق ثم سقط استعمال ذلك السوق و صار الرواج فى سوق آخر أو هجرت القرية التي كان بها ذلك السوق أو صار إضراب و نحوه مما يوجب سد الحوانيت مده شهراً أو أكثر و أمثال ذلك من الحوادث الاتفاقية فالمسئله هنا مشكله و لا تخلو من غموض فإنه و ان لم يكن تلفاً و لكن يشبه ان يكون بحكم التلف، و إذا لم يكن عيباً فيشبه ان يكون بمنزله العيب و مع ذلك كله فالظاهر أو الصريح من (المجله) لزوم الأجره-:

(ماده: ٤٧٩) من استأجر حانوتاً و قبضه ثم عرض للمبيع أو الشراء

كباد ليس له ان يمتنع عن إعطاء كراء تلك المده بقوله ان الصنعه ما راجت و الدكان بقى مسدوداً.

و عقده الاشكال ما ذكرنا من ان قبض المنافع نظراً لكونها تدريجيه لا يحصل بمجرد قبض العين بل لا بد من انتهاء المده فلو تعطلت المنافع فى بعض المده كان بمنزله التلف قبل القبض يفسخ العقد بالنسبه اليه و يأتى التقسيط عند المشهور و الانفساخ القهرى فى الجميع عند السيد فى العروه، و وجه الأول ان العقد ينحل الى عقود، و وجه الثانى بساطه العقد، أو ان الانفساخ من حين المانع عندهم و من حين العقد عنده، و قد عرفت ان الأصح الأول، و ثمره المسأله لا تزال فى غلاف من الخفاء و من كل ما ذكرنا ظهر لك انه لو احتاج الحانوت أو الدار أو الحمام و ما أشبهها إلى إصلاح فى المده فهى على المؤجر، فاما تسقط من الأجره بحسابها أو يستوفى أياماً اخرى بمقدارها و من هذا الباب:-

(ماده: ٤٨٠) لو استأجر زوراً على مدته و انقضت فى أثناء الطريق تمتد الإجاره إلى الوصول الى الساحل

و يعطى المستأجر أجر مثل المده الفاضله.

و التعبير بامتداد الإجاره تسامح بل الإجاره تنتهى بانتهاء مدتها و لكنه مأذون بالإذن الشرعى لضروره حفظ النفس أو المال الى استعمال الزورق الى ان ينتهى إلى الساحل بأجره المثل و تظهر الثمره ان للمالك المؤجر ان يطالب بأجره المثل عن الأيام الزائده على المده لو كانت زائده على اجره المسمى بخلاف ما لو قلنا بامتداد الإجاره فتدبر.

أما (ماده: ٤٨١) لو اعطى أحد داره آخر على ان يرمها و يسكنها بلا اجره

ثم رامها و سكنها ذلك الآخر كان من قبيل العاريه و مصارف

الأمانات لم يكن له ذلك سيما مع مطالبه المالك و كذا فى عقد الإجاره فإن للمؤجر ان يحبس العين حتى يقبض الأجره مع انه قد تعلق به حق الغير و هو المنفعه و لكنه معاوضى لا- يستحقه الا- بالعوض و لصاحب الحق ان يحبسه حتى يقبض العوض، فالعامل فى العين سواء كان لعمله أثر كالخياطه فى الثوب أو لا- اثر له كحمل الطعام له ان يحبس الطعام أو الثوب حتى يقبض حقه، و اثر ذلك انه لو حبس العين لاستيفاء حقه بغير تعد و لا- تفريط لا- ضمان عليه فى الصورتين بل لا يبعد صحه إلزامه بالأجره و ان تلفت العين لأنها قد استقرت عليه و التلف لا يصلح لان يكون مسقطاً كما هو ظاهر، و هو نظير ما لو تلفت العين فى يده بعد العمل و قبض الأجره بغير تفريط فكما انه ليس له ان يرجع بها كذلك يجب عليه هنا دفعها و التلف لا- اثر له فى المقامين و من هنا ظهر الخلل فى ماده (٤٨٣) ليس للأجير الذى ليس لعمله اثر كالحمال و الملاح ان يحبس المستأجر فيه و بهذا الحال لو حبس الأجير المال و تلف فى يده يضمن و صاحب المال فى هذا مخير ان شاء ضمنه محمولاً و اعطى أجرته و ان شاء ضمن غير محمول و لم يعط أجرته.

التعمير عائده اليه و ليس لصاحب الدار ان يطالبه تلك المده بشىء من الأجره- خارجه عن مباحث الإجاره، فإنها عاريه مشروطه بل إباحه مقيده و لا يختص هذا بالدار بل قد يعبره الدابه للركوب و يشترط عليه علفها، بل يمكن ان يقال: ان نفقه المستعار مطلقاً على المعير إلا إذا شرط انها على المالك على ان لزوم مثل هذه الشروط الواقعه فى العقود الجائزه كالعاريه أو فى ما يشبه الإيقاع كالإباحه محل نظر و لتحقيق ذلك مقام آخر.

الفصل الثالث فى ما يصح للأجير ان يحبس المستأجر فيه فى استيفاء الأجره و ما لا يصح

(ماده: ٤٨٢) يصح للأجير الذى لعمله اثر كالخياط و الصباغ و القصار ان يحبس المستأجر لاستيفاء الأجره ان لم يشترط نسيئتها و بهذا الوصله لو حبس ذلك المال و تلف فى يده لا يضمن و بعد تلفه ليس له ان يستوفى الأجره.

العين المأجوره لاستيفاء منفعتها أو للعمل فيها- كالدابه للركوب أو الثوب للخياطه أو الطعام للحمل- كلها امانه فى يد المستأجر و العامل لكن ليس على حد سائر الأمانات بل يده عليها يد أمانه معاوضه يعنى انها مقبوضه بالمعامله و العوضيه إما بالمثل أو القيمه أو المسمى و لذا جاز للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن و يتقابضا و لو كان على حد سائر

الباب الرابع فى (بيان المسائل التى تتعلق بمدته الإيجار)

(ماده: ٤٨٤) للمالك ان يؤجر ماله و ملكه لغيره مدته معلومه قصيره كاليوم أو طويله كالسنين.

هذا مما لا اشكال فيه لأن الإنسان حر فى ملكه يتصرف كيف شاء و (الناس مسلطون على أموالهم) فلو أراد الرجل المسن ان يؤجر داره مائه سنه كان له ذلك سواء كانت الغبطه فيه أم لا و لكن هذا فيما هو ملكه اما ما هو ملك غيره و له الولاية عليه مثل مال الوقف و مال اليتيم و مال الغائب الذى لا وكيل له و أمثال ذلك فلا يبعد القول بان تصرف الولي فيها منوط بالمصلحه فربما لا- تكون المصلحه بإجارته أكثر من سنه أو سنتين و الحاصل ان الأولياء ليس حالهم فيما لهم الولاية عليه كحالهم فى أموالهم الخاصه بهم و هو واضح.

(ماده: ٤٨٥) ابتداء مدته الإجاره تعتبر من الوقت الذى سمي أى عين و ذكر عند العقد.

عرفت انه لا- بدّ من تعيين المدته فى إجاره المنافع بل و اجاره الأعمال فإن عين ابتدائها بعد شهر أو يوم أو غير ذلك فى متن العقد تعين و ان أطلق كان الابتداء من بعد العقد بلا فصل كما فى ماده (٤٨٦) إذا

لم يذكر ابتداء المده حين العقد يعتبر من وقت العقد، فهاتان المادتان عبارته عن ماده واحده تؤدى بأخصر عبارته و أقل ألفاظ من إحديهما.

و (ماده: ٤٨٧) كما يجوز إيجار عقار على ان يكون لسنة فى كل شهر أجرته كذا دراهم كذلك يصح إيجاره لسنة بكذا دراهم بدون بيان شهرته أيضاً

- فهى واضحه لا تحتاج الى بيان.

و (الضابطه) انه كلما كانت الأجره و المنفعه و المده معلومه صحت الإجاره، و يتفرع على لزوم تعيين المده انه لو أجره كل شهر بكذا أو كل سنه بكذا و لم يعين مقدار الأشهر أو السنين لم تصح الإجاره لجهاله المده، و من هذا يظهر فساد ما فى ماده (٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهرته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد، بل الأصح أنه يبطل عند أكثر فقهاء الإماميه، ثم ان إطلاق السنه عند المسلمين ينصرف إلى الهلاليه الهجرية الا ان يكون المتعارف فى بلد غير هذا فيحمل الإطلاق عليه كما ان منصرف الشهر هو الهلالى و عليه ماده (٤٨٨) إذا عقدت الإجاره فى أول الشهر على شهر واحد أو أزيد من شهر انعقدت مشاهره، و بهذه الصوره يلزم دفع أجره شهر كامل و إن كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً.

و «الضابطه» ان الشهر عند الإطلاق هو الهلالى فان لم يمكن حمله عليه فهو العددي كما فى ماده (٤٨٩) لو اشترط على ان تكون الإجاره لشهر واحد فقط و كان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين.

يعنى فى الإجاره المنجزه لا المضافه التى تدور مدار التعيين عددياً أو

هالليا كما هو واضح، و عليه أيضا تبني ماده (٤٩٠) لو اشترط ان تكون الإجاره لكذا شهر و كان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الأول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير و توفي في اجره باقى الأيام بحساب اليوميه و تعتبر الشهور التى بينها بالأهله- مثلا لو قال: فى نصف رجب- أجزتك الدار ثلاثه أشهر احتسب شعبان و رمضان هلالين ناقصين كانا أو كاملين و أكمل رجب من شوال ما يتم به ثلاثين على أنه شهر عددى و لا حاجه الى حساب اليوميه لأن الغرض ان الأجره على الشهور لا على الأيام، و يمكن ان يقال: انه يكمل الشهر على واقعه فان كان ناقصاً أكمل تسعه و عشرين و ان كان تاماً أكمل ثلاثين و له وجه و الأول أوجه.

(ماده: ٤٩١) كما يعتبر الشهر الأول الناقص ثلاثين إذا اشترط

كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر عند مضى بعض الشهر كذلك تعتبر سائر الشهور التى ستأتى ثلاثين يوماً على هذا الوجه،، فى هذه ماده من التعقيد و التطويل ما أضع المقصود، و حاصله انه إذا أجز شهرياً من دون تعيين عدد الأشهر و كان فى أثناء الشهر فالأشهر كلها تحسب عدديه ثلاثين ثلاثين، و لكن هذه الإجاره عندنا فاسده و لا بدّ من تعيين عدد الأشهر، و الحكم بصحتها فى الشهر الأول و فسادها فى الباقى كما سيأتى، و ينسب الى بعض فقهاء المذاهب تحكم صرف لا دليل عليه.

(ماده: ٤٩٢) لو عقدت الإجاره فى أول الشهر لسنة

تعتبر اثنى

عرفت ان الشهر عند المسلمين بإطلاقه يحمل على الأشهر الهلاليه كما ان السنه اثني عشر هلالى كما يدل عليه كريمه (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا) و (يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ) نعم لو كان المتعارف فى بلدهم السنه الشمسيه فلا شك ان الإطلاق يحمل عليها لان العرف الخاص يقدم على العرف العام و على العرف الشرعى فى هذه الموضوعات، و على ما ذكرنا تبنتى ماده (٤٩٣) لو عقدت الإجاره لسنه و كان قد مضى من الشهر بعضه يعتبر منها شهر أياماً و باقى الشهر الإحدى عشر بالهلال، و هو مسلم لا كلام فيه، انما الكلام فى ان الشهر العددى هل يحسب ثلاثين أو يحسب على ما اتفق من حال الشهر الأول من ثلاثين أو تسعه و عشرين و كما سبق قريباً.

(ماده: ٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد

لكن عند ختام الشهر الأول يصح لكل من الآجر و المستأجر فسخ الإجاره فى اليوم الأول و ليلته من الشهر الثانى الذى يليه.

و قد عرفت ان هذا تحكم صرف لا دليل عليه فاما يبطل فى الجميع أو يصح فى الجميع و لا فرق بين قبض الأجره و عدمه فإنه إذا لم يعين عدد الأشهر أو السنين أو الأيام تقع الإجاره مطلقاً و كلما ذكر فى هذه الماده من الذبول و الفروع و التقاسيم عاريه عن الدليل سيما قوله: و ان كان قد قبضت اجره شهرين أو أزيد فليس لأحدهما فسخ اجاره الشهر المقبوض أجرته، فإن

قبض الأجره لا يرفع ما وقع العقد عليه من الإجمال و هذا أيضاً من أحكامهم الكيفيه التي يرجعون فيها الى الاستحسان مع عدم مساعده الأدله الشرعيه.

(ماده: ٤٩٥) لو استأجر أحد أجيراً على ان يعمل يوماً يعمل من طلوع الشمس الى العصر

أو الى الغروب على وفق عرف البلده في خصوص العمل.

هذا مع الإطلاق اما مع التعيين فهو المتبع.

(ماده: ٤٩٦) لو استأجر نجار على ان يعمل عشره أيام

تعتبر الأيام التي تلى العقد و ان كان قد استأجر في الصيف على ان يعمل عشره أيام لم تصح الإجاره ما لم يعين العمل اعتباراً من اى شهر و اى يوم.

لا فرق بين الصيف و غيره في ان الإطلاق يقتضى الانصراف إلى الأيام التي تلى العقد الا ان تكون هناك قرينه خاصه من حال أو مقال تمنع هذا الانصراف أو عرف خاص في البلد يقتضى خلافه، اما كون الوقت صيفاً أو شتاءً فلا اثر له في لزوم التعيين و لا في عدمه فتدبره.

الباب الخامس فى الخيارات**اشاره**

(و يشتمل على ثلاثه فصول) لعلك علمت من مباحث الخيار فى البيع ان الخيار تاره يثبت من دليل خاص و اخرى يقتنص من الأدله العامه كقاعده الضرر و عمومات الشروط و نحوها فما قام الدليل على ثبوته فى البيع اقتصر عليه و لم يتعد الى غيره من المعاملات لما عرفت من ان الخيار على خلاف الأصل و ما استفيد من العمومات أطرده فى كل معامله انطبق عليها ذلك الدليل، و حيث ان مثل خيار المجلس و الحيوان و التأخير كانت أدلتها وارده فى البيع فهى مقصوره عليه و لا- يجرى فى إجاره و لا غيرها، و اما بقيه الخيارات المستفاده من الأدله العامه و ان أيدها الأدله الخاصه فهى تجرى فى الإجاره كما تجرى فى البيع، و إليك بيانها و عنوانها.

١- خيار الشرط- و منه شرط الخيار عند رد العوض أى الأجره.

٢- خيار العيب.

٣- خيار الغبن.

٤- خيار الاشرط.

٥- خيار تبعض الصفقه.

ص: ١٧٤

٦-: تعذر التسليم ٧-: التفليس.

٨-: التدليس.

٩-: الشركه.

١٠- ما يفسد ليومه.

١١- خيار الوصف.

١٢- خيار الورثه فيما زاد على الثلث

الفصل الأول «فى بيان خيار الشرط»

[ماده: ٤٩٧] يجرى خيار الشرط فى الإجاره كما جرى فى البيع

و يجوز الإيجار و الاستيجار على ان يكون أحدهما أو كلاهما مخيراً كذا أيام.

خيار الشرط فى الإجاره كخيار الشرط فى البيع يصح ان يجعلاه لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبى على نحو المؤامره أو المشاوره أو الاستقلال متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه فى يوم أو أيام أو أكثر حسب ما يتفقان عليه من توزيع الأجره لو حصل الفسخ فى الأثناء أو ردها تماماً، اما مع عدم التعيين فالتوزيع - كل ذلك لعموم أدله الشروط.

(ماده: ٤٩٨) كما ان الفسخ و الإجاره على ما بين فى ماده (٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٤) يكونان قولاً كذلك أيضاً يكونان فعلاً

- بناء عليه لو كان الآجر مخيراً و تصرف فى المأجور بوجه من لوازم التملك فهو فسخ فعلى و تصرف المستأجر المخير فى المأجور كتصرف المستأجرين إجازة فعلية.

إذا كان للمؤجر خيار فأجر العين ثانياً من مستأجر آخر فان كان فى غير زمن خياره فهو فضولى عن المستأجر و ان كان فى زمن خياره فهو فسخ للإجاره الاولى، و ان كان الخيار للمستأجر و تصرف فى العين المستأجره أيام الخيار على نحو تصرف المستأجرين فهو إجازة منه لان التصرف أماره نوعيه على الرضا و الالتزام، و هذا واضح و ضوح ماده (٥٠٠) لو انقضت مده الخيار قبل فسخ المخير أو إنفاذه الإجاره يسقط الخيار و تلزم الإجاره و ماده (٥٠١) مده الخيار تعتبر من وقت العقد، يعنى مع الإطلاق، و لكن ماده (٥٠٢) ابتداء مده الإجاره يعتبر من وقت سقوط الخيار- مبنى على ما سبق فى البيع من ان المبيع مع خيار البائع لا- يملكه المشتري إلا- بعد انقضاء زمن الخيار، و عرفت انه ممنوع عند جمهور فقهاء الإماميه و شد من نسب إليه الرأى المتقدم الذى عرفت فيما سبق ضعفه من حيث القواعد.

[ماده: ٥٠٣] لو استؤجرت ارض على ان تكون كذا ذراعاً أو دونماً فخرجت زائده أو ناقصه نصح الإجاره

و يلزم الأجر المسمى لكن المستأجر مخير حال نقصانها، له ان يفسخ الإجاره ان

هذه القضية فرع يبتنى على أصل كثير الفروع، و كلى متوفر المصاديق و هو باب الكميات المتصلة و المنفصله و قد مر نظير ذلك فى البيع أيضاً مثل ما لو باع قطعه قماش أو منقله حديد أو آجر داراً على انها خمس غرف أو سياره بناء على انها رقم كذا فتبين الخلاف فى الجميع زياده أو نقصاً فان العدد المخصوص ان كان على سبيل القيديه و التعيين و (المقيد عدم عند عدم قيده) فالإجاره ان كانت شخصيه تقع باطله و ان كانت كليه صحت و طالب بالمصداق فى صورته النقص ورد الزائد فى صورته الزياده و ان كان على سبيل الشرطيه و تعدد المطلوب صحت مع المخالفه ان كانت شخصيه و كان له خيار تخلف الشرط و ان كانت كليه طالب بالمصداق أو رد الزائد.

هذا كله قبل الاستيفاء اما بعده فعليه اجره مثل ما استوفاه و يطالب بالمصداق أو يرد أو يفسخ على اختلاف الصور، و يظهر من (المجله) ان له الخيار فى صورته النقص و له الزائد فى صورته الزياده و هو غريب و لا ندرى بأى وجه يتملكها مع ان العقد وقع على الأقل منها، و قد تقدم فى ماده (٢٢٦) الى (٢٢٨) ما لعله ينفع هنا أيضاً فراجع.

ثم ان حال الزمان فى الزياده و النقصان حال المقادير و الأوزان فى الأجناس و الأعيان فلو اكرت منه دابه على ان يوصله بها الى [بغداد] فى أول رجب أو أعطاه ثوباً ليخطه و يدفعه له ليله العيد فتأخر عن ذلك فان كان على نحو القيديه لم يستحق الأجير شيئاً أصلاً لأنه لم يأت بالمأجور عليه و لا بشىء منه لانه بسيط لا تركيب فيه

و ان كان على نحو الشرطيه كان له الفسخ فان فسخ استحق الأجير بدل المثل و ان امضى فالمسمى، و بهذا يظهر الخلل فى ماده (٥٠٥) يجوز عقد الإجاره على عمل عينت أجرته و شرط ايفاءؤه فى الوقت الفلانى يكون الشرط معتبراً مثلاً- لو اعطى أحد إلى الخياط ثيابا على ان يفصلها و يخيطها هذا اليوم أو لو استكرى أحد ذلولاً بشرط ان يوصله فى عشره أيام إلى مكه تجوز الإجاره و الأجر ان اوفى الشرط استحق الأجر المسمى و الا استحق أجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى.

(ماده: ٥٠٤) لو استؤجرت ارض على ان كل دونم منها

بكذا دراهم يلزم إعطاء الأجره بحساب الدونم إذا كانت الدونمات معلومه العدد،، هذا إذا كانت الدونمات معلومه العدد و الا فهى باطله كما عرفت مكرراً، و لو قلنا بالصحه فهو واضح لا يحتاج الى بيان.

(ماده: ٥٠٦) يصح ترديد الأجره على صورتين أو ثلاث فى العمل و العامل و الحمل و المسافه و الزمان و المكان

و يلزم إعطاء الأجره على موجب الصوره التى تظهر فعلاً، مثلاً- لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كذا و ان خطت خشناً فلك كذا، فأى الصورتين عمل له أجرتهأ أو لو استؤجر حانوت بشرط ان اجرى فيه عمل العطاره فأجرته بكذا و ان اجرى فيه عمل الحداده فبكذا فأى العمل اجرى فيه يعطى أجرته التى شرطت، و كذا لو استكرت دابه بشرط ان حملت حنطه فأجرتهأ بكذا و ان حملت حديداً فبكذا، فأيهما حمل يعطى أجرته التى عينت، أو لو قيل للمكارى استكرت منك

هذه الدابة إلى (چورتى) بكذا و إلى (ادرنه) بكذا و إلى (فلبه) فإلى أيهما ذهب المستأجر يلزمه أجره ذلك، و كذا لو قال الآخر أجزت هذه الحجره بكذا و هذه بكذا فبعد قبول المستأجر يلزمه أجره الحجره التي سكنها، و كذلك لو ساوم أحد الخياط على ان يخطط له (جبه) بشرط ان خاطها اليوم فله كذا و ان خاطها بكره فله كذا تعتبر الشروط.

ذكر فقهاؤنا فى أكثر مؤلفاتهم نظير هذه الفروض بما صورته: إذا قال: ان خطت هذا الثوب فارسياً اى (بدرز) فلك درهم و ان خطته رومياً اى (بدرزين) فلك درهمان فان قصد الإجاره بطل للجهاله و ان قصد الجعاله صح، و كذا لو قال: إذا صبغت ثوبى اليوم فلك درهم و ان صبغته غداً فنصف و القول بصحتهما إجاره أو التفصيل ضعيف و لو عمل فى صورته البطلان استحق أجره المثل.

ثم ذكروا فرضاً آخر و هو- ما لو استأجر من رجل دابته على ان يوصله الى المحل المعين فى زمن معين، أو يرسل كتابه الى زيد كذلك فلم يوصله فان كان لعدم سعه الوقت و عدم إمكان الوصول فالإجاره باطله لعدم القدره، و ان كان الزمان واسعاً فان كان عدم الإيصال عن تقصير منه فلا يخلو اما ان يكون أخذ الإيصال الخاص على نحو القيديه بمعنى وحده المطلوب أو على نحو الشرطيه- أى التعدد- فعلى الأول البطلان و لا يستحق شيئاً، و على الثانى الصحه و الخيار، و مع الفسخ فاجره المثل، و مثله لو استأجره لصوم الخميس فصام السبت و ان لم يكن

عن تقصير بل لحدوث مانع فان كان عاماً كتلج أو مطر شديد أو محاربه فى الطريق فهى باطله، و مثله ما لو كان المانع خاصاً كمرض أو ظالم أو عدو و نحو ذلك و كانت الإجاره شخصيه مقيده بالمباشره، اما لو لم تكن شخصيه فهى صحيحه و يوجه غيره للعمل و الاستيفاء و تلزمه الأجره على كل حال.

و «بالجمله» فالمانع العام حكمه حكم التلف السماوى و كذا الخاص مع قيد المباشره.

و بهذا تستطيع استخراج الفروع الكثيره التى هى من هذا القبيل.

(الفصل الثانى) خيار الرؤيه

[ماده: ٥٠٧] للمستأجر خيار الرؤيه.

(ماده: ٥٠٨) رؤيه المأجور كرؤيه المنافع.

(ماده: ٥٠٩) لو استأجر أحد عقاراً من دون ان يراه يكون مخيراً عند رؤيته.

حال خيار الرؤيه فى الإجاره كحاله فى البيع فلو أجره داراً غاييه بالوصف ثم انكشف الخلاف كان له الخيار. اما لو رآها و استأجرها بتلك الرؤيه فلا خيار بعد الاختبار إلا إذا تغيرت بعد الرؤيه و قبل

العقد عليها، و لكن حيث ان المنافع كما عرفت غير مجتمعه الاجزاء فى الوجود فلا يمكن رؤيتها لذلك صارت رؤيه العين تقوم مقام رؤيه المنفعه فيسقط الخيار برؤيه العين و ان لم ير المنفعه كما فى ماده (٥٠٨) و ماده (٥١٠) من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤيه إلا لو تغيرت رؤيتها الاولى بانهدام محل يكون مضرراً للسكنى فحينئذ يكون مخيراً، بل و حتى لو لم يكن مضرراً، و كما يكون للمستأجر خيار الرؤيه كذلك يكون للأجير فى محل عمله حيث يكون مما تختلف مصاديقه أو أصنافه كما فى ماده (٥١١) كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فلأجير فيه خيار الرؤيه، مثلاً- لو ساوم أحد الخياط على ان يخط له (جبه) فالخياط بالخيار عند رؤيه (الجوخ) أو (الشال) الذى يخطه، بخلاف ما لم يكن فيه اختلاف كنقل الطعام من مكان معين الى معين أو كما ذكر فى ماده (٥١٢) كل عمل لا يختلف باختلاف المحل الى الآخر.

(الفصل الثالث) فى خيار العيب

[ماده: ٥١٣] فى الإجاره أيضاً خيار العيب كما يلحظ البيع

و لكن العيب فى الإجاره لا يكون فى ذات المنفعه لأنها ليست من

الأمر المستقله فى الوجود و انما يكون فيما تقوم به المنفعه و هو العين فكل عيب فى العين يوجب نقصاً فى المنفعه المقصوده بالإجاره فهو سبب لثبوت الخيار فيها كما ذكر فى ماده «٥١٤» العيب الموجب للخيار فى الإجاره هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصوده بالكليه أو إخلالها كفوات المنفعه المقصوده من الدار بالكليه بانهدامها و من الرحى بانقطاع ملئها، أو كإخلالها بسقوط سطح الدار أو بانهدام محل مضر للسكنى أو بانجراح ظهر الدابه فهؤلاء من العيوب الموجبه للخيار فى الإجاره و اما النواقص التى لا- تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد و لا مطر، و كانقطاع عرف الدابه أو ذيلها فليست موجبه للخيار فى الإجاره.

(ماده: ٥١٥) لو حدث فى المأجور عيب فإنه كالموجود فى وقت العقد.

يفترق العيب فى الإجاره عنه فى البيع بأنه متى ظهر أوجب الخيار فى الإجاره حتى بعد القبض و استيفاء بعض المنافع بخلافه فى البيع فإنه لا اثر له بعد القبض و انقضاء الخيار فالموجود قبل العقد و الحادث بعده و الحادث بعد القبض و بعد الاستيفاء كلها توجب الخيار بين فسخها فى الباقي و إمضائها و إعطاء تمام الأجره كما فى ماده (٥١٦) لو حدث فى المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعه مع العيب و اعطى تمام الأجره و ان شاء فسخ الإجاره.

يعنى انه ليس له المطالبه بالأررش كما فى البيع مطلقاً أو فى بعض

الصور، و لكن التحقيق انه لا مانع منه هنا بناء على ان المطالبه بالأرث و عدم الفسخ على مقتضى قاعده أصاله اللزوم بالعقود و انه يجب الوفاء بالعقد حسب الإمكان و الأرث غرامه للوصف أو الجزء الفائت و كذا لو زال العيب من نفسه أو ازاله المؤجر قبل فوات شىء معتد به من المنفعه سقط الخيار كما فى ماده (٥١٧) إن أزال الأجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجاره لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

(ماده: ٥١٨) ان أراد المستأجر فسخ الإجاره قبل رفع العيب الحادث الذى أخل بالمنافع فله فسخها فى حضور الأجر و الا فليس له فسخها فى غيابه و ان فسخها فى غيابه من دون ان يخبره لم يعتبر فسخه و كراء المأجور يستمر كما كان، و اما لو فاتت المنافع المقصوده بالكلية فله فسخها فى غياب الأجر أيضاً و لا تلزمه الأجره ان فسخ أو لم يفسخ كما بين فى ماده (٤٦٨) مثلا- لو انهدم محل يخل من الدار المأجوره فللمستأجر فسخ الإجاره لكن يلزم عليه ان يفسخها فى حضور الأجر و الا فلو خرج من الدار من دون ان يخبره يلزمه إعطاء الأجره كأنه ما خرج و اما لو انهدمت الدار بالكلية فمن دون احتياج الى حضور الأجر للمستأجر فسخها و على هذا الحال لا تلزم الأجره.

هذا أيضاً من الحكم الجزافى، و القول بلا دليل، فإنه متى حصل سبب الفسخ كان له ان يفسخ فى حضور الأجر أو غيابه، نعم يجب عليه لو فسخ وجوباً تكليفاً اعلام المؤجر دفعاً لما يحتمل من دخول

الضرر عليه لو لم يعلمه بالفسخ فيبقى ملكه عاطلاً و تفوته اجره تلك المده و لكن ليس معناه ان فسخه يكون باطلا و لا اثر له مع الغياب في الأول دون الثاني.

و «بالجمله» فوجوب الاخبار لا علاقته له باعمال الخيار، و لا يتوقف أحدهما على الآخر فليتدبر.

نعم لو تعطلت الدار بالكلية انفسخت انفساخاً قهرياً لعدم الموضوع كما عرفت.

(ماده: ٥١٩) لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرتها و لم يفسخ المستأجر الإجاره و سكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجره.

فإن الانهدام و ان أوجب الخيار و لكن سكوتة و سكنه فيها دليل على رضاه بالعقد و إمضائه.

[ماده: ٥٢٠] لو استأجر أحد دارين بكذا دراهم و انهدمت إحداهما فله ان يترك الاثنتين معاً.

يعنى يكون له الخيار ان شاء ترك الاثنتين و استرد الأجره و ان شاء أمضى في واحده و استرد ما يخص الثانيه المنهدمه لأن الإجاره فيها باطله ذاتاً فلا معنى لإجاره العقد بل اما الفسخ فيهما أو الإجاره في الصحيحه، فليتدبر.

و من هذا يظهر الخلل في:-

(ماده: ٥٢١) المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تكون كذا حجره و ظهرت ناقصه

إن شاء فسخ الإجاره و ان شاء قبلها بالمسمى و لكن

ليس له إيفاء الإجاره و تنقيص مقدار من الأجره.

فإن القواعد تقتضى ان يكون له الخيار، و الخيار فى منطقته هنا اما الفسخ فى كل الدار أو الإجاره بنسبه الحجر الموجوده و تنقيص مقدار ما يخص الناقصه لأن الأجره تتوزع على الحجر حسب الشرط فتنحل الى عقود متعدده كما فى نظائرها.

نعم لو كان اللحاظ فى الإجاره المذكوره على نحو البساطه كان لما ذكرته (المجله) وجه و لكنه خلاف ما عليه التحقيق فى نظائره.

(الباب السادس فى بيان أنواع المأجور و احكامه

اشاره

و يشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول فى بيان مسائل تتعلق بإجاره العقار

(ماده: ٥٢٢) يجوز استيجار دار أو حانوت بدون بيان انها سكنى لأحد.

نعم هذه هى الإجاره الكليه التى يملك بها المستأجر المنفعه مطلقه غير مقيده فله ان يستوفيهها بنفسه أو بمن يفوضه عليها بإجاره أو غيرها.

و من الواضح الذى لا- حاجه الى بيانه ماده (٥٢٣) من آجر داره أو حانوته و كانت فيه أمتعه و اشيأؤه تصح الإجاره و يكون مجبوراً على تخليته فان هذا من ضروريات الإجاره و لوازم التسليم فلا حاجه الى بيانه.

اما- (ماده: ٥٢٤) من استأجر أرضاً و لم يعين ما يزرعه فيها و لم يعمم

على ان يزرع ما شاء فإجارته فاسده و لكن أو عين قبل الفسخ و رضى الآجر تنقلب إلى الصحه.

و هذا صحيح لما عرفت من لزوم التعيين و عدم الإجمال فى الإجاره لكنها إذا فسدت للإجمال لم ينفع فى صحتها التعيين أخيراً و لا يعقل ان

ينقلب الشىء عما وقع عليه و يصير ما وقع فاسداً صحيحاً الا بعقد جديد فتدبره جيداً.

(ماده: ٥٢٥) من استأجر أرضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرع مكرراً صيفاً و شتاء.

هذا أيضاً من فروع الإجاره الكليه كما عرفت.

(ماده: ٥٢٦) لو انقضت مده الإجاره قبل إدراك الزرع فللمستأجر ان يبقى الزرع فى الأرض إلى إدراكه و يعطى اجره المثل.

هذا إذا كان فى قلع الزرع ضرر على صاحبه اما مع عدم الضرر فلصاحب الأرض ان يجبر صاحب الزرع على قلعه بل و حتى فى صوره الضرر على المستأجر ليس له ان يجبر صاحب الأرض على اجره المثل بل اللازم إرضاءه و لو بأزيد من اجره المثل بالاستيجار ثانياً.

(ماده: ٥٢٧) يصح استيجار الدار و الحانوت مع عدم بيان كونه لأى شىء، و اما كيفية استعماله فيرجع الى العرف و العاده.

هذا أيضاً من فروع الإجاره الكليه يستوفى المنفعه كيف شاء و حسب المتعارف فى كل صنعه و مهنة على موازينها و عليه بيتنى ماده (٥٢٨) كما انه يصح لمن استأجر داراً مع عدم بيان كونها لأى شىء ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها غيره أيضاً و له ان يضع فيها أشياءه و له ان يعمل فيها كل عمل لا- يورث الوهن و الضرر للبناء و لكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر و الوهن للبناء إلا بإذن صاحبها و اما فى خصوص ربط الدواب فعرف البلده و عاداتها معتبر

و مرعى و حكم الحانوت على هذا الوجه.

(ماده: ٥٢٩) اعمال الأشياء التى تخر بالمنفعه المقصوده عائده إلى الأجر

مثلا- تطهير الرحى على صاحبها و كذلك تعمير الدار و طرق البناء و إصلاح منافذه و إنشاء الأشياء التى تخر بالسكنى و سائر الأمور التى تتعلق بالبناء كلها لازمه.

الملحوظ بهذه ماده و ما بعدها الى آخر هذا الفصل هو بيان حكم الأحداث التى يحدثها المستأجر فى العين المأجوره أو ما يلزمه من نفقاتها بالذات أو بالعرض، و تحرير هذا البحث الذى هو من مهمات بحوث الإجاره ان النفقات اللازمه على أنواع الأول:- ما يتوقف بقاء تلك العين عليها كعلف الدابه و سقيها و نفقه العبد و مداواه عله أو جرح الدابه و ما أشبه ذلك، و لا ريب فى ان جميع ذلك ان لم يشترطها المؤجر على المستأجر فهى عليه فان دفعها و الا أنفق المستأجر و رجع بها على المؤجر اذن أو لم يأذن فإن امتنع جبره الحاكم على غرامتها.

الثانى:- الأحداث القائمه بالعين التى يتوقف الانتفاع بها كلا أو بعضاً عليه كنقر الرحى و تنظيف مجرى الماء أو بيت الماء أو تعمير مثل الدرج أو الباب أو نحو ذلك من مرافقها الضروريه، و لا ينبغى الأشكال انه على المالك المؤجر أيضاً.

الثالث:- الجهات الكماليه، و المحسنات الاعتباريه كتنظيف غرف الدار و صبغ أبوابها و ما الى ذلك، و لا ينبغى الربب أيضاً فى انها على

المستأجر الا ان يشترطها على المؤجر، و ان انتهت المده فإن أمكن قلعها من دون ضرر أخذها و الا كان له أخذها بعد تدارك الضرر سواء وضعها بإذن المؤجر أو بدونه، و يلحق بهذا ما يحدثه المستأجر فى المأجور من غرس أو بناء أو شبه ذلك.

الرابع:- الآلات الخارجة عن العين اللازمه عرفاً و عادة لاستيفاء المنفعه منها كالسرج و الرحل و اللجام و أمثالها للدابه، و المفتاح و القفل للدار و الحانوت و كثير من نظائرها، فالمتبع فى ذلك عرف البلد و عادة قوم المتعاملين، فان اختلفوا أو لم يكن هناك عرف و لا عادة فهى على المستأجر إلا مع الشرط، و من هذا القبيل آلات الحياكه و الخياطه و الكتابه و ما على هذا المثل من الصنائع و الاعمال حتى فى مثل الخيوط و الأصباغ و البنود و نحوها، ثم ان فى كل مورد و جب على المؤجر الصرف و الإنفاق و لم يفعل و لم يقتدر الحاكم على إلزامه أو لم يكن حاكم فللمؤجر ان يفسخ عقد الإجاره و يسترد الأجره إلا إذا كان قد رآها و استأجرها بذلك الحال و لم يطلب بادئ بدء إصلاحها فلو أصلحها المستأجر حين لا حق له على المؤجر كان تبرعاً منه و لا حق له بالرجوع عليه بها.

هذا كل ما ينبغى ان يقال فى هذه الناحيه من الإجاره و منه تعلم ما يوافق (المجله) منها و ما يخالفها فى ماده (٥٣١) لو أحدث المستأجر بناء فى العقار المأجور أو غرس شجره فالآجر مخير عند انقضاء مده الإجاره ان شاء قلع البناء و الشجره و ان شاء أبقاهما و اعطى قيمتها قليله

كانت أو كثيره،، بل المستأجر لا الأجر مخير ان يقلع أو يقيهما للأجر فتكون ملكا له مع أرضه و هو واضح.

الفصل الثاني في إجاره العروض

(ماده: ٥٣٤) يجوز إجاره الألبسه و الأسلحه و الخيام و أمثالها من المنقولات لمدته معلومه مقابل بدل معلوم.

اجاره كليه أو شخصيه، مقيده أو مطلقه، مضافه أو منجزه:

(ماده: ٥٣٥) لو استأجر ثياباً على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب و لبسها في بيته أو لم يلبسها يلزمه أجرتها

لا يختص هذا بالمنقولات بل كل مأجور إذا سلمه المؤجر للمستأجر لزمه الأجره سواء استوفى منفعتة أو عطلها فلو استلم الدار أو الدابه و لم يركب و لم يسكن. أو الإنسان المستأجر و لم يستعمله لزمته الأجره في الجميع، كما ان ماده (٥٣٦) من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره، لا تختص بالثياب بل يطرد ذلك في كل إجاره شخصيه مقيده بالمباشره، إنما الإشكال المعضل في المقام ما لو استوفى المنفعه غير المستأجر الخاص فهل يستحق المؤجر أجره المثل مع اجره المسمى بناء على إمكان منفعتين متضادتين في وقت واحد كما مال

اليه أو قال به السيد الأستاذ في عروته في نظائر المقام أو عدم الإمكان فتبطل الإجاره و يستحق بدل المثل على من استوفى المنفعه لفوات المحل كما هو الأقوى عندنا لاستحاله ان يكون للشىء الواحد منفعتان متضادتان في وقت واحد، فلو استأجر دابه لا داره الرحى يوم الجمعه فركبها الى (بغداد) لا يعقل ان يكون لتلك الدابه تلك المنفعتان و يستوفى المالك أجرتين المسمى و اجره المثل بل المعقول بطلان اجره اداره الرحى المسماه و يستحق اجره المثل، اما استحقاقهما معاً فبأى وجه يكون؟

و يلحق بهذا فروع كثيره من هذا القبيل مثل ما لو استأجر دابه لركوبه بنفسه فأجرها من غيره فعلى الأول يستحق المالك الأجرتين - الأولى و هى المسماه و الثانيه أجره المثل من المستأجر الثانى. و على ما اخترناه تبطل الأولى للتفويت و يستوفى من الثانى أجره المثل أو أكثر الأمرين منها و من المسماه و نظائر هذا كثيره.

و عكس هذا النوع اعنى ما تسقط فيه كلا الأجرتين ما لو استأجر؟

على خياطه ثوبه فى ساعه معينه أو يوم معين فاشتغل ذلك اليوم بعينه ببناء دار المستأجر أو نحوها مع علمه فإنه لا يستحق أجره الخياطه لعدم الإتيان بها و لا اجره البناء لانه متبرع لم يؤجر عليها فتدبر هذه الفرائد و اغتتمها.

الفصل الثالث «في إجاره الدواب»

إشاره

عرفت ان التعيين في الإجاره شرط ركنى فإذا آجرك الدابه فلا بد من تعيين الدابه و المحل و الزمان و الأجره، و من هذا يظهر التسامح في ماده (٥٣٨) كما يصح استكراء دابه معينه يصح الاشتراط على المكارى الا يصال الى محل معين،، فان استكراء الدابه المعينه لا بد معه من تعيين المحل و بدونه فالإجاره باطله.

(ماده: ٥٣٩) لو استؤجرت دابه معينه إلى محل معين و تعيب في الطريق فالمستأجر يكون مخيراً

اما بانتظارها حتى تستريح أو نقض الإجاره و دفع اجره ما مضى من المسافه من المسمى بالنسبه و لا يجرى فيه.

(ماده: ٥٤٠) لو اشترط حمل معين الى محل معين و تعبت الدابه في الطريق فالمكارى مجبور على تحميله على دابه أخرى و إيصاله الى ذلك المحل

لأن الدابه هنا غير شخصيه فله ان يحمله على اى دابه شاء بل له ان يحمله على اى مركوب آخر من (عربه) أو (سياره) أو غيرهما

(ماده: ٥٤١) لا يجوز استيجار دابه من دون تعيين

و لكن ان عينت بعد العقد و قبل المستأجر يجوز و أيضاً لو استؤجرت دابه من

نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز و يصرف على المتعارف المطلق مثلاً- لو استؤجرت دابه من المكارى إلى محل معلوم على ما هو المعتاد بلا تعيين يلزم المكارى إيصال المستأجر على دابه الى ذلك المحل على الوجه المعتاد.

قد تكرر منا بيان ان الإجاره بدون التعيين باطله، و التراضى بعد العقد على دابه معينه لا يجعلها مرتبطه بالعقد بل هو تراض مستقل لنفسه و يكون كإباحه و مطالعات، نعم لو كان هناك انصراف أو عرف أو عاده قام مقام التعيين و صح العقد كما ذكر فى ذيل هذه ماده

[ماده: ٥٤٢] لا يكفى فى الإجاره تعيين اسم الخطه و المسافه

الا ان يكون اسم الخطه علماً متعارفاً لبلده مثلاً- لو استؤجرت دابه إلى العراق لا يصح ان يلزم تعيين البلده و لكن لفظ الشام و ان كان اسم قطعه تعورف إطلاقه على بلده دمشق إلخ ..

تعيين اسم المسافه يكفى على نحو الكليه فيجعلها فى أى جهه شاء و على نحو الشخصيه فيعينها فى جهه مخصوصه فلو استؤجرت الدابه ليسير عليها مائه فرسخ فله ان يسير بها من الشام الى العراق و الى اى بلده يريد من العراق.

(ماده: ٥٤٣) لو استؤجرت دابه إلى مكان و كان يطلق على بلدين فأيهما قصدت يلزم اجره المثل.

إذا قصد إحديهما و عينه صح و تعين المسمى و الا فسدت الإجاره و تعيين بدل المثل لو استوفى المنفعه.

(ماده: ٥٤٤) لو استكرت دابه الى بلده يلزم إيصال مستأجرها إلى داره.

هذا غير لازم أصلاً بل اللازم اتباع عرف البلد و تواضعهم فان اختلف فلا بد من التعيين في متن العقد فان لم يعين فلا حق في الإيصال إلى الدار بل الى طرف البلد و يدخلها.

(ماده: ٥٤٥) من استكرى دابه إلى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابه إلى محل آخر فان تلفت الدابه يضمن.

الضمان هنا بقاعده اليد بعد خروجه عن الأمانه فإن تلفت ضمن العين و المنافع من حين التجاوز الى حين التلف خلافاً للحنفيه القائلين بأن (الأجر و الضمان لا يجتمعان) بل عندنا يضمن المنافع مطلقاً تلفت العين أم لا.

و هذه الماده تغنى عن جمله من المواد التي بعدها مثل - ماده (٥٤٧) لو استؤجر حيوان الى محل معين و كانت طرقة متعدده فللمستأجر أن يذهب بأي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس و لو ذهب من غير الطريق الذي عينه صاحب الدابه و تلفت فان كان أصعب من الطريق الذي عينه ضمن و ان كان مساوياً أو أسهل فلا،، بل الصحيح انه يضمن بالتجاوز مطلقاً و لا مستند لما ذكره سوى الاستحسان و الاعتبار الذي يذهب جفاء امام القاعده و الدليل.

و مثل ماده (٥٤٨) ليس للمستأجر استعمال دابه أزيد من المده التي استأجرها

و ان استعمالها و تلفت في يده يضمن،، فإنها تكرر محض لما

سبق، و هكذا ماده (٥٤٩ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٢) فان الجميع فضول و تكرار بلا فائده يلزم درجها جميعاً فى ماده أو مادتين عند التحرير.

[ماده: ٥٥٣] لو استكرى دابه للركوب من دون تعيين من يركبها

و لا- التعميم على ان يركبها من شاء تفسد الإجاره و لكن لو عين و بين قبل الفسخ تنقلب إلى الصحه و لا يركب على تلك الدابه غير من تعيين.

هذه ماده متهافته متدافعه من جميع نواحيها فإن الإجاره إذا كانت فاسده فما معنى الفسخ، ثم كيف ينقلب الفاسد صحيحاً و الشىء لا ينقلب عما وقع عليه.

و «التحقيق» ان الإجاره المزبوره اى الخاليه من التعيين و التعميم صحيحه و هى على حد سائر الإجازات الكلبيه فإنه يستأجر الدار و الدابه شهراً معيناً ليستوفى تمام منافعها اى يملك كل منفعه يمكن استيفاؤها من تلك الدار أو الدابه بأى نحو اما بنفسه أو بايجارها لغيره أو غير ذلك، كل هذا جائز و صحيح، و هذا هو مفاد كل إجاره مطلقه فإذا أرادا غير ذلك وجب التعيين و إذا لم يعينا فليس معناه انها فاسده بل تكون مطلقه عامه ان لم يكن عرف خاص ينصرف إليه الإطلاق كما فى ماده (٥٥٤) و ماده (٥٥٥) و كله واضح.

[ماده: ٥٥٦] ليس للمستأجر ضرب دابه الكراء من دون اذن صاحبها و لو ضربها و تلفت يضمن.

بل له ان يضربها على المتعارف و ان لم يأذن صاحبها.

(ماده: ٥٥٧) لو اذن صاحب دابه الكراء بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد

مثلاً- لو كان المعتاد ضربها على عرفها فضربها على رأسها و تلفت يلزم الضمان.

إذا استند التلف الى الضرب المزبور و لم يكن مأذوناً به بخصوصه اما لو استند الى سبب آخر لو لم يعلم السبب أو كان مأذوناً به فلا ضمان.

(ماده: ٥٥٨) يصح الركوب على دابه استكرت للحمل.

لعل وجه ذلك عندهم ان الركوب أخف من الحمل و هو استحسان ممنوع صغرى و كبرى، و الأصح انه مع التقييد بالحمل فقط لا يجوز له الركوب و لو ركب فتلفت ضمن و اجاره الحمل بطلت و عليه اجره المثل للركوب.

و من هذا القبيل من الاستحسان الغير حسن ماده (٥٥٩) لو استكرت دابه عين نوع حملها و مقداره يصح تحميلها حملاً مماثلاً له أو أهون منه فى المضرة و لكن لا يصح تحميل شىء أزيد فى المضرة مثلاً من استكرى دابه على ان يحملها خمسة اكيال حنطه كما يصح له ان يحملها من ماله أو مال غيره اى نوع كان خمسة اكيال حنطه كذلك يجوز ان يحملها خمسة اكيال شعير- و لكن لا يجوز العكس- يعنى لأن الحنطه أصلب من الشعير، و يتضح بالمثال الثانى من [المجله] كما لا يصح ان تحمل مائه وقيه حديد دابه استكرت على ان تحمل مائه أوقيه قطن.

فان ثقل كل واحد منهما و ان كان واحداً و لكن ثقل الحديد

يجتمع على رقعته صغيره من ظهرها فيهدده و يبعضه بخلاف القطن فإنه ينتشر على ظهرها فيهون و لا يؤذيها فإنك قد عرفت عدم جواز التجاوز عن نص موضوع العقد فان هذه الطريقه تجعل العقد واهيا و توجب الفوضى في العقود التي ما شرعت الا للضبط و الإلتقان بما لا يبقى معه مجال للتلاعب و التحوير حسب تبدل الأهواء و الأغراض هذا مضافاً الى ما أنبأناك عنه غير مره من ان القصد تختلف أشد الاختلاف فقد يكون قصد صاحب الدابه أى المؤجر تحميلها الأثقل كالحديد ليروضها و لا يرضى بوزنه من القطن لانه خلاف غرضه.

و مثل هذه المأجوريات عند الناس لا تحرز بالقياس و لا تدرك بالاستحسان، فالجمود على نص العقود هو المتعين و الا بطلت الفائده وضاع الغرض المهم فتدبر هذا و اغتتمه.

(ماده: ٥٦٠) وضع الحمل على الدابه على المكارى.

لأن المتعارف فى بلادنا ذلك و قد يتعارف فى بلاد خلافه فيكون هو المتبع.

(ماده: ٥٦١) نفقه المأجور على الأجر.

و قد تقدم قريباً توضيح هذا الموضوع و حكمه و ان الموجر إذا لم يدفع نفقه الدابه و لا اذن بها للمستأجر أى لو استأذنه فلم يأذن يجبره حاكم الشرع فان لم يمكن و لم يحصل الغرض ينفق المستأجر و يرجع بها على المؤجر و له حبس العين بعد المده حتى يأخذ حقّه.

نعم لو أنفق متبرعاً فلا معنى للرجوع حينئذ، و من هذا يظهر الخلل فى

بقية هذه المادة (و لكن لو اعطى المستأجر علف الدابه بدون اذن صاحبها تبرعاً ليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد)

الفصل الرابع فى إجاره آدمى

(ماده: ٥٦٢) يجوز إجاره آدمى للخدمه أو لإجراء صنعه ببيان مده أو بتعيين العمل بصورة أخرى.

هذا البيان غير كاف و لا- شاف، و تحرير هذا البحث ان إجاره الإنسان حراً أو عبداً اما ان تقع على الخدمه، و بعبارة اجلى يستأجره على ان تكون كل منافعه له فيستعمله فى كل ما يريد من حوائجه و لا محيص فى مثل هذه الإجاره من تعيينها بالمده سنه معينه أو شهراً معيناً منجزه أو مضافه.

و اما ان تقع على عمل معين مخصوص من كتابه أو خياطه أو حياكه فلا بد هنا من تحديد العمل و محل العمل اى ما يعمل فيه من خياطه ثوب أو (جبه) أو غير ذلك، اما الزمان فان عينه تعين و ان أطلق انصرف الى المتعارف و ان لم يكن فاللازم ان يعمل بعد العقد بلا فصل و يكون له الاشتغال بمقدار ما يقدر له أهل الصنعه مثلا صياغه القلاده فى أسبوع و صياغه الخاتم فى يوم و هكذا فان لم ينضبط بذلك بطل كونه اجاره و صح جعله بالمسمى فان لم يكن جعله استحق لو عمل اجره

المثل كما فى ماده (٥٦٣) لو خدم أحد آخر على طلبه من دون مقاوله أجره فله اجره المثل، لانه بعدم تعيين الأجره لم يقع اجاره ولا جعله فله اجره المثل سواء كان ممن يخدم بالأجره أو لا، ولا وجه لتقييده بالأول كما فى (المجله) فان عمل المسلم محترم و هو غير متبرع حسب الفرض.

نعم لو خدم بغير طلب لم يكن له حق المطالبه بالأجره لأنه متبرع سواء كان كبيراً أو صغيراً خلافاً لبعض من الزم بها فى الثانى دون الأول و هو تحكم، و لو اختلفا فى الطلب فادعاه الخادم و أنكره المخدم حلف و لا حق الا إذا أقام الأول البينه كما فى نظائرها، اما لو اعترف بالطلب و قال: قصدت ان تعمل لى متبرعاً، و قال الآخر: انا ما عملت بقصد التبرع بل يقصد الأجره يحلف لأنه أعرف بقصده الذى عليه المدار لا على قصد الطالب و يأخذ الأجره.

و من هذا القبيل ماده (٥٦٤) لو قال أحد آخر اعمل هذا العمل أكرمك و لم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق أجر المثل،

لما عرفت من انه ليس اجاره ولا جعله.

و «الضابطه العامه» ان كل عمل متقوم لشخص أو فى مال شخص عن اذن منه فللعامل اجره المثل إلا إذا كان إجاره أو جعله فالمسمى و ان كان تبرعاً فلا شىء.

و منه ماده (٥٦٥) لو استخدم العمله من دون تسميه أجره تعطى أجرتهم ان كانت معلومه و الا فاجر المثل،

لأن الإطلاع مع المعلوميه ينصرف إليها و ان كان لا يخلو من نظر و معامله من يماثلهم على هذا

(ماده: ٥٦٦) لو عقدت الإجاره على ان يعطى للأجير شيئاً من القميات لا على التعيين يلزم أجر المثل

مثلاً- لو قال الأجر لآخر ان خدمتني كذا أياماً أعطيتك بقرتين لا يلزم البقر للجهااله و يلزم اجره المثل، و لا فرق بين هذا و بين استئجار الظئر- و هي المرضعه- فلو استأجرها على ان يعمل لها ألبسه لا يصح الا إذا وصف الألبسه بما يرفع جهالتها كما يصح فى الفرع المتقدم لو وصف البقرتين و ان لم توصف الألبسه و لم تعرف كانت باطله و لو أرضعت بهذه الصوره كان لها أجر المثل، و قول (المجله) يلزم من الدرجه الوسطى لا- وجه له، و من اقيسه امام الحنفيه انه قال: يجوز استئجارها بألبسه مجهوله و عوض مجهول لأن محبه الآباء الزائده لأبنائهم تجعلهم يحنون على الظئر فيعطونها أكثر مما تستحق، لأن الإجاره لا تفسد للجهااله بل للجهااله الموجه للنزاع و الجهااله هنا لا توجب نزاعاً، اهـ.

و هذا نظير ما يقولون: سبك مجاز بمجاز و غلط فى غلط، و هو ممنوع صغرى و كبرى، فان الآباء و ان كانوا يحبون أولادهم و لكنهم يجازفون بأموالهم و يتنازعون على ما هو أقل من ذلك و الشارع قد منع من مطلق الجهااله حمايه للحمى حتى لا يصل الأمر إلى الجهااله الموجه للنزاع فتدبره جيداً.

(ماده: ٥٦٧) العطيه التى تعطى للخدمه من الخارج لا تحسب من الأجره.

هذا واضح لا حاجة الى بيانه لأنها عطيه للخادم لا للمخدوم و ان كانت على حسابه.

(ماده: ٥٦٨) لو استؤجر أستاذ لتعليم علم أو صنعه فإن ذكرت مده انعقدت الإجاره على المده

و الأستاذ يستحق الأجره بكونه حاضراً أو مهياً للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ، و ان لم تذكر مده انعقدت فاسده و على هذه الصوره ان قرأ التلميذ فالأستاذ يستحق الأجره و الا فلا.

يعنى يستحق اجره المثل على تعليمه، و على هذا فاستئجار المعارف طائفه من المعلمين براتب شهرى و ان لم يكن المده معلومه بأجمعها يمكن تصحيحه بأن الإجاره حسب القصد الارتكازى و التعامل الجارى يكون على كل شهر برأسه فتكون المده بهذا معلومه و يكون دفع الراتب عن أشهر العطله كشرط ضمنى.

و «الحاصل» ان الإجاره تقع على كل حصه من الزمن فيكفى معرفه الحصه و يقدر عدم معرفه جميع الحصص من المستقبل.

(ماده: ٥٦٩) من اعطى ولده الأستاذ ليعلمه صنعه من دون ان يشترط بينهما اجره

فبعد تعلم الصبى يعمل بعرف البلده و عاداتها و ان لم يكن عرف فاجر المثل.

(ماده: ٥٧٠) لو استأجر أهل قريه معلماً أو إماماً للصلاه أو مؤذناً أو فى خدمته يأخذ من أجرته من أهل تلك القريه.

هذا مما لا اشكال فيه فيجمعونها من افرادهم على حسب العاده فيما بينهم أو على مقدار سعه كل واحد منهم إنما الإشكال فى صحه مثل هذه

الإجاره و هى مسأله معروفه بالإشكال و من معضلات الفن عند الفقهاء و هى مسأله أخذ الأجره على الواجبات و حيث ان [المجله] لم تتعرض لهذا البحث مع انه من مهمات مباحث الإجاره و كان حقه ان يذكر هنا أى فى إجاره الآدمى أو فى شرائط العمل المستأجر عليه، و موجز القول فيه ان الواجب لا يخلو اما ان يكون عينياً أو كفاثياً و كل منهما لا يخلو اما ان يكون تعبيدياً أو توصلياً و كل منهما لا يخلو اما ان يكون وجوبه أصلياً أو عرضياً و كل منهما اما ان يكون واجباً عليه أو على غيره، فالواجبات التوصليه بجميع أنواعها سواء وجبت عليه أو على غيره، يجوز أخذ الأجره عليها مطلقاً لأن معنى التوصلى هو الذى يطلب وجوده فى الخارج كيف اتفق و من اى داع و سبب كان فيجوز ان يستأجر ك غيرك لتطهير ثوبه أو ثوبك للصلاه و غيرها كما يجوز ان تستأجره لذلك أيضاً و كذا الكلام فى سائر التوصليات و اما التعدييات و هو ما لا يصح الا بنيه القربه أى لا يحصل امتثاله إلا بإتيانه بداعى التقرب اليه تعالى فى امثال امره فلا يصح أخذ الأجره عليه حسب القاعده لأن الإتيان به بداعى القربه يتنافى مع الإتيان به بداعى الأجره سواء كان عينياً أو كفاثياً كصلاه الظهر أو الصلاه على الميت و كذا؟؟؟؟ أو تغسيل الميت فلا معنى لاستئجار شخص يصلى عنك صلاه الظهر و يصلى على ميتك أو يغسله و الإجاره تكون باطله لاغيه.

نعم يستثنى من ذلك أخذ الأجره للصوم و الصلاه و الحج نيابه عن

الميت الذى ثبت بالدليل من إجماع وغيره صحته، وقد أعضل على الأساطين تطبيق هذا الحكم على القواعد و تخريج وجه للجمع بين داعى القربه الذى تتقوم به روح العباده و داعى الأجره الذى لم يأت بالعمل عن الغير لولاها و هما متنافيان بالضروره فكيف الجمع بينهما و الشرع لا يصح المستحيل؟ و قد ذكروا لذلك وجوهاً متعدده لا يخلو أكثرها من نظر و هى موكوله إلى محلها.

و يلحق بهذا المستحبات التعبدية مطلقاً كصلاه النوافل و قراءه القرآن فلا يصح ان تستأجر من يصلى النافله عنك أو عن نفسه أو يقرأ القرآن له أو لك أو لو لديك و لكنهم جوزوا النياه عن الغير حى أو ميت فى عامه المستحبات حتى الحج و لم يمنعه إلا فى الصوم و الصلاه عن الحى فلا يصح ان تستأجر من يصوم عنك شهر رجب أو شعبان أو يصلى لك صلاه النافله أو صلاه التراويح.

نعم يجوز استيجاره ليزور عنك أو يحج أو يقرأ القرآن و هكذا سائر المستحبات التى تصلح فيها النياه.

أما الواجبات الكفائيه و المستحبات الكفائيه فقد أشير لك انها أيضاً على قسمين، تعبدية كصلاه الميت و تغسيله، و توصليه دينيه كتعليم الاحكام و تبين مسائل الحلال و الحرام و اقراء القرآن و أمثالها، و توصليه دنيويه كالصنائع و العلوم مثل علم الطب و سائر ما تتوقف عليه الحياه الاجتماعيه من الحرف و المهن و الصناعات فان الجميع واجب كفائى و لكنه توصلى دنيوى ضروره ان غرض الشارع وجوده على اى نحو اتفق ليستقيم به

نظام الهيئه الاجتماعيه، و قد عرفت ان الأول أعنى - التعبدى - لا يجوز أخذ الأجره عليه مطلقاً، نعم تجوز الأجره على مقدماته أو مستحباته الغير العباديه كما يجوز أخذ الأجره على قسم التوصليات منه مطلقاً، و قد اتضح لك بهذا البيان ان أخذ الأجره على تعليم أهل القرية و امامه الصلاه و الأذان للإعلام بالوقت لا لصلاه نفسه جائز و الإجاره صحيحه على الأقرب فى رأى و ان منع منه جماعه من العلماء و هو الا وفق بالاحتياط.

فان قيل: انه يجب قيام العالم و المؤذن و المقرئ بمثل هذه الشعائر الدينيه و لو لا ذلك لذهب الدين و تعطلت الاحكام.

قلنا: نعم لا- ريب فى وجوب كل ذلك و لكن وجوباً كفايئاً توصلياً لان الغرض حفظ الدين و نشر الاحكام و لا ينافيه أخذ الأجره بعد ان كان المهم نفس وقوعها، نعم هو مكروه كراهه شديده سيما فى تعليم القرآن لقوله عليه الصلاه و السلام (أقروا القرآن و لا تأكلوا به) سواء كان من باب الفعل أو الافعال، و أشد منه إمامه الجماعه بل لا تخلو صحه الصلاه معه من اشكال، نعم لا- كراهه لمن دفع ولده لمن يعلمه القرآن ان يكرمه و يحسن اليه و لكن لا بنحو الأجره و يجوز للمعلم الأخذ خصوصاً إذا كان فقيراً و لا- مهنه له سوى ذلك، و كذلك قراءه القرآن لأرواح الأموات فينبغى للناس ان يعطوهم و ينبغى بل يجب على هؤلاء القراء و المعلمين ان لا يماكسوهم.

□
و قد حررنا هذا البحث على جرى القلم من دون تجديد مراجعه و استقراء فعليكم ايها الطالب الاستقصاء التام فى مظانه، و الله ولى

(ماده: ٥٧١) الأجير الذى استأجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره، إلخ ..

قد تكرر بيان هذا و انه من الإجاره الشخصيه فلو تجاوز منطوقها، و تعدى عن نصها لم يستحق الأجره و كان ضامناً لو تلفت العين المستأجر على العمل بها، و هى قضيه مطرده سياله فى جميع الأعمال مقيده تاره و مطلقه أخرى و لكل حكمه، و قد أشار الى المطلقه فى ماده (٥٧٢) لو أطلق حين الاستئجار فللمستأجر أن يستعمل غيره، و ماده (٥٧٣) قول المستأجر للأجير اعمل هذا الشغل إطلاق، فلو قال للخياط: خط هذه (الجبه) بكذا، عن دون تقييد بنفسك أو بالذات و خاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق المسمى و ان تلفت بلا تعد لا يضمن.

حيث لا تكون هناك قرينه حال أو مقال بإرادته نفس الخياط كما لو كان استاداً ماهراً أو ما أشبه ذلك و الا ضمن بدفعها للغير.

[ماده: ٥٧٤] كل ما كان من توابع العمل و لم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلده و عاداتها

كما ان العاده ان الخيط على الخياط، و مثله فى ان المتبع هو العرف و العاده ماده (٥٧٥) يلزم الحمال إدخال الحمل الى الدار و لكن لا يضعه فى محله مثلاً- ليس على الحمال إخراج الحمل الى فوق الدار و لا وضع الذخيره فى الأنبار.

و مثلها- ماده (٥٧٦) لا يلزم المستأجر إطعام الأجير الا ان يكون عرف البلده كذلك.

و ماده (٥٧٧) ان دور دلال مالا و لم بيعه ليس له اجره

و إذا باعه دلال آخر كانت له الأجره فقط.

(ماده: ٥٧٨) لو اعطى ماله للدلال و قال: بعه بكذا دراهم، فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل أيضاً لصاحب المال و ليس الدلال سوى الأجره.

و لكن الدلال فى بيعه بالزائد الغير مأذون به يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازة و تفسد الإجاره. و يستحق اجره المثل على بيعه، و قد ورد فى حديث عروه البارقي نظير هذا حيث دفع له النبي صلى الله عليه و آله و سلمّ درهمين ليشتري له بهما شاه فاشترى شاتين، نعم يمكن خروجه عن الفضولى بدعوى العلم بإذن الفحوى و ان المالك يرضى ببيع ماله بالزائد.

(ماده: ٥٧٩) لو خرج مستحق بعد أخذ الدلال أجرته و ضبط المبيع أو رد بعيب لا تسترد اجره الدلال.

إلا إذا كان الدلال عالماً بأنه مستحق للغير فإنه لا يستحق الأجره على معاملة باطله بل ربما تكون حراماً لأنها اعانه على الإثم كما لو باع مال الوقف مع علمه بوقفيته الى كثير من أمثاله.

(ماده: ٥٨٠) من استأجر حصادين ليحصدوا زرعته الذى فى أرضه

و بعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول الحالوب (البرد) أو بقضاء آخر فلهم ان يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصه ما حصده و ليس لهم أخذ أجر الباقي.

هذه المسأله سياله كثيره الفروع موضوعها الكميات المتصله و المنفصله اى القاره و غير القاره التى مرّ نظيرها فى البيع و انها تنحل الى عقود متعدده فتصح فى الموجود الممكن و تبطل فى المفقود المتعذر بخلاف ما لو كان عقداً واحداً بسيطاً فان الكل يعدم بانعدام بعض اجزائه.

و من هذا القبيل لو استأجره على خدمه سنه فخدمه سنه أشهر و تمرض فإنه يستحق نصف الأجره و هكذا لو استأجره على خياطه الثوب فخاط نصفه بخلاف ما لو استأجره على كون الثوب مخيطةً فإنه أمر بسيط فلو خاط بعضه لم يستحق شيئاً و يتضح هذا فى مثل السفر فتارة يستأجره على المسير إلى المدينه و اخرى على كونه فى المدينه، و أوضح من هذا ان يستأجره على الحج و أداء المناسك و اخرى على تفرغ ذمه أبيه من الحج الذى اشتغلت به ذمته، و مع ذلك فتميز أحد النوعين عن الآخر فى بعض المقامات من اعقد المشكلات.

(ماده: ٥٨١) كما انه للظئر فسخ الإجاره لو مرضت

(و تستحق اجره ما مضى) كذلك للمسترضع فسخها إذا مرضت أو حملت أو ظهر بها أحد العيوب إلخ ..

و هو واضح.

الباب السابع فى وظيفه الأجر و المستأجر بعد العقد

إشاره

و يشتمل على ثلاثه فصول

الفصل الأول فى تسليم المأجور

إشاره

تسليم العين المأجوره هو بعينه تسليم العين المبيعه الذى قد عرفت الكلام فيه فى (الجزء الأول) مفصلاً و ان أكثر الفقهاء فسروه بالتخليه و ذكرنا ما فيه من الخلل و التسامح و انه يختلف باختلاف الأعيان المبيعه و قد عرفت قريباً ان الإجاره أيضاً تتعلق بالعين و لكن من حيث المنفعه و تسليم المنفعه لا- يكون الا- بتسليم العين و هو يختلف باختلاف الأعيان أيضاً و (المجله) هنا قد تسامحت أيضاً حيث فسرتة بما الى التخليه أو الاذن و هو لا يطرد فى جميع المستأجرات فان تسليم مثل الحلى و الحلل لا يتحقق إلا بإقباضه يداً بيد كالتقود و هكذا فى أكثر المنقولات، نعم يتم ما ذكره فى الدور و العقارات و نحوها. و بهذا يتضح القصور فى ماده [٥٨٢]

(تسليم المأجور هو عبارته عن اجازته الآجر و رخصته للمستأجر ان ينتفع به بلا مانع.)

و من توضيح الواضحات ماده (٥٨٣) إذا انعقدت الإجاره الصحيحه على المده و المسافه فيلزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى فى يديه مستمراً الى انقضاء المده أو ختام المسافه.

فإن هذا من لوازم الإجاره و بدونه لا- يبقى لها معنى محصل و لا حاجه الى المثل بالكروسه و وصولها الى المحل كما ان من لوازم الإجاره و ملكيه منفعه العين المأجوره تسليمها فارغه من كل ما يشغلها على ما فى ماده (٥٨٤) لو آجر أحد ملكه و كان فيه ماله لا تلزم الأجره ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال للمستأجر أيضاً.

(ماده: ٥٨٥) لو سلم الدار الاحجره وضع فيها اشياءه يسقط من بدل الإجاره مقدار حصه تلك الحجره

و المستأجر مخير فى الدار (بخيار تبعض الصفقه) و ان أخلى الأجر الحجره و سلمها قبل الفسخ تلزم الإجاره يعنى لا- يبقى للمستأجر حق الفسخ.

اي حيث لا يمضى زمان متقوم لعدم تسليم الحجره و الا فاخلأؤها بعد زمان معتد به لا يسقط خياره.

(الفصل الثانى) فى (تصرف العقدين فى المأجور بعد العقد**(ماده: ٥٨٦) للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقاراً و ان كان منقولاً فلا**

و ذكروا فى وجه الفرق بينهما ان احتمال هلاك المنقول غالب و احتمال هلاك العقار نادر، و النادر لا يعتبر فى الأحكام الشرعيه، و هو كما ترى قياس و استحسان لا يستقيم به الميزان، فان احتمال الهلاك لا يصلح فارقاً فإنه ان هلك قبل القبض و جرت فيه قاعده (التلف قبل القبض) انفسخ العقد فيهما و الا نفذ العقد فيهما و كان تلف العين على المؤجر و تلف منافعها على المستأجر و يذهب الثمن المسمى عليه سواء كان عقاراً أو منقولاً، و مقتضى ملكيته للمنفعه ان له إيجاره مطلقاً من المؤجر و من غيره، و منع بعضهم إيجاره من المؤجر لا وجه له، كما ان له بيع المبيع ثانياً للبائع و لغيره كما يجوز بيع بدل المنفعه إذا كان عيناً من المستأجر و من غيره، و إذا كان ديناً يجوز بيعه منه أيضاً و من غيره بناء على جواز بيع الدين مطلقاً كما يجوز هبته للمستأجر فيكون إبراء و من غيره بناء على تمطى الهبه من العين الى الدين و عدم اختصاصها بالأعيان فيكون

(ماده: ٥٨٧) للمستأجر إيجار ما لا يتفاوت استعماله و انتفاعه باختلاف الناس لآخر.

يعنى انه لو استأجر دكانا أو حماما أو سفينه يجوز ان يؤجره لغيره كما يجوز إعارته للغير، اما ما يتفاوت الناس باستعماله كالدابه و الثياب فلا يجوز.

و قد عرفت مكرراً ان الملاك ليس قضيه التفاوت فى الاستعمال مضافاً الى انه مما لا ضابطه له فان الدار أيضاً مما يتفاوت الناس باستعمالها فيستعملها بعض بمداراه و بعض بغير مبالاة، بل الميزان العدل فى ذلك هو الإجاره الكليه فيجوز أو الشخصيه فلا يجوز فالعبره بالإطلاق و التقييد لا غير فتدبره.

(ماده: ٥٨٨) إن أجر المستأجر إجاره فاسده المأجور لآخر إجاره صحيحه يجوز

عرفت ان الإجاره الفاسده و الباطله سواء، و إذا كانت الإجاره فاسده لم يترتب الأثر عليها و هو تملك المنفعه و إذا لم يملكها كيف يصح تملكها لغيره و الفاسد لا يترتب عليه الا الفاسد لا الصحيح؟

(ماده: ٥٨٩) لو أجر أحد ماله مده معلومه لآخر إجاره لازمه ثم أجر أيضاً تلك المده تكراراً لغيره لا تنعقد

و لا تنفذ الإجاره الثانيه و لا تعتبر.

احترز باللازمه عما لو كانت الإجاره جائزه لخيار شرط فيها و نحوه

فإن إيجاره ثانياً ملك المدة بعينها من آخر يعد فسخاً للأولى، و لكن مع ذلك كان ينبغي ان تقول: انها لا تنفذ بل تبقى موقوفه على إجازة المستأجر الأول و يكون المؤجر فضولياً بالنسبه إلى المستأجر الأول لا أنها لا تنعقد أصلا فتدبر.

اما لو آجر غير تلك المده فلا مانع من توارد الإجازات المتعاقبه على العين الواحده باختلاف الأزمنه.

(ماده: ٥٩٠) لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع و المشتري و ان لم يكن نافذاً في حق المستأجر.

هذا البيان قاصر ناقص، و تحرير البحث ان المؤجر إذا باع العين المأجوره وقع النظر من جهتين.

جهه البائع و المشتري.

و جهه البيع و الإجاره، أو المؤجر و المستأجر.

اما من الجهه الأولى فإن كان المشتري عالماً حين العقد بان المبيع مأجور لزم البيع عليه و لا خيار له أصلا و لزم عليه الصير الى انتهاء مده الإجاره و بعدها يستلم العين لانه قد اشتراها مسلوبه المنفعه، و البيع المتأخر لا يبطل الإجاره المتقدمه، و ان كان جاهلا بها ثم علم كان له الخيار ان شاء امضى البيع و صبر و ان شاء فسخ و لا حق له في فسخ الإجاره أصلا.

و اما من الجهه الثانيه فقد ظهر لك انه لا تراحم بين الإجاره السابقه و البيع اللاحق أصلا و لا سبيل للمشتري على فسخها كما لا سبيل للمستأجر

على فسخ البيع بل يقضى مدته ثم يدفع العين إلى المشتري.

إذاً فما معنى قول (المجله) و ان لم يكن نافذاً في حق المستأجر؟ و كان حقه ان تقول: و ان لم يكن نافذاً في حق المشتري لو كان جاهلاً، و لا حازه بل و لا فائده فيما فرعته على ذلك بقولها. حتى انه بعد انقضاء مده الإجاره يلزم البيع في حق المشتري و ليس له الامتناع إلخ ..

يعنى إذا كان عالمًا.

الفصل الثالث في بيان مسائل تتعلق برد المأجور و إعادته

أكثر مواد هذا الفصل مع وضوحها و كونها غنيه عن البيان مكرره متداخله يعنى بعضها عن بعض مثلاً- ماده (٥٩١) يلزم على المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجاره- هي عين ماده (٥٩٢) ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجاره، و لا- اختلاف بينهما إلا في العبارة، فإن رفع اليد عبارة ثانيه عن عدم الاستعمال، كما ان ماده (٥٩٣) لو انقضت الإجاره و أراد الأجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه تكفى عنها و تدل عليها ماده (٥٩٤) لا- يلزم المستأجر رد المأجور و يلزم الأجر أن يأخذه عند انقضاء الإجاره إلخ.

و كذا ماده (٥٩٥) إن احتاج رد المأجور الى الحمل و المئونه فاجره

نقله على الآخر، و «بالجملة» فحق حسن التحرير يقضى بإلغاء هذا الفصل و جمع جميع مواده فى ماده واحده فيقال: العين المأجوره امانه فى يد المستأجر و هى أمانه مالكيه لا يجب ردها بل يجب تسليمها عند طلبها و على المؤجر تسليمها و لو احتاج ردها إلى أجره فعلى المالك و لا يجوز بعد انقضاء المده استعمالها إلا بإذن جديد فلو استعمالها بدون اذن و تلفت و لو بغير تفريط ضمن و لو تلفت بغير استعمال و غير تفريط قبل الطلب فلا ضمان. الا ان يشترط على المستأجر ردها و نفقتها فيكون عليه ضمانها لو قصر فى ردها أو نفقتها.

و من الغريب قول بعض الشراح: إذا اشترط ان يكون أجره اعاده المأجور على المستأجر فسدت الإجاره لأنه شرط مفيد للمؤجر و الشرط المفيد لأحد العاقدين يفسد الإجاره ا هـ.

و ما ادرى كيف صار الشرط المفيد لأحد العاقدين مفسداً للإجاره مع ان كل من يشترط شرطاً فإنه يشترطه باعتبار انه مفيد له، فهل يريد هذا القائل ان الشرط الصحيح هو ما يكون لغواً لا فائده فيه، أو يحصره فى المفيد لهما معاً و الكلا بحكم و جزاف يحكم عموم أدله الشروط.

الباب الثامن (في بيان الضمانات)**اشاره**

و يحتوى على ثلاثه فصول)

الفصل الأول في ضمان المنفعه**(ماده: ٥٩٦) لو استعمل أحد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب**

لا يلزمه أداء منفعه و لكن إذا كان مال وقف أو يتيم فعلى كل حال يلزم أجر المثل و ان كان معداً للاستغلال فعلى ان لا يكون بتأويل عقد أو ملك يلزم ضمان المنفعه يعنى أجر المثل مثلاً- لو سكن أحد في دار آخر مده بدون عقد اجاره لا تلزمه الأجره لكن ان كانت تلك الدار وفقاً أو مال يتيم فعلى كل حال يعنى ان كان ثم تأويل ملك و عقد أو لم يكن يلزم أجر مثل المده التى سكنها و كذلك ان كانت دار كراء و لم يكن ثم تأويل ملك و عقد يلزم أجر المثل و كذا لو استعمل أحد دابه الكراء بدون اذن صاحبها يلزم أجر المثل.

قد مرّ عليك كثير من فروع هذا الباب و نظائر هذا الغرض المبتنى على القاعده الاساسيه عند الحنفيه من ان (الأجر و الضمان لا يجتمعان) و خالفهم الشافعيه و عامه الإماميه و القاعده المزبوره مع انها لا- تستند الى اى دليل شرعى و لا- مدرك سوى الاستحسان و ان معنى ضمان العين دخولها فى الملك و إذا دخلت العين فى ملك إنسان ملك منافعها فإذا

استوفاهـا لا يضمن لانه قد ضمن عينها و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى فلا الضمان ملك و لا ملك العين مستلزم ملك المنفعه و لو سلمت كل هذه الأباطيل فما وجه استثناء الوقف و مال اليتيم فلو غصب الوقف أو مال اليتيم ألا يكون ضامناً للعين فما وجه ضمان المنفعه مع ضمان العين، و هل هذا الا من قبيل ما يقال:

سطح بهواءين ثم سلمنا كل هذه التحكمات فما وجه استثناء المعد للاستغلال أيضاً إذا لم يكن بتأويل عقد أو ملك فإذا كان بتأويل الملك فلا ضمان.

أفليس من الحكم الجزاف و الكلام الكيفى ما فى ماده (٥٩٧) لا- يلزم ضمان المنفعه فى مال استعمل بتأويل ملك و ان كان معداً للاستغلال مثلاً- لو تصرف أحد الشركاء مده فى المال المشترك بدون اذن شريكه مستقلاً فليس للشريك الآخر أخذ حصته لانه استعمله على انه ملكه، و هذا جزاف كما ترى فى صغراه و كبراه فان الشريك حين يتصرف فى كل الدار المشتركه لا يلزمه ان يقصد ان الدار بأجمعها ملكه و لو قصد فليس لقصده اى أثر فضلاً عن هذا الأثر الشديد و هو إسقاط حق شريكه من منافع حصته.

«و حقاً» ان الأحناف قد تطرفوا بهذه الفتوى مدى بعيداً، و فتحوا لجليه غصب أموال الناس باباً واسعاً، حيث صار بوسع كل أحد ان يستأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلك ثم ينوى به الملكيه فيكون غاصباً و ينتفع به مده حسب إرادته ثم يرده الى المالك بلا اجره و لا بدل المثل و يكون ذلك حلالاً له، و هذا حكم لا يسيغه ذوق إنسان و لا يقره عقل و لا وجدان، فكيف تقره الشريعه الإسلاميه المقدسه؟

و مثلها بل أسوء منها ماده (٥٩٨) لا يلزم ضمان المنفعه فى مال استعمل بتأويل عقد و ان كان معداً للاستغلال مثلاً- لو باع أحد لآخر حانوتا ملكه مشتركا بدون اذن شريكه و تصرف فيه المشتري ثم لم يجز البيع الشريك و ضبط حصته ليس له ان يطالب بأجره حصته و ان كان معداً للاستغلال لأن المشتري استعمله بتأويل العقد يعنى حيث انه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزم ضمان المنفعه كذلك لو باع أحد لآخر رضى على انه ملكه و سلمها ثم بعد تصرف المشتري لو ظهر لها مستحق و أخذها من المشتري بعد الإثبات و الحكم ليس له ان يأخذ أجره لتصرفه فى المده المذكوره لأن فى هذا أيضاً تأويل عقد.

فإن تأويل العقد و شبهه الملكيه لا تسقط الحق الصريح و ملكيه الشريك القطيعه و بأى وجه مشروع أو معقول يستتبع المشتري منافع حصه الشريك الذى لم يجز العقد على ماله بغير اذنه؟ و هل هذا الا أكل مال بالباطل؟ و الشرع ينادى (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه- الا ان تكون تجاره عن تراض) و المنافع أموال بل هى ملاك ماليه الأعيان و لذا تقابل بالأموال.

و هذه الفتوى الجائره، و الأحكام المجازفه- كلها انما جاءت من آفه العمل بالقياس، بل و القياس الوهمى أو القياس مع الفارق، أو الاستحسان المخالف للنص الصريح، و الدليل الواضح، عصمنا الله و إخواننا المسلمين من الزلل فى القول و العمل.

(ماده: ٥٩٩) لو استخدم أحد صغيراً بدون اذن وليه أو وصيه

فإذا بلغ رشده يأخذ أجر مثل خدمته و لو توفي فلورثته ان يأخذوا أجر مثل تلك المده من ذلك الرجل.

من المعلوم ان استخدام الصغير بدون اذن وليه غير جائز، و المعامله معه باطله، فلو استخدمه أحد فعل حراماً بلا إشكال إنما الإشكال فى ضمان تلك المنافع إذا كان الصغير حراً كما هو فرض المسأله بناء على ان منافع الحر لا تضمن اما مطلقاً أو التفصيل بين الكسوب و غيره أو تضمن مطلقاً كما هو الأقرب فى رأينا لأن الحر و ان لم يكن مالا و لكن لا مانع من ان منافعه عند حصولها أو العقد عليها تكون أموالا و بهذا صح ان يؤجر نفسه، و عليه فمنافع الصغير ان استوفاهما أحد بوجه مشروع أو غير مشروع تضمن و يدفع بدلها لوليه أو له بعد بلوغه و رشده أو لورثته بعد موته و لا يجوز إعطاؤها له فى حال صغره و لا تحسب له و كذا لو أنفقها عليه لباساً و طعاماً فإنه يكون متبرعاً إلا إذا اذن وليه بذلك.

الفصل الثانى (فى ضمان المستأجر)

عرفت ان العين المأجوره أمانه مالكيه فى يد المستأجر و من حكم الأمانات مطلقاً عدم الضمان بغير تعد و تفریط و قد أحسنت (المجله) فى ماده (٦٠٠) المأجور امانه فى يد المستأجر ان كان عقد الإجاره

صحيحاً أو لم يكن.

و لكنه إذا قبضه بإذن المؤجر فى الفاسده اما لو قبضها بدون اذنه فهو ضامن مع الفساد مطلقاً و يتفرع على هذه ماده- ماده (٦٠١) لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور فى يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو بتعديه أو بمخالفته المأذونيه.

يعنى ان أسباب الضمان ثلاثه.

١:- إتلافه بالتعدى.

٢:- تقصيره فى حفظه حتى تلف.

٣:- مخالفته للإذن و شروط الإجاره.

فلو اشترط عليه ان لا- يحمل على الدابه أكثر من وزنه فحمل عليها الأكثر فهلكت و لو بسبب آخر ضمن لانه بمخالفته الشرط خرج عن الامانه، و كان ينبغى ان يضم إلى أسباب الضمان سبب رابع و هو شرط الضمان مطلقاً و ان كان فى صحه مثل هذا الشرط بحث و لكن الأقوى الصحه، و قد ذكرت (المجله) السبب الأول فى ماده (٦٠٢) يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طراً على قيمته نقصان بتعديه، مثلاً- لو ضرب المستأجر دابه الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف و شده فهلكت لزمه ضمان قيمتها.

و من هذا القبيل ماده [٦٠٣] حرکه المستأجر على خلاف المعتاد تعد تفريطاً و يضمن الضرر و الخسار الذى يتولد منها مثلاً- لو استعمل الألبسه التى استكراها على خلاف عاده الناس و بليت يضمن- و كذلك

احتراق الدار بسبب إشعال النار أزيد من عادة سائر الناس.

و أشارت إلى السبب الثاني في ماده (٦٠٤) لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في المحافظه أو طراً على قيمته نقصان يلزم الضمان، مثلاً- لو ترك المستأجر دابه الكراء خاليه الرأس و ضاعت يضمن لأنه أمين مكلف بحفظ الامانه فيضمن إذا قصر بالحفظ المعتاد.

و أشارت الى الثالث في ماده (٦٠٥) مخالفه المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان، و اما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط أو مثله لا- توجبه، مثلاً- لو حمل المستأجر خمسين أقه حديداً على دابه استكراها لان يحملها خمسين أقه سمناً و عطبت يضمن و اما لو حملها حموله مساويه الدهن في المضره أو أخف و عطبت لا يضمن.

أما ماده (٦٠٦) فهي من توابع ما تقدم في ماده (٥٩١) و (٥٩٢) و ماده (٦٠٠) و حقها ان تذكر في إحدى تلك المواد.

الفصل الثالث (في ضمان الأجير)

هذا الفصل معقود لتلف المستأجر فيه و الذي قبله كان لبيان تلف المأجور، و حيث ان الملاك في المقامين متحد كان الأنسب بالتحريم جمعهما في مقام واحد فان تلك الأسباب بعينها هي أسباب ضمان المستأجر فيه فإذا أعطيت

الخياط ثوباً ليخيطه فأتلفه أو قصر في حفظه حتى تلف، أو تعدى الإذن أو الشرط كان ضامناً و كذا لو غرّه و قال يتسع لصنعه قباء فظهر خلايف ذلك، و لا- فرق في ذلك بين الأجير الخاص و المشترك و لا- حاجه الى تكثير الأمثله و تكرار المواد و الفصول، و لا نجد وجهاً مقبولاً أو معقولاً للفرق بينهما، و ما يقال من أننا لو قلنا: بأن الأجير المشترك لا يضمن التلف الحاصل من عمله- يباشر بتقبيل اعمال فوق طاقته و يضر بالمستأجرين، ففساده غنى عن البيان، و تنقيح القول على الإجمال في ضمان الأجير ما يعمل فيه ان القاعده تقتضى عدم ضمانه كالمستأجر بالنسبه إلى العين الا مع التعدى و التفريط أو التغرير- فالقصار و النجار و البيطار و الخياط و الصائغ و سائر أرباب المهن و الصنائع حتى الحمال و المكارى للنقل و الحمل لا يضمنون ما يتلف أو يعاب بأيديهم من أموال الناس الا- بالأتلاف أو الشرط أو التفريط أو الحفظ أو التقصير في العمل أو التغرير بان يقول له المستأجر: ان كان هذه القطعه من القماش تكفى جبه ففصلها، فقال: نعم تكفى ففصلها فظهر انها لا تكفى و لا فرق بين ان يشترط عليه أو يسأله فيقول نعم، إذا كان مغوراً منه، اما مع عدم شىء من هذه الأسباب فلا ضمان لأنه أمين كالعين في يد المستأجر لاستيفاء المنفعه و لكن ذهب أكثر الفقهاء الى ان الخياط و القصار إذا أفسد الثوب ضمن، و كذا الختان و الحجام و الكحال و البيطار و كل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده كان ضامناً و ان كان بغير قصده لعموم (من أتلف ..) و للصحيح عن الصادق (عليه السلام) في الرجل يعطى الثوب ليصبغه،

فقال «عليه السلام» (كل عامل أعطيته على ان يصلح فأفسد فهو ضامن) و يظهر منهم إطلاق الضمان حتى مع عدم التعدى و التفريط بل قالوا بضمان الطيب المباشر للعلاج إذا أضر و ان كان حاذقاً الا مع أخذ البراءة و عدم التقصير و افرطوا حتى قالوا بضمان الحمال إذا عثر و زلق فوق و انكسر ما كان يحمله كل ذلك لقاعده الإلتلاف، و صدق الإلتلاف فى كثير من هذه الموارد مشكل و الصحيح ناظر الى من أفسد عن تقصير و تسامح و لذا لم يحكموا فى ما لو استأجر دابه لحمل متاع فعثرت و تلف أو نقص بضمان صاحبها إلا إذا كان هو السبب فى عثرتها بضرب زائد أو نخس و كذا فى السفينه لو غرق متاعها و سرق و إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن الا مع التقصير فى الحفظ أو الشرط.

نعم لو غلبه النوم فسرق قد يعد ذلك تقصيراً فيضمن لكنه مشكل، و على كل حال لو سرق لم يستحق الأجره ان كانت الإجاره على الحفظ، اما لو كانت على النظاره و النظاره و لو لداعى الحفظ و قد قام بهما على العاده استحقها، كما ان صاحب الحمام لا يضمن الثياب لأن الأجره انما هى للحمام فقط لا له و للحفظ، نعم لو وضعها الى جنبه بصفه الامانه و جب عليه حفظها فلو قصر فى الحفظ ضمن.

و «القصارى» انك عرفت ان كلا من المستأجر و الأجير بالنسبه إلى العين و محل العمل أمين و قاعده [الائتمان عدم الضمان] إلا إذا خرج عن الأمانه بأحد الأسباب المتقدمه فالأصل الاولى الذى يرجع

إليه فى موارد الشك هو عدم الضمان حتى يتحقق حصول السبب و من جميع ذلك يتضح القول فى مواد هذا الفصل.

أما- مادة (٦٠٧) لو تلف المستأجر فيه بتعدى الأجير أو تقصيره يضمن، فلا اشكال فيها كما لا إشكال فى مادة [٦٠٨] تعدى الأجير هو ان يعمل عملاً أو يتحرك حركه مخالفين لأمر الآجر صراحه كان أو دلالة إلخ .. و مثلها مادة [٦٠٩] تقصير الأجير هو قصور فى محافظه المستأجر فيه بلا عذر مثلاً- لو فرت الشاه و لم يذهب الراعى لقبضها تكاسلاً و إهمالاً يضمن حيث انه يكون مقصراً و ان كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبه احتمال ضياع الشاء الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً و لا يلزم الضمان.

أما الاشكال و المنع فى المادتين الأخيرتين- مادة (٦١٠) الأجير الخاص أمين حتى انه لا يضمن المال الذى تلف فى يده بغير صنعه و كذا لا يضمن المال الذى يعمله بلا تعد أيضاً.

و- مادة (٦١١) الأجير المشترك يضمن الضرر و الخسار الذى تولد عن فعله و صنعه ان كان بتقصيره أو لم يكن.

فإن الأجير الخاص إذا كان لا- يضمن لأنه أمين فالأجير المشترك أمين فحقه ان لا يضمن أيضاً فما وجه التفصيل بالضمان بينهما؟ كما عرفته قريباً موضحاً.

و الى هنا انتهت مواد (المجله) من مباحث الإجاره

و قد بقيت مسائل مهمه لم تتعرض لها أو أشارت إليها بصوره مجمله يلزم بيانها.

إشاره

الاولى-: ان صورته امتناع الانتفاع بالعين المأجوره و أنواعه كثيره

و حيث ان أكثرها قد تقدم متفرقاً في عدة مواد وجدنا من حسن التحرير ان ننظم شتاتها في سلك واحد كعقد متلائم فنقول: ان امتناع تمام الانتفاع اما ان يكون لتلف العين أو لتعيينها أو لسبب آخر مع سلامتها.

اما التلف فان كان سماوياً فهو موجب للفسخ بجميع أنواعه بعد القبض أو قبله في الأثناء أو قبل الشروع في الاستيفاء، غاية انه لو كان في الأثناء وزعت الأجره المسماه على الماضي و الباقي بالنسبه فأخذ المستأجر حصه ما بقى و دفع للمؤجر حصه ما مضى و يمكن الفسخ في الجميع و أخذ بدل المثل عن الماضي، و ان كان بإتلاف متلف فان كان هو المؤجر ضمن المثل أو قيمه للمستأجر- يعنى قيمه المنفعه- و لو قيل ان للمستأجر الخيار بين الفسخ و استرداد الأجره المسماه أو الإمضاء و أخذ قيمه كان سديداً، و ان كان هو المستأجر ضمن العين و لزمته الأجره المسماه و كان إتلافه بمنزله الاستيفاء، و ان كان المتلف أجنبياً ضمن العين للمؤجر و المنفعه للمستأجر، اما في العمل فتبطل الإجاره مطلقاً لزوال الموضوع، و ان كان المانع هو العيب فهو موجب لخيار المستأجر مطلقاً سواء كان قبل العقد أو بعده قبل القبض أو بعده فلو فسخ في أثناء المده دفع من الأجره المسماه بالنسبه عما مضى، اما لو كان المانع غير التلف و العيب فاما ان يكون من المؤجر بامتناعه من تسليم العين و عدم التمكن من جبره بحاكم أو نحوه أو سلمها ثم انتزعها أو حال بين المستأجر و بين

الانتفاع فهو فى الجميع ضامن للمنفعه بالمثل أو القيمه و لو قيل بالخيار للمستأجر كان أصوب، و اما ان يكون من المستأجر فإن كان لعذر كمرض يمنعه الركوب مثلاً أو زوال مرض كما لو استأجره على قلع حرسه فزال الألم و أمثال ذلك فالمسئله مشكله و القول بالبطلان فى الابتداء أو فى الأثناء للتعذر و تنزيل العذر الخاص منزله العام قريب جداً و ان كان لا يخلو من نظر، اما لو تركها لا- لعذر فقد لزمته الأجره، و اما لو كان المانع أجنبياً كظالم أو غاصب أو غيرهما فان كان قبل القبض تخير بين الرجوع على المؤجر بالأجره أو الرجوع على الظالم بالبدل، و ان كان بعده فلا رجوع له على المؤجر و تعين الرجوع على الأجنبى، و ان كان المانع عذراً عاماً كتنزول ثلج أو قيام حرب و ما الى ذلك فالبطلان ابتداء أو فى الأثناء و تتوزع الأجره.

هذا هو التحرير الشافى المستوعب لجميع فروع القضييه باختصار و يجوز ان يكون قد فاتنا شىء و لمن يستدركه علينا المحمده و الشكر و بالله التوفيق.

الثانيه-: لم تذكر (المجله) بطلان الإجاره أو عدمه بموت المؤجر أو المستأجر

مع أنها من مواضع الخلاف بين فقهاء المذاهب كاختلاف فقهاءنا فيها و لكن استقرت فتوى المتأخرين منا على عدم بطلانها أصلاً بموت أحدهما و لا بموتهما و تنتقل الأجره إلى ورثه المؤجر لو مات و المنفعه إلى ورثه المستأجر.

نعم فى الإجاره المقيده بالمباشره تبطل من حين الموت لا من أصلها

و تتوزع الأجره، و كذا لو أجر المرتزقه العين الموقوفه وقفاً ترتيباً و ماتوا في أثناء المدّه فإن إيجارهم تبطل لانتقال الحق إلى البطن اللاحق و ملكيتهم محدوده، إلا- إذا كان إيجارهم لمصلحه الوقف فإنها تبقى الى تمام مدتها و كذا لو اوصى لرجل بالمنفعه مدته حياته و مات في أثناء الإجاره، اما الأجره على العمل فلا تبقى بل يجب على الورثه الإتيان بالعمل المستأجر عليه، اما لو اشترط عمله بنفسه أو سكناه بذاته فمات فللمؤجر الخيار و لو كان على نحو التقييد بطلت، و لو أجر الولي الصبي مدته و بلغ في أثنائها و صار رشيداً فيحتمل البطلان في الزائد و يحتمل الصحه و يحتمل وقفها على الإجاره و هو الأقرب إلا إذا كانت مصلحته في ذلك الوقت تقتضى إيجارته تلك المدته المعينه فإنها تلزم و لاحق له في فسخها، و يشبه ذلك ما لو أجر العبد و اعتقه في أثناء المدته أو أجر الدار و باعها في الأثناء كما سيأتى أو آجرت المرأه نفسها ثم تزوجت فان الجميع لازم لا فسخ فيه و نفقه العبد في تلك المدته اما على المولى الذى استوفى منافعها فيها أو فى كسبه إن امكنه الكسب مع الخدمه أو على ذمته أو من بيت المال أو على المسلمين كفايه أو على مستأجره و يستوفيه منه بعد انتهاء المدته و هو الأقرب، اما الزوجه فنفتها على الزوج مع التمكين و ان كانت الخدمه لغيره،

الثالثه :- يجوز للمؤجر بيع العين المأجوره فى أثناء مدته الإجاره

فالمشترى يملك رقبه العين مسلوبه المنفعه تلك المدته و المستأجر يملك المنفعه و لا تراحم بينهما و لكن لو كان المشترى جاهلاً بالإجاره كان له الخيار لانه نقص فى العين معنى و ان لم يكن نقصاً صورته و ليس هو عيباً و لذا

ليس له المطالبه بالأرش بل اما الإمضاء و اما الفسخ كسائر الخيارات غير خيار العيب، و لو كان عالماً و أقدم فلا خيار، أما لو اعتقد أنها مثلاً سنه ثم بان انها سنتان كان له الخيار على اشكال، و لو فسخ المستأجر رجعت المنفعه إلى البائع لا إلى المشتري.

نعم لو اعتقد البائع و المشتري بقاء المده ثم انكشف انقضاؤها فالأقوى أنها للمشتري لتبعيته المنفعه للعين سواء شرطاً كونها مسلوبه المنفعه أو تبايناً عليه و لا يثبت للبائع خيار الا مع الغبن، هذا كله لو بيعت على غير المستأجر اما لو بيعت عليه فهل تنفسخ الإجاره أم تبقى؟ وجهان و تظهر الثمره حينئذ في أمور أظهرها استحقاق الأجره و الثمن معاً للبائع و عدمه، (ثانيها) بقاء ملكيته للمنفعه لو فسخ البيع بأحد أسبابه، (ثالثها) إرث الزوجه من المنفعه فيما لا- ترث من عينه، (رابعها) رجوع المشتري بالأجره لو تلفت العين قبل القبض و قبل انقضاء مده الإجاره فإن تلف العين في الإجاره يوجب الرجوع بالأجره، اما لو قلنا ببطانها بالبيع فلا- رجوع بل يرجع بالثمن فقط، و لو وقع البيع منه و الإجاره من و كيله في وقت واحد فالأقوى صحتها معاً لقاعده اعمال السببين و يثبت للمشتري الخيار.

(الرابعه) :- إذا تبين بطلان الإجاره قبل استيفاء شىء فلا اشكال

و ان كان بعد الاستيفاء كان للمالك المؤجر بدل المثل عما استوفاه المستأجر من المنفعه أو ما عمله من عمل، هذا إذا كان المؤجر جاهلاً، اما لو كان عالماً فالمشهور عندنا انه لا شىء له لأنه بتسليمه مع علمه بالفساد قد سلطه و أسقط حرمه ماله و هذه عند أصحابنا قضيه سياله و قاعده مطرده فيما كل

ما هو من هذا القبيل مثلاً- لو سلم البائع المبيع مع علمه بفساد البيع فان كان موجوداً استرده و ان أتلّفه المشتري استرد الثمن من البائع و لا يرجع عليه بشيء لأنه سلطه على إتلاف ماله، و على هذا السبيل نهجوا في سائر العقود، و هي لعمر الحق طريقه غير مستقيم، بل عليه سقيم، فإن البائع هناك و المؤجر هنا ما سلط المشتري و المستأجر على إتلاف المال مجاناً و انما سلطاه بالعوض و كون الشارع لم يرض تلك المعامله لا يقلب الواقع عما هو عليه من انهما لم يسلط الا بالعوض.

و «بالجمله» فقاعده احترام مال المسلم و أنه (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) تقتضى غرامه المال على من أتلّفه إلا مع التسليط المجانى المفقود فى باب المعاوضات بالضروره و ان كانت فاسده فالحق عندنا الضمان بالبدل فى جميع العقود الفاسده حتى لو باع المسلم ماله بالخمير و الخنزير و هكذا ذكروا فى الأجره و ان المستأجر إذا دفعها عالماً بالفساد فان كانت موجوده أخذها و ان كانت تالفه و أتلّفها المؤجر فلا رجوع و العامل إذا عمل فى الإجاره الفاسده قالوا: لا يستحق المسمى لفساد الإجاره و لا بدل المثل لانه متبرع، و هذا عندى غريب لانه المتبرع هو الذى يقول أو يقصد ان يعمل بلا اجره لا الذى يعمل بقصد الأجره و الشارع يفسدها و احكام الشارع بالصحه و الفساد لا يقلب الموضوعات الخارجيه عما هي عليه، فتدبره و اغتتمه فإنه من نفائس التحقيق، و بالله التوفيق.

الخامسه-: ان (المجله) لم تتعرض لمسائل الخلاف و النزاع

بين

المستأجر و المؤجر مع أن مسائل الشجار بين المتعاقدين من أهم مباحث العقود سيما فى الإجاره لكثرة الوقوع و عموم البلوى و نحن نذكر ذلك على نحو الاختصار، و النزاع فيها يقع على أنحاء.

(الأول) لو تنازعا فى أصل الإجاره قدم قول منكرها يمينه فان كان قبل استيفاء شىء من المنفعه أو العمل فلا شىء و ان كان بعده أو بعد شىء منه فان كان المنكر المالك كان له اجره المثل و لا يستحق الزائد عليها من المسمى الذى يدعيه مدعى الإجاره و ان وجب عليه باعترافه و حسب اعتقاده ان يوصله الى المالك و لو من حيث لا يعلم، و ان كان المنكر هو المتصرف قدم قوله و وجب عليه ان يدفع بدل المثل للمالك فان زاد على المسمى الذى يدعيه لم يجز له أخذه و لزم على المتصرف ان يوصله إليه بأى نحو كان.

(الثانى) لو اتفقا على ان المتصرف مأذون باستيفاء المنفعه و المالك يدعى الإجاره و الآخر يدعى العاريه و أصله الاحترام اى عدم البذل و الاذن بلا عوض تقضى بتقديم قول الأول و أصله براه ذمه المتصرف تقضى بتقديم قوله فيتحالفان و تثبت بعده اجره المثل على قاعده باب التداعى.

(الثالث) لو تنازعا فى قدر الأجره أو قدر المأجور أو مده الإجاره أو فى أصل الشرط أو فى قدره يقدم قول منكر الزيادة و منكر شرط مع يمينه إلا إذا كان الشرط مما يقتضيه عقد الإجاره كالمحافظه على العين من لص أو ذئب و نحوه.

(الرابع) لو تنازعا في تلف العين و عدمه قدم قول منكر التلف بيمينه على قاعده المنكر و المدعى، و لكنهم قدموا هنا قول المستأجر إذا ادعى التلف لأنه أمين، و لو تنازعا ان التلف كان عن تعد أو تفريط قدم أيضاً قول منكره مع اليمين أيضاً.

(الخامس) لو تنازعا في ان المأجور هذه الدار أو تلك أو انه دار أو دكان أو بغل أو فرس و هكذا أو ان حمل المتاع الى (بغداد) أو (البصرة) أو ان الخياطه على قباء أو قميص فكل ذلك من باب التداعي يتحالفان و تثبت اجره المثل ان كان بعد العمل و الا فلا شىء.

نعم لو اختلفت صورته الدعوى كما لو حمل المتاع الى بلد فأنكر المالك ان يكون هو المستأجر عليه فالقول قوله بيمينه أو خاط الخياط القماش قميصاً فأنكر الاذن أو الإجاره على ذلك فالقول أيضاً قوله و يضمن المتصرف كل نقص أو ضرر، اما لو كان قبل العمل فهو من التداعي كما ذكرنا.

(السادس) لو تنازعا في صحه الإجاره أو فسادها بعد الاتفاق على وقوع العقد قدم قول مدعى الصحه كما في سائر العقود.

(السابع) إذا اختلفا في رد العين المأجوره فمقتضى قضيه ان المستأجر أمين ان يقدم قوله في الرد كما قدم في دعوى التلف و كلاهما خلاف الأصل و لكنهم هنا حكموا بتقديم قول المؤجر عملاً بأصالة عدم الرد اى استصحاب بقائها عند المؤجر و لم يعملوا بهذا الأصل في قضيه التلف مع ان الأمانه في المقامين ثابتة و الأصل فيهما جار و استخراج وجه

الفرق بينهما يحتاج الى مزيد تأمل.

(الثامن) لو اختلفا في المال المردود فقال المستأجر هذا مالك، و قال المؤجر. ليس هذا مالي، فالقول قوله بيمينه و ان قال بل مالي ذلك الشىء كان من باب التداعى، و صور النزاع و الخلاف كثيره ربما يتعسر ضبطها على التفصيل و لكن «الضابط» انه كلما كان النزاع بالأقل و الأ-كثر أو دائر بين النفي و الإثبات فالقول قول منكر الأكثر و قول النافي لا المثبت، و مدعى الأكثر يحتاج إلى إثبات من بينه و غيرها إلا- إذا كان أميناً فيقدم قوله بيمينه و كل ما كان النزاع بين متباينين فهو باب التداعى و التحالف.

(التاسع) مقتضى القواعد الأوليه ان من استؤجر على عمل كخياطه أو كتابه أو صوم أو صلاه و بقيه شئون هذه المباحث موكوله الى (كتاب القضاء) كما انه قد بقيت من (كتاب الإجاره) عدده مسائل جد مهمه ذكرها فقهاؤنا في مؤلفاتهم المتوسطه فضلا عن الموسوعات رأينا ان ذكرها يخرج بنا الى البسط الذى ربما لا يكون مرغوباً فى هذه العصور التى توفرت فيها العلوم، و تكثرت الفنون، و ازدحمت الاعمال، حتى ضاق مجال الفكر و الخيال، على سعته عن استيعابها، و لنكتف بهذا المقدار من مباحث الإجاره سائلين الحق جل شأنه أن يوفقنا لتحرير باقى كتب (المجله) بمنه و كرمه.

اللهم عليك توكلنا و إليك أنبنا و إليك المصير.

□
(و يتلوه كتاب الكفاله إن شاء الله)

ص: ٢٣١

الكتاب الثالث فى الكفاله

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

ص: ٢٣٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

المقدمه (فى الاصطلاحات الفقهيه الدائره بالكفاله)

اشاره

(ماده: ٦١٢)

الكفاله:

ضم ذمه إلى ذمه، فى مطالبه شىء يعنى أن يضم أحد ذاته الى ذات آخر و يلتزم أيضاً المطالبه التى لزمتم فى حق ذلك.

قد اجتهد نفسه هذا المعرف ليفصح عن المعنى المقصود فلم يستطع و بقيت العبارة معقده غير وافيها بالمراد.

و (تحرير البحث) ان فقهاءنا يعبرون عن هذا الكتاب (بكتاب الضمان) و يخصصون (كتاب الكفاله) يتعهد النفس، و إحضار الشخص، اما تعهد المال فهو الضمان، و عرفت فى (الجزء الأول) ان الضمان يستعمل فى لسان الشرع أو المتشرعه فى معينين.

الأول:- غرامه التالف و منه (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و قول الحنفية (الأجر و الضمان لا يجتمعان).

الثانى:- ضم ذمه إلى ذمه- أى جعل ذمه مشغوله بما اشتغلت به ذمه

أخرى، بحيث يصير لصاحب الحق مطالبه أيهما شاء، و أيهما دفع تبرأ ذمته و ذمه الآخر، هذا عند فقهاء المذاهب.

اما عند الإماميه فهو نقل المال من ذمه إلى أخرى بحيث تبرأ ذمه الأول و تبقى ذمه الآخر هي المشغولة، و قد أوضحنا لك فيما سبق ان الجميع يرجع الى معنى واحد، و أصل حقيقه الضمان هو العهده و التعهد، فغرامه التالف عباره عن دخول البدل في عهده المتلف و اشتغال ذمته به و هو ضمان العهده و ضم ذمه إلى أخرى أو نقل المال من ذمه إلى ذمه و هو جعل الحق في عهده اما معاً على سبيل البدليه كما عند القوم، أو نقلًا و تحويلاً كما عند الإماميه، و كفاله النفس أيضاً ترجع أيضاً الى ضمان العهده يعنى انك تتعهد بإحضار الشخص في الوقت المعين أو متى شاء صاحب الحق كما في ماده (٦١٣) الكفاله بالنفس هي الكفاله بشخص واحد، و ما بعدها من ماده (٦١٤) إلى ماده (٦٢٠) مكررات و اوضحات و ماده (٦١٧) سيأتي تفصيلها في مادتي (٦٢٣) و (٦٢٤) و (الخلاصه) ان الكفاله أي الضمان نسبه و اضافته تتقوم بأربعة أطراف.

(١) الكفيل - و هو الضامن المتعهد.

(٢) المكفول - و هو المضمون عنه أو معه.

[٣] المكفول له - و هو صاحب الحق المضمون و يعبر عنه بالمضمون له.

[٤] الحق المضمون - و هو المال أو النفس.

و هي عند أصحابنا عقد يتوقف على الإيجاب من الضامن و القبول

من المضمون له و هو صاحب الحق، اما المضمون عنه اى من عليه الحق فقيل: يعتبر قبوله أيضاً فتتقوم بإيجاب و قبولين، و قيل: لا يعتبر، اما عند أصحاب (المجله) فيكفى إيجاب الكفيل كما سيأتى.

الباب الأول في «عقد الكفاله»

اشاره

و يحتوى على فصلين»

الفصل الأول «في ركن الكفاله»

(ماده: ٦٢١) تنعقد الكفاله و تنفذ بإيجاب الكفيل فقط

و لكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك و تبقى الكفاله ما لم يردّها المكفول له و بهذه الصوره لو كفل أحد و طلب المكفول له في غيابه و مات قبل وصول خبر الكفاله اليه و يطلب الكفيل بكفاله هذه و يؤخذ بها.

ذهب جماعه من متأخري فقهاءنا إلى كفايه الإيجاب و عدم لزوم القبول العقدي من المضمون له اى المكفول له بل يكفي رضاه سابقاً أولاً حقاً أو مقارناً و حينئذ فلا يلزم فيه ما يلزم في سائر العقود اللازمه من صيغه خاصه و توالى الإيجاب و القبول و غير ذلك و هذا هو المعنى المعقول و لعله هو مراد أرباب (المجله) و ان كانت العبارة قاصره عنه فان رضا صاحب الحق اى المكفول له لا بد منه و لا يكفي عدم رده

و لا- يلزم الكفيل بها مع عدم إحراز رضا المكفول له فلو مات قبل العلم برضاه فالكفيل غير مشغول الذمه و قولهم: ان الكفيل يطالب بكفاله و يؤخذ بها غير سديد كما هو واضح بأقل تأمل، بل قد يكون فى بعض الظروف و الاعتبارات رضا المكفول اى المضمون عنه معتبراً أيضاً كما لو كان من ذوى الشأن و يكون عليه حزازه فى ضمان هذا الضامن الذى هو أحط منه درجه عند الناس فلا ينتقل الحق من ذمته الا برضاه.

[ماده: ٦٢٢] إيجاب الكفيل يعنى ألفاظ الكفاله هى الكلمات التى تدل على التعهد و الالتزام فى العرف و العاده

مثلا لو قال كفلت أو انا كفيل أو ضامن الكفاله،، عقد الضمان أو الكفاله له صيغ خاصه عليه صراحه و بالمطابقه و هى - كفلت و ضمنت، و انا متعهد و انا ضامن- و له صيغ تدل عليه بالالتزام كقوله: حقك على فلان هو على و أنا مشغول لك به، و أشباه هذا، و الجميع كاف على حد سائر العقود اللازمه عندهم و ان كان الأحوط بل الأقوى لزوم الاقتصار على الصيغ الصريحه أو القريبه منها.

اما المجازات البعيده و استعمال ألفاظ عقد فى آخر كما لو استعمل لفظ الحواله و أراد منه الكفاله بقربنه أم بغير قربنه فالأصح عدم انعقاد تلك المعاملات الخاصه بها و عدم تحقق تلك الحقائق باستعمالها.

(ماده: ٦٢٣) تكون الكفاله بالوعد المطلق أيضاً

انظر ماده (٨٤) مثلا لو قال: ان لم يعطك فلان طلبك فانا أعطيك تكون كفاله فلو

لم يعطه يطالب الكفيل.

ذكرنا فى تلك المادة ان المواعيد عندنا غير لازمه، نعم يستحب الوفاء بالوعد استحباً شرعياً و يجب الوفاء به وجوباً اخلاقياً، فقله:

ان لم يعطك فلان فانا أعطيك، و عدلا التزام و لا عقد لازم و ليس بكفاله و لا ضمان انما الضمان ان يقول: انا ملتزم أو متعهد أو ضامن و ما الى ذلك من الألفاظ الصريحه بالعهد و إشغال الذمه.

هذا فساد من هذه الناحيه و فساد من ناحيه أخرى و هى ان العقود اللازمه بل مطلقاً عند الفقهاء لا تحتل التعليق سيما الضمان فلا يصح ان يقول: انا ضامن ان رضى أبى، و انا ضامن ان لم يعطك المديون، بل يشترطون فى الضمان التنجيز كما سيأتى، و استدلو له بالإجماع تاره- و تحققه غير معلوم- و بمنافاه العقد للتعليق أخرى لأن أثر العقد يلزم ان يكون متصلًا به غير منفك عنه، و فيه ان الأثر الخاص- اعنى الالتزام أو التعهد- فى ذلك التقدير أيضاً متصل بالعقد غير منفك عنه فكما يجوز التوقيت فى الضمان كقله: انا ضامن بعد شهر أو بعد سنه يلزم جواز انا ضامن ان قبل أبى أو ان لم يعطك غريمك فيكون نظير ضمان العهده فى الأعيان فإنه ضمان فى الحقيقه ضمان معلق على التلف كما مرت الإشاره إليه فى قاعده اليد فتدبره.

و الى الضمان الموقت أشارت ماده (٦٢٤) لو قال: انا كفيل من اليوم الى الوقت الفلانى تنعقد منجزه حال كونها كفاله موقته، و ماده (٦٢٥) كما تنعقد الكفاله مطلقه تنعقد بقيد التعجيل و التأجيل يعنى

مقيده بالحال أو بالوقت الفلاني- كل ذلك لإطلاق أدلتها المقتضى لجوازه كما يقتضى جواز تعدد الكفلاء عرضيين كما لو كفل شخصاً واحداً جماعه، و طوليين كما لو كفل الكفيل كفيل و هكذا و يكون حال أولئك و هؤلاء حال الواجب الكفائي ان ادى واحد سقط عن الجميع و الا فالجميع ذمهم مشغوله على نحو البدليه و كما فى تعاقب الأيدى على العين الواحده كما حقق فى محله و اليه أشار بماده (٦٢٦) يصح ان يكون للكفيل كفيل و ماده (٦٢٧) يجوز تعدد الكفلاء.

الفصل الثانى فى (بيان شرائط الكفاله)

(ماده: ٦٢٨) يشترط فى انعقاد الكفاله كون الكفيل عاقلا و بالغاً

بناء عليه لا تصح كفاله المجنون و المعتوه و الصبى، و لو كفل حال صبوته و أقربها بعد البلوغ لم يؤخذ بها.

العقل و البلوغ- بل و الرشده- عندنا من الشرائط العامه التى لا يصح عقد الا باجتماعها، و اما أرباب (المجله) فقد اکتفوا- فى صحه البيع و الإجاره و هما من أقوى العقود اللازمه و أكثرها تداولا- بالعقل و التمييز فقط اى لم يعتبروا البلوغ فاعتباره هنا و عدم اعتباره هناك لا يخلو من

غرابه و على كل فيشترط فى صحه الكفاله اى الضمان.

١:- الإيجاب و القبول.

٢:- صدورهما من عاقل بالغ.

٣:- كونه مختاراً فلا اثر لضممان المكره.

٤:- غير محجور عليه لسفه، اما الحجر عليه لفلس فلا يمنع، لأن الحجر فى الفلس يتعلق بمنعه من التصرف فى أعيان أمواله لا فى ذمته فهو كما لو اقترض على ذمته، و كذا يشترط عدم كون المضمون له مفلساً أو سفيهاً اما المضمون فلا يشترط فيه شىء من ذلك.

٥:- ان لا يكون مملوكاً غير مأذون من مولاه، و عن بعض فقهاثنا جواز ضمانه مطلقاً كجواز دينه و يتسع به بعد العتق، و نفى القدره عنه فى قوله تعالى (عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) منصرف إلى الأعمال المنافيه لحق المولى و ليس هذا القول و ان كان المشهور على خلافه ببعيد، و لو اذن له المولى و عين فى ماله أو مال عبده- ان قلنا بأنه يملك أو فى ذمته تعين، و ان أطلق ففى كونه على المولى أو على ذمه العبد يتبع به بعد العتق أو فى كسبه فعلا و جوه أوجهها الأول لأن الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه بعد ان كان العبد لا مال له أصلاً أو محجور عليه فهو كما لو اذن له بالتزويج حيث ان المهر و النفقه على المولى و ان لم يقيد و كما لو اذن له فى الاستدانه لنفقته و دعوى الفرق ممنوعه.

٦:- التنجيز عند المشهور فلو علق الضمان على شرط بطل عندهم

اما لو علقه على وصف اى على أمر محقق الوقوع كالتوقيت صح، وقد عرفت التحقيق قريباً.

٧-: كون المضمون حقاً ثابتاً فى ذمه المضمون عنه سواء كان مستقراً كالفرض و العوضين فى البيع المنجز، أو مترزلاً كأحد العوضين فى البيع الخيارى و كالمهر قبل الدخول فلو قال: أقرض فلاناً و انا ضامن أو بعه نسيئه بضمانى لم يصح عند المشهور بل ادعى الإجماع عندنا على بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً فهو فى ضمانى مع انهم اتفقوا ظاهراً على الصحة فيما لو قال عند خوف غرق السفينه: ألق متاعك فى البحر و على ضمانه، و ذهب جماعه إلى صحة ضمان مال الجعالة قبل العمل مع انه حق غير ثابت فالأقوى كفايه مقتضى الثبوت و عليه فيصح ضمان النفقه المستقبلة للزوجه لأن نفس الزوجيه تقتضى ثبوتها و ان لم يثبت فعلا بل يمكن القول بما هو أوسع و هو ضمان الأعيان و عدم قصره على الحق الثابت فى الذمه فيصح ضمان العين المغصوبه و المقبوض بالسوم و بالعقد الفاسد و ضمان درك الثمن لو ظهر المبيع مستحقاً و درك المبيع لو ظهر الثمن مستحقاً و كل هذا من ضمان العهده المستفاد من قاعده اليد فيتلقى الضمانان- ضمان العقد و ضمان اليد- فى أصل واحد و فسيله فارده.

٨-: ان لا يكون الضامن مشغول الذمه للمضمون عنه بمثل المال المضمون فإنهم ذكروا: ان التعهد اما بمال أو بنفس و الثانى هو الكفاله و الأول- اما من برئ- و هو الضمان- و اما من مشغول الذمه و هو الحواله.

و يمكن الخدشه فيه بان ملاك الفرق بين الضمان و الحواله ليس هو البراءه.

و الاشتغال بل ان المتعهد ان ابتداء بالتعهد و لو ياذن المتعهد عنه فهو ضمان سواء كان مشغولاً أو بريئاً و ان كان بتوجيه المتعهد عنه ماله من الحق إلى غيره فهو الحوالة.

و «الحاصل» ان الضمان و الحوالة معنيان متباينان بحسب الجوهر و ان اشتركا في بعض اللوازم فالضمان تعهد أعم من ان يكون بطلب أو ابتداء و ان كان الغالب الثاني، و الحوالة توجيه و تسليط على ذمه الغير فذاك تعهد ذمه لأخرى و هذه تسليط ذمه على ذمه فتدبره فإنه لا يخلو من دقه، و حينئذ فلو ضمن مشغول الذمه فإن كان ياذن المضمون عنه و بمثل ماله من الحق حصل التهاتر القهرى و الا فالحق باق في ذمته كما في الضمان التبرعى.

٩-: ان لا يكون في المضمون له و الحق المضمون و المضمون عنه ترديد عند الضامن و إبهام فلا يصح ان يضمن أحد الدينين و لو لشخص واحد أو على واحد و لا- أحد الشخصين و لو عن دين واحد و لكن لا- يلزم معرفه الدين و مقداره و لا معرفه المضمون له أو المضمون عنه بشخصه بل يكفى معرفه الإجماليه و الإشارة إلى واقعه على ما هو عليه و ان لم يعلمه الضامن تفصيلا فيصح لو قال: ضمنت ما عليك من دين و ان لم يعلم قدره و لا من له الدين كما يجوز ان يقول ضمنت مالك على الناس من ديون أو كل من له دين على زيد فانا ضامن له و هكذا و اليه أشارت (المجله) فى ماده (٦٣٠) ان كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً و ان كان مالا لا يشترط ان يكون معلوماً بناء عليه

لو قال: انا كفيل عن دين فلان الذى هو على فلان تصح الكفاله و ان لم يكن مقداره معلوماً، بل قد عرفت صحه ما هو أوسع من هذا فى الجهاله.

و «الضابطه» للصحه ان يقصد شيئاً له واقع يشير اليه و لو إجمالاً- بخلاف ما لو لم يكن له واقع معين كأحد الدينين أو أحد الشخصين فان واقعه التردد لا التعيين.

و الى الشرط السابع أشارت (المجله) بماده (٦٣١) يشترط فى الكفاله بالمال ان يكون المال المكفول به مضموناً على الأصيل يعنى ان إيفائه يلزم الأصيل بناء عليه تصح الكفاله بثمان المبيع و بدل الإجاره و سائر الديون الصحيحه كذلك تصح الكفاله بالمال المغصوب،، يتضح لك من تحريرنا القريب ضعف هذا البيان الذى لم يميز فيه بين ضمان الذمم و الأعيان فإن ثمن المبيع تاره يكون كلياً و هو المورد المتفق على صحه ضمانه و اخرى يكون شخصياً و هو مما لا معنى ل ضمانه عند المشهور من الفريقين إذ لا- وجه عندهم لضمان العين الموجوده فى الخارج و لكننا قد خرجنا ل ضمانها وجهاً على نحو ضمان اليد فى المغصوب و نحوه الذى يتضمن نوعاً من التعليق محصله وجوب رد العين مع وجودها، و رد بدلها مع فقدها.

و قد أشارت (المجله) هنا الى ضمان الدين صريحاً و ضمان العين بذكر المغصوب و بقى بدل الإجاره و ثمن المبيع صالحاً للأمرين و وافقت المشهور عندنا فى لزوم كون المضمون حقاً ثابتاً فعلياً و لا يكفى

و يتحصل منها ان ضابطه ما يصح ضمانه- الدين الثابت فى الذمه أو العين المضمونه ضمان يد أو ضمان معاوضه فتخرج الأمانات لأنها غير مضمونه أصلاً كالعاريه و الرهن فضلاً عن الوديعه و الإجاره، و كذلك يخرج المبيع قبل القبض فإنه فى ضمان البائع فلا دين و لا يد.

نعم يصح ضمانه بمعنى أوسع و هو التعهد بتسليمه و لو أتلّف الأمين الامانه و اشتغلت ذمته ببدلها صح الضمان لانه دين، و بهذا يتضح بقيه ما فى هذه ماده من الأمثله حيث تقول: و كذلك تصح الكفاله بالمال المقبوض على طريق سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه- و هذا من قبيل ضمان العين- و لكن لا تصح الكفاله بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع فى يد البائع يفسخ البيع و لا- يكون مضموناً على البائع الا- انه يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه، و كذلك لا تصح الكفاله بعين المال المرهون و المستعار و سائر الأمانات لكونها غير مضمونه على الأصيل و لكن بعد إضاعه المكفول عن هؤلاء و استهلاكها لو قال: أنا كفيل، تصح الكفاله و أيضاً تصح الكفاله بتسليم هؤلاء و بتسليم المبيع و عند المطالبه لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهه يكون مجبوراً على تسليمها الا- انه كما ان فى الكفاله بالنفس يبرأ الكفيل بوفاء المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شىء .

(ماده: ٦٣٢) لا تجرى النيابة فى العقوبات

بناء عليه لا تصح الكفاله بالقصاص و سائر العقوبات و المجازات الشخصيه و لكن تصح الكفاله

بالأرش و الديه الذين يلزمان الجارح و القاتل.

يعنى ان مورد الكفاله اما مال أو نفس اما القصاص و الحدود فهى حقوق إلهيه و احكام شرعيه و لا معنى لضمائها، نعم يتصور فيها ضمان الشخص و تسليمه لا قامه الحد عليه أو القصاص فيكون من ضمان النفس و لا مانع منه و ان لم يصرحوا به، و لكن تصح الكفاله بالأرش قطعاً و الديه لا للذين يلزمان القاتل و الجارح لأنهما مال و الذمه مشغوله به و ان كان سببه الجنايه.

(ماده: ٦٣٣) لا يشترط يسار المكفول عنه و تصح الكفاله عن المفلس أيضاً.

هذا مما لا كلام فيه و لا حاجه الى بيانه انما الكلام فى اعتبار يسار الكفيل - اى الضامن - و لكن مع رضا المضمون له يسقط هذا البحث و لكن لو كان معسراً أو مفلساً و رضى المضمون له به لعدم علمه بفقره و فلسه لا يبعد بل المتعين، ان يكون له الخيار.

(الباب الثانى) فى (بيان أحكام الكفاله)

اشاره

و يحتوى على) (ثلاثه فصول)

الفصل الأول فى (بيان حكم الكفاله المنجزه و المعلقه و المضافه)

(ماده: ٦٣٤) حكم الكفاله هو المطالبه يعنى للمكفول له حق مطالبه لمكفول به من الكفيل،

على البدل كما هو عند فقهاء المذاهب، و على التعيين عند الإماميه لأن حكم الضمان الصحيح أى الكفاله برأيه المضمون عنه من الحق و اشتغال ذمه الضامن به.

(ماده: ٦٣٥) يطالب الكفيل فى الكفاله المنجزه حالا ان كان الدين معجلا فى حق الأصيل و عند ختام المده المعينه ان كان مؤجلا

مثلا:-

لو قال: أحد انا كفيل عن دين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل فى الحال

ان كان معجلا و عند ختام مدته ان كان مؤجلا.

و هذا- أى مطابقه الضمان الدين- واضح غنى عن البيان و انما الحرى بالذكر جواز المخالفه فيجوز ضمان المؤجل حالا و ضمان الحال مؤجلا بذلك الأجل أو انقص أو أزيد كل ذلك لإطلاق أدله الضمان فلا وجه لما يحكى عن بعضهم من اعتبار الأجل فى الضمان كالسلم و عدم صحته حالا، و لا لقول آخر من انه لا يصح ضمان المؤجل لأنه من ضمان ما لم يجب.

(ماده: ٦٣٦) اما فى الكفاله التى انعقدت مضافه الى زمان مستقبل أو معلقه بشرط فلا يطالب الكفيل

ما لم يحل الزمان أو يتحقق الشرط مثلا لو قال. ان لم يعطك فان طلبك فانا كفيل بأدائه، تنعقد الكفاله مشروطه و عند المطالبه ان لم يعطه ذلك الرجل دينه يطالب الكفيل و الا لا يطالب الكفيل قبل المطالبه من الأصيل كذا لو قال: ان سرق فلان مالك فانا ضامن، تصح الكفاله و ان ثبت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل، و كذا لو كفل بشرط ان يمهل كذا أياماً اعتباراً من الوقت الذى يطالب المكفول له و أمهل من وقت المطالبه مقدار تلك الأيام فلمكفول له ان يطالب الكفيل بعد مرور الأيام المذكوره أى وقت شاء، و كذا لو قال: انا كفيل بطلبك الذى يثبت فى ذمه فلان أو بالمبلغ الذى ستقرضه فلانا أو بالشىء الذى يغصبه فلان و بضمن المال الذى ستبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الأحوال يعنى لا يطالب الكفيل الا بعد ثبوت الطلب و الافراض و تحقق الغصب و وقوع البيع و التسليم، و كذا لو قال: انا كفيل بإحضار فلان فى

اليوم الفلانى لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم.

أكثر هذه الأمثلة المذكوره فى هذه ماده هى من باب ضمان ما لم يجب و المشهور عند فقهاؤنا بطلانها جميعاً و التحقيق فيها التفصيل فمثل قوله: ان لم يعطك طلبك فانا ضامن، صحيح، و مثل قوله: ان سرق فلان مالك فانا ضامن. أو بالمبلغ الذى ستقرضه فلاناً أو بالشيء الذى يغصبه فلان و بضمن المال الذى ستبيعه لفلان- كلها باطله و لا اثر لها حتى بعد القبض و الغصب و البيع و السرقة فان لم يكن ثابتاً وقت الضمان لا حقيقه و فعلا و لا اقتضاء و قوه بخلاف الضمان بعد البيع و الضمان على فرض عدم الدفع أو ضمان درك الثمن على فرض ظهور استحقاق المبيع و أمثالها مما يكون الحق بين ما هو ثابت فعلا- اى حين الضمان و بين ما هو ثابت بالقوه لتحقق مقتضيه و هو البيع المقتضى لضمان الدرك.

[ماده: ٦٣٧] يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف و القيد أيضاً

مثلا- لو قال كلما حكم على فلان فانا كفيل بأدائه و أقر ذلك بكذا دراهم لا يلزم أداء الكفيل ذلك ما لم يلحقه حكم الحاكم.

[ماده: ٦٣٨] فى الكفاله بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل

ما لم يحكم بعد المحاكمه على البائع برد الثمن.

[ماده: ٦٣٩] لا يطالب الكفيل فى الكفاله الموقته إلا فى ظرف مده الكفاله

مثلا- لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل إلا فى ظرف هذا الشهر و بعد مروره يبرأ من الكفاله.

هذا الحكم انما يتم بناء على ان الضمان ضم ذمه إلى ذمه اما بناء على انه نقل المال من ذمه إلى أخرى بحيث تبرأ الذمه الاولى بمجرد تحقق الضمان فلا يتم بل لا يتحصل له معنى كما هو واضح.

نعم يتصور التوقيت على الطريقه الثانيه بمعنى استحقاق المطالبه و تنجز الحق لا بمعنى انه بعد مرور المده يبرء من الكفاله و ان لم يدفع فتدبره.

(ماده: ٦٤٠) ليس للكفيل ان يخرج من الكفاله بعد انعقادها

و لكن له ذلك قبل ترتب الدين فى ذمه المديون فى الكفاله المعلقه و المضافه مثلاً- كما انه ليس لمن كفل أحداً عن دينه منجزاً ان يخرج من الكفاله كذلك لو قال: كلما يثبت لك دين فى ذمه فلان فانا كفيله.

تريد هذه ماده بيان حال ان عقد الكفاله من حيث الجواز و اللزوم و ان هل للكفيل الخروج و التخلّى بعد انعقادها، و تحرير هذه الناحيه ان عقد الضمان من العقود اللازمه من طرف الضامن و المضمون عنه سواء كان بإذنه أو لا.

نعم قد عرفت قريباً ان المضمون له إذا كان غير عالم بإعسار الضامن حين الضمان كان له الفسخ كما انه لو اشترط الضامن أو المضمون له أو هما معاً الخيار صح على نحو لا يوجب الغرر و الجهاله لعموم أدله الشروط و المدار على اليسار الإعسار حال عقد الضمان فلو كان معسراً فى ذلك الحال ثم أيسر لم يسقط الخيار و لو انعكس الأمر لم يكن له خيار.

هذا بعد تحقق الدين و صحه الضمان، اما المذكور فى المتن من الكفاله المعلقه التى هى قبل ترتب الدين فهى باطله عندنا كما عرفت قريباً، و على تقدير صحتها فيلزم الاطراد فى منجزها و معلقها و مضافها و الحكم فى اللزوم فى بعض و الجواز فى آخر تحكم لا وجه له سوى الاستحسان.

و أى فرق فى قوله: كلما يثبت لك دين فى ذمه فلان فانا كفيله بين ان يكون الدين ثابتاً فلا- رجوع أو يثبت مؤخرًا فيجوز الرجوع فليتدبر.

(ماده: ٦٤١) من كان كفيلاً برد المال المغصوب أو المستعار

و تسليمهما لو سلمهما الى صاحبهما يرجع بأجره نقليتهما على الغاصب و المستعير.

هذا فى صورته الإطلاق اما مع التقييد و الانصراف فلا.

الفصل الثانى فى (بيان حكم الكفاله بالنفس)

(ماده: ٦٤٢) حكم الكفاله بالنفس هو عبارته عن إحضار المكفول به أى لأى وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم إحضاره

على الكفيل بطلب المكفول له ذلك الوقت فإن أحضره فيها و الا يجبر على إحضاره.

هذه العبارة كما ترى على طولها مختله التركيب متفككه كعبارة تركيه أو هنديه و حق البيان ان يقال: ان الكفاله بالنفس عبارة عن التعهد و الالتزام بإحضار إنسان فى وقت معين أو عند طلبه من إنسان آخر و يحصل بالإيجاب من الكفيل و القبول من المكفول له و يشترط فيه ما يشترط فى غيره من صدورهما من بالغين رشيدين مختارين غير سفيهين و فى الفلس و جهان يظهران بالتأمل و يعتبر رضا الكفيل و المكفول له قطعاً بل و رضا المكفول على الأحوط بل الأقوى و إذا تم هذا العقد كان أثره وجوب إحضار الكفيل المكفول فى الوقت المعين أو ما عليه من الحق ان أمكن فى المكان المعين أو فى بلد الكفاله مع الإطلاق و لو امتنع أجيره الحاكم و لو سلم المكفول نفسه أو مات أو أبرئه المكفول له سقطت الكفاله.

هذا موجز ما ينبغى ان يقال فى عقد الكفاله و هنا تفاصيل و بحوث لا يتسع لها المجال.

الفصل الثالث فى (بيان أحكام الكفاله بالمال)

(ماده: ٦٤٣) الكفيل ضامن.

يعنى انه متعهد بدفع المال اما مطلقاً كما هو عندنا أو على البدل كما هو عندهم.

(ماده: ٦٤٤) الطالب مخير فى مطالبته

ان شاء طالب الأصيل و ان شاء طالب الكفيل و مطالبته من أحدهما لا يسقط حق مطالبته من الآخر و بعد مطالبته من أحدهما له ان يطالب الآخر و منهما معاً.

فيها من سوء البيان و التكرار الواهن ما يمجه الذوق العربى، و هذا من لوازم الكفاله بالمعنى المعروف عند القوم من كونها عباره عن ضم ذمه إلى اخرى، اما بالمعنى الذى عندنا فلا مجال لهذا القول و لا حق له الا بمطالبه الكفيل إما الأصيل فقد برء تماماً، و قوله و منهما معاً- اى على ان يدفع له أحدهما لا ان يدفع معاً كما هو واضح.

(ماده: ٦٤٥) لو كفل أحد المبالغ التى لزمته ذمه الكفيل بالمال حسب كفالته

فللدائن ان يطالب من شاء منهما هذا أيضاً من لوازم صحه ترمى الكفاله فلو كفل الكفيل كفيل

آخر كان للمكفول له مطالبه من شاء منهما و هذا واضح بعد البناء على انها ذمم ينضم بعضها الى بعض و اللاحق لا يسقط السابق، و عليه يتفرع أيضاً ماده (٦٤٦) المديونون من جهة الاشتراك لو كان كل واحد منهم كفيلاً للآخر يطالب كل منهم بمجموع الدين،،، اي للمكفول له مطالبه كل واحد بمجموع الدين فان كل واحد بكفالاته قد صير الدين كله في ذمته.

(ماده: ٦٤٧) لو كان لدين كفلاء متعدده

فإن كان كل منهم قد كفل على حده يطالب كل منهم بمجموع الدين و ان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين و لكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذى لزم في ذمه الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين مثلاً- لو كفل أحد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما، و اما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا- ان يكون كل منهما قد كفل المبلغ الذى لزم ذمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف.

هذه ماده أيضاً مختله البيان مع التطويل و التكرير المخل، و تحرير هذا البحث ان تعدد الكفلاء اما ان يكون على نحو العموم الأفرادى البدلى نحو جثنى بأى رجل كان، أو على نحو العموم المجموعى نحو وزع هذه المائة على هؤلاء العشره، أو على نحو العموم الترتيبى مثل خصال الكفاره المرتبه، و على النحو الأول يتجه ما ذكرته (المجله) بقولها: فان كان كل منهم قد كفل على حده يطالب اي المكفول

له كلاً- منهم بمجموع الدين يعنى على سبيل البدل، و على النحو الثانى ينطبق قولها: و ان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كلاً منهم بمقدار حصته من الدين اى يتوزع الدين عليهم بالحصص.

و الى هنا كمل بيان القسمين و ما بقى فى هذه المادة تكرر و اعاده لهما مع تطويل ممل و بلا فائده كما هو واضح بأدنى مراجعه، و بقى القسم الثالث لم تشر إليه أصلاً و هو العموم الترتيبى و هو ما لو قال كل واحد منهم: انا كفيل لفلان ان لم يدفع هو، أو ان لم يدفع كفيله الى الوقت الفلاننى و هكذا و هذا هو الضمان المتسلسل المترتب و قد يدور حتى يرجع الى الأول فتدبر.

(ماده: ٦٤٨) لو اشترط فى الكفاله برأيه الأصيل تنقلب إلى الحواله.

يعنى يشترط الضامن فى الضمان على المضمون له ان يبرء ذمه المضمون عنه الأصيل تبرأ و تنقلب الكفاله حواله لأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه و هذا على مذهب الجماعه واضح و أما على مذهب الأصحاب فهذا الشرط تأكيد لا تأسيس لان طبيعه الكفاله- أى الضمان تقتضى ذلك بذاتها و لو لم يشترط، و لا تنقلب إلى الحواله لأن الحواله عند المشهور لدى فقهاءنا تحويل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه أخرى بخلاف الضمان فإنه تحويل إلى ذمه فارغه، و قد مرت الإشارة إلى انتقاد هذا الرأى و سيأتى أيضاً تحقيقه فى الحواله ان شاء الله.

و مما ذكرنا تتضح وجهه البحث فى ماده (٦٤٩) الحواله بشرط

عدم برأيه المحيل كفاله بناء عليه إلخ .. فإنه يصح عندهم و يكون كفاله اى ضمناً و لا يصح عندنا لان لازم الحواله برأيه المحيل و لازم الضمان ان يكون الضامن غير مديون.

(ماده: ٦٥٠) لو كفل أحد دين أحد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز

و يجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال و لو تلف المال لا يلزم الكفيل شىء و لكن لو رد ذلك المودع بعد الكفاله يكون ضمناً.

تطبيق هذا الفرع على القواعد المحكمه، و العقود المقرره المعروفه مشكل و باب الضمان و أخواته من الكفاله و الحواله هو تعهد الذمم على نحو الكلى لا- التعهد فى المال المعين الخارجى و يشبه ان يكون توكيلا من المودع للودعى ان بقى دينه من وديعته التى عنده فلو تلفت الوديعه فالدين باق و الكفيل- اى الوكيل- لا شىء عليه طبعاً الا مع التعدى أو التفريط.

(ماده: ٦٥١) لو كفل أحد آخر عن نفسه على ان يحضره فى الوقت الفلانى

و ان لم يحضره فى الوقت المذكور فعليه أداء دينه فإذا لم يحضره فى الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين، و إذا توفى الوكيل فان سلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا يترتب على طرف الكفيل شىء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركه الكفيل و لو حضر الكفيل المكفول به و اختفى المكفول له أو تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب و كيلا عوضاً عنه و يستلمه.

تضمنت هذه ماده عده أحكام.

١-: انه لو كفل ان يحضر نفساً فان لم يحضره فى الوقت المعين دفع ما عليه من الحق و هذا مما لا اشكال فيه عند جمهوره فقهاء الإسلام بل لعله من مقتضيات عقد الكفاله و ان لم يشترطه كما سبق، و لكن مع كل هذا الوضوح قد حاول التشكيك فيه البعض بان ذلك ليس من مقتضيات عقد الكفاله بالنفس فلو لم يرض المكفول له الا بإحضار النفس طبقاً لصريح نصها كان له ذلك و لا- سبيل إلى إلزامه بقبول المال عن النفس سيما لو كان له غرض بحضور ذات الشخص أو لم يكن هناك حق ثابت بل يريد حضوره للمرافعه معه أو التفاهم أو غير ذلك من من الأغراض الخاصه، و كل ما يقال فى هذا المجال و ان أمكن دفعه و الجواب عنه و لكن الإنصاف ان مثل هذه الحوادث الشخصيه و الخصومات الخصوصيه لا يمكن إعطاء الحكم الكلى لها بل الأسد و الأصوب إرجاعها إلى الحاكم لينظر فى خصوصياتها المقاميه و يحكم بما يقتضيه العدل و الاستنباط النظرى من القواعد الشرعيه المنطبقه على المورد الخاص فتدبره تجده ألمع من نجمه الصباح فى أفق التحقيق.

٢-: إذا توفى الكفيل فان سلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا- يترتب على الكفيل شىء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به إلخ .. و هذه الجمل تشتمل على أمرين.

الأول-: ان الكفاله حق على الكفيل للمكفول له ينتقل بعد موته فيكون على وارثه فللمكفول له ان يطالبهم بإحضاره.

الثانى:- انهم إذا لم يحضروه أو لم يسلم هو نفسه وجب على الورثة دفع المال من تركه مورثهم الكفيل و فى كلا الأمرين مجال للبحث و النظر يرتكز على ان هذا الحق أو لا- ليس بحق مالى حتى يتعلق بالوارث له أو عليه و ثانياً لو سلم كونه حقاً مالياً فهو حق خاص متعلق بذات الكفيل كحق القذف و حق القصاص و أمثالها و ملاك القضييه هنا انه ثبت بالدليل العام ان كل حق مالى للميت فهو ينتقل بموته الى وارثه و لم يثبت بوجه العموم ان كل حق عليه يكون بموته على وارثه و الأصل عدم الانتقال الا ما قام عليه الدليل فى كل مورد بخصوصه.

٣:- و لو احضر الكفيل المكفول به و اختفى المكفول له أو تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب و كيلا عوضاً عنه و يستلمه، لان مثل هذه الأمور العامه مرجعها الى الحاكم العام- و المراد بالأمر العامه ما يتبلى أحياناً به عامه الناس و ليس لها مرجع خاص يقوم بحل عقدها فكان من الحكمه و حفظ النظام جعل مرجع لتمشيتها و هو الحاكم.

نعم يمكن ان يقال هنا انه لا- يلزم الرجوع الى الحاكم بل يشهد الكفيل شاهدين عدلين على انه أحضره فى الوقت المعين و يسقط بذلك حق المكفول له المتغيب فليتدبر.

(ماده: ٦٥٢) إذا كان الدين معجلاً على الأصيل فى الكفاله المطلقه

فى حق الكفيل أيضاً يثبت معجلاً و ان كان مؤجلاً يثبت مؤجلاً. و مثلها ماده (٦٥٣) و قد رجع بهما إلى أحكام كفاله المال و لا شك ان ضمان الدين مع

الإطلاق ينطبق على وصف الدين من سائر جهاته و خصوصياته فان كان معجلاً و جب على الضامن دفعه كذلك، و ان كان مؤجلاً- بقى على الضامن بهذا الوصف، نعم يصح ضمان المؤجل حالا و الحال مؤجلاً حسب الشرط كما يصح فى المؤجل تأجيله إلى أجل آخر. كما فى ماده (٦٥٤) كما تصح الكفاله مؤجله بالمده المعلومه التى أجل بها الدين كذلك تصح مؤجله بأزيد من تلك المده.

[ماده: ٦٥٥] لو أجل الدائن طلبه فى حق الأصيل يكون مؤجلاً فى حق الكفيل و كفيل الكفيل أيضاً

و التأجيل فى حق الكفيل الأول تأجيل فى حق الكفيل الثانى أيضاً و اما تأجيله فى حق الكفيل فليس بتأجيل حق الأصيل.

و ذلك واضح لأن الأصيل هو الأصيل و الكفيل تابع و التابع فرع و الفرع يتبع الأصيل و الأصيل لا يتبع الفرع و لذا لا يتم هذا الا على معنى الضمان بمعنى الضم، اما بناء على معنى النقل و التحويل فلا يأتى شىء من ذلك ضروره أن الفرع قد انقلب أصلاً و لم يبق له بعد براءه ذمته أى علاقته له مع غريمه فلا معنى لتأجيله و عدمه فى حق الكفيل و لا كفيل الكفيل.

نعم يبقى الكلام فى ان تأجيل الدين فى حق الكفيل على رأى الأول كيف يتصور مع عدم سرايته إلى الأصيل مع ان الدين واحد؟ و توجيه ذلك يمكن ان يكون بتصوير ان ذمه الأصيل هى المشغوله بالدين حقيقه و ليس على الكفيل الا حق المطالبه فإذا تأجل أصل الدين تأجلت المطالبه طبعاً اما لو تأجلت المطالبه كما لو أجل الكفيل فالدين باق على حاله من

تعجيل أو تأجيل، و تأجيل الكفيل أقصى أثره انه لا يطالب هو بالدين و لا ينافى ذلك ان غيره يطالب به فتدبره جيداً فإنه يحتاج الى لطف قريحه.

(ماده: ٦٥٦) المديون مؤجلا لو أراد الذهاب الى ديار اخرى

و راجع الدائن الحاكم و طلب كفيلا يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل.

فى هذه المادة إجمال و إبهام و تحرير هذا البحث ان المديون لو أراد السفر من بلاد فيها دائنه فالدين لا يخلو اما ان يكون حالا أو مؤجلا فإن كان حالا فقد وجب عليه دفعه ان كان ملياً فان طالبه الدائن و لم يدفع مع عدم العذر الشرعى كان للدائن أن يرفع امره الى الحاكم كى يمنعه من السفر حتى يؤدى دينه، بل لا- يبعد انه لو يسافر و الحال هكذا كان سفره معصيه لا يجوز فيه التقصير.

و (بالجملة) لا- يجوز له السفر الا- بإرضاء دائنه بالدفع أو بالكفيل أو بغيرهما، اما لو كان الدين مؤجلا فليس له حق المطالبة بالدين و لا بالكفيل و لا بغيره، فإطلاق (المجله) انه يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل غير سديد، اللهم الا ان يكون رأيهم- و لو استحسانا- ان له ذلك حتى مع عدم حلول أجل الدين مخافه ان يحل الأجل و هو مسافر فيتأخر أداء الحق فليتأمل.

و لعل ما ينسب إلى الحنفية من عدم الحق للدائن أن يحبس المديون عن السفر إلا فى نفقه الزوجه ناظر الى الدين قبل حلول اجله و يبقى الاستثناء على ظاهره متصلا، و وجهه ان نفقه الزوجه بالنسبه إلى الأيام المستقبلة

و ان كانت من قبيل المؤجل و لكن لقرب اجله و حاجه الزوجه إليه فى الغالب و أهميته يكون كالحال بل أشد منه فليتدبر.

(ماده: ٦٥٧) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى الذى هو لفلان

فبعد ان كفل و أدى عوضاً عن الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيئ الذى كفله و لا اعتبار للمؤدى، و اما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح و ليس له الرجوع بمجموع الدين مثلاً- لو كفل بالمسكوكات الخالصة و ادى مغشوشه يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصة و بالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشه و ادى خالصة يأخذ من الأصيل مغشوشه كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذى كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً و ادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه.

هذه أيضاً من مهمات مسائل الضمان و هى مسألة رجوع الضامن على المضمون عنه و متى يرجع و بأى مقدار يرجع عليه؟ و تحرير هذا المقام على وجه الإيضاح و الاختصار ان الضامن لا يستحق الرجوع على المضمون الا بشرطين.

(الأول) ان يكون الضمان باذنه كما أشارت إليه (المجله) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى فلو كفل من غير اذنه لم يستحق الرجوع عليه لانه متبرع، نعم يبقى الكلام فيما لو كفله بغير اذنه و اطلع هو و لم يصرح بالرضا و الاذن و لم يمنع فهل السكوب من الرضا أو الأصل برأيه

ذمته من الحق؟ المسأله مشكله تحتاج إلى التأمل.

(الثانى) انه لا يستحق الرجوع الا بعد الأداء فلا حق له بمطالبته المضمون عنه قبل ان يدفع الحق للمضمون له سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً كلياً أو جزئياً.

ثم بعد تحقق الشرطين يستحق الرجوع و لكن بمقدار ما دفع لا بمقدار ما ضمن فلو صالح الضامن المضمون له بأقل من دينه لم يستحق الا مقدار الصلح لا بأصل الدين فلو صالحه عن الألف بخمسائه لا يأخذ منه الا الخمسمائه و هذا الحكم ثبت بالدليل الخاص على خلاف القاعده و الا فإن ذمه المضمون عنه حسب الفرض قد اشتغلت للضامن بمقدار الدين كما ان ذمه الضامن قد اشتغلت للمضمون له بذلك و الصلح أو الإبراء بين الضامن و المضمون معامله أخرى جديده بينهما لا علاقته لها بقضيه الضمان.

و «بالجمله» فبعد ان اشتغلت ذمه المضمون عنه للضامن بالمقدار المعين بعقد الضمان كيف ينقلب الى البعض بالصلح بين الضامن و المضمون له و هى معامله أخرى أجنبيه فلا بد من الالتزام بأن الذمه و ان اشتغلت بالمقدار و لكن لا يستقر و لا يلزم الا بالأداء فيستقر ما يؤدى و يسقط ما عداه و قبل الأداء يبقى مراعى و ليس هذا بعزيز النظر و ان كان مخالفاً للقاعده فإن المهر تشتغل به ذمه الزوج و يبقى مراعى بالدخول فيلزم الجميع أو الطلاق أو الموت قبله فيسقط النصف فلا محيص من المصير اليه بعد ورود الدليل، و يتفرع على المراعاة سقوطه عن المضمون

عنه اجمع لو أبرأ المضمون له الضامن من أصل الدين و هو أيضاً مخالف للقاعده و لذا لو وهبه أو ورثه أو باعه بأقل لا يتسرى الحكم المزبور لانه على خلاف القاعده فنقتصر على مورده الخاص و هو ما إذا صالحه عنه ببعضه، اما لو صالح عنه أو باعه بعين هي أقل قيمه فلا فضلاً عن الهبه و الإرث كما انه لا يجرى في الحواله و هو المراد من قول (المجله) كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذي كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً وادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه، اهـ.

و تأتي هنا شبهه الربا فليتأمل.

(ماده: ٦٥٨) لو أغفل أحد آخر في ضمن عقد المعاوضه يضمن ضرره

مثلاً- لو باع أحد لآخر عرصه و بعد إنشاء بناء فيها لو ظهر لها مستحق و ضبطها فللمشتري أن يأخذ قيمه البناء حين التسليم ما عدا أخذ قيمه العرصه كذلك لو قال أحد لأهل السوق: هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعه فاني آذنته للتجاره ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلأهل السوق ان يطالبوه بضمن البضاعه التي باعوها للصبي.

هذه القضيه أجنييه عن (كتاب الضمان) الذي هو بمعنى ضم ذمه إلى ذمه أو تحويله من ذمه إلى أخرى و انما هو هنا بمعنى الخساره و الغرامه أو التدارك و هما و ان كانا يرجعان إلى أصل واحد و لكن الاحكام تختلف باختلاف الخصوصيات فضلاً عن الفصول، و سبب الضمان أي الغرامه هنا قاعده الغرور (المغرور يرجع على من غره) و أهل السوق

و ان كان لهم حق الرجوع على من غرهم لو أتلف الصبي أموالهم و لكن قرار الضمان على الصبي المتلف بقاعده (من أتلف) يؤخذ منه بعد بلوغه.

(الباب الثالث) في «البراءه من الكفاله

اشاره

و يحتوى على ثلاثه فصول»

الفصل الأول في بيان الضوابط العموميه

(ماده: ٦٥٩) لو سلم المكفول به من طرف الأصيل أو الكفيل الى المكفول له يبرء الكفيل من الكفاله.

(ماده: ٦٦٠) لو قال المكفول له أبرأت الكفيل أو ليس لى عند الكفيل شىء يبرأ الكفيل.

(ماده: ٦٦١) لا تلزم برأيه الأصيل ببراءه الكفيل.

(ماده: ٦٦٢) برأيه الأصيل توجب برأيه الكفيل.

هذه المواد مع وضوحها قد تقدم أكثرها، و اتضحت مداركها، و ان برأيه الأصيل تستلزم برأيه الفرع دون العكس، و ذلك محصل هذه المواد الأربع.

الفصل الثانى فى البراءه من الكفاله بالنفس

(ماده: ٦٦٣) لو سلم الكفيل المكفول به فى محل يمكن فيه المخاصمه

كالمصر أو القصبه إلى المكفول له يبرء الكفيل من الكفاله سواء قبل المكفول له أو لم يقبل و لو كفلى على ان يسلمه فى مجلس الحاكم و سلمه فى الزقاق لا يبرأ من الكفاله و لكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ.

العباره كما يتذوقها صاحب الذوق السليم العربى - مشوهه الخلقه و التركيب، و حاصلها ان محل تسليم الكفيل المكفول للمكفول له مع الإطلاق - بلد أو قصبه يمكن فيه المخاصمه لوجود حاكم أو محكمه أو حكومه أو ما أشبه ذلك فلو سلمه فى بلد هى كذلك برء، أما مع اشتراط تسليمه فى بلده معينه فلا يبرء حتى يسلمه فيها أو فى مجلس الحاكم أو غيره حسب الشرط، و الأصح انه مع الشرط هو المتبع و مع الإطلاق فالبلده التى وقع عقد الكفاله فيها سواء كان فيها حكومه أو حاكم أم لا.

(ماده: ٦٦٤) يبرء الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب المطالب،

اما لو سلمه بدون الطلب فلا يبرء ما لم يقل: سلمته بحكم الكفاله.

هذا حكم أشل بل تحكم محض فان الكفيل لا يلزمه أكثر من

تسليمه المكفول للمكفول له فى الوقت المعين و الزمن المخصوص ان شرط شىء منهما فى العقد و لا اثر للطلب وجوداً و لا عدماً الا مع الشرط أيضاً كما لا اثر لقول انه سلمه بحكم الكفاله، و أغرب من هذا ما فى ماده (٦٦٥) لو كفّل على ان يسلمه فى اليوم الفلانى و سلمه قبل ذلك اليوم يبرء من الكفاله و ان لم يقبل المكفول له،، و ما أبعد ما بين المادتين فالأولى جعلت ما ليس بمشروط شرطاً و الثانى جعلت الشرط كغير المشروط، و ما ادرى كيف صار هذا الشرط لغواً مع انه شرط سائغ و قد يتعلق به غرض عقلاى و يكون له فائده مهمه بإحضاره فى اليوم المعين فلو أحضره فى غير ذلك اليوم لم يحصل غرضه؟

و كيف يلزم به مع عدم قبوله؟ و هذا واضح جداً.

(ماده: ٦٦٦) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفاله

كذلك يبرأ كفيل الكفيل، كذلك لو توفى الكفيل كما برء هو من لكفاله كذلك يبرأ كفيله أيضاً و لكن لا يبرأ الكفيل من الكفاله بوفاه المكفول له و يطالب وارثه.

موت المكفول يوجب بطلان الكفاله لزوال الموضوع فيبرأ الكفيل و كفيل الكفيل، و هكذا موت الكفيل فان زواله يوجب زوال ذمته و تعهده و ليس هو حق مالى مباشره حتى ينتقل كالدين على ورثته أو على تركته.

نعم لو مات المكفول له بقى الحق على الكفيل ان يسلمه الى ورثته فإنه حق مورثهم فينتقل الى ورثته بموته.

الفصل الثالث فى «البراءه من الكفاله بالمال»

(ماده: ٦٦٧) لو توفى الدائن و كانت الوارثه منحصره فى المديون يبرء الكفيل من الكفاله.

و هذا أيضاً من قبيل زوال الموضوع أو بحكم وصول الحق فلا موضوع للكفاله، اما لو كان له وارث آخر غير مديون لم يبرء من حصه الوارث الآخر الغير مديون و هو واضح.

(ماده: ٦٦٨) لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن

اشترطت برائتهما أو برأيه الأصيل فقط أو لم يشترط شىء و ان اشترطت برأيه الكفيل فقط يبرء الكفيل فقط و يكون الطالب مخيراً ان شاء أخذ مجموع دينه من الأصيل و ان شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل و الباقي من الأصيل.

الكفاله- أى الضمان- و ان جعلناه كما عند القوم ضم ذمه إلى ذمه، و لكن الأصل فيه هو الأصيل أى المديون المضمون عنه و الكفيل فرع له فلو أن الدائن أبرأ الأصيل أو صالحه أو أمهله سرى كل ذلك الى الفرع- أى الكفيل الضامن- بمعنى انه إذا أبرأ الدائن ذمه

المضمون عنه (المدين) برئت قهراً ذمه الكفيل لسقوط الدين و زوال الموضوع، و كذا لو صالحه على مقدار منه يبرآن معاً من الزائد عن مال المصالحه، و هذا يترتب قهراً سواء اشترطا برائتهما أو لم يشترطا فان هذا من اللوازم القهريه للإبراء و الاسقاط و الصلح، نعم لو أبرأ الكفيل فقط لم يبرء الأصيل لما عرفت من ان الأصل لا يتبع الفرع و برأيه الكفيل لا تستلزم برأيه الأصيل، فلو صالح الدائن الكفيل على مقدار أخذه و طالب الأصيل بالباقي أو أخذ الجميع منه لان ذمته فى الأصل هى المشغوله.

[ماده: ٦٦٩] لو أحال الكفيل المكفول له على أحد و قبل المكفول له و المحال عليه يبرء الكفيل و المكفول عنه أيضاً.

□
يعنى يبرء الأصيل و الكفيل لان تحويله مع قبوله بحكم الأداء كما سيأتى فى باب الحواله إن شاء الله.

(ماده: ٦٧٠) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

لانه حق مالى كالدين فإذا بطلت ذمه الكفيل بالموت انتقل الحق و صار فى أمواله كسائر الديون.

(ماده: ٦٧١) الكفيل بضمن المبيع إذا انفسخ البيع أو ضبط المبيع بالاستحقاق أو رد بعيب يبرء من الكفاله.

كل ذلك لسقوط الحق المضمون فتسقط كفالته و التعهد به.

(ماده: ٦٧٢) لو استؤجر مال الى تمام مدته معلومه

و كفل أحد

بدل الإجاره التي سميت تنتهى كفالفته عند انقضاء مده الإجاره.

هذا مع الإطلاق و بناء على ان استحقاق الأجره يكون عند انتهاء المده و الا- فيتبع الشرط و مع الإطلاق فعند تسليم العين المستأجره فتدبره جيداً.

و اما قوله: فان انعقدت اجاره جديده بعد ذلك على ذلك المال- لا تكون الإجاره شامله لهذا العقد- فهو مستدرك واضح لا حاجه الى بيانه.

ص: ٢٧٠

الكتاب الرابع فى الحواله

اشاره

و يشتمل على مقدمه و باين

ص: ٢٧١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

المقدمه فى بيان الاصطلاحات الفقهيہ المتعلقه بالحواله

اشاره

(ماده: ٦٧٣)

الحواله:

نقل الدين من ذمه إلى ذمه أخرى.

بعد ان كان الضمان عندهم ضم ذمه إلى أخرى يتجه تعريف الحواله بالتعبير المزبور، و أوضح منه تعبیر بعضهم: بأنها نقل الدين من ذمه إلى أخرى بدين مماثل له، اما بناء على ان الضمان هو نقل المال من ذمه إلى ذمه كما هو عند الإمامیه فقد قيدوا الحواله للفرق بينها و بين الضمان بأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله- أو تحويل المديون دائنه على مديونه، و ان أجزنا الحواله على البرى قلت: احاله المديون دائنه على غيره.

و «تحرير هذا البحث» القائم على وجه يتضح به فلق الحق و التحقيق - انه كما ان الضمان أو الكفاله باصطلاحهم كان يبتنى على أربعة أركان- الضامن، و المضمون له، و المضمون عنه، و المال المضمون- فكذلك الحواله تبتنى على مثلها- المحيل، و المحال عليه، و المحال، و الحق المحال به- فالمحال عليه فى باب الحواله يوازى الضامن فى باب الضمان سوى ان الضامن عندهم- كما عرفت سابقاً- يلزم ان يكون غير مشغول الذمه بما يضمنه بخلاف المحال عليه حيث يلزم ان يكون مشغول الذمه بما أحيل عليه، و جعلوا هذا هو الفرق بين الضمان و الحواله بعد تساويهما فى نقل المال من ذمه إلى أخرى و لكن فى الضمان إلى ذمه بريئه و فى الحواله إلى ذمه مشغوله، و قد سبقت الإشارة إلى الخدشه فى هذا الفرق و ان الضمان و الحواله متباينان أو متغايران من حيث الجوهر و الذات و الفرق بينهما بالنحو المذكور عند الأصحاب يشبه ان يكون من قبيل التعليل بالعرضى مع وجود الذاتى فإن حقيقه الضمان تعهد و التزام اى جعل الإنسان سلطنه على نفسه سواء كان مشغول الذمه أو بريئاً، و حقيقه الحواله إزاله السلطنه عن نفسه و جعل سلطنه لغيره على غيره سواء كان أيضاً مشغول الذمه أو بريئاً و على مشغول الذمه أو برىء، فالقضية ليست قضيه اشتغال أو برأيه و ان كان الغالب فى الضمان البراءه و فى الحواله الاشتغال، بل قضيه الفرق بين العقدين ترجع الى جوهر الحقيقتين و ان اتفقا فى أكثر الأثر، و على كل حال ففى التعريفات المزبوره للضمان أو للحواله تسامحات واضحه، و يهون

الأمر ان الغرض منها الإشارة إلى الشئ ء من بعض وجوهه لا الإشارة إليه من حيث حقيقته و كنهه أو كل وجوهه فليتدبر.

اما المواد من (٦٧٤) إلى (٦٧٧) فهي واضحة لا يتماسك عليها اى تعليق.

(ماده: ٦٧٨)

الحواله المقيدة:

هى التى قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذى هو فى ذمه المحال عليه أو فى يده.

بناء على تعريفهم الحوالة بأنها نقل المال من ذمه إلى أخرى يخرج منها التحويل على مال المحيل الخارجى الذى هو فى يد المحال عليه بل هو فى الحقيقة ليس له أى علاقة بالحوالة و انما هو وكاله على الدفع و التسليم لا نقل مال من ذمه إلى أخرى كما هو واضح.

و اما ماده (٦٧٩)

الحواله المطلقة:

هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحال عليه.

هذا مبنى على جواز الحوالة على البرى، و تحرير البحث ان المحال عليه اما ان يكون مشغول الذمه للمحيل أولاً، و الثانى هو الحوالة على البرى و الأول اما ان يحيل على ذلك المال الذى له فى ذمه المحال عليه أو بمال آخر مغاير، و الأول هو القدر المتيقن و المتعارف من الحوالة، و الثانى اما ان يكون الملحوظ بالمال المحول الذى له فى ذمه المحال عليه أولاً و الأول كما لو قال: أحلتك عليه بعشره دراهم من الدين التى لى عليه، و يظهر من بعض اساتيدنا بطلانها و الأصح الصحة فيكون كوفاء الدين بغير الجنس كما لو كان له دنانير فوفاه بدراهم فإنه يكون كمعامله ضمينه

مطويه يعنى انه باعه الدراهم بالدنانير التى فى ذمته، و كذا فى المقام فإنه استبدل الدينار أو الدينارين بعشره دراهم و أحال عليها و رضى الثلاثه بذلك فما المانع من صحته؟ اما لو أحال عليه بمال آخر من دون نظر الى المال الذى له بدمته فيكون كل من المحيل و المحال عليه مشغول الذمه لصاحبه فيتحاسبان فاما التهاتر أو يرد كل واحد منهما الزائد للآخر، و لو أحال عليه بمثل ما عليه جنساً و قدرأ من دون نظر الى ما فى ذمته فالتهاتر قهراً.

(الباب الأول) فى بيان عقد الكفاله

اشاره

و يتسم الى فصلين

الفصل الأول (فى بيان ركن الحواله)

(ماده: ٦٨٠) لو قال المحيل لدائنه: حولتك على فلان، و قبل الدائن تنعقد الحواله.

المراد بهذا بيان ان الحواله عقد يتركب من ايجاب المحيل بلفظ - حولتك - و قبول المحال و هو دائن المحيل و يكفى هذا فى انعقاد الحواله و كأنها تشير الى عدم اعتبار رضا المحال عليه و هو أحد الأقوال فى المسأله عندنا و لكن المشهور عند فقهاء الإماميه اعتبار رضا الثلاثه بل قيل انه يعتبر قبول المحال عليه مع قبول المحال فيتركب العقد من ايجاب

و قبولين، و المتحصل من الأقوال هنا أربعة.

١-: اعتبار رضا الثلاثة بالإيجاب من المحيل و القبول من المحال و رضا المحال عليه و لعله المشهور.

٢-: الإيجاب من المحيل و القبول من الآخرين.

٣-: إيجاب المحيل و قبول المحال و عدم اعتبار رضا الثالث و لا قبوله، و هو ظاهر هذه المادة.

٤-: كفايه إيجاب المحال له و المحال عليه و عدم التوقف على رضا المحيل أو قبوله كما هو صريح المادة اللاحقه.

هذا كله بناء على كون الحوالة عقداً بل من العقود اللازمة و الظاهر اتفاق جميع المذاهب على ذلك و لكن خالف فيه سيدنا الأستاذ قدس سره فى عروته و جعلها هى و الضمان و الوكالة و الجعالة إيقاعات لا عقوداً فقال فى (كتاب الحوالة) ما نصه:

و لكن الذى يقوى عندى انها من الإيقاع غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه، و هذا لا يصيره عقداً و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا يكون عقداً و ان احتاج الى الرضا من الآخر كما فى الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضاء الدائن و مع ذلك هو إيقاع، و من ذلك يظهر ان الضمان أيضاً من الإيقاع فإنه نوع من الوفاء و على هذا فلا يعتبر فيهما شىء مما يعتبر فى العقود اللازمة و يتحققان بالكتابه و نحوها، بل يمكن دعوى ان الوكالة

أيضاً كذلك كما ان الجعالة كذلك و ان كان يعتبر فيهما الرضا من الطرف الآخر الا ترى انه لا فرق بين ان يقول: أنت مأذون في بيع دارى أو قال: أنت وكيل، مع ان الأول من الإيقاع قطعاً، اهـ.

و فى هذا الكلام مواقع للنظر بارزه، و مخالقات للقواعد جاهزه، و بيان ذلك يستدعى تمهيد مقدمه و هى ان الضابطه التى يمتاز بها العقود عن الإيقاعات و هى: ان كل معامله أو عمل ذى أثر شرعى ان توقف ترتب أثره عليه على طرفين فهو عقد و ان كفى طرف واحد فهو إيقاع فالبيع و الإجاره و نحوهما عقود لان أثرها و هو ملكيه الثمن للبائع و المبيع للمشتري لا يتحقق إلا بطرفين و هما المشتري و البائع - اما العتق و الطلاق فلما كان ترتب الأثر من كل منهما لا يتوقف على طرفين بل يكفى فى حصوله طرف واحد فيترتب الأثر قهراً رضى الآخر أم لا، جعلنا كل واحد منهما إيقاعاً.

و على هذه الضابطه فالضمان و الحواله و الوكاله لما كان بالضروره و الإجماع لا يكفى فى حصول آثارها - و هو انتقال المال من ذمه إلى ذمه بعمل واحد بل لا بدّ من رضا الاثنين أو الثلاثة فهى عقد لا محاله، و لبت السيد رحمه الله جاءنا بضابطه غير هذه حتى نجعلها معياراً للفرق و التمييز و نحكم بموجبها على تلك المعاملات - هى عقود أم إيقاعات؟

إذا اتضح هذا نقول:

أولاً- ان جعل الحواله نوعاً من وفاء الدين ممنوع صغرى و كبرى ضروره ان حقيقه الحواله انتقال الحق من ذمه إلى أخرى كما عرفت،

و حقيقه وفاء الدين استيفاء الحق لا نقله و وفاء الدين معامله بين الدائن و المدين و الحوالة بينهما و بين أجنبي ثالث بينهما ثم لو سلم انها من وفاء الدين فقد ينفرد بعض الأنواع عن بعض بحكم أو أحكام و كون بعض الوفاء إيقاعاً لا يستلزم ان يكون كل وفاء كذلك الا ترى انه لو باع المديون لدائنه طعاماً مثلاً أو غيره بالدين الذى عليه و دفعه له كان وفاءً لدينه و لكنه بنحو البيع و العقد لا بنحو الإيقاع.

ثانياً:- ان جعل الوفاء من الإيقاع أيضاً مما لا-محصل له فإنه على التحقيق لا عقد و لا إيقاع بل هو عمل واجب و حق لازم الأداء، نعم أصل القرض عقد و لكن الوفاء من توابعه و آثاره كوجوب دفع العين المبيعه بعد البيع الذى هو من آثار العقد و ليس هو عقد و لا إيقاع.

ثالثاً:- ان جعل النقل و الانتقال من الوفاء واضح الضعف فان الوفاء عمل المكلف و النقل و الانتقال أثر توليدى للعقد يترتب عليه قهراً.

رابعاً:- ان الوفاء بغير الجنس - عند تدقيق النظر فيه - ليس إلا معامله ضمنيه، و عقد مطوى، و الا فكيف يعقل ان يكون الطعام مثلاً وفاء للدراهم أو بالعكس مع ان الوفاء يلزم ان يكون بالمثل فلا بد ان يكون هناك مبادله بين المالين برضا صاحبي الحقين؟

خامساً:- لو سلمنا ان هذه المعاملات إيقاعات فان الإيقاع أيضاً له صيغه خاصه لا يترتب الأثر المطلوب الا بها كالطلاق و العتق و غيرهما، و الظاهر اتفاق الأصحاب على ان الإيقاع كالعقد لا يتحقق بالكتابة

و لا الإشارة الا من الأخرس الذى لا يستطيع الكلام.

و [بالجمله] فجعل الضمان و الحواله من الإيقاع و هم و دعوى تحققهما بالكتابه و هم فى وهم.

سادساً:- ان دعوى عدم الفرق بين ما لو قال أنت مأذون ببيع دارى أو قال أنت وكيل فى بيعها مع ان الأول من الإيقاع قطعاً- غريبه جداً أما (أولاً) فإن الإذن ببيع الدار أو غيرها ليس عقداً و لا إيقاعاً بل هو رخصه و إباحه بخلاف الوكاله فإنها عقد يتوقف على طرفين و الفرق بينهما جلى ألا- ترى انه لو اذن له و المأذون رد و لم يقبل ثم باع كان البيع صحيحاً اما لو وكله ورد ثم باع كان بيعه باطلا فسنخ الأول سنخ الحكم و سنخ الثانى سنخ الحق و ما أبعد البون بينهما و (ثانياً) لو سلم التساوى بينهما و عدم الفرق و لكن تساويهما فى جهه لا يوجب تساويهما فى جميع الجهات ألا ترى ان هبه الدين و الإبراء سواء و ان كان الأول عقداً اتفاقاً من القائلين بصحته و الثانى إيقاعاً بلا ريب، فتدبر هذه النتف فإنها من الطرف و بالله التوفيق.

(ماده: ٦٨١) يصح عقد الحواله بين المحال له و المحال عليه وحدهما،

مثلاً- لو قال أحد لآخر: خذ مالى على فلان من الدين و قدره كذا قرشاً حواله عليك، فقال له الآخر: قبلت، أو قال له: اقبل الدين الذى لك بدمه فلان و قدره كذا قرشاً حواله على، فقبل تصح الحواله حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته.

يعنى يكون المحال هو المحيل كما فى المثال الأول أو المحال عليه كما فى

المثال الثاني فيتقوم العقد من اثنين فقط، وهذا كلام غير موضح ولا منقح فان المحال عليه في المثاليين ان كان عنده مال للغائب المديون فلا يصح أن يدفع حقه لدائته الا برضاه وبعباره اجلى لا تبرأ ذمه المحال عليه من حق غريمه الا برضاه و تحويله و لا اثر لتحويل دائته بغير علمه و رضاه كما هو واضح و ان لم يكن عنده مال له بل كان بقبوله متبرعاً فهو و ان صح بدون علم الغائب و رضاه و لكنه خارج عن باب الحوالة و يدخل في باب الضمان سواء جعلناه ضم ذمه إلى ذمه أو نقل حق من ذمه إلى أخرى، و حينئذ فالمثالان إما حوالة باطله أو ضمان صحيح، و قد اعتبرت ماده (٦٨٢) علم المحال عليه و رضاه حيث تقول: الحوالة التي أجريت بين المحيل و المحال له و حدهما إذا أخبر بها المحال عليه فقبلها صحت و تمت مثلاً- لو أحال أحد دائته على آخر و هو في ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالة اعتبرت ماده (٦٨٣) علم المحال و رضاه إذ تقول الحوالة التي أجريت بين المحيل و المحال عليه تنعقد موقوفه على قبول المحال له مثلاً- لو قال أحد لآخر: خذ عليك حوالة ديني الذي بدمتي لفلان و قبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفه فإذا قبلها المحال له تنعقد.

(الفصل الثانى) (فى بيان شرط الحواله)**اشاره**

عرفت ان الحواله كالضمان تقوم على خمسه أركان- المحيل، و المحال، و المحال عليه، و الحق المحال، و الصيغه أى الإيجاب و القبول- و أشارت (المجله) إليهما فى أول الفصل المتقدم و لا يلزم ان يكون الإيجاب من ماده الحواله و مشتقاتها بل يكفى كل ما دل عليها دلالة صريحه مثل - خذ حقك على من فلان، أو جعلت دينك على على فلان و ما أشبه ذلك، و يكفى فى القبول كما دل على الرضا مثل قبلت و رضيت و نحوهما، ثم تعرضت لشرائط المحيل و المحال بماده (٦٨٤) يشترط فى انعقاد الحواله كون المحيل و المحال له عاقلين، و اشتراط العقل فى الثلاثه مما لا ريب فيه عند الجميع، و كذلك اشتراط البلوغ فى الثلاثه أيضاً عند الإماميه، أما (المجله) فقد جعلته شرطاً فى المحال عليه فقط و اكتفت بالتمييز فيما عداه و انه يصح حواله الصبى المميز و تحويله و لكن لا ينفذ شىء منهما إلا بإذن وليه، اما التحويل عليه فلا يصح و المستفاد من مجموع مادتي (٦٨٤ و ٦٨٥) عدم الصحه مطلقاً يعنى حتى مع اذن الولى و هو تحكم واضح، أما الملائه فليست شرطاً عندنا فى صحه الحواله، نعم لو أحاله على معسر فقبل و هو غير عالم بإعساره عند القبول

كان له الخيار بعد العلم بين فسخ الحوالة أو إمضاءها.

(ماده: ٦٨٦) لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالاته و ان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه.

يريد بهذا صححه الحوالة على البرى و قد عرفت ان المشهور عند أصحابنا اعتبار كونه مشغول الذمه فرقاً بينها و بين الضمان و وافقهم على ذلك عموم الشافعيه و الا كانت من أداء الدين تبرعاً، و قد سبق تحقيق القول فى هذا الموضوع فراجع.

(ماده: ٦٨٧) كل دين لا تصح الكفاله به لا تصح الحوالة به.

لعلمهم يريدون بهذه القاعدة ان مالا يصح ضمانه و كفالاته كالديون الغير الثابته فعلا مثل ما لو قال له: استقرض و على ضمان قرضك أو ما تحقق سببه كنفقه الزوجه و أمثال ذلك أو الديون التى لا تلزم شرعاً كثمن الخمر و الخنزير فى الذمه فإن جميع هذه الأموال لا يصح ضمانها فلا تصح حوالتها.

اما طرد هذه ماده و هى ماده (٦٨٨) كل دين تصح به الكفاله تصح حوالاته أيضاً فلا يخرج منها الا الدين المجهول مقداره أو صاحبه فإنه يجوز ضمانه و لكن لا- يجوز حوالاته فان الدين فى الحوالة يلزم ان يكون ثابتاً قاراً معلوم الجنس و المقدار و الصاحب كما صرحت به فى قولها: لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول مثلاً- لو قال:

قبلت دينك الذى يثبت على فلان لا تصح الحوالة.

(ماده: ٦٨٩) كما تصح حوالة الديون المترتبة فى الذمه أصاله كذلك تصح حوالة الديون التى تترتب فى الذمه من جهتى الكفاله و الحوالة.

يعنى كما تصح الديون المرتبه فى ذمتك أصاله من غير جهه الحواله فتحيل بكل دين منها على شخص كذلك يصح ان تحول ما لزم ذمتك ذمته بالحواله أو بالضمان و الكفاله فإذا أحال عليك دائنك تحيل محاله على مديونك و هو يحيله على مديونه و هكذا فيترامى الضمان و الحواله و يتسلسل فيعود أو يدور.

(الباب الثانى) فى بيان أحكام الحوالة**(ماده: ٦٩٠) حكم الحوالة هو كون المحيل و كفيله من الكفاله**

ان كان له كفيل و يثبت للمحال له حق مطالبه ذلك الدين من المحال عليه و إذا أحال المرتهن أحدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن و لا صلاحيه توقيفه.

كل ذلك لاین الحوالة نقل الحق من ذمه إلى أخرى و معنى انتقاله من ذمه المحيل برائتها فهو أداء أو كالأداء و إذا أبرأ برء كفيله أيضاً و انفك الرهن الذى كان على الحق فلا- حق للراهن فى حبسه و تشتغل ذمه المحال عليه بالحق للمحال و يكون كدين جديد عليه.

(ماده: ٦٩١) لو أحال المحيل حوالة مطلقه فان لم يكن له عند المحال عليه طلب يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء و ان كان له طلب يقاضيه به.

مقتضى قولهم بعد الأداء انه ليس له حق المطالبه و الرجوع قبل الأداء و لكن مقتضى ما عرفت من انه كدين جديد و ان المحال عليه صار مديوناً للمحال و دائماً للمحيل ان له حق المطالبه ان كان الأجل حالاً و لو قبل الأداء للمحال إذ لا علاقة لأحد الدينين بالآخر بعد القبول فمقتضى القواعد

صححة الرجوع لأنه أصبح مشغول الذمه له.

نعم ثبت خلاف هذا في الضمان على خلاف القاعده و انه لا حق للضامن في الرجوع إلا بعد الأداء كما انه لا حق له إلا بالرجوع بمقدار ما دفع لا بمقدار الدين، أما هنا فيرجع بما اشتغلت به الذمه سواء دفع ذلك المبلغ أم دفع الأقل على مقتضى القاعده من انه اشتغال جديد لا علاقته له بسابقه بعد تحققه، هذا إذا كان المحال عليه بريئاً، أما لو كان مشغول الذمه للمحيل فإن أحال بمثل دينه سقط بالتهاوتر قهراً و الا فيتحاسبان و يأخذ كل واحد منهما حقه من الآخر.

(ماده: ٦٩٢) ينقطع حق مطالبه المحيل المحال به في الحواله المقيده و ليس للمحال عليه بعده ان يعطى المحال به للمحيل

و ان أعطاه يضمن و بعد الضمان يرجع على المحيل و لو توفى المحيل قبل الأداء و كانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به.

اشتملت هذه ماده على ثلاثه أمور.

الأول:- ان الحواله على مشغول الذمه- و هي الحواله المقيده عندهم- توجب براءة ذمه المحيل من دين المحال و لا حق له بمطالبه حقه من المحيل حيث انه قد انتقل إلى ذمه المحال عليه.

الثاني:- انه يترتب على ذلك عدم جواز إعطاء المحال عليه الحق للمحيل لأنه صار للمحال فلو أعطاه له ضمن للمحال و دفع الحق له ثم استرجعه من المحيل طبعاً.

الثالث:- مما يترتب على ما تقدم من الانتقال انه لو مات المحيل قبل

أداء المحال عليه للمحال و كانت ديونه أكثر من تركته فليس للديان ان يتدخلوا في ذلك الحق المحال و ان يجعلوه من جملة تركته كى يضرب المحال معهم بالنسبه كسائر الغرماء لان الفرض انه قد انتقل الى المحال و ملكه على المحال عليه قبل موته و لا يتوقف ذلك على الأداء و عدمه و الجميع واضح.

(ماده: ٦٩٣) لا تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدي مما في ذمه المشتري للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم و سقط الثمن

أو رد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع و يرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل يعنى يأخذ ما اداه للمحال له من المحيل اما لو تبين برأيه المحال عليه من ذلك الدين بان استحق و أخذ المبيع فتبطل الحوالة.

تضمنت هذه المادة أيضاً أمرين مهمين أحدهما:- ان البائع إذا أحال دائته على المشتري بالثمن ثم حصل ما يوجب فسخ البيع بإقاله أو خيار أو تلف المبيع قبل القبض فإن الحوالة تبقى بحالها و لا تنفسخ بل غايتها ان البائع يغرم للمشتري مثل الثمن ان كان مثلياً و قيمته ان كان قيمياً كما فى سائر موارد التصرف فى أحد العوضين الذى يتعقبه فسخ بأحد الأسباب.

ثانيهما:- انه لو ظهر بعد الحوالة بطلان البيع فإن الحوالة أيضاً تكون باطله لأنه إنما أحال بالثمن على المشتري و الفرض انه قد انكشف ان ذمته غير مشغوله بالثمن لبطلان البيع.

و (تحرير هذا) انه اما ان يحول البائع أجنياً على المشتري بالثمن

أو يحول المشتري البائع به على أجنبي، أما- الأول- فلا- إشكال في ان الحوالة يظهر بطلانها بعد ظهور بطلان البيع فان كان الأجنبي لم يقبض فلا- شىء و ان كان قبض استرده المشتري منه و رجع المحال على البائع بحقه ان كان له عليه حق، و دعوى الصحة بناء على صحة الحوالة على البرى مدفوعه بأنه لم يحول عليه بل أحال على المال الذى فى ذمته و هو الثمن و احتمال كونه من قبيل الداعى واضح الفساد فإنه فى صميم العقد فلا فى القصد و حده فتدبره، و اما- الثانى- فلا ينبغى الإشكال أيضاً فى ان الحوالة باطله انما الكلام فى ان الأجنبي الذى دفع للبائع هل برئت ذمته من دين المشتري لأنه قد دفعه الى البائع بإذنه بل يأمره فلا حق عليه و لكن يرجع على البائع فيأخذ منه ما استلمه من الأجنبي بتحويله؟ أو ان ذمته بعد مشغوله للمشتري لأنه أحال عليه باعتبار كونه مشغول الذمه للبائع و قد انكشف عدم اشتغال ذمته له فتبطل الحوالة لفقد شرطها و هو اشتغال ذمه المحيل للمحال- أى المشتري للبائع؟ و هذا هو الأقوى، و حينئذ فيرجع المشتري على الأجنبي بحقه و يرجع الأجنبي على البائع بما دفع له اشتهاً و بغير حق

(ماده: ٦٩٤) تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدي من مال المحيل الذى هو فى يد المحال عليه امانه

إذا ظهر مستحق و أخذ ذلك المال و يعود الدين على المحيل.

ليس هذا من الحوالة المصطلحه لأنها انتقال الأموال من الذمم الى الذمم، اما التحويل على مال الوديعه و نحوها فحقيقته انه توكيل على

الدفع و لكن الحكم على كل حال واحد، يعنى انه لو ظهر ان المال مستحق للغير و كان المحال قد دفع رجع صاحب المال عليه و يرجع هو على المحيل لانه هو السبب لدفعه و هو ظاهر كظهور:

(ماده: ٦٩٥) إذا كانت الحوالة مقيدة بان يؤدي من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه فهلك ذلك المال

فان لم يكن مضموناً بطلت الحوالة و عاد الدين على المحيل و ان كان مضموناً لا تبطل الحوالة مثلاً- لو أحال أحد دائئه على آخر على ان يؤدي من دراهمه التي هي عنده امانه ثم تلفت الدراهم قبل الأداء بلا تعد تبطل الحوالة و يعود دين الدائن على المحيل و اما لو كانت تلك الدراهم مغصوبه أو أمانه مضمونه بإتلافه فلا تبطل الحوالة.

و وجهه واضح فإن الحوالة تنقلب على عوض الامانه التالفه المضمونه فيجب ان يؤدي منها و لكن كل هذا ليس من الحوالة المصطلحه فى شىء مثل:

[ماده: ٦٩٦] لو أحال أحد دائئه على آخر بان يبيع مالاً معيناً له و يؤدي الدين من ثمنه و قبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح

و يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال و أداء دين المحيل من ثمنه.

فإنها أجنبيه عن الحوالة الشرعيه و لا- يلزم المحال عليه العمل بها، و له ان يرفضها حتى بعد القبول بل هي و كاله على البيع، و كاله على الدفع، و الوكاله عقد جائز من الطرفين- كما سيأتى- و لكل منهما ان يحلها و يرفضها متى شاء، و الحوالة الصحيحه هي التي تشتغل بها الذمم

و ينتقل المال بها من ذمه لذمه، و هذه هي اللازمه التي لا يمكن رفضها و لا تزول إلا بأسباب خاصه كالبيع و الإجاره و أمثالها فتدبره جيداً.

(ماده: ٦٩٧) الحواله المبهمه أى التي لم يبين فيها تعجيل المحال به و تأجيله

ان كان الدين فيها معجلاً- على المحيل تكون حواله معجله على المحال عليه و يلزمه الأداء فى الحال و ان كان الدين مؤجلاً تكون حواله مؤجله و يلزم الأداء بحلول الأجل.

يريدون بالحواله المبهمه- المطلقه- أى التي لم يذكر فيها تعجيل و لا- تأجيل فتكون معجله ان كان الدين معجلاً، و ان كان مؤجلاً- تكون الحواله مؤجله، فالإطلاق ينصرف الى التعجيل أصاله الا ان يكون الدين من ذاته مؤجلاً، و حينئذ فإن قيدها بالتعجيل تعجلت و الا فهى على طبق الدين حسب واقعه.

[ماده: ٦٩٨] ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل أداء الدين

و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه من الدراهم و الا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلاً- لو أحيل عليه بفضه و اعطى ذهباً يأخذ فضه و ليس له ان يطالب بالذهب و كذلك لو أداها بأموال و أشياء أخر فليس له الا أخذ ما أحيل به عنه.

أوضحنا لك قريباً ان هذا الحكم مختص بالكفاله- أى الضمان- على خلاف القاعده للخبر و الإجماع، اما الحواله فهى باقيه على ما تقتضيه القواعد من ان له المطالبه سواء أدى أو لم يؤدى بعد ان اشتغلت ذمته للمحال و اشتغلت ذمه المحيل للمحال عليه لو كان بريئاً فكل منهما له ان يطالب

الآخر يحقه عند حلول الأجل و لا يناط أحد الدينين بالآخر و لا علاقته بينهما فراجع و تدبر.

و منه تعرف ما اشتملت عليه هذه المادة من الأمر الثانى و هو قولهم: و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه الى آخره، يعنى لو احواله بدراهم فتراضى المحال و المحال عليه ان يدفع عوضها دنانير أو ثوباً أو غير ذلك فلا يرجع المحال عليه على المحيل الا بالدراهم لا بما تراضيا عليه.

(ماده: ٦٩٩) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به أو بحوائته إياها على الآخر

أو بإبراء المحال له إياه كذلك يبرء من الدين لو وهبه المحال أو تصدق به عليه و قبل ذلك.

حاصل هذه المادة ان براءة ذمه المحال عليه كما تكون بأدائه المبلغ المحال أو تحويله على آخر كذلك تحصل بإبراء المحال له أو هبته له أو التصدق به عليه، و الفرق بينهما قصد القربة، أو يحتسبه عليه من الحقوق الشرعيه من خمس أو زكاه أو غيرهما.

و مثل هذه الوجوه تحصل ما لو مات المحال فورثه المحال عليه فان المال ينتقل اليه و تبرأ ذمته لأن الإنسان لا يملك على نفسه شيئاً كما فى ماده (٧٠٠) لو توفى المحال له و كان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحواله.

ص: ٢٩٢

الكتاب الخامس فى الرهن

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

ص: ٢٩٣

□

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

المقدمه (في بيان الاصطلاحات الفقيهيه) (المتعلقه بالرهن)

اشاره

(ماده: ٧٠١)

الرهن:

حبس مال و توقيفه في مقابله حق يمكن استيفاؤه منه و يسمى ذلك المال مرهوناً أو رهناً.

عرف الرهن فقهاؤنا بما هو أخصر من هذا و ألصق بحقيقته فقالوا:

هو وثيقه على الدين، أو- وثيقه على دين المرتهن، و الأقرب الى حقيقته انه سلطنه على العين من المالك لدائنه في استيفاء دينه منها عند عدم الدفع في الأجل فهو حق مالى يتعلق بالعين للمرتهن يوجب حبسها على الراهن الى ان يصله حقه أو يستوفيه منها.

(و عبارته اجلى) ان الحق كما يكون في ذمه الإنسان و في عهده كذالك قد يكون في عهده المال و ذمته، يعنى في ذمه العين المالىه، فالرهن في الحقيقه ضم ذمه الأعيان إلى ذمه الإنسان فالمال الذى أقرضته لزيد تاره تتعهد لك ذمته به فقط و هو الدين المطلق و تاره ذمته و ذمه العين المرهونه و هو الدين الموثوق فلك في العين حق استيفاء المال منها لا ان

لك مثل المال فيها كما ينسب إلى الحنفية، و فرعوا على ذلك انها لو تلفت في يد المرتهن بغير تفريط كان التلف عليهما لو زادت على الدين أو نقصت و على المرتهن لو ساوته، مثلاً- لو كانت قيمتها مائتين و كان الدين مائه سقط دينه و لم يغرم للراهن شيئاً فيكون تلفها عليهما، و لو كانت قيمتها مائه فتلفها على المرتهن فقط، و لو كانت ثمانين دفع له الراهن عشرين لأن التلف- كما عرفت- عندهم استيفاء، اما عند الإماميه و باقى المذاهب فالتلف بلا تفريط على الراهن فقط مطلقاً و دين المرتهن بحاله لا يذهب منه شىء كما لو كفل المال كفيلىن و مات أحدهما فتدبره.

اما- ماده (٧٠٢) إلى ماده (٧٠٥) فكلها واضحه و لا حاجه الى ذكرها.

الباب الأول في (بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن)

إشاره

(و ينقسم إلى ثلاثه فصول)

الفصل الأول في (بيان المسائل المتعلقة بركن الرهن)

(ماده: ٧٠٦) ينعقد الرهن بإيجاب الراهن و المرتهن و قبولهما، و لكن لا يتم الرهن و لا يلزم ما لم يكن ثم قبض الرهن، بناء عليه للراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم.

اشتملت هذه ماده على أمرين مهمين من مباحث الرهن.

الأول:- ان الرهن من العقود فيحتاج تحققه إلى إيجاب و قبول، و لكن إيجاب الراهن و قبول المرتهن لا- كما في (المجله) إيجابهما و قبولهما، و كونه من العقود مما لا ينبغي الريب فيه بل لعله مما اتفق عليه فقهاء

المذاهب اجمع، و لكن يكفى فيهما كل ما دل على إنشاء معناه كما نص عليه فى المادة التالىة (٧٠٧) إيجاب الرهن و قبوله هو قول الراهن:

رهنك هذا الشىء فى مقابله دينى أو لفظ آخر فى هذا المال و قول المرتهن قبلت أو رضيت أو لفظ آخر يدل على الرضا و لا يشترط إيراد لفظ الرهن مثلاً- لو اشترى أحد شيئاً و اعطى للبائع مالا و قال له أبق هذا المال عندك الى ان أعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال.

الثانى:- مما اشتملت عليه المادة السابقه اشتراط قبض العين المرهونه فى الرهن، و هذه المسألة من مسائل الخلاف عندنا، و المعروف فيها ثلاثة أقوال.

(الأول) انه شرط فى صحه الرهن فيكون نحو اشتراطه فيه نحو اشتراطه فى الهبه فلا يكون للعقد اى اثر بدونه.

(الثانى) انه شرط فى لزومه فيكون العقد قبل القبض مؤثراً لتعلق حق بالعين و لكن على نحو الجواز لا اللزوم فله ان يرجع قبل القبض فيبطل العقد بخلافه بعد القبض. و هذا هو الظاهر من عبارته (المجله) فى هذه المادة.

(الثالث) انه غير شرط لا فى لزومه و لا صحته و حال القبض فيه حاله فى سائر عقود المعاوضات مثل البيع و الإجاره حيث يجب على كل من المتعاقدين تسليم ما وقع عليه العقد الى الآخر بمقتضى حكم المعاوضه، و لعل هذا هو الأوفق بالقواعد، و الأقرب الى مفاد الأدله و هى عمومات الرهن و عدم المخصص لها سوى ما يتوهم من قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)

و فى الحديث (لا رهن إلا مقبوضاً) و دعوى الإجماع الذى لم نتحققه، أما الآيه فمن تدبر ما قبلها و ما بعد لا يجدها فى مقام التعرض لشرائط الرهن و مقوماته و لا- فى مقام الوجوب و الا- إلزام و انما هى فى مقام الإرشاد إلى التوثق فى الدين و أخذ الحائطه بالكتابه و الاشهاد و ما الى ذلك.

و لا يبعد ان المراد فى الآيه و الحديث بيان ان الرهن يلزم ان يكون عيناً يمكن قبضها حين العقد لا ديناً فى الذمه، و لعل إليه الإشاره بتأنيته فى الآيه أى عيناً مقبوضه.

و «بالجمله» فليس من دليل صريح فى توقف عقد الرهن على القبض لا لزوماً و لا صحه، و ليس حاله بالنسبه إلى القبض الا حال سائر العقود فإذا جرى عقد الرهن إيجاباً و قبولاً و جب على الراهن ان يقبض المرتهن العين المرهونه، ثم اما ان ينفقا على بقائها عنده إلى الأجل أو عند الراهن أو عند أمين ثالث بينهما، و لكن ليس للراهن بعد العقد الرجوع عن الرهن خلافاً لما فى «المجله» الموافق للمشهور عند فقهاءنا، و عقد الرهن كسائر العقود يكفى فيه كل ما يدل عليه و لكن بالصراحه و لو بمعونه القرينه و لا ينعقد بالمجازات البعيده، و الكنايات الغامضه، كما فى ماده «٧٠٧»

الفصل الثانى فى «بيان شروط انعقاد الرهن»

«ماده: ٧٠٨» يشترط ان يكون الراهن و المرتهن عاقلين و لا يشترط ان يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبى المميز و ارتهانه.

اما عند الإماميه فيشترطون البلوغ أيضاً قولاً واحداً، و ان يكون مختاراً قاصداً، لا مكرهاً و لا هازلاً.

«ماده: ٧٠٩» يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع بناء عليه يلزم ان يكون موجوداً، و مالا متقوماً، و مقدور التسليم فى وقت الرهن.

لما كان الرهن بحسب حقيقته و ثقته على الدين فلازم ذلك ان يكون مالا ذا قيمه يمكن عاده حصول الوثوق و الاطمئنان به فى تأمين حق المرتهن الدائن، و حينئذ فلا يصح رهن مالا ماليه له كالهوام و الحشرات، و لا رهن مالا وجود له حال الرهن، فلا يصح رهن ما سيوجد كثمره الشجره و حمل الدابه و يلزم ان يكون ملكا طلقا، فلا يصح رهن الوقف و مال المفلس و تركه الميت التى تعلق بها حق الغرماء، بل لا يصح

أيضاً رهن العين المرهونه عند مرتين آخر الا برضا المرتين الأول و هكذا، و ان يكون مقدور التسليم حين الرهن، فلا يصح رهن العبد الآبق و الدابه الشارده و المال الساقط فى البحر و أمثال ذلك، و ان يكون عيناً فلا يصح رهن المنفعه، و قد جعلت «المجله» ضابطه العين التى يصح رهنها هى العين التى يصح بيعها و لكنك عرفت فى «الجزء الأول ص - ٧٢» التأجيل فى صحه هذه الضابطه، و المناقشه فى الكليه القائله: ان «كل ما يصح بيعه يصح رهنه» و انها تنتقض بالدين الذى يصح بيعه اتفاقاً و لا يصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه يصح بيعه و لا يصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه يصح بيعه و لا يصح رهنه عند الأكثر إلا بعد قسمته كى يمكن قبضه فعلاً، و المنافع لو قلنا بصحه بيعها و لكن لا يصح رهنها اتفاقاً و ان كان لا مانع منه عقلاً و اعتباراً.

نعم عكس القاعده مسلم لا ريب فيه فان كل مالا يصح بيعه لا إشكال فى انه لا يصح رهنه و ليس عندنا- ما يصح رهنه و لا يصح بيعه- هذا كله فى شروط العين المرهونه.

و اما الحق الذى يصح الرهن عليه فقد اتفقوا على ان الحق الذى يصح الرهن عليه هو الكلى الذى استقر اشتغال الذمه به سواء كان قرضاً أو ثمن مبيع أو سلماً أو مهراً أو فديه خلع أو نفقه أو أرش جنايه أو أرش معيب أو غير ذلك، هذا هو الأصل فيما يصح الرهن عليه، ثم توسعوا فجوزوه على العين كما أجازوه فى الدين فقالوا: بصحه الرهن على الأعيان المضمونه كالمغصوب و درك المبيع و المقبوض بالسوم و بالعقد

الفاقد و هكذا سائر ما يتعلق به الضمان من الأعيان و لا- يخرج إلا- الأمانات لأنها غير مضمونه كما نصت عليه ماده (٧١٠) يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً بناء عليه يجوز أخذ الرهن لأجل مال مغضوب و لا يصح لأجل مال الأمانه.

و تخصيصه بخصوص الديون- كما لعله الأشهر- ليس له حجه ظاهره كتخصيصه بالحق الثابت فعلاً اى حال الرهن فلا يجوز الرهن على ما يستقرضه أو ما سيغرمه أو ما سوق يجنيه أو ما أشبه ذلك و عدم صحه الرهن على مثل هذه الحقوق المفترضه التى لم تحصل هى و لا أسبابها مما لا ريب فيه، انما الكلام فيما تحقق سببه و مقتضيه، كعقد الزواج الذى هو سبب لوجوب النفقه على الزوج و الطلاق الذى هو مقتض لوجوب نفقه العده و أمثال ذلك، و الأصح صحه الرهن عليها و كفايه هذا المقدار من الاستعداد، لتعلق الحق، و بهذا الملاك صح الرهن على ضمان درك المبيع أو الثمن لو ظهر مستحقاً للغير.

(الفصل الثالث) فى (زوائد الرهن المتصله و فى تبديل الرهن و زيادته بعد عقد الرهن)

(ماده: ٧١١) كما ان المشتملات الداخله فى البيع بلا ذكر تدخل فى الرهن

أيضاً كذلك لو رهنتم عرصه تدخل فى الرهن أشجارها و أثمارها و سائر مغروساتها و مزروعاتها و ان لم تذكر صراحه.
هذا مع الإطلاق أو العرف الخاص فواضح اما بدونهما فالمتبع التقييد.

«ماده: ٧١٢» يجوز تبديل الرهن برهن آخر،

مثلا- لو رهن أحد ساعه فى مقابله كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف و قال: خذ هذا بدل الساعه، و رد المرتهن الساعه و أخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ.

مدرك هذه ماده و اللتين بعدها «٧١٣ و ٧١٤» زياده الرهن على الدين الواحد كزياده الدين على الرهن الواحد يعنى لو كان الرهن على مائه ثم أخذ من المرتهن مائه أخرى على ان يكون الرهن على المائتين أو ضم الساعه الى السيف على المائه الواحد ان الحق بينهما فإذا تراضيا و أوقعا العقد ثانياً على الزائد أو الناقص صح ذلك لوجود المقتضى و عدم المانع.

«ماده: ٧١٥» الزائد الذى يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل.

هذا مع الإطلاق مما لا اشكال فيه فان فوائد العين المرهونه تتبع الأصل انما الكلام انه هل يصح اشتراط إطلاقها على ان يتصرف بها الراهن كيف شاء أم لا يصح ذلك؟ وجهان من عموم أدله الشروط و من انه مناف لمقتضى عقد الرهن فان مقتضى طبيعه عقد الرهن منع الراهن و المرتهن من التصرف و استيفاء المنافع من العين المرهونه تصرف فيها و هذا هو الأقوى.

(الباب الثانى) فى (بيان مسائل تتعلق بالراهن) (و المرتهن)**اشاره**

من خواص عقد الرهن الذى يعز النظر له فيها انه لازم من أحد الطرفين جائز من الطرف الآخر، فمن جهة الراهن لازم، و من جهة المرتهن جائز، و سره واضح لا يحتاج الى بيان، كما نصت عليه ماده (٧١٦) المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده- اى و ان لم يرض الراهن و ماده (٧١٧) ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضا المرتهن- فإذا رضى انفسخ لأن الحق له و قد أسقطه فيسقط قهراً حتى مع عدم رضا الراهن، اما لو اتفقا معاً على الفسخ بالطريق الاولى يفسخ كما فى ماده «٧١٨» إذا اتفق الراهن و المرتهن لهما فسخ الرهن، و لكن من الغريب قول «المجله» هنا: و للمرتهن حبس الرهن و إمساكه الى ان يستوفى طلبه من الراهن بعد الفسخ فإنهما إذا اتفقا على الفسخ و فسخ المرتهن الذى هو صاحب الحق فأى حق له فى حبس الرهن بعد الفسخ؟ و هل هذا إلا التناقض بعينه و التهافت بنفسه؟ فتدبرها جيداً فإنها نكراء.

و لازم صحه الفسخ ان يرد المرتهن العين المرهونه- لو كانت عنده- الى

الراهن، و يحرم عليه إمساكها بعد الطلب و يكون ضامناً لو تلفت مطلقاً، و لا يعقل ان يتوقف الفسخ على التسليم و هو من آثاره فتدبر.

(ماده: ٧١٩) يجوز ان يعطى المكفول عنه رهناً لكفيله.

هذا فى كفاله المال- اى الضمان- واضح لان المكفول عنه مديون للكفيل بما كفل إذا كان بطلبه و اذنه، اما فى كفاله النفس فمشكل حتى لو قلنا بصحة ضمان العين فتأمل.

(ماده: ٧٣٠) يجوز ان يأخذ الدائن من المديون رهناً ان كانا مشتركين فى الدين أو لا إلخ ..

هذه المادة و ما بعدها التى هى عكسها مدر كهما واحد و هو حصول التوثق فى كلا- الصورتين و كان ينبغى جمعهما بماده واحده فى عبارته موجزه فيقال: يصح رهن العين الواحد على ديون متعدده لواحد أو متعدد كما يصح رهن الأشياء المتعدده على دين واحد أو متعدد لواحد أو متعدد، فتفيد معانى كثيره فى عبارته يسيره فتدبر.

الباب الثالث فى بيان المسائل التى تتعلق بالمرهون الرهن

اشاره

(و ينقسم الى فصلين)

الفصل الأول فى (بيان مؤونه المرهون)

«ماده: ٧٢٢» على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه أو بمن هو أمينه كعيله و شريكه و خادمه.

كان اللازم أولاً بيان ان عقد الرهن ما الذى يقتضيه حسب طباعه و إطلاقه هل هو بقاء العين المرهونه عند الراهن أو المرتهن؟ أو عند ثالث أو لا اقتضاء له فى شىء من هذه الناحيه؟؟ بل يتبع ما يتفقان عليه، و هذا هو الأصح و لا ينافيه اعتبار القبض عند الأكثر إذ لا ملازمه بين قبض المرتهن و بقاءه عنده فان اتفقا بعد قبضه و انعقاده على وجه فهو، و ان تشاحا

رجعت القضية إلى حاكم الشرع فيضعه عند عدل مؤتمن و ان اتفقا على وضعه عند المرتهن و جب عليه حفظه كما في المتن في هذه المادة و ماده (٧٢٣) المصارف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجره المحل و الناظر على المرتهن، و لكن انما تلزم على المرتهن بالشرط و الا فإطلاق العقد لا يقتضى ذلك بل الواجب عليهما ان يعينا ذلك و كون القبض لمصلحه لا يقتضى تعيين ذلك عليه ضروره أن المصلحه مشتركه بينهما، نعم الإطلاق يقتضى كون العلف و اجره الرعى و الراعى ان كان حيواناً- كما في ماده (٧٢٤) على الراهن، و ان كان عقاراً فتعميره و سقيه و تلقيحه و تطهير خرقة و سائر مصارفه التي هي لإصلاح منافعه و بقائه عائده إلى الراهن أيضاً فإن بذلها أو اذن المرتهن ان ينفقها استحق المرتهن الرجوع بها عليه و ان لم يأذن و لم يدفع استأذن المرتهن الحاكم و كان له حق الرجوع و ان أنفق بدون اذن الراهن و لا الحاكم كان متبرعا لا يستحق الرجوع على الراهن بشىء كما ان الراهن لو أنفق ما يجب على المرتهن إنفاقه بدون اذنه لا يستحق الرجوع به أيضاً لأنه بحكم المتبرع كما في ماده (٧٢٥) كل من الراهن و المرتهن إذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً و ليس له ان يطالب الآخر بما صرفه.

الفصل الثانى فى الرهن المستعار

[ماده: ٧٢٦] يجوز ان يستعير أحد مال آخر و يرهنه باذنه و يقال لهذا الرهن المستعار.

تقدم فى (الجزء الأول) التعرض لهذه القضية و انها من معضلات فنّ الفقه إذ كيف يرهّن إنسان على دينه مال غيره مع انه (لا رهن إلا فى ملك)؟ ثم كيف بعد ذلك يباع مال إنسان قهراً عليه و يوفى به دين غيره؟ و كيف يدخل العوض فى ملك غير من خرج منه المعوض؟

ثم ان العاربه بطبيعتها عقد جائز للمعير ان يرجع بها متى شاء فكيف صارت هنا لازمه لا يقتدر المالك على الرجوع بها إلا بأداء الدين و هو غير مستدين، فالحكم بصحة الرهن هنا تحتاج الى علاج كل هذه المخالفات المنافيه للقواعد الاساسيه و محكمات الفقه، و قد سبق البحث فى بعض هذه الجهات و سيأتى كثير من احكام الرهن المستعار فى الفصل الثانى و كان اللازم ذكرها أجمع فى هذا الفصل و كيف كان فلا ريب ان الرهن المستعار تابع سعه و ضيقا لاجاره المالك و مقدار رخصته فى الإطلاق و التقييد فلو قيد ان يرهنه فى زمن

معين أو على مقدار معين أو شخص معين يلزم الراهن الاقتصار على محل الرخصه فلو تجاوز بطل الرهن و ان أطلق المالك كان للراهن ان يرهنه كيف شاء كما نصت على ذلك مادتا (٧٢٧ و ٧٢٨)، و كان ينبغي للمجله التنبيه على ان المستعير لو تجاوز موضع الاذن و تلف المال عنده أو عند المرتهن ضمنه للمعير مطلقاً و الا فلا ضمان الا مع التعدي.

الباب الرابع فى (بيان احكام الرهن

اشاره

و ينقسم إلى أربعة فصول)

الفصل الأول

(ماده: ٧٢٩) حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه، و ان يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفى الراهن.

إذا تم عقد الرهن يترتب عليه عدّه أحكام تكليفية و وضعيه، اما التكليفية فمثل حرمة تصرف كل من الراهن و المرتهن بالعين المرهونه مطلقاً الا- ما يعود الى حفظ العين كسقى الدابه و علفها و نقل المتاع من محل الى آخر احفظ و أمثال ذلك، اما الوضعيه فهى كثيره (منها) حق حبس العين على الراهن و منعه من التصرف فى ملكه الا برضا المرتهن، و ليس معنى الحبس ان يحبسها المرتهن عنده فان ذلك ليس من مقتضيات الرهن بل المراد حبس المالك عن التصرف فلا يصح بيعه و لا إيجاره و لا رهنه ثانياً و لا هبته إلا برضا المرتهن.

و (منها) ان الراهن لو فلسه الحاكم فالمرتهن لا يضرب مع الغرماء كاملاً فان زاد منه شىء رده الى بقيه الغرماء و ان نقص ضرب معهم

فى بقية الأموال.

و (منها) انه لو مات الراهن فان فكك الورثة الرهن و الا كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء سواء قصرت التركة عن الديون أم لا.

و (منها) انه لو امتنع الراهن عن وفاء الدين كان للمرتهن ان يرفع امره الى الحاكم فيبلغ المرهون و يدفع له دينه و يدفع الباقي للراهن ان بقى شىء سواء كان الامتناع عن عجز أو مماطله.

و من هذا البيان تعرف خلل عباره (المجله) و قصورها عن الوفاء بما يجب فى هذا البحث.

(ماده: ٧٣٠) لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبه الدين و للمرتهن صلاحيه مطالبته بعد قبض الرهن أيضاً.

الرهن لا يغير الدين و لا يبدله، و لا يقدمه و لا يؤخره، فهو على حاله ان كان مؤجلاً فمؤجل و ان كان معجلاً فمعجل و له المطالبه بدينه عند حلول اجله و لا يمنعه وجود الرهن من ذلك.

(ماده: ٧٣١) إذا أوفى مقداراً من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذى هو فى مقابله،

و للمرتهن صلاحيه حبس مجموع الرهن و إمساكه الى ان يستوفى تمام الدين.

نسبه الرهن الى الدين تتصور على أنحاء يمكن ان يكون قصد المتراهنين متجهاً الى واحد منها.

(الأول) نحو مقابله المجموع بالمجموع و لازم هذا ان يفك تمام الرهن بأداء جزء من الدين و لو قليل.

«الثانى» ان يكون على نحو مقابله الجميع التى تقتضى التوزيع، و لازم هذا انه كلما ادى جزء انفك من الرهن بمقداره.

«الثالث» ان يكون بنحو مقابله الكل بالجزء و هذا عكس الأول فإن لازمه ان يبقى تمام الرهن محبوساً الى أداء تمام الدين فلو ادى تمام الدين عدا جزء يسير منه بقى الرهن بتمامه على الجزء و هو الذى ذكرته «المجله» و الأصح ان يقال: انه إذا ظهر من قصد الراهنين أحد تلك المعانى تعين و الا- أى مع الإطلاق- فالقاعدته تقتضى الوسط على القاعده المعروفه عندهم من ان مقابله الجمع بالجمع تقتضى التوزيع، و لكن المشهور عندنا على الظاهر هو النحو الأخير المختار للمجله و لعل مدر كهم أنه ألصق بالتوثق و الاحتياط لاسترداد الدين و هو و ان كان كذلك و لكن تعيين هذا النحو من التوثق يحتاج الى معين و هو مفقود فليتدبر.

نعم لا اشكال فيما لو كان عليه دينان و لكل منهما رهن فان دفع دين أحدهما انفك ما يقابله من الرهن و بقى الآخر كما ذكرته بقولها: و لكن لو كان المرهون شيئين و كان تعين لكل منهما مقدار من الدين إذا أدى مقدار ما تعين لأحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط.

«ماده: ٧٣٢» لصاحب الرهن المستعار أن يؤخذ الراهن المستعير لتخليصه و تسليمه إياه،

و إذا كان المستعير عاجزاً عن أداء الدين لفقره فللمعير أن يؤدي ذلك الدين و يستخلص ماله من الرهن.

يعنى لا حق له باسترداد الرهن من المرتهن الا بان يؤدي الدين هو أو المستعير أو متبرع، و بهذا خرجت هذه العاريه عن بابها، و إذا أدى

المعير الدين لتخليص ماله رجع به على المستعير قطعاً. و كان من حق التحرير وضع هذه المادة و ماده «٧٣٥» و «٧٣٦» و «٧٣٧» فى الفصل المتقدم المعقود لأحكام «الرهن المستعار» و اقحامها فى هذا الفصل مع عدم الربط و المناسبه خلل ظاهر و كيف كان فهذا الأثر أيضاً من الأوضاع التى خالفت الأصول و القواعد التى أشرنا إليها سابقاً، و هذه القضية و ذيلها هى و التبرع بوفاء دين الغير شعبتان من شجن واحد و من التأمل فى تخريج وجهه يستخرج وجه تطبيقهما جميعاً على القواعد، فاستخرجها بفكر كالثاقب، و نظر كالدقيق و الله التوفيق.

«ماده: ٧٣٣» لا يبطل الرهن بوفاه الراهن و المرتهن.

بل ينتقل حق الرهن و حبس العين إلى ورثه المرتهن. كما ينتقل الدين من ذمه الراهن الى تركته فيجب على الوصى و الورثه اما فكها بأداء الدين من تركته أو دفع التركة إلى المرتهن الدائن و ان كان الوارث صغيراً فوليه و ان كان غائباً كبيراً فالحكم ان لم يمكن حضوره أو توكيله، و مما ذكرنا يظهر الخلل فى ماده «٧٣٤» إذا توفى الراهن فان كان وارثه كبيراً يلزمه تأديه الدين من التركة و تخليص الرهن و ان كان صغيراً أو كبيراً غائباً بغيه بعيده فالوصى بإذن للمرتهن ببيع الرهن و يوفى الدين من ثمنه،، بل الوصى و قيم الصغير أو الحاكم يتولون بيع الرهن بإذن المرتهن و وفاء الدين منه.

و ماده «٧٣٥» تقدم مضمونها فى طى ماده (٧٣٢) و حاصله: ان المعير لا حق له بأخذ الرهن الا بعد وصول دين المرتهن اليه سواء كان

المستعير الراهن حياً أو ميتاً، ولكن لا يجبر على أداء الدين لأن الإنسان لا يجبر على أداء دين غيره و إنما يجبر المستعير المديون فلو كان عاجزاً فقيراً تخرجت المسألة كثيراً و لا- مناص من الحكم بان الرهن يبقى عند المرتهن فاما ان يخلصه المالك المعير بأداء الدين باختياره أو يرفع المرتهن امره الى الحاكم فيبيعه لوفاء الدين بمراجعته المعير المالك.

(ماده: ٧٣٦) لو توفى الراهن المستعير حال كونه مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهوناً

و لكن لا يباع بدون رضا المعير و إذا أراد المعير بيع الرهن و إيفاء الدين فان كان ثمنه يوفى الدين فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن و ان كان ثمنه لا يوفى الدين فلا يباع من دون رضا المرتهن.

قد تكرر بيان ان التصرف في العين المرهونه لا- يجوز الا- برضا الراهن و المرتهن و يزيد هنا انه لا بد أيضاً من رضا المالك المعير و اذنه لأن العين لا تزال في ملكه و ان كان للمرتهن حق فيها، اما لو توفى الراهن المستعير مفلساً انحصر الأمر بين المعير و المرتهن فلا بد من رضاهما معاً سواء كان الرهن يوفى أم لا فقول (المجله) فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن - غير سديد.

«ماده: ٧٣٧» لو توفى المعير و دينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأديه دينه و تخليص الرهن المستعار

«اي يأمره حاكم الشرع» و ان كان عاجزاً عن تأديه الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله و لكن لورثه المعير أداء الدين و تخليصه و إذا

طالب غرماء المعير بيع الرهن فان كان ثمنه يوفى الدين يباع من دون نظر الى رضا المرتهن و ان كان لا يوفى فلا يباع بدون رضاه.

فى هذا الفرض تصبح العين متعلقاً لجملة حقوق حق المالك المعير الذى انتقل إلى غرمائه و حق الورثه و حق المرتهن و طريق التخلص بعد عجز الراهن ان يخير الورثه بين دفع الدين و تخليص العين و بين بيعها و أداء الدين من ثمنها فان زاد من الثمن شىء يدفع الى الغرماء أو يتقبلوها بقيمتها و يدفعون حق المرتهن فان زاد للغرماء، هذا بناء على ما هو الأصح عندنا من ان أعيان التركة تنتقل إلى الورثه و لكن محجور عليها بحق الغرماء فتشبه العين المرهونه.

إما ماده (٧٣٨ و ٧٣٩ و ٧٤٠) فهى مع انها تقدمت فى غايه الوضوح لا تحتاج الى اى تعليق.

و أما- مادتا (٧٤١ و ٧٤٢) فالمقصود منهما بيان حكم تلف العين المرهونه فهى خداج لم تستوف صور التلف كلها.

و «تحرير هذا البحث» بوجه جامع- ان تلف العين المرهونه اما ان يكون سماوياً أو بشرياً، و التلف السماوى لا- محاله يوجب بطلان الرهن لزوال موضوعه و لا يلزم الراهن شىء و يبقى الدين طلقاً بلا رهن، و اما الثانى فالمتلف اما الراهن أو المرتهن أو أجنبى فإن كان هو الراهن و جب عليه غرامه المثل أو قيمه ليكون رهناً فى مكان الرهن الذى أتلفه، و ان كان هو المرتهن فالغرامه عليه و مقتضى القاعده ان يدفع المثل أو قيمه ليكون رهناً و لكنهم حكموا هنا: انه يسقط منه بمقدار دينه

و كأنهم جعلوه من أسباب التهاتر و هو مع كونه من جنس الدين ليس بالبعيد و فى صوره الاختلاف مشكل إلا مع التراضى، أما لو كان المتلف أجنبياً فلا إشكال فى الغرامه و تكون قيمته رهناً.

(الفصل الثانى) فى (تصرف الراهن و المرتهن فى الرهن)

[ماده: ٧٤٣] يبطل رهن الخارج الرهن بدون اذن الراهن و المرتهن عند غيره.

لعل فى النسخه غلطاً، و إلا- فالعبارة كما ترى مشوهه الخلقه مع شديد التعقيد، و لعل المراد ان رهن كل واحد من الراهن و المرتهن العين المرهونه عند ثالث باطل إلا- برضاها معاً- أو ان رهن الأجنبى العين المرهونه باطل إلا بإذنهما، و الأول أنسب بالفصل المعقود لتصرف الراهن و المرتهن لا لتصرف الأجنبى، و كيف كان فقد مر مكرراً- ان الراهن و المرتهن ممنوعان من مطلق التصرف فى العين المرهونه سواء التصرفات الناقله كالبيع و الهبه أو غير الناقله كاللباس و السكنى، اما التصرفات الاستغلاليه كالإجاره و بيع الثمره و جمع الحليب و الصوف و أمثالهما فلا ينبغى الإشكال فى جوازه كما ربما يظهر من كلمات الفقهاء و لكن تعود قيمه رهنا مع الأصل، و من جملة التصرفات رهن العين المرهونه عند

ثالث فإنه لا يجوز الا باتفاقهما، و تحرير المسأله ان الراهن - اى المستدين ثانياً - اما ان يكون هو المالك - اى الراهن الأول - و هذا لا مانع منه فإنه كما لو رهن العين الواحده ابتداء عند شخصين على دينين فيشتركان فى ان لكل من المرتهنين بل الأكثر حق الاستيفاء من العين اما عرضاً أو مرتين الأول فالأول، و اما ان يكون الراهن هو المرتهن على دين له و هذا أيضاً لا مانع منه مع الاذن و يكون من باب الرهن المستعار و يشترك المرتهن الأول و الثانى فيها، و مثله ما لو كان الراهن أجنبياً بإذنهما على دين له، ثم المرتهن اما ان يكون هو المالك - اى الراهن - و هذا مما لا معنى له أصلاً إذا لا يعقل رهن المال عند مالكه، و اما ان يكون هو المرتهن الأول و هذا معقول أيضاً و يكون كرهن العين الواحده على دينين عند واحد، و مثله ما لو كان المرتهن أجنبياً و يكون كرهن العين الواحده عند شخصين على دينين.

و من جميع ذلك تعرف فساد ما فى ماده (٧٤٤) إذا رهن الراهن الرهن بإذن المرتهن عند غيره يصح الرهن الثانى و يبطل الرهن الأول،، بل يصحان معاً لعدم التضاحم بينهما سيما مع سعه العين لكلا الدينين و مع عدم السعه فيحتمل تقديم الأول أو تقديم الثانى أو التوزيع بالنسبه، كفساد ماده «٧٤٥» إذا رهن المرتهن الرهن بإذن الراهن عند الغير يبطل الرهن الأول و يصح الثانى و يكون من قبيل الرهن المستعار،، بل يصحان معاً فان فكك الراهن الأول الزم المرتهن الأول بفككه و إلا جرى عليه احكام (الرهن المستعار) المتقدمه و الا فالمرتهن الأول يسد من دينه حق المرتهن

الثانى عليه فان زاد رده الى المالك و هو الراهن الأول، ثم ان مقتضى توقف تصرف كل منهما على اجازة الآخر انه لو باع الراهن فإن أجاز المرتهن نفذ و بقى الثمن رهنا و ان رد فالمشترى مخير بين الصبر الى فك الرهن و بين الفسخ فعلاً الا ان يدفع الدين فينفذ، و ان باع المرتهن فأجاز الراهن كان الثمن أيضاً رهناً و ان رد بطل، و هذا خلاصه ما ذكرته (المجله) فى ماده «٧٤٦» و ماده «٧٤٧» زياده و اختصاراً، و كما يصح البيع برضاها تصح العاربه أيضاً بل و غيرهما من المعاملات التعاوضيه، اما المجانيه كالهبه فهى إبطال للرهن بلا ريب، و كما يصح إعارته برضاها للأجنبى كذلك يصح ان يعيره أحدهما للآخر، و معنى العاربه هنا إباحه الانتفاع أو تمليك المنافع فان كلا منهما ممنوع منه بدون رضا الآخر كما سبق فى ماده «٧٤٨» لكل من الراهن و المرتهن اعاره الرهن بإذن صاحبه،، و لكن إعارته لا تبطل رهيته حتى يحتاج إلى إعارته الى الرهينه فلا محل لقول «المجله» و لكل منهما إعادته إلى رهيته بعد ذلك، بل لا معنى لهذا الكلام أصلاً كما لا يخفى على المتأمل كما ان قولها فى ماده «٧٤٩» للمرتهن ان يعير الرهن للراهن، و بهذه الصوره لو توفى الراهن فالمرتهن يكون أحق بالرهن من سائر غرماء الراهن، فان هذا الكلام مستدرک إذ العاربه لم تبطل الرهن و لا- اختصاص لهذه الصوره بالحكم المذكور بل فى جميع صور الرهن يجرى الحكم المزبور، اما الانتفاع فقد عرفت انها أيضاً محبوسه عن كل واحد منهما الا برضا الآخر فلو أباحها الراهن للمرتهن فان أباحها بثمانها حسبت من دينه و الا كانت له مجاناً فقول (المجله)

و لا يسقط من الدين شىء فى مقابل هؤلاء- على إطلاقه غير صحيح- كعدم صحه الإطلاق فى ماده «٧٥١» إذا أراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه إذا كان الطريق آمناً،، بل و الصحيح انه لا يجوز ان يأخذ الرهن معه مطلقاً الا إذا خاف عليه لو أبقاه فى محله و كان نقله الى بلد آخر أو محل آخر احفظ فليتدبر.

(الفصل الثالث) فى بيان احكام الرهن الذى هو فى يد العدل

(ماده: ٧٥٢) يد العدل كيد المرتهن

يعنى لو اشترط الراهن و المرتهن إيداع الرهن عند من ائتمنه و رضى الأمين و بقبضه يتم الرهن و يلزم و يقوم ذلك الأمين مقام المرتهن.

«ماده: ٧٥٣» لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن

ثم لو وضعه الراهن و المرتهن بالاتفاق فى يد عدل يجوز.

«ماده: ٧٥٤» إذا كان الدين باقياً فليس للعدل ان يعطى الرهن الى الغير

ما لم يكن لأحد الراهن و المرتهن رضا و إذا أعطاه فله صلاحيته استرداده و إذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن.

«ماده: ٧٥٥» إذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره

بتراضى الطرفين و إذا لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه فى يد عدل.

خلاصه هذا الفصل يبتنى على ما سبق بيانه من ان طبيعه عقد الرهن لا تقتضى كون بقاء الرهن عند الراهن أو المرتهن أو عند ثالث فهو من هذه الجبهه لا اقتضاء فان اتفقا على بقاءه عند أحدهما تعين و ان تشاحا وضعه الحاكم عند عدل و لا يجوز له ان يدفعه إلى أحدهما بدون رضا الآخر بل يدفعه إليهما أو الى الحاكم لو تعذر مراجعتهما أو اتفقا و لو دفعه الى أحدهما و تلف ضمن للآخر، و لو مات العدل فان اتفقا فهو و الا وضعه الحاكم عند عدل آخر هذا كل ما اشتملت عليه مواد هذا الفصل مع الاختصار و حذف الفضول فإنه معانى قليله فى عبارات طويله.

(الفصل الرابع) فى (بيع الرهن)

(ماده: ٧٥٦) ليس لكل من الراهن و المرتهن بيع الرهن بدون رضا صاحبه.

و هذا واضح معلوم.

(ماده: ٧٥٧) إذا حل وقت أداء الدين و امتنع الراهن عن أدائه

فالحاكم يأمره ببيع الرهن و أداء الدين فان ابى و عائد باعه الحاكم وادى الدين.

أو يتقبله المرتهن و يحتسبه من دينه و يدفع الزائد لو كان، و مع غيبه الراهن و عدم إمكان الوصول و حلول الأجل فالمرجع الحاكم فى البيع و الوفاء لولايته العامه كما فى ماده (٧٥٨) إذا كان الراهن غائباً و لم تعلم حياته و لا مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن و يستوفى الدين.

(ماده: ٧٥٩) إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه و إبقاء ثمنه رهناً فى يده

بإذن الحاكم و إذا باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامناً كذلك لو أدرك ثمر البستان المرهون و حضرته و خيف تلفه فليس للمرتهن بيعه إلا بإذن الحاكم و إذا باعه بدون اذن الحاكم يضمن.

كل ذلك حفظاً للمال من الضياع، و الحاكم هو الولى العام.

(ماده: ٧٦٠) إذا حل وقت أداء الدين يصح توكيل الراهن المرتهن

أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن و ليس للراهن عزل ذلك الوكيل من تلك الوكالة و لا يعزل بوفاه أحدهما أيضاً.

الوكالة عقد جائز اتفاقاً - كما سيأتى فلو كیل ان يعزل نفسه كما للموكل ان يعزله و لا دليل على لزومها هنا بالخصوص غايته انه لو عزل الوكيل يلزمه الحاكم بالبيع أو توكيل غيره و بهذا يحصل الجمع بين الحقوق كما ان الوكالة تبطل بالموت عندنا اتفاقاً سواء موت الوكيل أو الموكل و لا معنى لبقائها بعد الموت بل يلزم الورثه مع الوصى وفاء الدين من

التركة أو بيع العين المرهونه و الوفاء من ثمنها و ان لم يفعلوا تولى الحاكم ذلك.

«ماده: ٧٦١» الوكيل يبيع الرهن إذا حل وقت أداء الدين و يسلم ثمنه الى المرتهن فان أبى الوكيل يجبر الراهن على بيعه.

اما الوكيل فقد عزل نفسه بامتناعه عن أداء عمل الوكالة فيتعين إلزام الراهن بذلك فان ابى فالحاكم كما فى «المجله»: و إذا ابى و عاند باعه الحاكم و إذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فإن عاند باعه الحاكم:

الى هنا انتهت مواد «المجله» فى (كتاب الرهن)، و قد أهملت بحثين مهمين من مباحثه (أحدهما) مسقطات الرهن، و (ثانيهما) باب التنازع و الخصومه، و من الحق ان تشير الى بعض مسائل كل من البحثين على سبيل الإيجاز إتماماً لفائده.

اما- الأول- فمعلوم ان أسباب سقوط الرهن و زواله مهما تعددت و تنوعت فهى ترجع الى سببين، و هما- سقوط الدين أى براه ذمه الراهن منه أو إسقاط المرتهن حقه من الرهن مع بقاء الدين، و حيث ان أسباب سقوط الدين كثيره لذا تكثرت أسباب سقوط الرهن.

أولها:- الوفاء و الأداء.

ثانيها:- الاسقاط و الإبراء.

ثالثها:- موت الراهن و المرتهن هو الوارث.

رابعها:- عكسها- موت المرتهن و الراهن هو الوارث.

خامسها:- حواله الدين على آخر.

سادسها:- ضمان الدين و انتقاله إلى ذمه أخرى سابعها:- بيع الدين لآخر.

ثامنها:- هبته لآخر، و ان كانت الهبه هنا ترجع إلى الإسقاط.

و ربما توجد أسباب اخرى لسقوط الدين تظهر بالاستقصاء و التأمل.

اما الثانى و هو إسقاط المرتهن حقه من الرهن فهو معنى واحد و لكن يظهر بصور مختلفه من قول أو فعل أو إشارة، بل و قد يتحقق بالكتابه أيضاً فإنه و ان كان أشبه بالإيقاع، بل هو الإيقاع حقيقه، و الإيقاع كالعقد عندنا لا يتحقق بالكتابه، و لكن حيث ان الشارع كالعرف لم يعتبروا فيه صيغه خاصه- كما اعتبروها فى الطلاق و العتق و غيرهما- كفى كل ما دل عليه.

البحث (الثانى) فى التنازع و الخصومه و يقع المهم منه فى مسائل.

(١) إذا ادعى الدائن الرهن و أنكره المديون فالقول قوله للأصل.

(٢) إذا ادعى المرتهن ان الرهن الثوب و الكتاب مثلاً و لم يعترف الراهن الا بالثوب فالقول قوله للأصل أيضاً.

(٣) إذا ادعى المرتهن ان الرهن هو الثوب مثلاً و قال الراهن بل الكتاب، فهذا و أمثاله يدخل فى باب التداعى و يخرج من باب المدعى و المنكر فان كان لكل منهما بينه فهو من باب تعارض البيئات و المرجع فيهما الى المرجحات، و ان لم تكن فالتساقط و التخيير و القول الفصل حكم الحاكم الذى ترفع اليه الدعوى المزبوره، و ان كانت البيئه لأحدهما فقط كان

العمل عليها بلا ريب، و ان لم تكن لأحدهما بينه فالتحالف فمن حلف حكم له و ان حلفا معاً تساقطا و حكم بعدم رهن شىء منهما و هو المعروف عندنا بالانفساخ القهرى.

(٤) إذا ادعى المالك المديون ان العين وديعه عند دائته و ادعى الدائن انها رهن فالقول قول المالك بيمينه للأصل.

(٥) لو ادعى المالك انها اجاره و ادعى الآخر انها رهن، فالأقرب انه من باب التداعى ان كان النزاع قبل القبض أو بعد قبض العدل، اما لو كان بعد قبض مدعى الرهينه فالأقرب ان القول قوله.

(٦) إذا ادعى المرهن رد العين المرهونه و أنكر الراهن فالقول قوله للأصل.

(٧) إذا ادعى المرتهن التلف و أنكر الراهن فالقول قول المرتهن بيمينه لأنه الأمين.

(٨) لو اعترف بالتلف و ادعى عليه التفريط فالقول قول المرتهن أيضاً للأصل أيضاً و لأنه أمين.

(٩) لو ادعى الراهن ان المرتهن أسقط حق الرهن و أنكر المرتهن فالقول قوله أيضاً.

(١٠) لو ادعى المرتهن ان العين رهن على الدينين و أنكر الراهن فالقول قوله للأصل أيضاً (١١) لو تداعى شخصان على عين فادعى كل منهما انها رهن عنده فقط فلا يخلو اما ان تكون فى يد أحدهما أو فى يدهما معاً أو فى يد ثالث

و على كل التقادير فالمالك اما ان يصدق أحدهما أو ينفيهما معا أو لا يصدق و لا ينفى أو لا يمكن مراجعته لغيبه و نحوها، فالقضية ذات صور متشعبة يدور محورها على أمرين الأول:- ان من صدقه المالك فالقول قوله بيمينه مطلقاً.

الثانى:- انه حيث لا- تصديق من المالك اما لغيبه أو لسبب آخر فالقول قول صاحب اليد، و اما ان كانت اليد لهما فهو باب التداعى فمن كانت له بينه يقدم قوله و ان لم يكن بينه أو تعارضت البيتان و لا مرجح فالتحالف فمن حلف قدم قوله مع نكول الآخر و إذا حلفا حكم بالانفساخ القهرى و رجعت العين الى مالكها، و مثلها ما لو كانت فى يد ثالث فإنه أيضاً من باب التداعى اما البينه و اما التحالف.

[١٢] إذا ادعى ان العين رهن عنده فقط فادعى الآخر انها رهن عنده أيضاً كانت من باب المدعى و المنكر و الصور المتقدمه جاريه هنا أيضاً و المالك مصدق حتى على صاحب اليد لأنه أحق بماله، و اعرف بنفسه، و تنقلب الخصومه بينه و بين الآخر فان كان غائباً أو لا يصدق واحداً منهما فصاحب اليد مقدم بيمينه الا ان يقيم الآخر- و هو المدعى- البينه.

هذا قليل من كثير من صور النزاع و الخصومه و المتتبع يجد أكثر من ذلك، هذا فى خصوص النزاع فى الرهن، اما الخصومه فى الدين الذى عليه فهى أيضاً كثيره و لكنها خارجه من هذا الكتاب و محلها [كتاب الدين].

و لنختم هنا (كتاب الرهن) سائلين من الحق جل شأنه أن يفك رهائن أنفسنا يوم تغلق الرهون، و تطبق السجون، و (لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَ لَا بَنُونَ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ).

تم الجزء الثاني و يليه الجزء الثالث إن شاء الله و أوّله (كتاب الأمانات الوديعة و العاربه)

(استدراكات و ملاحظات)

كنا نحسب أو نأمل عند انتشار (الجزء الأول) من هذا الكتاب (تحرير المجله)، و بعد إنجاز طبعه، و وقوعه بأيدى أهل الفضل، ان يكثر النقد عليه، و البحث و التنقيب فى بحوثه و فوائده، نظراً لاشتراك الفقيه فيه مع الحاكم، و الحقوقى و القانونى، و الأستاذ و التلميذ، و انتفاع أكثر الطبقات به، فلم نجد شيئاً من ذلك، و لا اجعل اللوم فى ذلك الا على الظروف القاسيه، و الحوادث الزمنيه، التى اشغلت أفكار اولى الفضل و المتخصصين بمسائل الفقه و الحقوق عن التوسع و الاضطلاع بمهمتهم و ما هو المتعين عليهم، و لا ريب ان الاضطرابات العالميه، و هذه الحروب الطاحنه، أقل تأثيرها حدوث الفتور، و خمود العزائم عن النشاط الى البحث و الاستقصاء، فى المسائل النظرية و المباحث الجوهرية، الأعلى النادر ممن لا يجد لذه إلا فى العلم و البحث و المطالعه و المراجعه، و لا يعوقه

عن تلك الشئون عائق، و لا يشغله عن تلك العوالم و المعالم شاغل، و لكنهم كانوا قليلا و (قد صاروا أقل من القليل).

و نحن- و المنه لله وحده- لم يقعد بعزيمتنا، عن مواصلة البحث و الكتابه عواصف الزمن، و لم تخمد جمره اشواقنا، لنشر العلوم، نكبات المحن، و لا- عاقبا عن النشر و الطبع أزمه الورق، و ضيق مواد الاقتصاد، و ضعف الرغبات و خمود العزمات، و كان أقصى ما سمعنا من بعض الهنات، أو وجدنا من النقد في بعض الصحف التعرض لأموار تافهه لا تستحق الذكر، أسمعنا بعض عوض فلى نواصي التحقيقات الأبحاث التي نشرها (الجزء الأول) في حقيقه البيع و الملكيه، و الماضى و المضارع، و الأموال و العهود و الالتزامات.

نعم اسمعونا بدل التعمق فى هذه الدقائق الاعتراض على قولنا ص (٧) فالاماميه فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه- حتى صار يدعيه من لا- يصح ان يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه، وليتهم علموا باننا قد كبحنا جماح القلم هنا و هناك و اكتفينا بقليل من كثير، و جرعه من غدیر من ويلات هذا البلاء المبرم، و المقام مقام الشكر فى اننا أسدلنا الستار، عن موبقات تلك الأطوار، و أخذنا بأدب الفرقان المجيد «خُذِ الْعَفْوَ وَ أْمُرْ بِالْعُرْفِ وَ أَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» و صرفنا أو تصرفنا فى كريمه قوله عز شأنه ﴿فَوَلِّكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةً يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ بقوله تعالى «إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ».

و ليس بت هذه النفثه من القصد فى شىء و انما استطردها بيان دواعى

الحرمان من فوائد النقد، وأسباب انصراف الهمم والعزائم عن هذه المغنم وان أحد تلك الأسباب اليوم هي الظروف القاهرة، والمعارك الدائرة في أمم الغرب التي أصبحت تخرب بيوتها بأيديها وعادت مدنيته و ثقافتها وبالأعلى العالم وعليها، ولو انطباع أهل العلم على سجيته الأولى ونفسيات أرباب الفضيله وعلماء الحقوق على رسلها السابق ونهجها القويم قبل هذه الأوضاع العالميه لما أهملت مهمه النقد الصحيح، مع غزاره فوائدها وعظيم منافعها والحقيقه- كما يقولون- نبت البحث واضرب الرأي بالرأى يبدو لك وجه الصواب، و تمام عقلك مع أخيك والعصمه والكمال لله وحده.

و حقاً- إن زينه الكتاب وحيلته نقده وتمحيصه، بل هو كماله وجماله، و تمامه ان يبدو عوزه ونقصه ويستقصى فليه وفحصه، سيما في مثل مؤلفنا هذا الذي كتبناه على جرى القلم، و عفو الخاطر، من دون تجديد نظر أو نتیجه مباحثه أو مدارسه، بيد انه صدر في مثل هذه الظروف المزعجه، و الصروف المحرجه، و أنواع المحن والأرزاء التي تلبد الأذهان، و تطبع الإنسان بطابع الذهول والنسيان، و بعض هذا ما يكفى للغفله والسهو، و عروض الخطاء والهفوات فكيف بما هو أعظم وأفظع؟ ولما نظرنا فيه بعد طبعه ونشره وجدنا فيه ما يجدر التنبيه عليه فأحببنا هنا الإشارة الى بعض ذلك على سبيل الحديث المستطرف والقول المستطرف، و نترك الباقي لأهل الفضل إذا نشطت عزائمهم، و حفزتهم عبقريتهم.

فمن ذلك في (الجزء الأول) ص ٣٠ ماده [٣٤] ما حرم أخذه حرم

إعطاؤه و قد حملنا القاعده هناك على أخذ المال المحرم فان التصرفات فيه تكون محرمة فيحرم إعطاؤه لأنه تصرف فيه و هذا الوجه و ان كان صحيحاً في ذاته و لكنه ليس هو المقصود من القاعده قطعاً بل القصد غيره أو ما هو أوسع منه نظراً، و أبعد أثراً.

و الذى يليق ان تحمل عليه من المعنى المفيد فائده جديده- هو ان الذى يحرم أخذه كالربا مثلاً أو الرشوه أو القمار و إضراب ذلك كما يحرم أخذه يحرم أعطوه- فكما يحرم عليك ان تأخذ الرشوه يحرم عليك ان تعطيتها للمرتشى و كما يحرم عليك ان تأخذ الربا يحرم عليك ان تستدين أو تبيع و تعطى الربا- يحرم عليك تبع وزنه حنطه بوزنه و نصف فتأخذ زياده نصف و انه كما يحرم عليك هذا يحرم ان تشتري كذلك فتعطى نصف وزنه زياده و تكون هذه القاعده قريبه الأفق من معنى أختها التاليه لها (ما حرم فعله حرم طلبه).

يعنى كما يحرم عليك فعل الربا و الرشوه يحرم عليك ان تطلبه من غيرك و كما يحرم عليك شرب الخمر يحرم عليك ان تطلبه من غيرك و هكذا فى كل حرام الا ما استثنى كما سبق.

و من ذلك إهمال جمله من القواعد المهمه.

مثل قاعده الميسور و قاعده الحر لا يضمن و لا يدخل تحت اليد، و قاعده (إذا اجتمع الحرام و الحلال غلب الحرام- التى و بما ترجع إلى قاعده درء المفسد اولى من جلب المنافع.

و قاعده (الدفء أهون من الرفع) و الفرض أفضل من النفل، و ما

كان أكثر فعلاً، فهو أكثر فضلاً.

الى كثير من أمثالها و لكن يدفع النقد فى إهمالها ان جمله منها تختص بالعبادات.

و بعضها قليل الجدوى نادر المثال.

و من موارد النقد أيضاً ان بعض المباحث المهمه جاء البيان فيها ناقصاً مبتوراً و كان من حقه البسط و الإحاطه بالموضوع من جميع أطرافه و عموم اقسامه.

(مثل قاعده التلف قبل القبض) فى الجزء الأول صفحه (٦٩) و حق تحريره ان يقال ان زوال المبيع أو الثمن بحيث يمتنع قبضه حقيقه أو حكماً لا يخلو اما ان يكون من جهه التلف أو الإتلاف، و على الأول، فقد اتفقوا على ان تلف المبيع من البائع و تلف الثمن قبل إقباضه للبائع من المشتري، و النبوى المشهور «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و إن كان وارداً فى المبيع فقط و لكن الأصحاب اتفقوا ظاهراً على إلحاق الثمن به فى الحكم و ربما يظهر هذا من روايه عقبه بن خالد عن أبى عبد الله الصادق سلام الله عليه فى رجل اشترى من رجل متاعاً و أوجه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته. فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله.

فان قوله «عليه السلام» حتى يرد اليه ماله ظاهر فى الثمن و انه فى ضمان

المبتاع أى المشتري حتى يوصله إلى البائع.

هذا فى تلف الجميع اما تلف البعض ثمنا أو مئنا فان كان المبيع حسب اعتبار العقلاء ذو أجزاء يتقسط عليها الثمن انفسخ فى التالف بنسبته من الثمن و صح فى الباقي و ان كان بنظر العرف مما لا يتقسط الثمن عليها بان يكون ذلك الجزء التالف كالأوصاف التى لا تقابل بالاعراض فهو موجب لخيار المشتري بين الرد و الإمساك بمجموع الثمن و يحتمل تخييره بين الرد و بين الإمساك بالأرش و يكون كالعيب الحادث قبل العقد و ليس ببعيد هذا فى التلف قبل القبض اما التلف بعده فى زمن الخيار فقد تقدم البحث فيه مفصلاً.

هذا كله فى التلف السماوى اعنى القهرى [أما الإتلاف] فإن كان المتلف هو المشتري فلا ينبغى الإشكال فى انه كالقبض و مسقط لضمان البائع و يجب عليه دفع الثمن اليه قطعاً و هذا مع علمه واضح اما مع جهله فان كان مغوراً من البائع كما لو كان طعاماً و قدمه إليه بصوره الإكرام فأكله و ظهر انه هو الذى ابتاعه منه فلا ينبغى الإشكال فى انه كالتلف السماوى مضمون على البائع على خلاف فيه و ان لم يكن مغوراً كما لو اكله جهلاً منه من دون ان يقدمه البائع إليه فالقضيه مشكله و الحكم بأنه من ماله و انه قبض مشكل و جعل الضمان على البائع أشكل.

و دعوى انصراف النص فى القبض الى غير هذا القبض فيكون من التلف قبل القبض فضمانه على البائع - عهدتها على مدعيها و هى قابله للمنع.

و ان كان المتلف البائع فالمسئله ذات وجوه متعارضه بل و متكافئه

فاما الحكم بالانفساخ و يكون الضمان على البائع تنزيهاً للإتلاف منزله التلف و ان مرجعهما الى تعذر الإقباض و هو ملاك الحكم سواء كان من حيوان أو إنسان بحادثه سماويه أو ارضيه، و اما الحكم بإبقاء العقد و تضمين البائع المثل أو قيمه لأن الحكم بالانفساخ على خلاف القاعده فيقتصر على مورده المتيقن و هو التلف لا- الإتلاف و يكون من باب إتلاف مال الغير الموجب للضمان بالمثل أو قيمه.

و اما الحكم بتخيير المشتري فى باب إتلاف البائع المبيع أو البائع فى إتلاف المشتري الثمن بين إمضاء العقد فيطالب بالقيمه أو فسحه فيأخذ الثمن لو أتلّف المبيع أو المبيع لو أتلّف الثمن.

و مدرك هذا التخيير اما ان تحقق سبب الانفساخ مع سبب الضمان يقتضى التخيير بينهما بعد عدم إمكان الجمع و اما لان التلف إذا خرج عن قاعده التلف قبل القبض صار المبيع متعذر التسليم فيثبت الخيار اما للمشتري فى تلف المبيع أو للبائع مع العكس و هو معنى التخيير بين الفسخ و استرداد ما دفع أو المضاء و المطالبه بالمثل أو قيمه و هذا هو الأوفق بالقواعد، و تجرى الوجوه الثلاثه فى إتلاف الأجنبي - هذا هو التحرير الوافى لهذه المسأله على اختصاره، و هكذا يجب ان تحرر المسائل و يكفى هذا المقدار من الملاحظه على الجزء الأول على سبيل النموذج و العنوان.

اما الجزء الثانى فقد تركنا إبداء الملاحظات فيه الى من ينشط له من أهل هذا الفن الشريف فن الفقه و علم الحقوق.

و منه نستمد التوفيق للجميع و ان يسهل لنا متابعه التأليف و النشر الى خاتمه هذا الكتاب إن شاء الله و لا شك انه يحتاج الى
عده أجزاء اخرى فعسى ان يفسح الله عز شأنه فى العمر إلى إكمالها بلطفه و عناياته انه الكريم المنان و به المستعان

ص: ٣

بِسْمِ اللَّهِ وَ لَهُ الْحَمْدُ وَ الْمَجْدُ

الكتاب السادس في الأمانات

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فى بيان «الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالأمانات»**الأمانات:**

«تمهيد مفيد» اعلم ان كل إنسان وقع فى يده مال غيره فاما ان يكون استيلاؤه عليه بإذن المالك، أو بإذن الشارع، أو بدون اذن واحد منهما، و الأول اما ان يكون لمصلحه المالك فقط أو لمصلحه القابض أو لمصلحتهما، و من الأول الامانه بالمعنى الأخص و هى الوديعة التى هى القيام بحفظ مال الغير باذنه بغير جعل و لا فائده، و من الثانى العاريه التى هى إباحه للانتفاع أو تمليك للمنفعه بغير عوض، و من الثالث الإجاره فإنها لمنفعه المالك من حيث أخذ الأجره و لمنفعه المستأجر من حيث استيفاء المنفعه و كل هذه تعد من الأمانات و لكن بالمعنى الخاص و هى أعم من

الوديعة التي هي أمانه بالمعنى الأخص، و كلها أيضا أمانات مالكيه لأنها اجمع بإذن المالك، اما القسم الثاني و هو ما كان بإذن الشارع فقط فمنه اللقطه و مجهول المالك كالذئ أطارته الريح الى دار إنسان و ما دخل الى ملك الغير من طائر أو حيوان و ما أشبه ذلك، و كل هذه الأنواع تعد أيضا من الأمانات و لكنها بالمعنى الأعم و هي أمانات شرعيه.

و جميع الأمانات تشترك في حكم و ينفك بعضها عن بعض في حكم دون آخر، و الحكم العام المشترك بين جميع الأمانات أمران- عدم الضمان إلا بالتعدى و التفريط. و وجوب الرد الى المالك- و تفرق الشرعيه عن المالكيه بوجوب طلب المالك و المبادرة إلى رد ماله اليه و لو من غير طلب منه بخلاف المالكيه فان الواجب دفع ماله اليه عند طلبه و لا يجب أن يتطلبه كما في الأولى.

و هناك أحكام اخرى يمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذكر في مواضعها، أما القسم الثالث و هو الاستيلاء على مال الغير من دون اذن المالك و لا الشارع فأظهر افراده المال المغصوب بجميع أنواعه و أسبابه من سرقة أو نهب أو خيانه أو تدليس أو نظائر ذلك، و يمتاز هذا عن القسمين السابقين بأنه مضمون مطلقاً حتى مع التلف بغير تعد و لا تفريط، و يقابله الأمانه بالمعنى الأعم الشامله للاستيلاء على مال الغير بإذنه أو بإذن الشارع.

و حيث عرفت أنواع الأمانات يتضح لك أن (المجله) ذكرت من أنواع الأمانات هنا خصوص الأمانه بالمعنى الأخص و هو الوديعة و العاريه

أعنى ما كان لمصلحة المالك فقط أو لمصلحة القابض فقط و ما عدا ذلك من الأنواع فهي المذكوره فى خلال أبواب المعاملات بالمعنى الأعم و عبرت عن الامانه كما فى ماده (٧٦٢) بأنها هى الشىء الذى يوجد عند من يتخذ أميناً، و هذا التعريف لا يخلو من فكاهه فإن الذى يتخذ أميناً عنده أشياء كثيره فهل كلها امانه؟ و يهون هذا بناء هذه التعاريف على التساهل، و التعريف القريب للأمانه بالمعنى الخاص هو انها المال الذى صار فى يد غير مالكة، بإذنه أو اذن الشارع، و الأمانه بالمعنى الأخص - اى الوديعه - هو المال الذى دفعه مالكة لغيره لينوب عنه فى حفظه، و المعروف فى تعريفها عندنا استنابه فى الحفظ و إليها أشارت (المجله) بقولها: سواء كان امانه بعقد الاستحفاظ كالوديعه!! و الاستحفاظ تاره يكون تمام المقصود من العقد كما فى الوديعه. و اخرى يكون لائم العقد و المقصود بالعقد أصاله غيره كالإجاره و العاربه و غيرهما. فالاستحفاظ ملحوظ فى الجميع اما أصاله أو تبعاً و باللائم. فان كان المراد من الاستحفاظ ما هو من النوع الأول فلا وجه لكاف التشبيه فان العقد الذى لا يقصد منه الا الاستحفاظ ليس إلا الوديعه و ان كان ما يعمه و النوع الثانى لم يتجه قولها: أو كان امانه ضمن عقد كالمأجور و المستعار، بل حقه أن تقول: كالوديعه و كالمأجور و المستعار أو دخل بطريق الأمانه بيد شخص بدون عقد و لا قصد كما لو القت الريح فى دار أحد مال جاره فحيث كان بدون عقد لا يكون وديعه بل أمانه فقط.

و بهذا ظهر ان الوديعة أخص و الأمانة أعم فإن المأجور و المستعار و الذى ألقته الريح كلها أمانة لا وديعه، غايته أن الأولين أمانة مالكيه و الأخير أمانة شرعيه، و منه ظهر مادته (٧٦٣)

الوديعة:

هى المال الذى يوضع عند شخص لأجل الحفظ، و لا حازه بعدها الى توضيح الواضح فى مادته (٧٦٤) الإيداع هو احواله المالك محافظه ماله لآخر و يسمى المستحفظ مودعا- بكسر الدال- و الذى يقبل الوديعة وديعا و مستودعا- بفتح الدال- و باصطلاح فقهاءنا وديعا.

(ماده ٧٦٥)

العاريه:

هى المال الذى تملكته منفعتة لآخر مجاناً اى بلا بدل- و يسمى معاراً و مستعاراً.

تباعدت حقيقه العاريه على أكثر الفقهاء كما ضاع عليهم حقائق أكثر العقود فقال بعضهم: انها تمليك المنفعه مجاناً، و قال آخرون: انها إباحه المنفعه و إباحه الانتفاع (و الفرق بينهما نادر) و الحقيقه انها لا هذا و لا ذاك و انما هى: سلطنه خاصه على العين للانتفاع بها، كما ان الإجاره كذلك، و الفرق بينهما: ان العاريه تسليط على العين بلا عوض، و الإجاره تسليط بعوض، و كلاهما تسليط على العين للانتفاع و لازم هذا إباحه المنفعه أو إباحه الانتفاع، و كأن القوم عبروا عن هذا العقد يلازمه كما هو عادتهم فى أغلب العقود بل و غيرها، اما احتمال كونها تمليك المنفعه ذاتاً أو لازماً فهو بعيد عن التحقيق جداً و الاستدلال عليه بان المستعير له ان يعير و لو كان لا الملكيه لما كان له ذلك- مدفوع بالإعارة الثانيه ان كانت بإذن المعير الأول- أى المالك

صحت ولا- تدل على الملكية، و ان كانت بغير اذنه منعنا جوازها أو تقع باطله، بل و دفعها بغير اذن المالك الى المستعير الثانى حرام، فالحق ما ذكرنا من انه عقد أو إيقاع يفيد تسليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجاناً، و ليس للمستعير أن يتجاوز مقدار الاذن من المعير فلو تجاوز ضمن و فعل حراماً، و مع عدم التجاوز هى أمانه بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدى و التقصير كما فى ماده (٧٦٨) الأمانه لا تكن مضمونه يعنى إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين و لا تقصير منه لا يلزمه الضمان!! و بعد ان ذكرت (المجله) أشهر احكام الامانه و هو عدم الضمان أخذت فى ذكر بعض مصاديقها و مواردھا فى ماده (٧٦٩) إذا وجد رجل فى الطريق أو فى محل آخر شيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب، و على هذا إذا هلك المال أو ضاع و لو بلا صنع أو تقصير منه يصير ضامناً!! كأنها تشير الى ان من استولى على مال الغير بغير اذنه ان أزال يده الحقه فهو غضب و ان لم يزل يده بل وصل اليه بغير القهر من الأسباب فهو بحكم الغصب و من هذا النوع من وجد مالا فى الطريق- أى اللقطه- فأخذه بنيه التملك فإنه و ان لم يكن غضباً أى الأخذ قهراً و لكن تترتب عليه احكام الغصب من الحرمة و الضمان مع التلف و لو بغير تعد و لا تقصير، و وجوب الرد مع عدمه، و أما لو أخذه على أن يرد له لملكه فان كان معلوماً كان فى يده امانه و يلزم تسليمه الى مالكة، و ان لم يكن معلوماً فهو لقطه و هو فى يد ملقطه أمانه.

و هذا البيان غير مستوعب لأقسام العنوان.

و «تحرير البحث» ان ما يقع بيد الإنسان من مال الغير بغير اذنه ان أخذه قهراً أو اختلاساً فهو الغصب، و ان أخذه بغير ذلك و بغير قصد رده الى مالكه فهو بحكم الغصب تترتب عليه جميع أحكامه وضعيه و تكليفيه، و ان أخذه بقصد رده إليه فإن كان مالكه معلوماً و جب المبادره الى رده اليه و هو في ذلك الحال امانه لا ضمان فيه الا بالتعدى و لو توانى خرج عن الامانه و صار ضامناً مطلقاً، و ان لم يكن معلوماً فان كان قد وجده في الطريق أو في الصحراء أو غيرهما من المواضع العامه فهو اللقطه و تجرى عليه أحكامها، و ان وجده في داره أو خزائنه أو دكانه و نحو ذلك من المواضع الخاصه به و لا- يعرف صاحبه كان من مجهول المالك و تجرى عليه احكامه، و قصارى اللقطه و المجهول المالك ان مرجعهما أخيراً لحاكم الشرع.

و حيث ان اللقطه من مهمات مباحث الفقه، و هي عامه البلوى، و لم تستوف (المجله) أحكامها مع انها من صلب الأمانات، فاللازم ان نوفيها حقها و قد تبين لك موضوعها في المجله و تفصيله: انه عباره عما يؤخذ من المواضع العامه من مال أو غيره من غير علم صاحبه به و لا- اذنه و هو إما حيوان أو جماد و الحيوان اما إنسان أو غير إنسان، فالإنسان هو اللقيط و قد عرفوه بأنه إنسان ضائع لا كافل له و لا يستقل بنفسه و يشتمل المنبوذ و الضائع، و الحر و العبد، فالحر يرد إلى اهله، و العبد الى مالكه، و أخذه مستحب فان خيف عليه التلف و جب و إذا أخذه

الملتقط وجب عليه حضائته بالمعروف و ينفق عليه من بيت المال، و ان لم يكن فمن الزكاه، و الا استعان بالمسلمين، و إلا أنفق عليه و رجع به عليه بعد بلوغه، أو على اهله ان وجدهم، و هو مسلم إذا التقط في بلاد المسلمين أو في بلاد الكفر و فيها مسلم يحتمل كونه منه، و ولاؤه للإمام لا- للملتقط، و لو اختلف هو و اللقيط بعد بلوغه أو أهله في أصل الإنفاق أو قدره يقدم قول الملتقط فيما يوافق المعروف و هذا من موارد تقديم الظاهر على الأصل و هو ظاهر، و لو التقطه اثنان و تشاحا أقرع بينهما و يشترط في الملتقط البلوغ و العقل بل و الرشيد على الأحوط، و كونه حراً و إسلامه ان كان اللقيط مسلماً، بل و عدالته على الأحوط. فلو فقد أحد هذه لم يكن لالتقاطه اثر. و جاز للغير ان يأخذه منه. هذا كله في اللقيط- أى الإنسان الملقوط-. اما لقطه الحيوان و تعرف بالضال و هى الدابه التى لا يعرف مالکها. فقد وردت أخبار تشعر بحرمه التقاطها و هى محموله على الكراهه جمعاً بينهما و بين ما دل على الجواز و ترتفع الكراهه بخوف التلف عليها و ان كان صحيحاً فى ماء و كلاء فى غير مسبعه فالأولى تركه لامتناعه و لو أخذها فتلفت قيل يضمن و هو مسلم ان أخذها بنيه التملك أو مع التفريط و الا فلا. و لو ترك من جهد فى غير ماء أو كلاء كان أخذه مباحاً. فإن أنفق عليها الملتقط حتى أصلحها كانت له و ليس لمالكها لقول أمير المؤمنين سلام الله عليه ان تركها فى غير ماء و لا- كلاء فهى للذى أحياها و أوضح منها صحيحه ابن سنان و غيرها و العمل بها وفاقا لجمهور الأصحاب متعين و ان كانت على خلاف

القاعده، و لعل الشارع جعل الاعراض هنا بالخصوص مزيلا للملكيه السابقه رفقا بالحيوان و يكون من المباحات فيملكه الملتقط بالحيازه، أما الشاه في الفلاه التي لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز أخذها بنيه التملك كما في الخبر المشهور «هي لك أو لأخيك أو للذئب» إنما الكلام في الضمان لو ظهر صاحبها كما يدل عليه بعض الاخبار أو عدمه كما هو ظاهر إطلاق «هي لك ..» في الخبر المشهور مضافا الى الأصل و الأول أحوط ان لم يكن أقوى، و لو دفعها لحاكم الشرع برئ من الضمان قطعاً، و هل يتوقف تملكها على تعريفها سنه أو أقل أو لا لإطلاق الخبر المتقدم و لعله الأقوى؟ و كذا حكم كل ما لا يمتنع من السباع بعد و أو طيران حتى مثل الدواجن كالدجاج و نحوه، و لو وجدت الشاه في العمران حبسها ثلاثه أيام فان لم يجد صاحبها باعها و تصدق بئها، فان ظهر مالکها و لم يمض غرم له القيمه و ليس له تملكها بل اما ان يبقيا امانه لمالكها و ينفق عليها و يقاص من لبنها و صوفها أو يبقيا و يبقى الثمن أمانه أو يتصدق به و لو دفعها أو قيمتها الى الحاكم سلم من ذلك كله.

هذا موجز الكلام في لفظه الحيوان إنسان و غير إنسان، أما لقطه المال الصامت فقد وردت جملة أخبار ظاهره في حرمة التقاط المال في الحرم مطلقا ففي روايه عن الكاظم سلام الله عليه «لقطه الحرم لا- تمس بيد و لا- رجل، و لو ان الناس تركوها لجاء صاحبها و أخذها» و لكن المشهور الكراهه، و موضع البحث قصد التملك، إما أخذها لحفظها أو ردها الى صاحبها فالظاهر الاتفاق على جوازه و هو امانه لا تضمن حينئذ إلا

بالتفريط، ثم إذا أخذه بهذا القصد عرف به سنه فان لم يظهر تصدق به عن صاحبه و يضمن له لو ظهر بعد ذلك، و القاعده تقتضى عدم الضمان لأنه أمانه شرعيه و قد أنفقها بإذن الشارع، و لو دفعها للحاكم فلا شىء عليه و ما ذكرناه يطرد فى القليل و الكثير، أما لقطه غير الحرم فيحل منه ما كان دون الدرهم من غير تعريف، و لو ظهر مالكة و عينه باقيه أخذها قطعاً فهي ملكيه مراعاة، اما لو كانت تالفه ففي الضمان وجهان بل قولان أقواهما العدم لإذن الشارع بذلك التصرف و هو كإذن المالك أو أقوى أما الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولاً فلان لم يظهر صاحبه تخير بين ان يملكه مع الضمان لو ظهر و بين الصدقه به على مستحق الزكاه عن صاحبه و فى الضمان الوجهان السابقان و عدم الضمان هنا أقوى، و بين إبقائه أمانه لمالكه فلا يضمن الا مع التفريط، و الدفع الى الحاكم الشرعى أصح و أسلم، و الحكم العام فى لقطه المال من الدرهم فما زاد هو التعريف حولاً فيما يمكن فيه التعريف، اما ما لا- يمكن كالدراهم و الدنانير الغير المصروره و لا- فى محفظه فقد يقال بسقوط تعريفها، و جواز تملكها بمجرد التقاطها و هو مشكل، و لو تحقق هذا الفرض فى بعض الأموال كان من مجهول المالك و يجرى عليه حكمه و لا يجوز تملكه بوجه مطلق كما انه لو وجد فى المواقع العامه كالحمام أو المساجد و المعابد بدل ثيابه أو حذائه أو كتابه فإن علم انها لآخذ كتابه كانت من مجهول المالك لا- اللقطه، و ان لم يعلم أو علم العدم فهي لقطه، و ما لا يبقى أو يحتاج بقاؤه إلى علاج باعه أو قومه على نفسه و حفظ قيمته و الأحوط مراجعه الحاكم فى ذلك

لأنه الولي العام.

و أخذ اللقطه بوجه عام مكروه، و فى بعض الأخبار

«لا يأخذ الضالاه إلا الضالون»

و قد توجد خصوصيات مقاميه تخرج عن الكراهه بل قد تصير مستحبه أو واجبه، و ذكروا: ان الكراهه تتأكد فيما تكثر منفعتة و تقل قيمته كالعصا و النعل و الإداوه و أمثالها: كما تتأكد الكراهه فى الفاسق و المعسر و يصح التقط المال من كل من يصح منه التكسب حتى الصبى و المجنون و يتولى حفظهما و التعريف بها الولي. و يستحب الاشهاد بل قد يحب فى أخذها و ردها. مضافا الى الإعلان و الإنشاد فى الحول حسب المتعارف.

و حيث ان اللقطه - كما عرفت - امانه يجب ردها الى مالكةا الواقعى فلا يجوز دفعها الى مدعيها ما لم يثبت ملكه لها بالعلم أو ما يقوم مقامه شرعاً من الشاهدين العدلين. أو الشاهد و اليمين و لا يكفى إعطاء أوصافها و ان كان خفيه الا مع حصول الاطمئنان بصدقه المتأخم للعلم. و إذا دفعها بالأوصاف و قدم غيره اليه انها له انتزعت من الاولى و دفعت لذى اليه و ان كانت تالفه تخير فى الرجوع على الدافع أو المتلف فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى لأن قرار الضمان عليه. و لذا لو رجع عليه رأسا لم يرجع على الأول.

و من وجد مالا فى فلاه من الأرض أو مدفونا فى أرض ليس لها مالك و لم يكن عليه أثر الإسلام ملكه الواجد و ان كان فى

أراضى الإسلام، و ان وجد عليه أثر الإسلام كان لقطه يجب تعريفها و لو كان للأرض مالك عرفه فان ادعاه دفع له و الا فلو أجده مع انتفاء أثر الإسلام و الا فهو لقطه و مثله ما يوجد فى جوف الدابه أو السمكه ان كانت أهليه أما الوحشيه و التى أخذت من المياهم العامه جديداً لا- يراجع بها المالك فان كان عليه أثر الإسلام فلقطه و الا فلو أجده، و من وجد مالاً فى صندوقه أو دكانه أو داره فان كان له شريك فيه عرفه فان ادعاه أخذه بلا بينه و لا يمين، لانه مدع بلا معارض، و ان نفاه فهو لقطه لواجده، و ان لم يكن له شريك فقد ذكروا. انه يكون لمالك الدكان و الدار و نحوهما لانه من توابع ملكه و لم يجعلوه لقطه و هو محل نظر فليتأمل.

□

هذا موجز البحث فى اللقطه موضوعاً و حكماً، و فيه على اختصاره غنى و كفايه و سيأتى لهذا البحث تتمه إن شاء الله تعالى.

و (المجله) بمناسبه بحث الامانه استطردت الى ذكر اللقطه استطراداً خفيفاً، فلم توف حق الامانه، و لم تميز بين الامانه الشرعيه و الامانه المالكيه، كما انها لم تستوف رءوس مباحث اللقطه فضلاً عن دير لها و توابعها، و لم تخصص لها سوى ماده واحده، و هى:

(ماده: ٧٧٠) يلزم الملتقط ان يعلن أنه وجد لقطه و يحفظ المال فى يده أمانه

الى أن يوجد صاحبه و إذا ظهر أحد و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها.

و فى هذا أيضاً من التسامح أو الخلل ما لا يخفى، إذ ليس اللازم

إعلان انه وجد لقطه، بل اللازم طلب من ضاع له مال، و هو المعبر عنه بالإنشاد أى طلب صاحب المال و نشدانه فى الجوامع و المحافل و الأنديه العامه و نحوها، و يقول مثلاً- نداء أو كتابه:- انه من ضاعت له دراهم فليراجع المحل الفلانى. و نحو ذلك، و لا- يبعد ان اجره المنادى و الناشد و ما يتصل بذلك على صاحب المال لا على الملتقط لانه محسن و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ثم يبقى المال بيده أمانه إلى نهايه الحول أو حتى يحصل اليأس و لو قبل الحول، و النهايه هو الحول- و بعده التفاصيل السابقه، و اليه أشارت بقولها: و يحفظ المال بيده أمانه الى ان يوجد صاحبه، و إذا حضر و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها!!.

و «تحرير البحث» فى موجبات تسليم اللقطه انه يجب بأمر.

أحدها:- و أقواها حكم الحاكم و ثبوت ذلك عنده، فإذا سلمها بحكم الحاكم خرج من العهده و لم يبق عليه شىء حتى لو ظهر خطأ الحاكم أو فساد حكمه.

ثانيها:- قيام البينه عند الملتقط نفسه فإنه يجب عليه تسليمها بشهاده العدلين أو العدل الواحد مع اليمين، و يخرج بذلك من كل تبعه.

ثالثها:- إقرار الملتقط بأنها للمدعى فإذا أقر و جب تسليمها للمقر له و لكن لا يخرج من العهده و لو اقام آخر البينه انها له انتزعت من المقر له و دفعت لصاحب البينه و ان كانت تالفه رجوع على أى منهما يشاء

و لا يرجع المقر على المقر له لو أخذت قيمتها منه حسب إقراره كما لا يرجع أيضاً الثاني على الأول لو أخذت منه.

رابعها-: بيان الأوصاف الخفيه الموجهه للاطمئنان كما تقدم قريباً و لكن لا يخرج بها عن العهده و حالها حال الإقرار.

□
و ذكر شيخنا الشهيد- أعلى الله مقامه- في «اللمعه» ما نصه:-

و لا تدفع إلا بالبينه لا بالأوصاف و ان خفيت، نعم يجوز الدفع بها هـ.

و قد يشكل بان الدفع إذا جاز و جب فإن الأوصاف اما ان تكون اماره و حجه كالبينه فيجب الدفع و الا فلا يجوز، و يمكن دفع هذا بأن البينه حجه شرعيه قاطعه يجب العمل بها بخلاف الاعتماد على الأوصاف فإنها لا تفيد سوى الظن، و أقصاه جواز العمل به ما لم ينكشف الواقع و يظهر الخلاف، فليتأمل.

(ماده: ٧٧١) إذا هلك مال شخص في يد آخر

فان كان أخذه إياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال، و ان كان أخذ ذلك المال بإذن صاحبه لا يضمن لأنه امانه في يده إلا إذا كان أخذه على سوم الشراء و سمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان، مثلاً إذا أخذ شخص إناء «بلور» من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته، و أما إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر و انكسر فلا يلزمه الضمان، و لو وقع ذلك الإناء على آنيه أخرى فانكسرت تلك الآنيه أيضاً لزمه ضمانها فقط، و أما الإناء الأول فلا

يلزمه ضمانه لأنه امانه في يده، و أما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الأناه؟ فقال له: بكذا قرشا خذه، فأخذه بيده فوقع على الأرض فانكسر ضمن ثمنه، و كذا لو وقع كأس (الفقاعى) من يد أحد فانكسر و هو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانه من قبيل العاريه، و أما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان.

خرج من قضايا اللقطه إلى أصل باب الأمانات، و بهذا تريد (المجله) إعطاء الضابطه الكليه، و القاعده الأصلية لضمان اليد، و تحرير ذلك ان يقال: ان تلف مال إنسان بيد غيره لا يخلو اما ان يكون حصوله بيده كان بإذن المالك أو بإذن الشارع أو بدون إذن واحد منهما، و على الثانى فهو ضامن مطلقا سواء كان بالتعدى أو بدونه، و الأول اما ان يكون الإذن اذن معاوضه أو إذنا مجردا، و الثانى لا يوجب الضمان الا مع التعدى، و الأول يقتضى الضمان مطلقا بالمثل أو القيمه بقاعده (ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده) فتحصل ان الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثه أنواع.

(الأول) ما خلى عن الاذن مطلقا، و يدخل فيه الغصب و السرقة و الجحود و التعدى عن الامانه و الغش و التدليس و أشباه ذلك، و هو كثير و حكمه الضمان مطلقا، و منه المال المقبوض اشتباها كما لو دفع القصار ثوب زيد لغيره فتلف في يده، و لزيد حق الرجوع به على القصار حينئذ إلا مع الغرور، و كذا لو تخيل ان مال زيد ماله فأخذه فتلف في يده فإنه ضامن له بقاعده اليد.

(الثانى) ما كان عن اذن و لكن اذن معاوضه و هى أما على العين باعتبار ذاتها أو عليها باعتبار بعض شئونها، و من هذا النوع الإجاره و المزرعه و المساقاه و أضرابها، و هذه تلحق بالأمانات و لا ضمان فيها الا مع التعدى و التفريط، و من الأول المقبوض بالعقد الفاسد، و المقبوض بالسوم، و هو ضمانى مطلقا للقاعده المتقدمه (ما يضمن بصحيحه ..)

(الثالث) ما كان عن اذن مجرد عن كل معاوضه و هو باب الأمانات بجميع أنواعها شرعيه أو مالكيه، و من أظهر أنواع الثانى الوديعة و العاريه، و من أظهر أنواع الأول اللقطه و مجهول المالك و باب الحسبه كقبض عدول المؤمنين للوقف الذى لا متولى له و مال اليتيم الذى لا قيم له، و الغائب الذى لا وكيل له، حيث لا يوجد الولى العام و هو الحاكم أو الى زمن إمكان مراجعته و لا ضمان فى الجميع الا مع التعدى و التفريط.

هذا تمام أنواع الاستيلاء على مال الغير و أحكامها و منه تعرف عدم استيفاء (المجله) لأنواع هذا البحث كما يتضح بما ذكرناه من الأمثله المدرجه فى هذه ماده بقولها مثلا- إذا أخذ شخص إناء بلور إلخ ..

(ماده: ٧٧٢) الاذن دلالة كالاذن صراحه،

و اما إذا وجد النهى صراحه فلا عبره بالإذن دلالة مثلا- إذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد إناء معدا للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب به فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب به فوقع من يده و هو يشرب فلا ضمان عليه و اما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه ليشرب به فوقع من

يده و انكسر فيضمن قيمته.

و ملاك كل ذلك القواعد المقرره فى الاستعمال، و أصول الفهم و التفاهم منها قاعده تقديم النص على الظاهر و الأظهر على الظاهر.

«الباب الثاني» في الوديعه**اشاره**

و يشتمل على فصلين

الفصل الأول في «بيان المسائل المتعلقة بعقد الإيداع و شروطه»

«، الوديعه كما عرفت هي الأمانه الخاصه و أحسن تعريف لها انها استنابه في الحفظ و حيث انها تتقوم بطرفين و لا يتحقق أثرها بطرف واحد لذلك كانت من العقود المتوقفه على إيجاب و قبول كما في ماده «٧٧٣» ينعقد الإيداع بالإيجاب و القبول صراحه أو دلالة، و لا إشكال في انعقاده بالقول الصريح مثل: أودعتك، أو: احفظها عنى و يقول الآخر: قبلت، و باللازم اجعلها عندك أو صيرها مع أموالك و أمثال ذلك مما ذكرته «المجله» مثلاً- إذا قال صاحب الوديعه أودعتك هذا الشىء أو جعلته امانه عندك، فقال المستودع: قبلت انعقد الإيداع صراحه، و كذا لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان: اين أربط دابتي، فأراه محلاً فربط الدابه فيه انعقد الإيداع دلالة، و كذلك إذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان

و سكت ثم ترك الرجل ذلك المال و انصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعه، و أما لو رد صاحب الدكان الإيداع بأن قال لا اقبل فلا ينعقد الإيداع حينئذ، و كذا إذا وضع رجل ماله عند جماعه على سبيل الوديعة و انصرف و هم يرونه و بقوا ساكتين صار ذلك المال وديعه عند جميعهم فإذا قاموا واحدا بعد واحد و انصرفوا من ذلك المحل فيما انه يتعين حينئذ على من بقى منهم أخيرا يصير المال وديعه عند الأخير فقط كل ذلك حيث يكون السكوت دالا على الرضا و الالتزام فيكون وديعه معاطاته و يترتب عليها الحكم التكليفي و هو وجوب الحفظ و الوديعة العقديه و المعاطاته سواء في عدم اللزوم كما في ماده «٧٧٤» لكل من المودع و المستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء.

و إذا فسخ أحدهما وجب رد الوديعة ان طالب بها صاحبها كما هو حكم الأمانة المالكيه فإذا طلبها و لم يدفعها الودعي صار بحكم الغاصب و ضمنها مطلقا، و حيث عرفت انها عقد فيتعبّر فيها ما يعتبر في سائر العقود من كونها مقدوره التسليم من عاقلين بالغين أو مميزين كما نصت عليه ماده «٧٧٥» يشترط كون الوديعة قابله لوضع اليد عليها و صالحه للقبض فلا يصح إيداع الطير في الهواء.

إلا إذا كان مما تعود على العود.

و ماده (٧٧٦) يشترط كون المودع و المستودع عاقلين مميزين و أما كونهما بالغين فليس بشرط فلا يصح إيداع المجنون و الصبي غير المميز

و لا قبولهما لهما الوديعه، و أما الصبي المأذون فيصح إيداعه و قبوله الوديعه.

فلو أودع الصبي أو المجنون و قبض الودعي كان غاصبا و يضمن مطلقا، اما الإيداع عند الصبي أو المجنون فان وجدها صاحبها أخذها و ان تلفت فلا ضمان أصلا لأنه هو الذى أسقط حرمة ماله، اما لو كان جاهلا بجنونه أو عدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقا و إذا مات أخذه من تركته.

«الفصل الثانى» (فى أحكام الوديعه و ضمانها)

(ماده: ٧٧٧) الوديعه امانه فى يد الوديع

بناء عليه إذا هلكت بلا تعد من المستودع و بدون صنعه و تقصيره فى الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه إذا كان الإيداع بأجره على حفظ الوديعه أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا- لو وقعت الساعه المودعه من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان، اما لو وطئت الساعه بالرجل أو وقع من اليد عليها شىء فانكسرت لزم الضمان.

لا- نعرف وجهها لهذا الاستثناء فان الامانه مطلقا يجب حفظها حسب الإمكان فإذا هلكت و كان يمكنه التحرز من هلاكها فهو مقصر في حفظها و يكون ضامنا سواء كان بأجره أو بغير أجره، و إذا هلكت و كان لا يمكنه التحرز فهو معذور و لا ضمان عليه، فأين موضع الاستثناء؟ ثم لا يخفى ان الوديعة و الأجره لا يجتمعان و هو أشبه بجمع الضدين أو النقيضين كقضية الهبه و العوض فإن الوديعة مأخوذ في حقيقتها اعتبار المجانيه كالهبه، اما إذا أخذت الأجره على الوديعة- اى على حفظها- فقد خرجت عن كونها وديعه و دخلت في باب الإجاره و جرى عليه أحكامها فتدبر و لا يشبه عليك الأمر، و العين المستأجره أيضا هي أمانه يجب التحرز عن هلاكها بكل ما يمكن فلو قصر في ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعة.

اما الأمثله التي ذكرتها (المجله) فهي تختلف حسب الظروف و الأحوال و الخصوصيات المقاميه، و ليس لها ضابطه كلييه، فقد يكون وقوع الساعه من يد المستودع في بعض الأحوال تقصيرا أو تفريطا يوجب الضمان و قد لا يكون كما ان وطئها بالرجل أو وقوع شىء من اليد فينكسر قد لا يكون تقصيرا و قد يكون.

كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخر و أعطاه أجره على حفظه فضاع بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم المستودع الضمان و في هذا المثال خلل من جهات أوضحها أن السرقة تختلف فقد تكون من تساهل المسروق و عدم أخذه بالاحتياط في التحفظ

فيكون تقصيرا موجبا للضمان، و قد تقع مع غايه التحفظ، فالإطلاق غير متجه كما انها فى المورد الذى تكون فيه موجه للضمان لا فرق بين إعطاء الأجره و عدمه.

و هكذا الكلام فى ماده (٧٧٨) إذا وقع من يد خادم المستودع شىء على الوديعه فتلفت لزم الخادم الضمان.

فان هذا الإطلاق ليس فى محله بل قد يكون تفريطا فيضمن و قد لا يكون.

(ماده: ٧٧٩) فعل ما لا يرضى به المودع فى حق الوديعه تعد من الفاعل.

شاع عند الفقهاء فى باب الأمانات استعمال لفظى التعدى و التفريط أو التقصير، و (المجله) كأنها تريد إعطاء الضابطه للتعدى و لكن الضابطه التى ذكرتها مع إجمالها ناقصه بتراء فان ما لا- يرضى به المودع ان صرح به فى العقد لزم على الودعى ان لا يتجاوزه فلو خالفه كان تعديا و الا لا يكون تعديا فيما لو كان الودعى لا يعلم ما يوافق رضا المالك و ما لا يوافق.

و (بالجمله) فهذه الضابطه قليله الفائده مع انها غير جامع.

و (و تحرير البحث) ان التعدى أفعال، و التفريط تروك فلبس الثوب و ركوب الدابه بغير الاذن أو بغير المتعارف تعدى، فلو تلفت فى ذلك الحال و لو تلفا سماويا كان ضامنا لخروجه عن الأمانه بالتعدى، و لكن إهمال حفظها و عدم وضعها فى مكان حريز تروك و هى

توجب الضمان، و اليه ترجع أكثر الأفعال فإن أخذ الوديعة معه في السفر أو لبس الثوب و أضرابه و ان كانت أفعالاً و لكن ترجع الى التقصير في الحفظ و ترك التحرز.

إذا فالضابطه الكليه، و القول الجامع، هو ان يقال: ان كلما يعد عرفاً إهمالاً، و تركاً للتحفظ و التحرز، فهو تعد و تفريط، و هو يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص، و أنواع الأمانات في الحفظ و الفيصل فيه العرف:

نعم لا اشكال ان شرط المودع لازم فلو تعداه كان تعدياً سواء كان إهمالاً بنظر العرف أم لا، و بعد هذا فلا حاجه بل لا فائده في تكثير الأمثله، و ان أخذ الامانه معه في السفر تعد أو تفريط، أو ليس كذلك؟ و كذا إذا وضع الدابه في الإصطبل و ترك الباب مفتوحاً و كذا إذا وضع الثوب أو الجواهر في الغرفه و لم يضعه في الصندوق أو الخزانة و هلم جرا.

نعم لا ريب في انه لو أنكر الوديعة خرج عن الامانه و ضمير مطلقاً، و لو رجع الى الاعتراف فهل ترجع صفه الامانه فلا يضمن لو تلفت بتلك الحال تلفاً سبباً أو لا- ترجع فيبقى الضمان على إطلاقه؟ المسأله في غايه الاشكال و الأول أقرب من حيث القواعد، و الثاني أحوط و الله اعلم.

اما لو كان الإنكار لمصلحه كدفع ظالم، أو رد تهمه، أو خوف سارق و ما أشبه ذلك، فهو عين الامانه.

«ماده: ٧٨٠» الوديعه يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.

اعلم ان الأصل الاولي، و القاعده الكليه، هي حرمه كل تصرف يتصرفه المستودع في الوديعه إلا مقدار ما نص عليه المودع و اذن فيه أو كان الإطلاق أو الانصراف يقتضيه، و معنى هذا ان كل تصرف يشك المستودع في حليته فهو حرام، و لو فعله مع الشك خرج عن الامانه، و صار ضامنا حتى مع عدم التعدى و التفريط، و عليه فالقدر المتيقن لحفظ بنفسه اما الحفظ بأمينه من عيال أو غيرهم فان كان من غير دفعها لهم بل كانت في حوزته - كما لو وضعها في صندوقه أو خزائنه - و أمرهم بالمحافظه عليها من غير دفع لهم و تسليم فلا ينبغى الإشكال في جوازه و لا ضمان عليه و لا عليهم لو تلفت من غير تفريط، اما تسليمها لهم بغير اذن صريح أو مع الشك في رضاه فغير جائز و لو كانوا أمناء و حينئذ فلو تلفت كانت مضمونه، و للمودع الرجوع على الودعي و على أمينه الذى تلفت عنده و هو يرجع على الودعي ان كان قد غره كما لو كان جاهلا، اما مع علمه فلا رجوع و يكون قرار الضمان عليه، اما لو رجع على الودعي فلا- رجوع له على أمينه مع جهله و الا- رجوع عليه، و من كل هذا يظهر لك الخلل في عبارته (المجله) بإطلاق قولها فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.

(ماده: ٧٨١) للمستودع ان يحفظ الوديعه في المحل الذى يحفظ فيه ماله.

تختلف مواضع حفظ الأموال، باختلاف أنواع الأموال، فموضع حفظ الدابه و هو الإصطبل - مثلا- غير محل حفظ الثياب و هو الصندوق أو الدولاب، و محل حفظ الدراهم و الجواهر و هو الحقيقه و صندوق الحديد غير محل حفظ الكتب و هو الخزانة، و هكذا فالواجب على الودعى أن يحفظ الوديعة فى المحل المتعارف لحفظها فلو تعدها ضمن، و المراد من المحل الذى يحفظ ماله هو هذا المعنى لا انه المحل الذى يحفظ ماله و ان لم يكن من المتعارف حفظها فيه فلو تسامح فى ثيابه فوضعها فى الغرفه و حقها ان تحفظ فى الخزانة كان ضامنا كما لا يجوز له ان يضع الوديعة أيضا فى الغرفه كما هو واضح، و لو كانت داره خربه أو قصيره الجدران فاللازم وضعها فى دار اخرى و هكذا سائر الجهات و الى ما ذكر تنظر ماده (٧٨٢) يلزم حفظ الوديعة فى حرز مثلها، بناء عليه وضع مثل النقود و الجواهرات فى إصطبل الدواب أو التبن تقصير فى الحفظ و بهذه الحال إذا ضاعت الوديعة أو هلكت لزم الضمان.

(ماده: ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعه متعددين

فان لم تكن الوديعة قابله للقسمه يحفظها أحدهم بإذن الباقيين أو يجعلونها مناوبه و بهاتين الصورتين إذا هلك الوديعة بلا تقصير فلا ضمان على أحدهم و ان كانت قابله للقسمه يقسمها المستودعون بينهم بالسويه و كل منهم يحفظ حصته منها، و بهذه الصوره ليس لأحدهم أن يسلم

حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع،

الميزان الصحيح هنا- هو ما أشرنا إليه من ان المدار على مقدار ما يستفاد من اذن المودع و رخصته لا على قضيه قابليه الوديعه للقسمه و عدم قابليتها فإنه مما لا اثر له فى المقام أصلاً، فإن ظهر من مقال أو حال انه يريد التوزيع أو الشركه على نحو المجموع أو الجميع البدلى أو الشمولى لزم ذلك و لا- يجوز التعدى، اما لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالإطلاق يقتضى وجوب تحرى الأصلح فى حفظها عليهم جميعاً، فان وجدوا القسمه أصلح قسموها مع الإمكان و الا فالمنابوه أو غيرها من الأساليب و لا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط و أقصى ما عليهم اليمين انهم قد تحروا الأصلح بقسمه أو غيرها، و مع تعيين القسمه من إطلاق أو تقييد فلو دفع أحدهم حصته للآخر و هلكت من غير تعد فهل يضمن أولاً؟ و على الأول فعلى من يكون الضمان على المسلم أو المستلم؟ أما أصل الضمان فلا ينبغى الإشكال فى لزومه و ان نسب الى بعض فقهاء المذاهب عدمه، و لعله فى غير صورته التقييد، و اما الضامن فقد جعلته (المجله) المسلم حيث قالت:

و إذا سلمها فهلكت فى يد المستودع الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه الضمان، بل يلزم الذى سلمه إياها ضمان حصته منها.

و يعلل ذلك بان المستلم أمين المسلم عند أبى حنيفه- و الأمين لا يضمن.

و لو صح هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معاً، فان المسلم أيضاً

أمين للمالك المودع، ولكنه لما خرج عن الأمانة بالمخالفة صارت يده و ما يتفرع عنها من الأيدي ضمانيه و المالك حينئذ- كما عرفت- مخير بين الرجوع على أى شاء منهما على قاعده توارد الأيادي أو الأيدي، أما رجوع أحدهما على الآخر فقد عرفت قريبا بيانه.

(ماده: ٧٨٤) الشرط الواقع فى عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو

الذى تقتضيه القواعد كما سبق قريبا ان كل شرط يشترطه المالك المودع و يقبله الودعى و هو مقدور فهو لازم سواء كان مفيدا أو غير مفيد لان العقد وقع على هذه الصفة فيلزم العمل به و ما عداه لا رخصه فيه و لا اذن من المالك فيكون حراما و ضامنا، و لكن القوم لما كان باب الاستحسان مفتوحا عندهم على مصراعيه و كثيرا آخذون بالاستحسان و يطرحون النص فما نحن فيه يوشك ان يكون من هذا القبيل، و هو اجتهاد فى مقابله النص، و على كل فالحق هو الضمان إذا تخطى مورد الشرط، الامع العجز عن العمل على حد ان (الضروريات تبيح المحظورات) نعم لو اشترط شرطا و تبين انه لو عمل الودعى به لا و جب تلف العين يمكن القول بلغويته و عدم وجوب اتباعه على تأمل أيضا، و لعل من هذا القبيل ما ذكرته (المجله) بقولها:

مثلا إذا كان قد شرط وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعة فى داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق فى داره لا يعتبر ذلك الشرط، و بهذه الصوره

إذا نقلها فهلكت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان، وكذا إذا أمر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلمها لزوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فإذا كان ثمه أمر مجبر على تسليم الوديعة لأحد هؤلاء كان ذلك النهى غير معتبر، وبهذه الصورة أيضا إذا هلك الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان، وإذا سلمها بلا- مجبوريه فهلكت لزمه الضمان، كذلك إذا شرط ان تحفظ في حجره معينه فحفظها المستودع في حجره غيرها فان كان حجر تلك الدار متساويه في الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبرا، وحينئذ إذا هلك الوديعة فلا ضمان و أما إذا كان بين الحجر تفاوت كان كانت احدى الحجر بنيت بالأحجار و الأخرى بالأخشاب فيعتبر الشرط و يكون المستودع مجبورا على حفظها في الحجره التي تعينت وقت العقد و إذا وضعها في حجره دون تلك الحجره في الحفظ فهلكت يكون ضامنا.

فان الحريق في المثال الأول، و المجبوريه المفروضه في الثانى يصلح ان يكون وجهها لمخالفه الشرط، نظرا الى ان مثل هذه الشروط مقيد بقيد عقلى ارتكازى، فإن اشترط وضعها بالدار مقيد بما إذا كانت الدار احفظ لها، وكذا حفظه بنفسه، أما مع اليقين بتلفها لو بقيت في الدار فلا- محل للشرط، و لكن لا- يتم هذا في المثال الثالث فإنه إذا عين حجره تعينت سواء تساوت الحجر أو اختلفت.

نعم لو حصل اليقين بان بقاءها في تلك الحجره يوجب تلفها جاز أو وجب مخالفه الشرط، اما لو تساوى بقاءها و نقلها تعين بقاءها بالشرط

(ماده: ٧٨٥) إذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبه منقطعه

بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها أو حياته.

ولا يجوز ان يسلمها للوارث ولا لغيره، نعم يجوز ان يسلمها لحاكم الشرع لولايته العامه وقد يتعين ذلك كما لو كانت مما يفسد بالمكث و دار الأمر بين ان تملك أو تباع و يحفظ ثمنها، فان اللازم دفعها اليه ليتولى ذلك، كل هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاص و الا وجب دفعها اليه لا لحاكم الشرع، و لو كان بقاؤها يفضى الى هلاكها فلم يبيعها و لم يدفعها لحاكم الشرع أو لو كيله الخاص ضمن بلا اشكال لتقصيره فلا وجه لما ذكرته (المجله) بقولها فى ذيل هذه ماده:

إلا أنه إذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بإذن الحاكم و يحفظ ثمنها امانه عنده، لكن إذا لم يبيعها ففسدت بالمكث لا يضمن.

(ماده: ٧٨٦) الوديعة التى تحتاج إلى النفقه كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،

و إذا كان صاحبها غائبا فيرفع المستودع الأمر إلى الحاكم، و الحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع و الأصلح فى حق صاحب الوديعة فإن كان يمكن إيجار الوديعة يؤجرها المستودع برأى الحاكم و ينفق عليها من أجرتها أو يبيعها بثمان مثلها، و إذا لم يمكن

إيجارها فبيعها فوراً بثمن المثل، أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة أيام ثم يبيعها بثمن مثلها، ثم يطلب نفقه تلك الأيام الثلاثة من صاحبها وإذا أنفق عليها بدون إذن الحاكم فليس له مطالبه صاحبها بما أنفق عليها.

فلو تعسر أو تعذر مراجعته الحاكم ولم يتبرع هو ولا غيره مجاناً أو بالعوض باعها بنفسه وأشهد عدلين على البيع والثلث، و التقييد بثلاثة أيام لا وجه له، كل ذلك في الغيبة المنقطعة، أما مع إمكان مراجعته المودع وإنذاره فإن لم يرسل النفقه - إلى ثلاثة أيام أو أكثر حسب اختلاف الموارد - راجع المستودع الحاكم - إلى آخر ما سبق.

(ماده: ٧٨٧) إذا هلك الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،

مثلاً - إذا صرف المستودع نقود الوديعة في أمور نفسه أو استهلكها ضمنها، وبهذه الصورة إذا صرف النقود التي هي أمانه عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت أو ضاعت و هو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعه السير فوق الوجه المعتاد أو بسبب آخر أو بلا سبب، وكذا يضمنها إذا سرقت، وكذا إذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة إلى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحتقرت ضمنها.

هذا كله مما لا اشكال فيه، إنما فيما لو خرج عن الأمانة و تاب و أعاد بدلها مثلاً أو قيمه كما في (المجله): ثم وضع بدل تلك

النقود فى الكيس المعد لها إلخ .. فلو تلفت بعد ذلك بدون تعد فهل يضمونها لارتفاع الائتمان بذلك أو لا يضمّن لأنها عادت بالقصد الثانى - قضيه مشكله- و التحقيق فيها انك عرفت قريبا ان الأمانات على ثلاثه أنواع.

الأول ما يكون القبض لمصلحه المالك فقط كالوديعة، و الوكيل بلا أجره، و عاربه الرهن، و ما فى هذا السبيل.

و هذا النوع مما تكون به يد القابض كيد المالك لا ينبغى الإشكال فى عدم ضمانه لو صدقه المالك بالتلف و ادعى عليه التقصير فليس عليه الا- اليمين، و مثل هذا فيما لو ادعى السرقة أو الرد أو نحوهما فان القول قوله بيمينه فى جميع ذلك لانه محسن و أمين و ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ الا ان يثبت خلاف ما يقول بالبينه.

الثانى:- ما يكون لمصلحه القابض فقط، و القول هنا أيضا قول المالك لا القابض عكس الاولى، فلو خان المستعير ثم عاد لا يرتفع الضمان عنه، لانه صار كالغاصب، و صارت يده ضمانيه و لا سبب لعود تلك اليد الزائله و (الزائل لا يعود) و هذا أيضا مما لا ينبغى الإشكال فيه، انما الإشكال فى:

الثالث:- و هو ما كان القبض فيه لمصلحه الطرفين و ذلك كالإجاره و المضاربه و الوكاله بالأجره و ما جرى على هذا النهج، فلو تعدى المستأجر فى العين المستأجره ثم عاد الى ما استحقه بالعقد أو شرط عليه شرطا فخالفه ثم عاد الى العمل به، ثم تلفت بغير تفريط فهل يضمونها

لانه صار كالغاصب أو لا لانه عاد إلى الأمانة؟ المسألة جد مشكله، و الذى ظهر لى من التتبع فى كلمات فقهاءنا انهم لا يرتبون احكام الامانه أصلا على هذين القسمين، حتى قبل المخالفه، فلو ادعى السرقة أو الرد أو النقص يلزمه الإثبات و لا يقبل قوله بيمينه، بل القول قول المالك، و لا- يقبل قول الأمين إلا- فى القسم الأول الذى هو محسن و أمين نعم لو ادعى المالك عليه التفريط بعد تصديقه فى التلف أمكن الحكم بقبول قوله بيمينه فى جميع الأقسام الثلاثة، و وجه الفرق بين هذا و بين تلك واضح يظهر بالتأمل.

(ماده: ٧٨٨) خلط الوديعه بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها و تفريقها عنه، بدون اذن المودع يعد تعديا،

بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعه بدنانير له أو دنانير وديعه عنده لآخر متماثله بلا اذن فضاغت أو سرقته لزمه الضمان، و كذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط.

«تحرير هذا» ان فاعل الخلط اما المالك المودع أو المستودع أو الأجنبى فإن كان هو المالك فقد أبطل الإيداع و برئت ذمه المستودع من العهده، و ان كان هو المستودع أو الأجنبى فلا يخلو اما ان يكون بالمماثل جنسا المساوى قيمه أو الأعلى أو الأدنى و اما ان يكون بالمغاير جنسا و على كل التقادير اما ان يمكن التمييز و الإفراز، أو يتعذر أو يتعسر، فان كان الخلط بالجنس المساوى قيمه كخلط الحنطه بالحنطه المساويه، أو الدراهم بالدراهم، فالامانه بحالها إذ

لم يحدث بنظر العرف ما ينافي الحفظ فيقسمها و تبقى وديعه كما كانت و لو تلفت بلا تفريط لم يضمن، و ان كان بالجنس المتفاوت كحنطه جيده برديئه أو العكس فإن أمكن القسمة بالنسبه كثلث و ثلثين فكالأول و الا- فكالخلط بالمغاير إن أمكن التمييز تعين كخلط الحنطه بالشعير الذى يمكن إفراز أحدهما بالماء فالشعير يطفو و الحنطه ترسب حيث لا يضر الماء و ان لم يمكن كان بحكم التلف و يتخير المودع حيثنذ بين تغريم المستودع أو الأجنبى المثل أو القيمه أو البقاء على الشركه مع تغريمه أرش النقيصه أو عيب الشركه، و إذا غرم المثل أو القيمه صار المستودع أو الأجنبى شريكا مع صاحب المال المختلط انتقالا قهريا أو شركه قهريه هذا إذا بقى المال المختلط اما لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن للمودع مطلقا، سواء كان هو المستودع أو الأجنبى، لأن المستودع بتصرفه الغير المأذون به خرج عن الامانه و صار ضامنا، و لا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمة لأن الأمانه تعود بعد القسمة و إفراز المالين فليتدبر.

ثم ان الخلط و الامتزاج اما ان يكون اختياريا أو قهريا و الاختيارى اما ان يكون بإذن المودع أو بغير إذنه، اما بغير اذنه فقد تقدم و اما الواقع بإذنه أو قهرا فهو ما أنبأت عنه.

(ماده: ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعه بإذن صاحبها على الوجه الذى ذكر فى الماده السابقه

أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحد المالين عن الآخر، مثلا-

إذا تهرى الكيس الذى فيه دنانير الوديعه داخل صندوق فيه دنانير آخر للمستودع مماثله لها فاختلفت المالان اشترك صاحب الوديعه و المستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته، و بهذه الصوره إذا هلكت أو ضاعت بلا تعد و لا تقصير فلا يلزم الضمان.

و حاصلها ان الوديعه إذا اختلفت بمال المستودع أو غيره بإذن المودع أو قهرا صارت شركه اختياريه أو قهريه و حكم الشركه ان تلفت- كلا أو بعضا- يكون على الشريكين و لا يضمن أحدهما للآخر إلا مع العدوان و حيث لا عدوان فلا ضمان.

و قد اختلفت مذاهب القوم، فالمنسوب الى أبى حنيفه: ان المال كله يكون للمستودع أو الأجنبي و يضمن حصه المودع و صاحبه أبو يوسف يقول: ان الكل يكون تابعا للأكثر و صاحبه يملك الجموع و يغرم للآخر.

و كلها أقاويل عاربه عن الدليل، و الحق ما ذكرناه فى الشركه و تجرى فى الفرض المزبور أحكامها.

(ماده: ٧٩٠) ليس للمستودع إيداع الوديعه عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلكت صار ضامنا،

ثم إذا كان هلاكها عند المستودع الثانى بتقصير أو تعد منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الأول و ان شاء ضمنها للثانى فإذا ضمنها للمستودع الأول فيرجع على الثانى بما ضمنها.

ظاهر العبارة ان الضمان على المستودع الأول فقط و هو قول

الحنفيه، لأن الثاني أمين الأول فلا رجوع عليه لا من المودع ولا من المستودع، أما بقيه فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى أن المودع مخير بين الرجوع على الأول أو الثاني، فإن رجع على الثاني رجع الثاني على الأول ولا عكس، وهو قول الإماميه قاطبه، على قاعده توارد الأيدي على العين الواحده، هذا إذا هلك عند الثاني بغير تفريط، اما لو هلك بتفريطه أو تعديه فللمودع الرجوع على كل منهما اتفاقا و قرار الضمان على الثاني كما صرحت هذه ماده

(ماده: ٧٩١) إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر

يأذن المودع خرج المستودع الأول من العهده و صار الثاني مستودعا.

فلا رجوع على الأول لو تلفت عند الثاني مطلقا.

(ماده: ٧٩٢) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا،

و اما لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت أو نقصت قيمتها في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن لو اختصر كل ذلك بكلمتين لكان أصح و أفصح فقال: كل تصرف من استعمال أو عقد على الوديعة بإذن صاحبها نافذ و بدونه باطل بل و ضامن ان دفعها الى المستأجر أو المستعير، و لا حاجه الى هذه التطويلات الممله أو المخله مثل:

(ماده: ٧٩٣) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع،

و كذا

لو أدى المستودع دين المودع الذى بذمته من الدراهم المودعه التى بيده فلم يرض المودع ضمن أيضا.

(ماده: ٧٩٤) يلزم رد الوديعه إلى صاحبها إذا طلبها

و مئونه الرد و التسليم اى مصارفهما و كلفتها عائده إلى المودع و إذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع و هلكت أو ضاعت ضمنها المستودع لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر كان تكون حينئذ فى محل بعيد ثم هلكت أو ضاعت فلا يلزم الضمان.

عرفت قبلا- ان الوديعه أمانه مالكيه فلا- يجب ردها الا- مع الطلب بنفسه أو وكيله فيردها له أو لوكيله فى خصوص الرد و كان ينبغى ان يضم إليها.

[ماده: ٧٩٥] يرد المستودع الوديعه بذاته أو على يد أمينه

و إذا أرسلها و ردها بواسطة أمينه فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تقصير فلا ضمان

(ماده: ٧٩٦) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص

ثم جاء أحد الشريكين فى غيبه الآخر و طلب حصته من المستودع فان كانت الوديعه من المثليات إعطاء المستودع حصته و ان كانت من القيميات لا يعطيه إياها.

منع أبو حنيفه من إعطاء أحدهما بدون حضور الآخر مطلقا و فصل صاحبه هذا التفصيل، و لعل نظرهما الى ان إعطاء حصته من المثلى كالطعام و نحوه لا ضرر فيه و قسمته ممكنه بسهولة بخلاف القيمى

كالعبد و الجوهر، و يؤخذ عليهما ان اللازم حينئذ جعل المدار على إمكان القسمة و عدمها لا على المثلى و القيمى إذ رب مثلى لا يمكنه كالثوب و نحوه.

و على كل فالحق هو المنع مطلقا لأن إعطاء حصه أحدهما قسمه و المستودع حسب الفرض غير مفوض عليها و لا مأذون بها فيضمن نعم لو اذنا له فى ذلك صح بلا اشكال، و لو دفع لأحدهما حصته فى صورته عدم الجواز فتلفت اشترك الاثنان فى الباقي و استقر الضمان على من تلفت الحصه فى يده و يشتركان أيضا فى بدلها.

(ماده: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع فى تسليم الوديعة

مثلا- لو أودع مال فى (استانبول) يسلم فى (استانبول) أيضا و لا يجبر المستودع على تسليمه فى «ادرنه». و هذا واضح.

(ماده: ٧٩٨) منافع الوديعة لصاحبها

مثلا- نتاج حيوان الوديعة- أى فلوه و لبنه و شعره- لصاحب الحيوان.

هذا واضح لادن منافع العين لمالكها و لا- فرق فى ذلك بين المنافع العينيه كاللبن و الصوف و النتاج و بين الاعتباريه كسكنى الدار و ركوب الدابه.

و من الغريب هنا قول بعض الشراح.

أما غير المتولده كبديل الإيجار فهى إلى المستودع فإذا آجر المستودع الوديعة و أخذ أجرتها تكون له دون المودع و ان كانت غير طيبه و كذا إذا اتجر المستودع بالنقود المودعه و ربح بها فالربح له دون

(ماده: ٧٩٩) إذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه

لمن يلزم صاحب الوديعة الإنفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقه المفروضه من الدراهم المودعه لا يلزم الضمان، و أما إذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن.

و من المعلوم ان الحاكم لا يحكم بهذا الحكم الا بعد تحقق مقدمات.

(منها) استحقاق النفقه.

و (منها) عدم إمكان مراجعه المودع.

و (منها) عدم وجود مال آخر له و هكذا.

كما انه لو تعذر أو تعسر مراجعه الحاكم كان لنفس المستودع ان ينفق منها على واجب النفقه و لكن مع أخذ الوكيل على دفع بدلها لو تبين ان المودع كان قد دفع النفقه أو كان المنفق عليه غير مستحق.

(ماده: ٨٠٠) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا نرجى إفاقته

و لو صحوه منه و كان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطى كفيلا ماليا و يضمونها من مال المجنون، ثم إذا أفاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها أو هلاكها بلا تعد و لا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما أخذ من ماله بدل الوديعة.

هذه القضييه الفرضيه مرجعها الى الحاكم الذى هو ولى المجنون و هى منوطه إلى نظره، و كل تصرف يكون فى ماله من غير اجازة الحاكم

فهو حرام باطل حتى لو وجد المودع عين ماله- أى الوديعة- لا يجوز له أخذها إلا بمراجعته الحاكم على الأحوط الا فى بعض الصور.

(ماده: ٨٠١) إذا مات المستودع و وجدت الوديعة عينا فى تركته تكون امانه فى يد وارثه فيردها لصاحبها

و اما إذا لم توجد عينا فى تركته فإن أثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة فى حياته كان قال: رددت الوديعة لصاحبها، أو قال: ضاعت بلا تعد، فلا يلزم الضمان، و كذا لو قال الوارث: نحن نعرف الوديعة، و فسرها ببيان أوصافها ثم قال: انها هلكت، أو ضاعت بعد وفاه المستودع، صدق بيمينه و لا ضمان حينئذ، و إذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلا فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه، و كذا لو قال الوارث، نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله: انها ضاعت، و بهذه الصورة إذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة.

لا- ريب ان الوديعة كالكال تبطل بموت كل من المودع و المستودع و حينئذ يجب على وارث المستودع بمجرد موته ان يرد العين الى المودع كما يجب على نفس المستودع ان يردها على وارث المودع لو مات لأنها خرجت عن الأمانة المالكية و صارت شرعية فلو لم يبادر الى ردها و تلفت ضمنها مطلقا حتى مع عدم التعدى و لا يصدق بدعوى التلف من غير تفريط حتى مع يمينه بل يلزمه الإثبات لو ادعى عدم التقصير فى المبادره على تأمل

و على كل فإطلاق (المجمله) انها تكون امانه فى يد وارثه على إطلاقه غير سديد.

و كذا قولها: لو قال الوارث نحن نعرف الوديعه و فسرهما إلخ.

فلو مات المستودع و لم يعلم حال الوديعه لا تؤخذ من تركته الا بعد إقرار الورثه أو إثباتها عند حاكم الشرع و يمين المودع انه لم يسترجعها

(ماده: ٨٠٢) إذا مات المودع تسلم الوديعه لوارثه

لكن لو كانت التركه مستغرقة بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع.

(ماده: ٨٠٣) الوديعه إذا لزم ضمانها

فان كانت من المثليات تضمن بمثلها و ان كانت من القيميات تضمن بقيمه يوم لزوم الضمان.

عرفت مكررا انهم قسموا الأموال إلى مثليه و قيميه، و حكموا بأن المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيمه، و عرفوا كلا- منهما بتعاريف لا- تخلو من نقاش، و ذكرنا ما عندنا فى هذا الموضوع، و ان الأصل فى ضمان كل مال هو المثل، فحيث يوجد مثله و جب مثليا كان أو قيميا و الا و جبت القيمه أيضا كذلك راجع (الجزء الأول) و لو أودع عنده سند الدين أو قبالة المهر أو صك ملكيه الدار أشكال قضيه الضمان، و لكن إذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين و وجود الدائن فيمكن دعوى لزوم ضمان الدين عليه لانه قد فات

عليه بسببه و ان كان لا يخلو من اشكال.

و قد أهملت (المجله) على عاداتها مسائل الخلاف و التخاصم بين المودع و المستودع و غيرها و ها نحن نذكر المهم فى مواد.

(١) لو ادعى فى المال الذى بيد شخص أنه وديعه فأنكر فالقول قوله بيمينه.

(٢) لو اعترف بالوديعة و ادعى الرد أو التلف أو عدم التفريط أو الإنفاق عليها لحفظها أو اجره نقلها الى مكان حريز، أو ما يجرى هذا المجرى، ففي كل ذلك القول قول المستودع لما عرفت من انه محسن و أمين فيصدق بيمينه و ان كان مدعيا و لكن خرج عن قاعده المدعى بالإحسان.

(٣) لو أنكر الوديعة ثم اعترف بها و ادعى التلف لم يقبل قوله و عليه الإثبات لأنه خرج بالجحود عن الائتمان، و لكن لو ادعى ان الجحود كان لنسيان أو غرض آخر معقول يحلف على ذلك و على التلف أو الرد و يبرأ من الضمان، و هكذا لو ادعى الرد ثم ادعى التلف أو العكس (٤) لو اعترف ان المال لزيد و لكنه ادعى الوديعة و تلف بلا تفريط فلا ضمان، و لو ادعى زيد انه قد غصبه منه فالقول قول المقر بيمينه، و على مدعى الغصب الإثبات.

(٥) لو اعترف انه له و لكنه عاربه يملك منافعها و ادعى المالك انه وديعه فمنافعها له فالقول قول مدعى العاربه بيمينه على تأمل (٦) لو اعترف انه له و ادعى المالك انه إجاره و ادعى

المعترف أنه وديعه فالقول قوله بيمينه.

(٧) لو كان له عليه دين و له عنده وديعه بقدره فدفع ذلك المبلغ و قال: هو دينك و الوديعة تلفت يقبل قوله بيمينه.

(٨) لو ادعى اثنان ان العين التي هي بيد زيد وديعه لهما فاما ان يصدقهما فيدفعها لهما أو يعترف بها لأحدهما المعين أو المردد أو ينكرهما معا، فان اعترف بها لمعين دفعها له و انحصرت بينه و بين الآخر الدعوى ان ادعى كل منهما الاختصاص و الا اشتركا.

و ان اعترف لأحدهما المردد بقيت بيده الى ان تنتهي الدعوى بينهما فيدفعها لمن حكم له الحاكم، و ان أنكرهما معا توجه اليمين عليه لكل واحد منهما، فان لكل حلفا و كان المال بينهما ان ادعيا الاشتراك، و الا بقي بيده أو يدفعه للحاكم الى ان تنتهي الخصومة بينهما، و ان حلف لواحد و نكل عن الآخر حلف و أخذ المال، و لو نكل حلف الآخر و أخذه (٩) لو تنازعا فقال أحدهما للآخر: ان الذي دفعته لي هو ديني عليك، و قال الآخر: بل هو وديعه يلزمك ان تردّها لي و المسألة لا تخلو من غموض و لا يبعد ترجيح قول مدعى الوديعة لأصالة عدم الدين و لاعترافه بان يده متفرعه و مسبوقه بيد الآخر، و مع ذلك فهي محتاجة إلى التأمل.

و لعل هناك صورا اخرى للخلاف و في ما ذكرنا كفايه.

الباب الثالث (فى العاربه)

اشاره

(و يشتمل على فصلين)

(الفصل الأول) فى (المسائل المتعلقة بعقد الإعاره و شروطها)

اشاره

[و هاهنا مباحث]

(الأول) ان (المجله) أدمجت العاربه فى مباحث الوديعه،

و جعلتها- أى العاربه- بابا من أبواب الوديعه نظرا للقدر الجامع بينهما، و انهما من أصل واحد- و هو الامانه- و غفلوا عن البون الشاسع بينهما، و الفرق العظيم، و ان الوديعه ضد العاربه تماما ضروره أن الوديعه ائتمان المالك، و العاربه ائتمان لمصلحه القابض و لهذا اختلفا فى الأحكام فدعوى الرد يقبل باليمين فى الوديعه، و لا يقبل فى العاربه، و كذا دعوى التلف و نحوه.

و «الحاصل» الاولى أفراد العاربه بكتاب مستقل كما صنعه

عامه فقهاثنا، و هذا سهل لا أهميه له، انما المهم و المشكل جدا معرفه ان العارايه عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، أو هو إيقاع يكفى فيه الصيغه من المالك، و لعل هذا يبتنى على قضيه تعرف حقيقه هذا العقد و انه هل هو تمليك المنافع أو إباحه و رخصه فى الانتفاع لا غير فهى على الأول عقد و على الثانى إيقاع، و عند تدقيق النظر، و تعمق الفكر لا تجد العارايه عند العرف تفيد أكثر من جواز الانتفاع لا أقل و لا أكثر و ليس لها نظر الى قضيه التمليك أصلا، و كذا لو ان المستعير وهب المنافع أو صالح عليها أو نقلها بغير اذن المالك أو إجازته إلى الغير بأحد الأسباب الناقله كان ذلك عدوانا منه و عملا باطلا، و لو انه ملك المنافع بالعارايه لجاز له كل ذلك فليتدبر.

(الثانى) انهم ذكروا ان (العارايه) تشدد و تخفف – من التعاور

بمعنى التداول من يد الى يد مثلها العاره و الجمع عوارى و فعلها اعتور أو من أعاره اعاره بمعنى أخذه و ذهب بسرعه و ربما رجع الى الأول أو من عراه بمعنى قصده أو من العار و هو اروهن الجميع فان العار بائى و العارايه و أوى و لذا تجمع على عوارى و لا- يحسن اطاله البحث فى هذا فان معنى العارايه استعمالا عند الشرع و العرف اجلى من كل تلك المآخذ، و له اطلاقان (أحدهما) عند المتشرعه اعنى الفقهاء حيث يقولون كتاب العارايه و احكام العارايه و أمثال ذلك فإنهم يريدون به ذلك العقد أو الإيقاع الذى يفيد تمليك المنافع أو إباحتها مجانا (ثانيهما) عند

العرف حيث يقولون هذا الثوب عاريه و هذا الكتاب مستعار أو عاريه و يريدون به العين التي أباح المالك منافعها أو ملكها لغيره مجاناً فهي تطلق على اسم المعنى مره و على اسم العين اخرى و أصح مأخذها التعاور بمعنى التداول سواء جعلناها مصدراً أو اسم مصدر أو اسم عين.

(الثالث) ان الظاهر من مصاديق العاريه المتداوله بين الناس انها إباحه الانتفاع بالعين مجاناً

فهي إلى الإيقاع أقرب منها إلى العقد و لكن المشهور بين الفريقين انها من العقود و هو صريح المجله ماده «٨٠٤» الإعارة تنعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى مثلاً لو قال شخص لآخر أعرتك مالى هذا أو قال أعطيتك إياه عاريه فقال الآخر قبلت أو قبضه و لم يقل شيئاً أو قال رجل للإنسان أعطنى هذا المال عاريه فأعطاه إياه انعقدت الإعارة، و هذا هو الذى يظهر من «المحقق» فى الشرائع حيث قال رضوان الله عليه: و هى عقد ثمرته التبرع بالمنفعه- و لكنه أصاب حيث قال فى آخرها: و لا يجوز اعارة العين المستعارة إلا بإذن المالك و لا إيجارها لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير و ان كان له استيفائها (انتهى) و قد رد بهذا كل من توهم أو عبر عن العاريه بأنها تملك المنفعه للمستعير و من تأمله وجده كالصريح فى ان حقيقتها إيقاع و ان وقعت بصورة العقد و اشتملت على الإيجاب و القبول فإنه صوره عقد لا عقد حقيقه و لا ينبغى الريب فى هذا كما لا ريب فى جريان المعاطاه فيها عقداً كانت أو إيقاعاً فالعقد يقع كما تشعر به هنا عبارته «المجله»

بكل ما دل عليها من الألفاظ شأن العقود الجائزه عموما و ان كان أقصى ما تنتهى العاربه إليه هو الأذن- و الاذن لا يحتاج إلى إيجاب و قبول، و أيضا فإن العقود التزامات و تعهدات و العاربه لا التزام فيها و لا تعهد نعم لا مانع من وقوعها بصورة العقد كما عرفت. و من الغريب ان السيد الأستاذ قدس سره فى (العروه) تردد فى جمله من العقود التى لا- ينبغى الرب فى عقيدتها كالضمان و الحواله و الوكاله ثم جزم أخيرا بأنها إيقاعات و لم يذكر العاربه منها و هى أحق بالذكر و الجزم بكونها إيقاعا أما تلك العقود فلا- ريب فى كونها عقودا و لا- سيما الضمان و الحواله، و على كل فإحراز الرضا الفعلى من المالك قولا و فعلا بانتفاع شخص بماله كاف فى جواز التصرف و الانتفاع و يكون عاربه و تجرى عليه أحكامها سواء كانت عقدا أو إيقاعا كما صرح به المحقق فى عبارته المتقدمه فتدبره جيدا.

ماده «٨٠٥» سكوت المعير لا يعد قبولا

فلو طلب شخص من آخر اعاره شىء فسكت ثم أخذه المستعير كان غاصبا،، السكوت لا يعد قبولا و لا يدل على الرضا الا فى موارد مخصوصه يكون شاهد الحال فيها دليلا على الرضا اما السكوت بذاته فلا يدل على شىء و قد تقدم فى الجزء الأول فى القواعد الكليه، ماده (٦٧) لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت فى معرض الحاجه بيان.

و القصارى انه لا خصوصيه فى العاربه و لا غيرها فى عدم الاكتفاء بالسكوت و ان المدار فى جميع موارد على القرائن الحاليه فإن دلت على

الرضا فهو و الا- فالسكوت ليس له أى أثر، و من هنا يندفع سؤال الفرق بين الوديعة و بين العاربه حيث اكتفت (المجله) بالسكوت فى الأولى دون الثانيه كما نصت عليه ماده (٧٧٣) فان القرينه هناك دلت على الرضا لا السكوت و لو حصل فى العاربه لكفى لكنها فى الغالب لا تحصل فافهم هذا جيدا.

ثم ان من المتفق عليه ان العاربه كالوديعة عقدا كانت أو إيقاعا جائزه بمعنى ان للمعير أن يرجع متى شاء لأنها فى الحقيقه ليست إلا الاذن بالتصرف كما عرفت و تعرف فى ماده (٨٠٦) و للمستعير أن يرجع عن الإعاره متى شاء، و ماده (٨٠٧) تنسخ الإعاره بموت المعير و المستعير.

بل يرتفع الاذن بموت أحدهما لزوال الموضوع و التعبير بالانفساخ تسامح

ماده (٨٠٨) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به

بناء عليه لا تصح اعاره الحيوان الناد الفار و لا استعارته،، ان كان الحيوان الفار مما يستبعد فى العاده عوده كالطير الوحشى الذى صاده ثم طار أو السمك الذى رجع الى الماء كانت العاربه لغوا لعدم موضوع لها و ان كان مما يمكن عوده عاده أو يمكن و لو للمستعير تحصيله فلا مانع من صحه العاربه.

ماده (٨٠٩) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين

و لا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا يجوز اعاره المجنون و لا الصبى غير المميز أما الصبى المأذون فيجوز إعارته و استعارته

اعتبار قيد التمييز بعد اعتبار قيد العقل مستدرك عند اولى التمييز اما عند الإماميه فالبلوغ معتبر فى جميع المعاملات ولا يكفى التمييز إلا- فى موارد مخصوصه كوصيه من بلغ عشرا و نحوها من اعمال البر و المعروف و يمكن على القول بأن العاربه إباحه اندراجها فى ذلك على تأمل.

ماده (٨١٠) القبض شرط فى العاربه

فلا حكم لها قبل القبض، لم نجد لفقهاءنا و لا لفقهاء المذاهب نصا على هذا الشرط و بناء على كونها عقدا فحال القبض بالنسبه إليها حال سائر العقود اما بناء على كونها إباحه و رخصه فلا معنى لاعتبار القبض فيها أصلا كما هو واضح

ماده (٨١١) يلزم تعيين المستعار

و بناء عليه إذا أعار شخص احدى دابتين بدون تعيين و لا تخيير لا تصح الإعاره بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابه التى يريد إعارتها لكن إذا قال المعير للمستعير خذ أيهما شئت عاربه و خيره صحت العاربه،،، ليس معنى هذا لزوم التعيين بل معناه ان الإبهام مفسد للعاربه فإذا أعاره احدى الدابتين و جعل الخيار له أو للمستعير صح لعدم الإبهام فتتوجه العاربه الى ما يقع عليه الاختيار اما لو أعاره واحده منهما من دون تعيين و لا تخيير بطلت للإبهام فتأمله فإنه لا يخلو من دقه.

الفصل الثانى (فى بيان أحكام العاربه و ضماناتها)

ماده (٨١٢) المستعير يملك منفعه العاربه بدون بدل

بناء عليه ليس للمعير ان يطلب من المستعير اجره بعد الاستعمال،، هذا هو قوام حقيقه العاربه و هو اما إباحه المنافع أو تملكها بلا عوض و هذا هو الفارق بينها و بين الإجاره

ماده (٨١٣) العاربه امانه فى يد المستعير

فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان مثلا إذا سقطت المرآه المعاره من يد المستعير قضاء بلا عمد أو زلقت رجل المستعير فانصدمت على مرآه فانكسرت لا يلزمه الضمان و كذا لو وقع على البساط المعار شىء فتلوث به و نقصت قيمته فلا يضمن،، من الشائع المعروف على السنه المتفقهه عندنا ان العاربه لا تضمن إلا عاربه الذهب و الفضة و الا مع الشرط و هى العاربه المضمونه و الظاهر ان هذا مما تفردت به الإماميه فقد تظافت نصوص أهل البيت (ع) ان العاربه لا تضمن الا ما كان من ذهب أو فضه فهى مضمونه الا ان يشترط عدم ضمانها فأسباب ضمان العاربه ثلاثه (الأول) التعدى

و التفريط (الثانى) اشتراط ضمانها (الثالث) كونها من ذهب أو فضه و ان لم يشترط الا ان يشترط عدمه و موارد التعدى لا تعد و قد أشارت المجله الى بعضها فى ماده (٨١٤) إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العاربه ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأى سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان الى قولها: و كذلك إذا استعار إنسان حليا فوضعه على صبى و تركه بدون ان يكون عند الصبى من يحفظه فسرق الحلى فإن كان الصبى قادرا على حفظ الأشياء التى عليه لا يلزم الضمان و ان لم يكن قادرا لزم المستعير الضمان،، كل ذلك لان التقصير و التجاوز يخرج عن الامانه فيكون ضامنا مطلقا سواء كان التلف سماويا بعد ذلك أو غير سماوى كما ان وضع الحلى المستعار على الصبى بغير اذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقا.

ماده (٨١٥) نفعه المستعار على المستعير،

بناء عليه لو ترك المستعير الدابه المعاره بدون علف فهلكت ضمن، تقدم فى صفحه ١٦٦ من الجزء الثانى احتمال ذلك و لكنه محل نظر بل الأصل الأولى يقتضى كونها على المالك و الا كانت أشبه بالإجاره التى هى تملكك بعوض هذا مع الإطلاق اما مع الشرط فلا ريب انه هو المتبع.

ماده (٨١٦) إذا كانت الإعاره مطلقه اى لم يقيدها ..

حاصل هذه ماده و التى بعدها ان العاربه تاره تقع مطلقه فتقيد بالعرف و العاده فلو تجاوزهما و عطبت ضمن و تاره تقع مقيده فلو تجاوز القيد

ضمن مطلقا سواء تجاوزه إلى المساوى أو الأعلى أو الأدنى و لا حاجة الى كل ذلك التطويل، و من هنا تعرف الخلل فى ماده (٨١٨) إذا قيدت الإعاره بنوع ..

فان ذكر المعير لنوع من الأنواع ان كان على نحو القيد لا يجوز التجاوز عنه حتى إلى الأدنى و الأخف لعدم الاذن فيه غايته ان قرائن المقام غالبا تدل على ان المراد بالقيد هو التحديد بالنسبه إلى الأشد لا-الأخف و ان الملحوظ رعايه العنايه بالعين و المحافظه عليها اما مع الشك و عدم القرينه المفيده للعلم فلا يجوز التعدى. و أوهى من هذا كله ما فى ماده (٨١٩) إذا كان المعير أطلق الإعاره بحيث لم يعين ..

فقد مرت عليك الإشاره الى أن إطلاق العاربه يقتضى اقتصار المستعير فى الانتفاع بنفسه و لا يجوز التعدى إلى غيره الا ان يصرح له بالتجاوز فإن العاربه سواء كانت تمليكا أو إباحه هى على خلاف الأصل لأنها تمليك مجاني، فالقدر المتيقن من قول المالك أعرتك حجرتى جواز سكنه فيها بنفسه أو مع من يتصل به عادة و لا يشمل الأجنبى قطعاً و لو أعاره الفرس لا يجوز ان يدفعها المستعير ليركبها غيره الا مع تصريح المالك، و من هذا يظهر الاضطراب فى ماده (٨٢٠) يعتبر تعيين المنتفع فى إعاره الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين و لا يعتبر فى إعاره الأشياء التى لا تختلف به الا انه ان كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمعير ان يعيره لآخر يستعمله، مثلا

لو قال المعير للمستعير أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت فليس له ان يركبه خادمه، و أما لو قال له أعرتك هذا البيت لتسكنه أنت كان للمستعير ان يسكنه و ان يسكن فيه غيره، لكن إذا قال له أيضا لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره.

و مجال النظر فيها من وجهين (الأول) ان اعتبار تعيين المنتفع فى إعارة الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين ممنوع بل غايته ان المعير ان عين شخصا تعين و ان أطلق انصرف الى المستعير بنفسه و لا يجوز ان يتجاوز الى غيره (الثانى) ان جعل الفرس مما يختلف و البيت مما لا يختلف أيضا محل منع فان الساكنين أيضا يختلفون باستعمال البيوت فلو قال له أعرتك البيت فظاهر هذا اختصاص العاربه به فلا يجوز ان يسكنها صديقه أو قريبه إلا بإجازة صريحه خاصه أو عامه (و القصارى) ان المتبع مقدار الأذن و أخذ المتيقن من كلامه، و كل مورد يشك فيه فالأصل عدم الجواز و عليه يبنى ماده (٨٢١) لو استعير فرس بان يركب الى محل معين الى آخرها.

فإن العاربه و الأذن مع الإطلاق ينصرف الى المتعارف و يبقى غيره مشكوكا و الأصل عدم الجواز فلو تجاوز المتعارف ترتب الضمان عليه بالتلف حتى مع عدم التعدى و التفريط.

ماده «٨٢٢» إذا طلب شخص من امرأه اعارة شىء هو ملك زوجها فاعارته إياه بلا اذن الزوج فضاع

فان كان ذلك الشىء

مما هو داخل البيت و فى يد الزوج عادة لا يضمن المستعير و لا الزوجه أيضا و ان لم يكن ذلك الشىء من الأشياء التى تكون فى يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجه و ان شاء ضمنه للمستعير.

العباره مضافا الى سوء التعبير من حيث العرييه فى ضمنه لزوجه- قاصره عن بيان المراد، و محصلها ان المرأه إذا أعارت شيئا من أثاث البيت الذى هو فى ملك الزوج و لكنه فى يدها لانه من مرافق الحياه البيتيه فاعارته و تلف عند المستعير من غير تقصير فلا ضمان عليها و لا على المستعير و ان لم يكن فى يدها كالفرس و الكتاب مثلا فالزوج مخير بين تضمين الزوجه و ترجع على من تلف المال بيده أو تضمين المستعير فان كان مغرورا منها رجع عليها و الا فلا و لكن عدم الرجوع فى الشق الأول مشروط بوجود اذن الفحوى و قرائن الحال برضا الزوج ان تعير شيئا مما فى يدها من أمواله و الا فهى ضامنه أيضا و من هنا تعرف القصور أيضا فى عباره المجمله هنا لفظا و معنى.

ماده (٨٢٣) ليس للمستعير ان يؤجر العاريه و لا ان يرهنها

بدون اذن المعير فإذا استعار مالا- ليرهنه على دين فى بلد فليس له ان يرهنه على دين فى بلد أخرى فإذا رهنه فهلك لزمه الضمان.

و هذا يكشف عن عدم ملكيه المستعير للمنافع و الا فلو كان مالكا لها لجاز نقلها الى غيره بإجاره و صلح أو غيرهما اما الرهن فلا يصح بدون الأذن الصريح لان الرهن يقف على المالك و المستعير غير مالك

ماده (٨٢٤) للمستعير ان يودع العاريه عند آخر

فإذا

هلكت فى يد المستودع بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان مثلا إذا استعار دابه على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابه و عجزت عن المشى فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف أنفها فلا ضمان، هذا على إطلاقه ممنوع بل هو مقيد بصوره الحاجه و الضروره و حيث يتوقف الحفظ على إيداعها اما مع عدم ذلك فلا يجوز له ان يودعها عند الغير فإنه تصرف غير مأذون فيه فلو تلف كان مضمونا.

ثم ان المواد المذكوره هنا فى المجله من ماده (٨٢٥) إلى (٨٣١) كلها واضحه لا تعليق لنا عليها سوى ماده الأخيره «٨٣٢» إذا كانت إعاره الأرض للزرع سواء كانت موقته أو غير موقته ليس للمعير ان يرجع بالإعاره و يسترد الأرض قبل وقت الحصاد،، هذا يوشك ان يكون تهافتا مع ماده التى قبلها الظاهره فى أن له الرجوع فى الموقته مطلقا غاية انه يضمن التفاوت.

ثم ان العاربه إذا كانت موقته الى شهر مثلا و تأخر وقت الحصاد بعده الى شهرا و اثنين ثم رجع المعير فاللازم على المستعير اما ان يقلع الزرع و يجعله قصيلا أو يعطى اجره المده الباقية إلى الحصاد و كذا لو كانت غير موقته فإن عدم التوقيت لا يجعلها لازمه على المعير بل له الرجوع متى شاء على أصل قاعده العاربه المطلقه نعم فى الموقته يمكن ان يقال انه لا يجوز له الرجوع فى أثناء المده لأن التوقيت كالترام

ضمنى فلا بد من الوفاء به و يمكن المناقشه فيه بأنه و ان كان التزاما لكنه غير لازم و لا وقع شرطا فى ضمن عقد لازم،، الى هنا
انتهت مباحث العاريه (و لله الحمد و المنه)

ص: ٥٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

الكتاب السابع في الهبه

اشاره

يشتمل على مقدمه و بايين

المقدمه فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالهبه

اشاره

ماده (٨٣٣)

الهبه:

تمليك مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب، اعلم ان معنى الهبه و مشتقاتها حسب استعمالها اللغويه واسع الى مدى شاسع و اقرب عبارته تعرب عنه هو العطاء و النحله المشوب برشحه من الإحسان و التفضل سواء كان المعطى مالا أو غيره عينا أو غيرها فيصح ان تقول بلا تكلف و عناية وهبتك ودى كما تقول وهبتك مالى و يصح ان تقول وهبنى الله ولدا كما تقول وهبنى عزا و ملكا (فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي) - (وَ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ) كلها استعمالات حقيقه لا تجوز فيها أصلا، نعم اختصت الهبه فى لسان الشرع و المتشرعه بتمليك العين بلا عوض كما سيأتى و هو المراد هنا،، و كما ان البيع و الإجاره هما أصل عقود المعاوضات أى الأصل فى مبادله المال

بالمال فكذلك الهبه و العاريه هما الأصل فى عقود المجانيات و هما أظهر و أشهر ما يقع به تملك العين أو المنفعه بلا عوض بناء على اندراج العاريه فى العقود على المشهور- و ان كان الأصح عندنا ان حقيقتها اذن و إباحه كما سبق، و على كل - فالهبه هى الأصل فى تملك الأعيان بلا عوض. فالهبه فى الأعيان كالعاريه فى المنافع، و العاريه- الأصل فى إباحه المنافع أو تملكها مجانا. و قد شاع عند الفقهاء تعريف الهبه بأنها تملك مال بلا عوض و فيه نوع تسامح و إجمال يحتاج الى توضيح و تشریح فنقول- ان تملك المال عينا أو منفعه بل أو حقا حيث يكون من الحقوق القابله للانتقال- اما ان يكون بإزاء عوض مالى أولا- فالأول يقع بعقد البيع و الإجاره و الصلح- و الثانى و هو التملك بغير عوض مالى اما ان يكون بعوض لنفس التملك فهو الهبه المعوضه فإن العوض فيها كما عرفت لنفس الهبه لا للعين الموهوبه- و من هنا دخلت الهبه المعوضه فى مطلق الهبه و صارت من أقسامها.

و اما ان يتجرد عن العوض المالى فاما ان يكون بقصد الأجر و الثواب و هو الصدقه بالمعنى العام- فان كان تملكها طلقا فهو الصدقه بالمعنى الخاص. و ان كان تملك العين مقيدا ببقائها و دوامها اى وقوفها و عدم نقلها فهو الوقف. و ان كان للمنفعه فقط مدته عمر أحدهما أو مدته معينه فهى العمرى أو الرقبى و اما ان يتجرد حتى عن الأجر فإن كان بصوره العقد إيجابا و قبولا فهى الهبه و اما ان يكون بصوره الإرسال من غير عقد فهو الهديه و ان لم يكن لا هذا و لا ذاك فهو العطيه و ان

كانت لرحم فهو النحلة، هذه أصول معانى هذه الألفاظ بحسب وضعها اللغوى، و قد يقوم بعضها مقام بعض بحسب استعمالها العرفى، و لكن قد اتضح لك ان تملك المال بلا عوض الذى عرفوا به الهبه هو القدر الجامع و المقسم الكلى الذى يعم الهبه و غيرها حتى الصدقه و الوقف فضلا عن الهديه و العطيه و الأمر فى كل ذلك سهل انما المهم ان تعرف ان جميع هذه الأقسام داخله فى التملك المجانى فلا- يشتهبه عليك الأمر بالإباحه و الرخصه و الاذن بالانتفاع فإنها اجمع أجنبيه عن تلك الأنواع بالكليه و هى فى قبالها حتى الرخصه فى أكل المال و استهلاكه فتدبره.

و قد تحصل من جميع ذلك ان الهبه عقد يفيد تملك المال فعلا بلا عوض له أصلا، فيخرج الهديه و العطيه و النحلة لأنها ليست عقودا.

و الوصيه فإنها و ان أفادت التملك المجانى و لكن معلقا على الموت لا فعلا كما خرج بقيد عدم العوض البيع و الإجاره و الصلح و الوقوف و الصدقات و دخلت الهبه المعوضه فإنها تملك مال بلا- عوض للمال. اما الرشوه فهى عطيه و لكنها عطيه محرمة و العطايا المحرمة كثيره. نعم يبقى الكلام فى العاريه فإن جعلناها عقد تملك للمنافع و عمنا الهبه للمنافع تداخلتا و ان خصصنا الهبه بالأعيان أو جعلنا العاريه إذنا و إباحه لا عقدا و لا تملك افترقنا.

(ماده: ٨٣٤)

الهديه:

هى المال الذى يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراما، و قد عرفت ان الغالب فى الهديه الإرسال و هو غير العطيه و قد يستعمل الهديه فى مورد الإعطاء تسامحا.

الصدقه:

هى المال الذى وهب لأجل الثواب.

يعنى العطاء الذى يقصد به القرب الى الله جل شأنه و طلب المثوبه منه و لا- يلزم فيها الإيجاب و القبول و تلزم بمجرد الدفع بقصد القربه مع القبض و هذه هى الصدقه بالمعنى الخاص بل الأخص الذى يمتاز عن الوقف و أخواته من الصدقات التى لا تتحقق الا بالعقد عند المشهور

الإباحه:

اشاره

عباره عن إعطاء الرخصه و الاذن لشخص ان يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض، و هذا غير التمليك و الفرق مثل الصبح واضح فان المالك يتصرف كيف شاء و المأذون لا يتصرف الا على حد الاذن و مقدار الرخصه فلا يقدر على البيع فضلا عن غيره الا بإذن خاص.

الباب الأول (في بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبه

و يشتمل على فصلين) الفصل الأول في بيان المسائل المتعلقة بركن الهبه و قبضها الكلام في الهبه يلزم ان يقع في أربع نواح- الواهب- الموهوب له العين الموهوبه- عقد الهبه و شروطه و حكمها من جواز أو لزوم أو غيرهما و قد تعرضت «المجله» للعقد أولاً و هو ركنها الأعظم في

ماده (٨٣٧) تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول و تتم بالقبض،،،

اعلم ان جميع العقود المجانيه التي مر عليك عناوينها لا- يترتب عليها أى أثر إلا- بعد القبض فهو ركنها الأعظم و شرطها أو شرطها الأهم، اى أهم حتى من الإيجاب و القبول الا ترى- ان الهبه مثلاً يترتب عليها أثرها المهم و هو التمليك بغير إيجاب و قبول كما لو أنشأ الهبه بالإعطاء مع القبض فإنها تفيد الملكيه كما تفيد المعاطاه فى البيع على المشهور بخلاف ما لو حصل الإيجاب و القبول بدون قبض فإنه لا اثر لهما أصلاً فركنيه القبض فى هذه العقود أهم من ركنيه الإيجاب و القبول بل ينسب الى بعض عدم الحاجه الى القبول و كفايه الإيجاب، وحده فتكون عنده من

الإيقاعات و هو شاذ. اما اعتبار القبض فى مطلق العقود المجانيه و خصوص الهبه فالظاهر انه موضع اتفاق المسلمين و عند عامه المذاهب و اخبار الفريقين به متطافره. و فى النبوى المشهور (لا- تجوز الهبه إلا- مقبوضه) و لعل حكمه التشريع فى ذلك ان الشارع الحكيم حيث وجد المجانيات محض تفضل و إحسان و بذلا للمال بلا عوض أراد ان يعطى الواهب الباذل فسححه للرؤيه. و مجالاً للتدبر و ربما بدا له العدول بعد الإيجاب و القبول، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقاً و حرجاً عليه و تضييعاً لماله لذلك لم يكتف بالقول حتى يتبعه بالفعل اعنى الدفع من الباذل و القبض من المبذول له «و لو قيل» يكفى لهذا الغرض جعل العقد جائزاً فيرجع متى شاء (قلنا) أ ليس الرجوع بعد حصول الملكيه قبيحاً شرعاً كما هو كذلك عرفاً، و الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه فدفعاً لهذا القبح و هذه الحزازه لم يجعل العقد بنفسه مؤثراً أصلاً كى لا يحتاج الى الرجوع كما فى العقد الجائز فإن أقبض نفذ و الا فلا، و هذا كله بخلاف عقود المعاوضات لمكان العوض فيها بخلافه هنا فليتدبر، و ظهر بما ذكرنا ان حق التعبير فى (المجله) ان تقول: لا تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول قبل القبض أو ما يؤدى ذلك

ماده «٨٣٨» الإيجاب فى الهبه هو الألفاظ المستعمله فى تملك المال مجاناً ككرمت و وهبت و أهديت.

و قد مر غير مره ان خاصيه العقود الجائزه كفايه كل لفظ يدل عليها حقيقه أو مجازاً مع القرينه و قصد إنشاء معنى ذلك العقد بل يمكن

دعوى ذلك حتى فى العقود اللازمه وانها لا- تختص بصيغ خاصه كما سبق فى الجزء الأول و كيف كان فالهبة و الصدقه بالمنقول لا تختص بصيغه معينه و يكفى فيها كل ما دل عليها مثل خذه و هو لك مجاناً و ما أشبه ذلك و لا فرق فى ذلك بين الزوج و الزوجه أو غيرهما و المدار على القرائن حاله أو مقالیه بل يكفى قصد إنشاء التملك بالفعل اعنى العطاء فيكون هبه معاطيه كما فى ماده «٨٣٩» تنعقد الهبه بالتعاطى أيضاً،، و لو قال بالعطاء أو الإعطاء لكان أحسن.

و انما تنعقد بالعطاء حيث تكون هناك قرينه قاطعه و الا- فلا فمجرد الإعطاء لا يكفى فى الحكم بأنه هبه بل يبقى على ملك الأول بالاستصحاب حتى يحصل اليقين كما ان بالعطاء تتم الهبه و لا حاجه الى القبول؟؟؟

القبض قبول فعلى كما فى ماده (٨٤٠) الإرسال و القبض فى الهبه يقوم مقام الإيجاب و القبول لفظاً، و ماده «٨٤١» القبض فى الهبه كالقبول فى البيع.

و كان الاولى جمع هذه المواد الثلاث فى ماده واحده بل بكلمه واحده فتقول مثلاً: تنعقد الهبه بالعقد و القبض و تتحقق أيضاً بالعطاء و القبض و كل ما ذكرته المجله هنا زياده مستدركه.

ثم ان المشهور عند فقهاء الإماميه ان القبض المعتبر فى صحه الهبه يشترط فيه ان يكون بإذن الواهب فلو قبضه المتهب بدون اذنه لم يكن له أثر فى الصحه و عللوه بعله معقوله و هى ان العين بعد العقد قبل القبض حيث انها باقيه على ملك الواهب فقبض المتهب لها تصرف بمال الغير

بدون اذنه و هو حرام فلا- يترتب عليه أثر شرعى، و هى و ان أمكن المناقشه فيها و لكنها ببعض الاعتبارات التى مرت الإشارة إليها متجهه بل و قويه، فما قواه السيد الأستاذ (ره) فى ملحقات العروه من عدم لزوم الاذن هو الى الضعف أقرب منه الى القوه وفاقا لما نصت عليه (المجله) فى ماده (٨٤٢) يلزم اذن الواهب صراحه أو دلالة فى القبض.

و وجهه ما عرفت من بقاء ملكيه الواهب فلا- يجوز للمتهب قبض العين بدون اذن مالکها و لو تلفت فى يده كان ضامنا و لو اعترف الواهب بالاذن و أنكر الإذن بالقبض كان القول قوله- فما ذكرته (المجله) من اعتبار الاذن صحيح و لكن ما فى ماده (٨٤٣) إيجاب الواهب اذن بالقبض دلالة.

على إطلاقه ممنوع بل ان اقترن الإيجاب بقرينه تدل على الاذن كفى و الا- فلا- اما صرف الإيجاب فلا دلالة فيه على الاذن بالقبض أصلا بشىء من الدلالات الثلاث إذ الدلالة فرع التلازم و لا تلازم بين الأمرين بجميع الوجوه «و دعوى» ان مقصود الواهب لما كان هو إثبات ملكيه الموهوب بعقد الهبه فيكون الإيجاب تسليطا على القبض تحصيليا لمقصوده ففى الإيجاب دلالة على الاذن بالملازمه (مدفوعه) بان كون قصده إثبات الملكيه إنشاء مسلم و لكن كون قصده تحقيقها بالفعل غير مسلم و الملازمه تأتى على الثانى لا الأول فتدبره.

و قول (المجله) و اما إذنه صراحه فهو قوله خذ هذا المال فاني وهبتك الى آخره هو من الواضحات الغنيه عن البيان انما البحث فيما ذكره في ماده (٨٤٤) إذا اذن الواهب صراحه بالقبض فيصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبه و بعد الافتراق و اما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبه و لا يعتبر بعد الافتراق مثلا لو قال وهبتك هذا و قبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح و اما لو قبضه بعد الافتراق فلا يصح. كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني و لم يقل اذهب و خذه فإذا ذهب الموهوب له و أخذه لا يصح فإن التفرقه بين الاذن صراحه فيصح القبض حتى بعد الافتراق و بين الاذن دلالة فمقيد بمجلس الهبه تحكم صرف و تفرقه من غير وجه فارق إذ المدار على الاذن و وجود ما يدل عليه و بعد حصول الدلالة فأى فرق بين الكنايه و التصريح و لعلها أبلغ، و الحق عندنا معشر الإماميه ان المعتبر هو الاذن فإذا حصل العلم به من اى طريق كفى في الصحه سواء قبض في مجلس الهبه أو في مجلس آخر و سواء كان الاذن في مجلس الهبه أو بعده بل ربما يظهر من بعض أخبار أئمتنا (ع) امتداد الأجل إلى الأجل فلو اذن و قبض قبل الموت صحت الهبه التي سبقت بأمد طويل.

ماده (٨٤٥) للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع

الظرف الأخير ان تعلق بالفعل كان المعنى ان المشتري له ان

يهب ما اشتراه للبائع قبل قبضه منه و هذا صحيح نافذ فان المعبر قبض الموهوب له و هو حاصل لا الواهب الذى اشترى و لم يقبض، و توهم بعضهم ان هذا يرجع الى الإقامه واضح الفساد إذ هى حل لعقد البيع و لذا يرجع بالثمن و الهبه هنا تؤكد البيع و ليست حلا- له و لذا لا- يرجع بالثمن و ان تعلق الظرف بالمصدر كان معناه ان المشتري له ان يهب للغير ما اشتراه قبل قبضه من بايعه فيكون أعم من الأول يعنى له ان يهبه للبائع أو لغيره و هذا أيضا صحيح لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب بل تتوقف على قبض الموهوب له. و عليه يتفرع ماده (٨٤٦) من وهب ماله الذى هو فى يد آخر تتم الهبه و لا حاجه الى القبض و التسليم مره أخرى و المقصود بهذه ماده بيان ان قبض المتهب لازم لصحة الهبه حيث لا يكون مقبوضا له و فى يده اما لو كان فى يده فلا حاجه الى قبض جديد بأن يأخذه منه و يرده عليه، و القبض السابق كاف مهما كان سواء كان بوجه صحيح أو لا كالغصب و نحوه و سواء كان ضمانيا كالمقبوض بالسوم و نحوه أو غير ضمانى كالأمانات و سواء كان مضمونا بالمثل أو القيمه أو المسمى كالمبيع المستأجر فالقبض السابق فى جميع هذه الموارد يقوم مقام القبض الجديد فى الهبه حتى لو وهب المالك غاصبه المغصوب الذى فى يده صح. و ظاهر الأصحاب عدم الحاجه أيضا الى الاذن باستمرار القبض، و استدلوا بوجوه أو جهها انصراف أدله القبض أو الاذن به عن هذه الصوره و قد ناقش السيد الأستاذ رحمه الله فى تلك ثم عول على الانصراف أخيرا.

ماده (٨٤٧) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته من الدين و لم يردده المديون تصح الهبة و يسقط عنه الدين في الحال

قيد عدم رد المديون لا محل له أصلاً، و تحرير هذا البحث ان هبه الدين اما ان تكون للمدين أو لغيره فان كانت لغيره فهي هبه محضه يلزمها القبول كما يلزمها القبض و الا فلا اثر لها بدونها كما تنص عليه المادة الآتية، و ان كانت للمديون فهي على نحوين لان الواهب يقصد تاره إسقاط الدين و إبراء ذمته منه و لا تكون له حاله منتظره بل يوقعه ناجزا فهذا إبراء و إسقاط محض و ان وقع بصوره الهبه و لا اثر للرد و القبول في هذه الصوره أصلاً لأن حقيقته إيقاع لا عقد و الإيقاعات تتحقق معانيها بمجرد إنشائها ان صدرت من أهلها و في محلها. و تاره يكون صميم قصده الهبه بمعنى انه يريد ان يملكه الدين الذي له عليه كما يملكه للغير و ينتظر قبوله و عدمه فهذه هبه محضه بأى عباره وقعت، و هذا موضع ما يقال (ان العقود تابعه للقصود) و فيه يكون مجال للرد و القبول فان قبل المديون صح العقد و تمت الهبه لأن ما في الذمه مقبوض حقيقه أو كالمقبوض و ان رد لم يقع شىء و بقى مشغول الذمه بالدين ففي الاولى لا موضع للرد و القبول بخلاف الثانيه و لا صوره ثالثه في المقام.

و في هذه ماده خلل من وجهين (الأول) ان ظاهرها عدم لزوم القبول في هذه الهبه و لكنها ترد بالرد و هذا تهافت و كجمع بين المتنافيين (الثاني) انها جعلت الإبراء كالهبة في انها تبطل بالرد مع ان الإبراء إيقاع كما عرفت و لا معنى للرد و القبول أصلاً و كان أرباب المجله اعتبروا

هبة الدين للمديون ذات وجهين فمن وجه هي ترد بالرد و من أخرى إبراء فلا تحتاج الى قبول، و قد ظهر ان المدار على قصده اما هبة أو إبراء و هما معنيان متغايران و المرجع في تشخيص أحدهما ما يظهر منه من حال أو مقال فتدبره جيدا.

و على كل حال فبعد القبول يشتركان في سقوط الدين حالا كان أو مؤجلا

ماده «٨٤٨» من وهب دينه الذي هو في ذمه أحد لآخر و اذنه صراحه بالقبض

بقوله اذهب فخذة فذهب الموهوب له و قبضه تتم الهبة، يعنى و تبرأ ذمه المديون من دائته و هي أشبه ما تكون بالحواله و ان فارقتها من بعض الوجوه.

ماده (٨٤٩) إذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة،

يعنى لا- ينتقل حق القبض إلى ورثة الموهوب له لان المال قد انتقل إلى ورثة الواهب و ليسوا هم الواهبين كما ان ورثة الموهوب له غير موهوب لهم حتى يعتبر قبولهم أو قبضهم، نعم لو جعلنا القبض بعد اذن الواهب حقا لا- حكما أمكن القول بانتقاله إلى ورثة الموهوب و لا يضر انتقاله إلى ورثة الواهب فإنه قد انتقل على هذه الصفة و لكنه مشكل

ماده (٨٥٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم،

حال الولد الكبير حال غيره من رحم و غيره في اعتبار القبض و عدم صحه الهبة بدونه و لكن الهبة إلى الصغير و المجنون لا يخلو اما ان تكون من غير الولى فلا تصح الا بقبض الولى. و اما ان تكون منه لأحدهما و هي فى يده و حينئذ فيكفى قبضه و لا حاجه الى تجديد قبض.

و لكن الأصح اعتبار تجديد القصد بان يقصد بان الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له و اما إذا و هبه ما ليس فى يده فلا إشكال فى اعتبار قبضه فلا يصير ملكا للصغير حتى يقبضه و ليه الواهب، عنه، و الى بعض ما ذكر أشارت ماده (٨٥٢) إذا و هب أحد شيئا لطفل تتم الهبه بقبض و ليه أو مربيه.

و لا فرق عندنا فى ذلك بين المميز و غيره و ان لم يكن من البعيد كفايه قبض المميز و لا سيما بإذن و ليه.

ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال و هبتك الشىء الفلانى فى رأس الشهر الآتى لم تصح.

يظهر ان مرادهم بالهبه المضافه- الهبه المعلقه على وصف محقق الوقوع ك رأس الشهر الآتى أو عند طلوع الشمس أو على شرط غير معلوم الحصول مثل ان جاء و لى من السفر يوم الجمعة، أو إذا عوفى مريضى و نحو ذلك، و قد مر عليك غير مره ان التنجيز عندنا شرط فى جميع العقود لازمها و جائزها و ان التعليق مفسد للعقد مطلقا، و عليه فان كان الشرط فى الهبه ينافى تنجيزها بطل الشرط و تبطل الهبه أيضا الا من جهه ان الشرط الفاسد يفسد العقد إذ ليس المقام منه و لكن لفقد شرط العقد و هو التنجيز، اما الشرط بذاته فليس بفساد و انما فسد من هذه الناحيه، و ان كان غير مناف لتنجيزها و هى لازمه لزوم الشرط أيضا و ان كانت جائزه كان الشرط تابعا لها، و لزوم الهبه المشروطه بالعرض انما هو الدليل الخاص و الافحقها ان تكون جائزه هى و العوض.

و من هنا قد تشبته الشروط بين ما ينافى التنجيز و ما لا ينافيه مثلا لو قال وهبتك كتابي هذا بشرط ان يعود لى بعد وفاتك أو لورثتى أو قال وهبته لك بعد وفاتى فإن جعلناه وصيه صح لان طبع الوصيه التعليق على الموت اما الهبه فيشكل فيها ذلك كما ان الاسقاط و الإبراء لا- يحتمل شيئا من التعليق أصلا فلو قال أنت برى ء من دينى بعد موتى لم يصح قطعا لأن الإبراء إيقاع كالتعق و الطلاق و لا يصح التعليق فيهما اتفاقا نعم صح ذلك فى خصوص التدبير لدليله الخاص و لا يقاس عليه و على مناسبه ذكر الشروط فى الهبه ذكرت «المجله» الهبه بشرط العوض أى الهبه المعوضه فى ماده (٨٥٥) تصح الهبه بشرط العوض و يعتبر الشرط و قد انبأناك من قريب ان العوض فى الهبه يلزم عندنا ان يكون لنفس الهبه فلو جعله للموهوب كان اما هبه فاسده لأن حقيقه الهبه التملك المجانى أى تملك الموهوب بلا عوض له فلو شرط العوض له كان شرطا منافيا لطبيعته العقد فيبطل هو و العقد، و اما بيعا فاسدا بناء على عدم جواز استعمال صيغه عقد فى عقد آخر أى فى إنشاء حقيقه عقد آخر اما أرباب «المجله» فيظهر منهم انهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعا لأ- كثر فقهاءهم فيكون كما صرح به بعضهم هبه فى البدايه و بيعا فى النهايه و يعتبرون فيها التقابض فى المجلس و الاذن بعده و يسحبون عليها جمله من خصائص البيع كالشفعه و خيار الرؤيه و جمله من الخيارات العامه كخيار العيب و نحوه و كل ذلك لا يستقيم على مذهب الإماميه من ان المعوضه هبه محضه لا تخرج عن طبيعه الهبه

بالتعويض نعم لا ريب في اعتبار التقابض فيها من الجانبين فلو أقبض أحدهما و لم يقبضه الآخر كانت جائزه و لو تقابضا لزم من الجانبين و هو اى العوض المقبوض أحد أسباب لزوم الهبه و سيأتى بقيه الملزومات و عليه يبنى الأمثله التى ذكرت فى المتن و هى: مثلا- لو وهب أحد لآخر شيئا بشرط ان يعطيه كذا عوضا أو يؤدى دينه المعلوم المقدار إذا راعى الموهوب له الشرط و الا فللواهب الرجوع عن الهبه، و كذلك لو وهب أحد عقارا مملوكا لآخر بشرط ان يقوم بنفقات الواهب الى وفاته ثم ندم و أراد الرجوع عن الهبه و استرداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيا بإنفاقه وفق ذلك الشرط.

و الموهوب له يملك الموهوب بمجرد دفع العوض ان كان عينا أو عملا دفعا اما لو كان تدريجيا كالإنفاق و عدم الطلاق لو وهبته صداقها و اشترطت عدم طلاقها فإنه يملك الموهوب من حين شروعه بالعمل و تبقى الملكيه مراعاها بإتمامه فيكون ملكا متزلزلا- كالمبيع بالخيار فإن أتم لزم و الا كان له حق الرجوع فلو طلقها استردت المهر منه، و لو مات الموهوب له المشروط عليه الإنفاق على الواهب الى حين موته و جب على ورثته ان يقوموا مقام أبيهم فى الإنفاق عليه لانه حق مالى تعلق بدمه مورثهم كدين من ديونه فيجب عليهم تفرغ ذمته منه فان لم يفعلوا كان للواهب ان يرجع بهبته و يدفع لهم ما استوفاه من النفقه الماضيه و يسترد منهم قيمه ما استوفاه مورثهم من المنافع هذا ما تقتضيه القواعد فى هذا الفرع و أمثاله و قد غفل بعض الشراح عن ذلك فقال: و إذا توفى

الواهب يتعذر على الموهوب له أداء العوض و يكون القيام بذلك خارجا عن إمكانه و درجه اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمه ما صرف عليه و يسترد ملكه على ما ارى و ان كان لا نص على ذلك بدليل ان الموهوب له إذا اشترط على نفسه إعطاء عوض مقداره عشر ليرات فاعطى بعضه و تمنع من دفع الباقي فقد قال الفقهاء بان للواهب استرداد الموهوب و رد العوض المقبوض، انتهى.

و قد أخطأ الرجل القياس و قاس مع الفارق فان في صورته الموت ينتقل الحق إلى تركته و يجب على ورثته إخراجه منها و يقوم كل واحد منهم بقسطه فإذا امتنع أو امتنعوا و لم يمكن جبرهم جاءت قضيه الرد و الاسترداد كما في صورته الامتناع التي ذكرها، اما في صورته الإمكان و عدم الامتناع فيجب الوفاء بالعقد و شروطه و لا يجوز الفسخ و إذا امتنعوا أو امتنع هو فعلوا حراما، و أوجبوا للآخر خيارا فكيف يقاس هذا بذاك و هكذا حكم بقيه ما ذكره من الأمثله مثل ما لو ظهر مستحقا فان اللازم اما دفع المثل أو القيمة و المحافظه على العقد و شروطه و مع الامتناع فالاسترداد، و من الغريب انه عقب ذلك بقوله: و ليس لورثه الموهوب له ان يطلبوا بقاء الهبه و الإنفاق على الواهب من مالهم الى حين وفاته لأنهم لم يتفقوا معه في الأصل، انتهى و قد عرفت انه هو المتعين و لا يصح غيره مع إمكانه و الإنفاق يكون من التركة لا من أموالهم و لو امتنعوا يلزمون به و قوله لأنهم لم يتفقوا معه في الأصل واضح الضعف بان الاتفاق مع مورثهم يسرى مفعوله

إليهم بل الى تركته نعم لو لم يكن له تركه فلا- حق على الورثه و يتعين التراد و الحقوق الماليه على المورث أو له تنتقل الى الوارث أو عليه، فلو اشترى دارا فيها خيار للبائع و مات انتقلت الدار للورثه و فيها خيار للبائع فلو فسخ يستردها منهم و ان كان الإنفاق لم يكن معهم و هكذا نظائر ذلك و ما نحن فيه من هذا القبيل.

الباب الثاني فى بيان شرائط الهبه

اشاره

أركان الهبه التى تتحقق بها كما سبق- الواهب- الموهوب له- المال الموهوب- عقد الهبه- و حسن التحرير يقتضى ذكر شرائط كل واحد منها متميزا عن الآخر و لكن (المجله) داخلت بعضا ببعض و تحرير البحث هنا على الإيجاز، انه يشترط فى الواهب مضافا الى الشروط العامه من العقل و البلوغ و الرشد و عدم الحجر و الخلو من مرض الموت عند جماعه و القصد و الاختيار- ان يكون حرا مالكا أو مأذونا منه فلو وهب العبد أو مال الغير وقف على الإجازة، اما الموهوب له فلا يشترط فيه العقل و لا البلوغ و لا الحريه و لا الرشد بل تصح الهبه لفاقدها و يقبل عنهم الولى أو المولى و لا عبره بقبول المجنون أو الطفل أو السفیه أو الساهى أو المكروه و لا بقبضه، و أهم الشروط فى الموهوب له ان يكون موجودا حال الهبه فلا تصح للمعدوم الذى سيوجد و فى صحتها للجنين اشكال و لا يبعد الصحه مع قبول الولى و قبضه كالوصيه له.

(اما الموهوب)

فيشترط ان يكون موجودا فى العين أو فى الذمه

و ان يكون مالا- متقوما مملوكا مقدورا على قبضه لا حق فيه للغير من رهن و نحوه معيناً أو متعينا لا مجهولا مطلقا أو لا واقع له فلا- يصح وهبتك شيئا أو مالا و يصح وهبتك ما فى الصندوق أو صاعا من صبره أو أحد هذين الثوبين و يتعين بالقبض اما المشاع فسيأتى.

(اما عقد الهبة)

فيتقوم بالإيجاب و القبول و يشترط فيه القبض و التنجيز، هذا ما يقال فى هذا المجال، و إذا عرفته و نظرت ما فى المجله يتضح لك قصور البيان و ضعف التحرير فيها و عدم الاستيفاء و قد قدمت بعض شرائط الموهوب فى ماده (٨٥٦) يشترط لصحة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة و مدركه واضح فان المعدوم المطلق لا يجرى عليه تملك و لا تملك و لا غيرهما من الاحكام الا فى موارد مخصوصه يتحقق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات، بناء عليه لا- تصح هبه عنب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد، ماده (٨٥٧) يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب، بناء عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح و لكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح ماده (٨٥٨) يلزم ان يكون الموهوب معلوما و معيناً بناء عليه لو وهب أحد من المال شيئا أو من الفرسين أحدهما لا على التعيين لا تصح.

اعلم ان الهبة ليست كالبيع فى لزوم المعلوميه التامه للمبيع و ارتفاع الجهاله عنه من كل جهه بل حالها فى ذلك أمر بين الأمرين فلا تصح الجهاله المطلقه و لا تلزم المعلوميه التامه و لما كان هبه شىء أو مال من المجهول المطلق لم يصح و لكن هبه عبد من عبيدين و لا سيما إذا كانا

متساويين من جميع الجهات أو ثوب من ثوبين كذلك فحيث ان الجهاله المطلقه مرتفعه و لا غرر فى البين إذ ليست الهبه من عقود المعاوضات و لو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوى فالقاعده تقتضى صحه أمثال هذه الهبات و انما لم يصح مثل ذلك لدليل خاص من إجماع و نحوه، على ان أرباب «المجله» صححوا نظيره حتى فى مثل البيع كما سبق فى محله، و لو قيل بعدم الصحه فلا فرق بين ان يقول أيما أردت من هذين الفرسين أو قال وهبتك أحد هذين الفرسين و إذا كان التعيين مصححا للهبه فليكن مصححا لها فى الصورتين و الا- فالفرق بينهما فى الحكم تحكم؟؟؟؟؟ غير فارق كما ان قبول التعيين فى المجلس دون خارجه تحكم آخر و الكل بلا دليل (و الحق) ما عرفت من الصحه فى الجميع بعد القبض سواء كان فى مجلس الهبه أو فى خارجه مع الاجتماع أو بعد المفارقه و كل تلك التفاصيل استحسنات لا تركز على وجه مستحسن هذا كله فى هبه الأعيان أو المنافع لو قيل بصحه هبتها، اما هبه الديون فلا إشكال فى صحه هبه المجهول منها فلو كان له دين على إنسان لا يعلم مقداره صحت هبته لأنه بمنزله الإبراء بل لو وهبه لآخر صح بعد قبضه ان كان المديون يعرف قدره و إلا صالحه عليه و صار بمنزله الحواله.

و هذا كله سهل لا عقده فيه انما الاشكال و العقده عند الفقهاء من الفريقين (فى هبه المشاع) فممنع بعضهم منه لعدم إمكان القبض حتى مع اذن الواهب لمكان مزاحمه الشريك فلا يتمكن المتهب من الاستيلاء

التام عليه و لا قبض بدونه، و تحرير المقام بحيث تتضح الأقسام و يتميز موضع الاشكال منها من غيره- ان الهبه فى المشاع اما ان تكون لحصه مشاعه أو للحصه المشاعه- و الأول اما ان تكون العين فى يد الموهوب له بإجاره أو عاريه أو نحوهما أو لا تكون فى يده و فى الأول لا إشكال فى صحه هبته لتحقق القبض و الاستيلاء حسب الفرض كما لا إشكال فى الثانى إذا أقبض الواهب تمام العين للموهوب له و لو باعتبار جعله كوكيل أو أمين على الحصه الباقيه. و أما الثانى و هو هبه الحصه المشاعه فإن كانت العين فى يد الموهوب له أيضا فلا اشكال و كذا لو كانت بأجمعها فى يد الواهب فسلطه عليها و لو بإذن الشريك، اما لو كانت بيدهما معا كما هو الغالب فى المشاع و لعل هذا هو موضع الإشكال فى عدم إمكان القبض و الاستيلاء التام و لكنه لا يخلو من حالين بعد اذن الواهب بالقبض بالنسبه إلى حصته الموهوبه- اما ان يأذن الشريك أيضا فيقوم المتهب مقام الواهب و تكون يده بموضع تلك اليد منضمه إلى يد الشريك و لا يعتبر فى القبض أكثر من هذا فلا ينبغى الإشكال فى صحته- و إما أن لا يأذن و يمنع الموهوب له من الاستيلاء على حصه شريكه الواهب فالهبه هنا و ان لم تتحقق لعدم تحقق القبض و لكن علاج هذا هو العلاج فيما لو امتنع الشريك من تمكين شريكه أليس هو الحاكم فيجبره اما على القسمة أو البيع أو غير ذلك مما هو محرر فى محله و منع الموهوب له فى الحقيقه منع لسلطه الواهب عن التطرف فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم- و هو كما لو باع و منع المشتري فلا بد

لرفع هذا العدوان من الرجوع الى الحاكم وقوه السلطان و الا بقيت الهبه معلقه حتى يحصل القبض، نعم قد يقال ان الاشكال فى هبه المشاع ليس من هذه الناحيه بل من جهه ان هبه المشاع بجميع اقسامه لا يحصل فيه القبض المعبر فى الهبه و هو السلطنه المطلقه من غير مزاحم و لما كان المشاع ليس لأحد الشريكين فيه تلك السلطنه لمزاحمه كل منهما للآخر و تصرف كل منهما مقيد برضا الآخر فلا يصح هبته لعدم إمكان ذلك القبض المعبر- و لكن هذه الدعوى مدفوعه بإطلاق أدله القبض و ان قبض كل شىء بحسبه، و كونه بحيث لا- يتصرف شريكه إلا بإذنه نحو من السلطنه و لا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاص بل الإطلاقات تدفعه و لم يذكروا ذلك فى شىء من المعاملات التى يعتبر فيها القبض كالوقف و السلم و غيره.

(و القصارى) أن عقده هذه الاشكال تنحل بكلمه واحده و هى ان هبه المشاع يعتبر فيها اذن الواهب و اذن شريكه فان اذن و الا أجبره الحاكم «و انتهى كل شىء».

و كان على المانع ان يقولوا ان هبه المشاع لا تصح إلا بإذن الشركاء جميعا بقبضه الا ان يمنعوا من صحته مطلقا.

ثم لا فرق فيما ذكرنا من صحه هبه المشاع بين ان يكون قابلا للقسمه أم لا منقولاً أم لا يهبه لواحد أو أكثر من واحد لصغير أو كبير رحم أو لا و الإشاعه بين اثنين أو أكثر و قد أطال بعض الشراح و أسهب فى هذه التقاسيم و صحح بعضا و كله تطويل بلا طائل و ملاك المسأله ما ذكرنا

فتدبره و اغتتمه فلعلك لا تجده فى غير هذه المهارق و المنه لله وحده

ماده (٨٥٩) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغاً

بناء عليه لا تصح هبه الصغير و المجنون و المعتوه أما الهبه لهؤلاء فصحيحه.

تقدم ذلك بل لا- حاجه الى ذكره لأنهما من الشرائط العامه المعتره فى تمام العقود بل و الإيقاعات أما المجنون فلا قصد له غالباً و اما الصغير فلا اثر لقصده إلا إذا كان مميزاً فيصح بإذن وليه، و من الغريب هنا ان بعض الشراح صرح هنا بكفايه عقل السكران الذى شرب الخمر فقال انه كاف لأهليه التصرف بالهبه و هو كما ترى و عدم تعرض المجله للسكران و تخصيص عدم الصحه بالصغير و المجنون و المعتوه يشعر بذهابهم إلى صحه هبه السكران و نحن نترك التعليق عليه للصحاح من أرباب العقول لا للسكرارى و المجانين.

ماده (٨٦٠) يلزم فى الهبه رضا الواهب فلا يصح بالجبر و الإكراه.

هذا أيضاً من الشرائط العامه التى كان الأولى ذكرها فى محل واحد و الاستغناء عن إعادتها فى كل عقد و معامله نعم لو أجبره على الهبه ثم رضى بعد الإكراه أمكن القول بالصحه على تأمل شعر به متن المجله فليتأمل.

و قد اقتصرت على هذا المقدار من الشرائط و أهملت كثيراً منها فتدبره

الباب الثالث (فى بيان أحكام الهبه،

اشاره

و يشتمل على فصلين)

الفصل الأول فى [بيان الرجوع عن الهبه]

اشاره

يعنى فى جواز الهبه و لزومها، و لعلك عرفت كما ان الأصل فى عقود المعاوضات المبنيه على التغابن هو اللزوم الا- ما خرج بالدليل- فكذلك الأصل فى عقود المجانيات هو الجواز الا ما خرج، و كما ان أشهر عقود المعاوضات اللازمه و أهمها هو البيع و كل فرد يشك فيه انه وقع جائزا أو لازما يبنى على لزومه و كذا لو شك فى حكم نوع منه شرعا يعنى ان الأصل هو اللزوم سواء كانت الشبهه مصداقيه أو حكميه فكذا أهم و أشهر العقود المجانيه هو الهبه و هى عكس البيع فكل نوع منها يشك ان حكمه اللزوم أو الجواز و كل فرد يشك انه من الجائز أو اللازم يبنى على جوازه للأصل فاصل الهبه بعد تحققها بالقبض هو جواز الرجوع الا ما خرج باليقين كما ان الأصل فى البيع بعد تحققه بمجرد العقد هو اللزوم الا ما علم خروجه، و هذا أهم ما فى هذا الفصل و قد ذكر ماده (٨٦١) يملك الموهوب له الموهوب بالقبض.

توطئه لما بعده و الا فهذا الحكم قد تقدم فى ماده (٨٤١) و ما بعدها و من لوازم عدم الملكيه إلا بالقبض ان المنافع الحاصله ما بين العقد و القبض هى للواهب و له المنع من القبض و العدول إذا الموهوب لا- يزال فى ملكه لرحم كانت الهبه أو لغيره و لو توفى أحدهما قبل القبض بطل العقد و انتقل المال إلى ورثه الواهب فلو وافقوا على الهبه فلا بد من عقد جديد، و للواهب التصرف بالعين قبل القبض كيف شاء و كل هذا و نظائره متفرع على عدم تأثير العقد أى أثر سوى صلاحيته للحقوق القبض فتحصل الملكيه نقلا لا كشفا بخلاف إجازة الفضولى على المشهور عند المحققين، و مما ذكرنا يتضح ان هذه ماده بمدلولها تغنى عن ماده (٨٤٢) للواهب ان يرجع عن الهبه قبل القبض بدون رضا الموهوب له.

بل فى الحقيقه لم يحصل شىء ناجز حتى يحتاج الى الرجوع و انما هو أى العقد استعداد كما عرفت فرجوعه و عدمه سواء من حيث الأثر الفعلى و عدم القبض و الإقباض يغنى عن الرجوع فلا- حاجه أيضا الى ماده (٨٤٣) نهى الواهب عن القبض بعد الإيجاب رجوع فإن الإيجاب بل و مع القبول لم يؤثر شيئا حتى يكون النهى رجوعا و انما الحاصل هو الاستعداد و هو باق حتى مع النهى عن القبض فلو اذن له بالقبض بعد ذلك فقبض تمت الهبه، نعم موضع الرجوع حقيقه بعد العقد و القبض فى الهبه الجائزه كما فى ماده (٨٤٤) للواهب ان يرجع عن الهبه و الهديه بعد القبض برضا الموهوب و القيد الأخير عندنا مستدرك بل

فى غير مواضع اللزوم مطلقا رضى الموهوب له أم لا- و لو كان منوطا برضاه لكانت من العقود اللازمه كالبيع و قد عرفت ان طبيعتها الجواز عكس البيع و يدل عليه الحديث المشهور [الواهب أحق بهبته ما لم يشب عنها] و أخبارنا به مستفيضه، و الرجوع الى الحاكم كما فى المجله.

و ان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم و للحاكم فسخ الهبه ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التى ستذكر فى المواد الآتية و ان كان مانع فلا يفسخ- فضله مستغنى عنه فان تشخيص كونها هبه لازمه أو جائزه واضح لا حاجه فيه الى الرجوع الى الحاكم و أسباب اللزوم محصوره معلومه كما سيأتى بيانها و قد تقدم بعضها و لا خصومه حتى تحتاج إلى حكمه فالهبه ان كانت جائزه جاز الرجوع للواهب فيها رضى الموهوب له أم لا- حكم الحاكم أم لم يحكم فإنه حكم كلى الهى و ليس من التطبيقات الشخصيه التى تتوقف على حكم الحاكم، و كأن أرباب المجله لم يتميز عندهم مورد حكم الحاكم عن حكم الشارع فاشتبه عليهم الأمر أو بالأحرى- لم يتضح لهم الفرق بين الفتوى و القضاء و ان كانت لازمه اى واجده لبعض أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا حكم للحاكم.

أفليس من الغريب مع هذا قولهم فى ماده (٨٦٥) لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم و قضائه و بدون رضا الموهوب له يكون غاصبا و بهذه الصوره لو تلف أو ضاع فى يده يكون ضامنا.

وقد عرفت ان حكم الحاكم أجنبي في المقام ولا محل له أصلا وان المدار على نوع الهبة فإن كانت جائزه له الرجوع و يأخذه قهرا من الموهوب له لأن الملكيه رجعت له ولا ضمان أصلا حكم الحاكم أم لا، وان كانت لازمه لم يجوز له الرجوع الا برضا الموهوب له فيكون من قبيل الإقالة و لو أخذه بدون رضاه كان غاصبا و ضامنا لانه ملك للموهوب له حكم الحاكم أيضا أم لا- هذا هو العلم المشذب. و ما ذكرته المجله هنا و بعض شراحها محلول العرى مشبع بألوان الضعف و الركاهه،، ثم إذا رجع الواهب في موضع الجواز فهي ملكيه جديده لا فسخ للملكيه السابقه و لذا يسترجع نفس العين دون منافعها فإنها للموهوب له، و سيأتي توضيح ذلك

و قد شرعت (المجله) في ذكر أسباب اللزوم

إشاره

و قد تقدم بعضها و هي أمور

(الأول) هبه ذى الرحم

كما في ماده «٨٦٦» من وهب لأصوله و فروعه أو لأخيه و أخته أو لأولادها أو لعمه و عمته شيئا فليس له الرجوع.

و هذه الضابطه مع طولها مختلفه و كان الأصح جعل العنوان هبه ذى الرحم كما في الحديث المشهور (إذا كانت الهبه لذي رحم محرم لم يرجع فيها) فيشمل الخال و الخاله و أولادهم و الجد و الجده و أخواتهم و فى اخبار أهل البيت سلام الله عليهم (الهبه و النحله يرجع فيها ان شاء الا- لذي رحم) و لا- يختص عندنا بالمحرم بل يعم كل ما يصدق عليه القرابه و الرحم عرفا محرما أو غير محرم لوجود لفظ القرابه فى بعض الاخبار و لا فرق فيه بين الصغير و الكبير بل و المسلم و الكافر لإطلاق

«الثانى» الزوجيه

كما فى ماده (٨٦٧) لو وهب كل من الزوج و الزوجه صاحبه شيئاً حال كون الزوجيه قائمه بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع. فعنوان الزوجه يستوجب لزوم الهبه و ان لم يكن بينهما قرابه ففى اخبارهم سلام الله عليهم «لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأه فيما تهب لزوجها حيزاً و لم يحز أ ليس الله تعالى يقول وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً، و قال تعالى فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» و المراد حازها الواهب فلو وهبها شيئاً قبل ان يقبضه أو قبضته هى بإذنه لم يجز له الرجوع و لا- فرق فيهما بين الكبير و الصغير و العاقل و غيره و المسلم و غيره للإطلاق أيضاً و لا يبعد لحوق المطلقه الرجعيه بها دون البائنه،

«الثالث» التعويض

و قد سبق مفصلاً فى ماده (٨٥٥) و اعاده هنا ماده «٨٦٨» إذا اعطى للهيه عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع. و المذكور سابقاً شرطيه العوض و الملحوظ هنا الأعم إذ لا فرق فى اللزوم بين ان يشترط العوض فى الهبه الأولى أو يكون ابتداء من الموهوب له من غير شرط عليه كما لا- فرق بين وقوع الثانيه بنحو الهبه أو العطيه أو غيرهما و لكن يلزم فى الجميع قصد العوضيه أى قصد ان دفع هذا المال أو العمل عوض للواهب عن هبته فلو أعطاه لا بقصد العوضيه لم تصر لازمه بل له الرجوع فيها، و مع قصد التعويض و التقابض من الطرفين فقد لزمنا معا و ليس لأحدهما

الرجوع فيما اعطى بدون رضا نعم لو رضيا صح و كان نظير الإقالة فى البيع، و لا مانع ان يشترط الواهب ان يعوضه الموهوب و لو ببعض هبته فضلا عما لو عوضه بشىء منها بدون الشرط و يجرى عليها بعد التقابض حكم الهبة المعوضه، نعم لا محل و لا معنى للزوم فيما لو اشترط عليه ان يعوضه بها أجمع لأنه راجع الى الجواز أو الفسخ، ثم لا فرق فى العوض بين ان يكون من مال الموهوب له أو من غيره كما نصت عليه (المجله) بقولها: فلو اعطى للواهب شيئا على ان يكون عوضا لهبته فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له أو الغير اما عدم رجوع الواهب و الموهوب بعد التقابض فواضح، انما الكلام فى الغير لو دفع العوض فهل له الرجوع على الموهوب له بعوض ما دفع؟ و التحقيق ان دفعه ان كان بغير طلب المتهم و لا- باذنه فلا إشكال فى عدم استحقاق الرجوع عليه بالبدل لانه متبرع و اما لو كان بطلبه أو بإذنه فإن طلب منه التبرع صراحه فلا رجوع أيضا و الا فله حق الرجوع و هذا الحكم مطرد فى كل من دفع مالا- عن غيره سواء كان مما يطلب بالحبس و الملازمه كالديون و نفقه الزوجه أو كان مما لا يطلب بذلك كالزكوات و الكفارات و النذور و نحوها.

و سواء كان مما جرت العاده برجوعه أم لا فإن الأصل فى دفع المال عن شخص بطلبه ضمانه لأصالة احترام مال المسلم الا ان يتبرع به صريحا فيسقط حرمة، و التفاصيل المذكوره هنا فى كتب القوم لا تعتمد على دليل.

ماده (٨٦٩) إذا كان الموهوب أرضاً وأحدث الموهوب له فيه بناءً أو غرس شجراً أو حصل للموهوب زيادة متصله

إشارة

مثل كونه حيواناً ضعيفاً و سمن بتربيته الموهوب له أو تبدل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطه و جعله دقيقاً فليس للواهب الرجوع و اما الزيادة المنفصله فلا تمنع من الرجوع.

(هذا هو السبب الرابع) من أسباب اللزوم و عدم الرجوع و حقه ان يعنون بعنوان التصرف و التغيير، و هى من المسائل الخلافية عند فقهاءنا بل و عند غيرهم فى الجملة، و تحرير البحث فيها- ان العين الموهوبه اما ان تتغير عند الموهوب له عما كانت عليه عند الواهب أو لا- و التغيير اما ان يكون زياده أو نقيصه و كل منهما اما ان يكون زياده أو نقيصه متصله أو منفصله و المتصله سوقيه أو عينيه و العينيه اما ان تكون بفعل الواهب أو الموهوب له أو أجنبى أو سماوى فالزياده السوقيه أو النقيصه و ان حصلت فى ملك الموهوب له و لكن لا- ينبغى الإشكال فى انها غير مانعه من الرجوع أصلاً- لأن معيار صحه الرجوع عندنا هو معيار الرجوع فى باب خيار العيب و هو كما فى الاخبار هنا و هناك كون المال الموهوب أو المبيع قائماً بعينه و لا اشكال ان ارتفاع قيمه و هبوطها لا يمنع صدق كونها قائمه بعينها كما لا إشكال فى ان الزيادة و النقيصه العينيه تمنع من ذلك سواء كانت بفعل إنسان مطلقاً أو بسبب سماوى، و اما إذا لم تتغير فاما ان يكون قد تصرف بها بما لا يوجب التغيير.

كر كوب الدابه و ليس الثوب و مطالعه الكتاب أولاً و الثانى هو القدر

المتيقن لجواز الرجوع كما لا- ينبغي الإشكال فى صحه الرجوع فى الأول أيضا لصدق كونها قائمه بعينها و اما المنفصله فإن أوجبت تغيير العين كما لو هزلت الدابه بالولاده فلا رجوع و ان لم توجب التغيير صح الرجوع لأنها قائمه بعينها كما فى (المجله) فلو حملت الفرس التى وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبه لكن له الرجوع بعد الولاده و بهذه الصوره يكون فلوها للموهوب له.

اما الأقوال فى أصل مسأله التصرف فهى عندنا ثلاثه (١) مطلق التصرف مانع من الرجوع حتى مثل لبس الثوب و ركوب الدابه و لعل مدركهم ظواهر الأخبار المانعه من الرجوع بالهبه مثل (الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه) التى لا محيص من حملها على الكراهه و الا لزم كون الهبه مطلقا لازمه حتى مع عدم التصرف فالدليل أعم من المدعى مضافا الى كونه مصادما للضروره فى أن الأصل فى الهبه الجواز (٢) بعكسه و هو ان مطلق التصرف لا- يمنع الرجوع و لعل مدركهم استصحاب الجواز و هو منقطع بالدليل و كلاهما إفراط و تفريط (٣) الوسط و هو خيرها التفصيل بين النافل كالبيع و الصلح و نحوها أو المغير كطحن الحنطه و خياطه الثوب و غرس الأرض أو بنائها دارا و بين ما ليس بناقل و لا مغير كلبس الثوب و نحوه و هذا هو الذى يساعد عليه الدليل و المعيار المذكور فى الاخبار، ففى صحيحه الحلبي إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله ان يرجع فيها و الا فليس.

بقى فى المقام أمور مهمه يلزم التنبيه عليها

اشاره

(١) قد عرفت ان انتقال العين من ملك الموهوب له الى آخر يمنع من الرجوع

كما فى ماده «٨٧٠» إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملكه بالهبه و التسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع. و هذا مما لا- اشكال فيه انما الإشكال لو عادت الى ملكه ثانيا بشراء أو إقاله أو إرث أو غير ذلك فهل يعود جواز الرجوع أم لا وجهان- من ان المانع إذا زال يعود الممنوع و من ان مناط جواز الرجوع بقاء العين فى يد الموهوب له على ما كانت و الفرض هنا انها قد تغيرت صفه ملكيتها «و بعبارة اجلى» ان حق الرجوع كان فى تلك الملكية الحاصلة بالهبه و قد زالت و هذه ملكيه جديده لم يتحقق فيها حق الرجوع لأحد، و بعبارة ثالثه أو وجه آخر ان الواهب له حق الرجوع فى الملكية التى نشأت منه و هذه ملكيه.

اخرى لا- سلطه له عليها، و من هنا ذهب السيد الأستاذ قدس سره الى المنع من الرجوع و لكن اللازم بين ما إذا كانت الملكية العائده هى الأولى كما فى الإقاله و الفسخ فله الرجوع، و بين ما لو كانت غيرها كسواء و نحوه فلا رجوع، و مع ذلك فالمسأله من أصلها لا- تخلو من نظر لادن رجوع الموهوب الى الموهوب له على حاله يحقق صدق قيام الهبه بعينها المحقق لموضوع الرجوع شرعا و المدار فيه على صدق القيام و العرف ينظر الى تغير العين و عدم تغيرها لا إلى الملكية و تبدلها و عدم تبدلها أما قضيه ان الملكية العائده هى الزائله أم غيرها فلا اثر له فى المقام أصلا بل المدار على صدق القيام و عدمه.

«٢» لو شك ان العين هل تغيرت أم هى قائمه بحالها

اما للشك

فى ان تبدلها من تلك الحال الى الحال التى هى فيه فلا يوجب صدق عدم القيام أو من جهه الشك فى أصل التبدل فالظاهر انه لا رجوع لعدم إحراز تحقق الموضوع و مع الشك فى تحقق الموضوع لا مجرى للاستصحاب نعم يمكن ان يقال ان هذه العين كان يجوز للواهب الرجوع فيها و الآن كما كان و ملك الصفه الزائله ما كانت قيذا فى الموضوع بل هى بسبب الشك كالتغير فى الماء النجس فان زوال التغير لا يمنع من استصحاب نجاسته

(٣) قد يقال ان وطئ الجاربه و ان لم يحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع

بدعوى انه تغيير فى الصفات النفسانيه و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى نعم لو حملت و كانت بكرا فافتضها أو تكرر منه الوطاء كان من التصرفات المسقطه للرجوع لعدم قيامها بعينها، و من هنا يظهر الكلام فى الإجاره فإنها لا تمنع الرجوع لان العين قائمه على حالها و الإجاره لا تغير من العين المستأجره شيئاً حسياً فضلاً عن مثل العاريه و الوديعة، و لو آجر الموهوب له العين الموهوبه ثم رجع الواهب فى الأثناء فهل تبقى الإجاره بحالها و يسترجعها الواهب بعد انقضاء المده أو تنفسخ الإجاره و يسترجعها حالاً أو لا يصح الرجوع أصلاً، و جوه أوجهها الأول لأنه عقد صحيح صدر من أهله فى محله فلا وجه لبطلانه غايته ان الواهب له حق الاسترجاع و مقتضى الجمع بين الحقين ان يسترجعها مسلوبه المنفعه، اما مثل التدبير و المكاتبه فضلاً عن مثل العتق و الرهن أو غرس الأشجار أو بناء الأرض داراً أو مزج العين بمثلها بحيث لا تتميز فلا إشكال فى عدم الرجوع فى الجميع.

«٤» لو باع الواهب بعد الهبه و القبض العين الموهوبه

فإن كانت الهبه لازمه فلا- إشكال فى انه فضولى موقوف على اجازة المتهب و ان كانت جائزه، فقيل يقع باطلا ان قصد به الرجوع عن الهبه و التملك لانه لا بيع إلا فى ملك فلو توقف الملك على البيع- دار- و ان شئت قلت ان السبب الواحد لا يعقل ان يكون مملكا للواهب و ناقلا هذه الملكيه إلى المشتري فيكون عقدا و فسخا، و لكن تصحيحه و دفع هذين المحذوران بان توقف ملكيته على البيع المحقق للرجوع مما لا اشكال فيها فلا يملك الا بالبيع و لكن يكفى فى الملكيه المصححه للبيع اقترانها بالبيع لا- تقدمها و سبقها، و قاعده لا- بيع إلا- فى ملك، لا تقتضى أكثر من لزوم كون البيع مع الملك أعم من كونه سابقا أو مقارنا، توضيح ذلك ان الرجوع فى الهبه كالرجوع فى الطلاق لا يحتاج الى عقد و لا إيقاع بل يكفى فيه القول الدال عليه كما يكفى أى فعل من الأفعال الظاهره فى قصد الرجوع فالبيع الصادر من الواهب بما هو فعل قصد به الرجوع يكون فسخا و مملكا له و بما هو عقد بلحوق القبول يكون ناقلا و مملكا للمشتري فعند شروعه بالإيجاب انفسخت الهبه و رجع ملكا للواهب و عند تماميه العقد إيجابا و قبولا- يعود ملكا للمشتري و ينتقل اليه من الواهب فاندفع المحذوران مع المحافظه على القواعد و اتجه القول بالصحه و له نظائر منها بيع ذى الخيار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ، و منها عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع فى الهبه فتدبره و اغتتمه فإنه من نفائس العلم

(السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العين الموهوبه

كما

نصت عليه ماده [٨٧١] إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محل يعنى ان حق الرجوع قائم بشخص العين فيذهب بذهابها لا- بماليتها حتى ينتقل الى المثل أو القيمه كما فى الفسخ بالخيار بعد تلف العين و لا فرق فى التلف المسقط للرجوع بين كونه سماويا أو بشريا من الواهب أو المتهب أو أجنبى كل ذلك لما تكرر من ان المعيار كون الهبه قائمه بعينها نعم يمكن القول بان تلف البعض لا يمنع حق الرجوع فى الباقي لأنه قائم بعينه و لا يخلو من نظر و الحق هو التفصيل بين ما إذا كان الموهوب متعددا حقيقه كثوب و كتاب فتلف أحدهما لا- يسقط حق الرجوع فى الآخر لأنه قائم بعينه و يرجع فى الحقيقه إلى هبتين و بين ما يكون واحدا بحسب الصدق العرفى و ان كان مركبا ذا أجزاء فى الحقيقه كالثوب الواحد المؤلف من قطعات مختلفه أو متفقه فلو تلف بعض اجزائه سقط حق الرجوع فى الباقي لعدم قيام الهبه بعينها و هى هبه واحده و منه يتضح لك حال نقص العين مطلقا فان المعيار فيه صدق القيام فان انتفى فلا رجوع و الا فحق الرجوع باق و الحكم الكلى واضح و انما الإشكال فى التطبيق و معرفه حال المصاديق و هى التى يقع الشك و الاشتباه فيها غالبا فمثل نسيان الكتابه و أمثالها من الصفات النفسانيه يقع الشك انها مغيره للعين أو لا بل هى قائمه بعينها و منشأ ذلك ان المدار على التغيير الحسى فقط أو الأعم منه و من النفسى و الموارد تختلف و المدار على العرف أو نظر الحاكم ان كان منهم.

و يلحق بالتلف الحقيقى و هو هلاك العين التلف الحكمى و هو انتقالها

بيع أو صلح فضلا عن مثل العتق و الانعتاق بالتنكيل و الأسباب الخاصه المعروفه، نعم يشكل فى مثل التدبير و الكتابه و الأقرب فيها بقاء حق الرجوع فليتدبر، هذا كله فى الهبه الجائزه المجرده عن الشرط اما الهبه اللازمه التى اشترط الواهب فيها خيار الفسخ كما لو وهب قرابته و اشترط ان له الرجوع متى شاء فان له الفسخ حتى بعد التلف و يسترد المثل أو قيمه.

و الفرق بين حق الرجوع المجعول بأصل الشرع فى العين- و بين الفسخ المجعول بشرط الواهب فى العقد ظاهر بعد قليل من التأمل.

«السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض

و لو لأ-جنبى فتلزم الهبه و لا- رجوع لورثه الواهب و لا- له على ورثه المتهب لا-ن الرجوع حكم شرعى لا- حق مالى حتى ينتقل كالخيار و نحوه إلى الورثه أو عليهم و لو سلم كونه حقا فهو قاصر على ذات الواهب و لا- أقل من ان الأصل عدم الانتقال و العين بموت الموهوب له قد انتقلت الى ورثته و قد عرفت ان الانتقال أحد أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا سيما و الورثه ملكوه بالإيرث لا بالهبه، و بهذا يستبين ما فى ماده «٨٧٢» وفاه كل من الواهب و الموهوب له مانعه من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبه إذا توفى الموهوب له كذلك ليس للورثه استرداد الموهوب إذا توفى الواهب

«السابع» كون الموهوب ديناً على الموهوب له

كما فى ماده (٨٧٣) إذا وهب الدائن للمديون منجزاً فليس له الرجوع.

فإنها فى الحقيقه إسقاط و إبراء و يقولون: ان الساقط لا يعود- يعنى إلا بسبب جديد و هذا يطرد فى كل كلى فى الذمه و ان لم يكن قرضاً كئمن مبيع أو وجه إجاره أو نحو ذلك اما لو وهبه لغير المديون و لم يكن رحماً و لا زوجيه فله الرجوع حتى بعد القبض و تخيل انه قد وهبه الكلى و المقبوض المصدق و هو شىء آخر واضح الضعف

«الثامن» ماده (٨٧٤) لا يصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.

و كان الاولى ان يدخل هذا فى الهبه المعوضه فإن الثواب هو العوض و قد استحقه و كتب له فصار بحكم المقبوض و بحكم المعوضه، و لا فرق بين ان يجعلها بلفظ الصدقه و مشتقاتها أو بلفظ الهبه و متفرعاتها كما لا فرق بين كونها على الفقير أو الغنى أو المجهول و على مسلم أو كافر ان تحققت القربه ببعض الجهات.

ماده (٨٧٥) إذا أباح الرجل لآخر شيئاً من مطعماته

فليس له التصرف فيه بوجه مما يتوقف على المالك كبيع و هبه و صلح و لكن له الأكل و تناول من ذلك الشىء و بعد هذا ليس لصاحبه مطالبه قيمته مثلاً إذا أكل أحد من بستان آخر بإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبه قيمه ذلك،، من المعلوم ان الإباحه ليست تمليكا بل هو تسليط على التصرف فيقتصر على مقدار الأذن و الرخصه فلو اذن له بجميع التصرفات حتى الناقله كان من قبيل المعاطاه عند القائلين بالإباحه و الاشكال هناك يأتى هنا بالأولى. و لو رخصه على

نحو مخصوص و تصرف معين معين و ليس له التجاوز فلو تجاوز كان باطلا و لما كانت قرينه الحال فى إباحه المطعومات ظاهره فى إرادته إباحه الأكل خاصه تعينت كالمدعوين فى الولايم و نحوها و لا يجوز غير الأكل من التصرفات و له نظائر قد تقدم بعضها فليراجع و منها ما فى ماده (٨٧٦) الهدايا التى ترد فى الختان و العرس تكون لمن ترد باسمه من المختون و العروس و الولد و الوالده و ان لم يذكر أنها وردت لمن و لم يمكن السؤال عنها و التحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلد و عاداتها يعنى إذا خصها المالك اختصت و الا فالمتبع هو العرف الخاص و على كلا التقديرين فهى من مصاديق التملك المجانى و لا إشكال فى هذا انما الإشكال أنها هل هى من الهبه الجائزه التى يجوز الرجوع فيها و الحكم بذلك و لا سيما مع تبنى العرف على عدم الرجوع فيها مشكل و الحكم بلزومها مع عدم وجود أحد الأسباب الملزمه أشكال فالمسأله تحتاج الى مزيد دقه و تأمل.

و نظير هذا الهدايا المرسله الى المسافرين عند قدومهم أو منهم الى أصدقائهم و أقربائهم و أمثال ذلك و هو كثير و منه ما يعطى بعنوان الاعانات و المساعدات فان الجميع تملكات مجانيه و حالها من حيث جواز الرجوع و عدمه ما عرفت.

الفصل الثانى فى (هبه المريض)

يعنى مرض الموت التى تتوقف فيه تصرفات المريض المجانيه الزائده على الثلث على اجازة الورثه عند كثير من الفقهاء و عند آخرين تنفذ من حينها و لا تتوقف و المسأله مشهوره و محرره فى محالها من كتب الفقه ككتاب الحجر و الوصيه و الغرض هنا ذكر ما يتعلق بالهبه لأنها من أشهر التصرفات المجانيه و أكثرها وقوعا.

ماده (٨٧٨) إذا وهب من لا- وارث له جميع أمواله لأحد فى مرض موته و سلمها فيصح بعد وفاته و ليس لأمين بيت المال المداخله فى تركته.

الهبه فى مرض الموت كالهبة فى غيره لا- تخرج عن حقيقه الهبه و لا- ترجع إلى الوصيه كما توهمه بعض الشراح فإن الهبه تمليك منجز و الوصيه تمليك معلق على الموت فأين هذا من ذاك، نعم الفرق بين الهبتين ان التى تقع فى حال الصحه تصح بعد القبض و لا سلطه الا للواهب على حلها ان كانت جائزه و التى تقع فى مرض الموت يراعى فيها

قضية الثلث عند أرباب هذا القول فان ساوت أو قصرت نفذت من حينها و ان زادت فان كان هناك وارث غير الإمام فأجاز جازت و الا- بطلت في الزائد و ان لم يكن سوى الإمام فالأمر اليه ان شاء أنفذها في الجميع و ان شاء أبطلها في الزائد و كذا الكلام في نائبه العام و الخاص، و كذلك هبه كل من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الإمام فإن المال كله للآخر منهما على كل حال اما هبه أو ميراثا فرضا أو ردا على القول بأن الزوجه يرد عليها، اما لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار في الزائد على اجازته كما عرفت و عليه ماده (٨٧٩) إذا وهب أحد في مرض موته شيئا لأحد ورثته و بعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون فلا تصح تلك الهبه.

و هذا صحيح و لكن لا وجه لتخصيص الموهوب له بأحد الورثة بل و لو لأجنبي و تنفذ بإجازه الورثة سواء كانت قبل موته أو بعده و توهم عدم صحتها قبل موته لأنها إسقاط ما لم يتحقق مدفوع بان مرض الموت موجب لتعلق حق للورثة بتركة مورثهم في الزائد على الثلث عند أرباب هذا القول كتعلق حق الغرماء و لذا يكون محجورا عليه في الزائد و باعتبار ذلك الحق تصح إجازتهم و يعتبر ان يكون المجيز عاقلا- بالغيا غير مريض مرض الموت و للولي أو الوصي الإجازة مع المصلحة لا- مطلقا نعم المعبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبه فلو أجاز الوارث عند الهبه ثم مات قبل الواهب لغت اجازته طبعاً.

و تصح الهبه للوارث و لغيره كما تصح الوصيه كذلك من صحيح

□
 و مريض، و ما يرويه الجمهور من حديث (ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث) غير معمول به عندنا و محمول على عدم وجوب الوصيه للوارث لأن إرثه الذى فرضه الله يدفع وجوب الوصيه و فى بعض الروايات ما يشير الى ذلك، نعم لا ريب ان ترجيح الورثه على بعض فى الهبات و التمليكات الصلحيه أو البيوع المحاباتيّه- جور و إجحاف على باقى الورثه كما فى كثير من الاخبار و هو مكروه كراهه شديده تكاد تلحقه بالحرام نعم و قد يبلغ الحرمة إذا استلزم حصول الشحناء و البغضاء بين الاخوه و الأولاد، و فى بعض الاخبار ان أحد الصحابه اشهد النبى «ص» على تمليك عقار لبعض ولده فقال له النبى صلى الله عليه و آله هل أعطيت بقيه ولدك مثل ما عطيتك فقال لا فقال (ص) هذا جور و انا لا اشهد على جور- هذا كله مع تساوى الأولاد من سائر الجهات اما لو تميز أحدهم ببعض المرجحات فقد يستحب الترجيح بل قد يجب مع الأمن من المفسده كما لو كان أحدهم فقيرا أو مريضا أو عاجزا عن الكسب أو مشغولا بطلب العلم أو نحو ذلك من المميزات و هذا باب واسع و له إغلاق و أقفال كثيره مفاتيحها العقل و العدل و الوجدان هذا كله فى الهبه للوارث (اما لو وهب و سلم لغير الورثه فإن كان ثلث ماله مساعدا و افيا بتمام الموهوب تصح و ان لم يكن و افيا و لم تجز الورثه الهبه تصح فى المقدار الوافى و يكون الموهوب له مجبورا على رد الباقي).

و قد عرفت انه لا فرق فى ذلك بين الهبه للوارث و غيره و يلحق

بالهبة جميع معاملاته المحاباته كما لو باع أو آجر أو صالح بأقل من ثمن المثل فإنها جميعا تتوقف على اجازة الورثة لأنها تراحم حقوقهم في الثلثين اما ما كان بثلث المثل أو أزيد فينفذ من حينه بلا توقف و كذا الكلام في حق الغرماء فيما لو كانت الديون تستغرق التركة فإن تصرفات مرض الموت المحاباته لا تنفذ إلا بإجازه الغرماء فلو وهب بغير عوض مساوى كان لهم رد الهبة و استرداد الموهوب و لو كانت الديون تقابل نصف أمواله أو ثلثها لوحظت النسبه فإن كانت الهبة أقل من النصف توقفت على اجازة الورثة فقط و ان كانت أزيد توقفت على إجازتهم و اجازة الغرماء و الى بعض هذا أشارت ماده (٨٨٠) إذا وهب المستغرق تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره و سلمها ثم توفى فللغرماء ان يدخلوا أمواله في قسمتهم ان لم يمضوا الهبة،، و هى مجمله و التحقيق الوافى ما ذكرناه.

(و الى هنا تم كتاب الهبة و يليه كتاب الغصب و الإتلاف)

ص: ١٠١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

الكتاب الثامن (فى الغصب و الإلتاف)

أشاره

و يشتمل على مقدمه و بايين)

المقدمه (في بيان الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالغصب و الإلتاف)**اشاره**

ماده (٨٨١)

الغصب:

هو أخذ مال أحد و ضبطه بدون اذنه و يقال للآخذ غاصب و للمال المضبوط مأخوذ و لصاحبه مأخوذ منه، جرت طريقه الفقهاء من العامه و الخاصه أن يفردوا في كتبهم الفقيهيه كتابا خاصا للغصب مع ان المباحث التي يذكرونها في هذا الكتاب ليست من آثار الغصب أصلا و انما هي من آثار اليد- و الغصب فرع من فروعها و هي الأصل و سيأتى ان الغصب انما يمتاز عن سائر موارد اليد في الحرمة التكليفيه فقط و كان الأصح ان يجعل عنوان هذه المباحث (كتاب أسباب الضمان) و أولها اليد و لعله من تسامح الأولين و اقتفى أثرهم جل الآخرين.

و تحرير البحث كما هو حقه- ان أسباب الضمان و نغنى به صيروره مال شخص في عهده آخر بأن يؤديه إليه عينا أو بدلا مثلا أو قيمه و أسباب

هذا و ان كانت كثيره و لكن أشهر أصول الضمانات و أكثرها وقوعا و أوسعها فروعا- أربعه «١» اليد «٢» الإلتلاف «٣» الإلتزام «٤» الغرور. و المراد باليد الاستيلاء على مال الغير بغير حق يعنى بغير اذن من المالك و لا الشارع فان كان عالما عامدا مختارا فهو عدوان محرم مضاف إلى أثره الوضعى من لزوم دفع غرامته لو تلف و هو الغصب المعروف و ان لم يكن كذلك فلا حرمه بل عليه الضمان فقط اى وجوب رد العين موجوده ورد بدلها مفقوده،، و قد اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الغصب فى المجله هو الأخذ. و فى جملة من متون فقهائنا هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا و هذا التعبير أقربها إلى الحقيقه و ان كان لا يخلو من خدشه و هناك تعبيرات اخرى كلها قاصره و تعريف المجله أشدها قصورا إذ لا يعتبر فى الغصب الأخذ بل لو استولى على المال و هو فى يد صاحبه كان غصبا كما لو سكن الدار معه و صيره مأمورا بأمره، و كذا التعبير بالاستقلال فان وضع اليد على الشىء مع يد المالك كما لو ركب الدابه معه غصب و ان لم يكن هناك استقلال، و مثله التعبير عنه بإزاله اليد المحقه و وضع اليد المبطله و كيف كان فقد ظهر لك ان أحسن ما يمكن التعبير عنه بالمعنى العام انه اى الغصب الاستيلاء على مال الغير بغير حق و بالمعنى الخاص و هو المحرم عقلا- و شرعا الاستيلاء على مال الغير عدوانا، و الفرق بينهما واضح و من الغريب ان المجله جعلت الأخذ هو الغاصب ثم غفلت عن جعل المأخوذ مغصوبا و المأخوذ منه مغصوبا منه، و يشبه ان يكون هذا من

قبيل ما يسمونه فى البديع «بالإطاعه و العصيان».

ماده (٨٨٢) قيمه الشىء قائما هى قيمه الابنيه أو الأشجار حال كونها قائمه فى محلها

و هو ان تقوم الأرض مع الابنيه و الأشجار و تاره تقوم على ان تكون خاليه عنهما فالتفاصيل و التفاوت الذى يحصل بين القيمتين هو قيمه الابنيه و الأشجار قائمه.

و أسهل من ذلك ان تقوم نفس الابنيه من حيث هى متراصه و مجتمعه و الأشجار من حيث كونها نابته ناميه و هذا شىء قد يعرفه أهل الخبره بسهولة. و من هذا القبيل تقويم ثمن الزوجه من الابنيه و الأشجار على المشهور عندنا من انها لا ترث من أعيانها بل من القيمه.

ماده (٨٨٣) قيمه الشىء مبنيا

هى قيمه البناء قائما.

ماده (٨٨٤) قيمه الشىء مقلوعا

هى قيمه انفاض الابنيه و الأشجار بعد القلع.

ماده (٨٨٥) قيمه الشىء حال كونه مستحقا للقلع

هى للقيمه الباقيه بعد تنزيل اجره القلع من قيمه المقلوع.

هذه المواد مع انها من الواضحات قليله الجدوى ضئيله الفائده

ماده (٨٨٦) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذى يحصل بين أجره الأرض قبل الزراعه و بعدها.

يعنى إذا زرع الغاصب أو غيره و نقصت الأرض بذلك التصرف و أريد معرفه قدر النقيصه بنظر التفاوت بين أجرتها قبل الزراعه و بعدها و لو جعلوا المعيار التفاوت بين قيمتها قبل ان تزرع و بعدها لكان أهون

(٨٨٨) الإِتلاف تسببا هو التسبب لتلف شىء

يعنى إحداث أمر فى شىء يفضى الى تلف شىء آخر على جرى العاده و يقال لفاعله متسبب كما ان قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض و انكساره و يكون قد أتلف الحبل مباشره و كسر القنديل تسببا و كذلك إذا شق أحد طرفا فيه سمن و تلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشره و السمن تسيباً،، تشير المجله بهذا الى ان الإِتلاف الذى هو أحد أسباب الضمان نوعان لان المتلف اما ان يتلفه مباشره أو تسيباً و قد أشارت إلى تعريف التسيب و هو إحداث أمر فى شىء يفضى الى تلف شىء آخر و ساق له تلك الأمثله التى هى مثال للتسيب كما هى مثال للمباشره التى لم يذكر تعريفها و ضابطتها و قد تكررت العبارات فى إعطاء الضابطه الفارقه بين المباشره و التسيب فان الحكم و هو الضمان حيث يجتمع المباشر و السبب يختلف فتاره يكون على المباشر و اخرى على السبب فلا بد من ضابطه يمتاز بها أحدهما عن الآخر، و الضابطه المذكوره فى المجله مختله و توضيح ذلك يستدعى تمهيد (مقدمه) و هى ان الافعال التى تسند إلى الإنسان نوعان (قياميه) و هى التى تقوم بالفاعل قيام حلول مثل النوم و الموت و الحياه إلى كثير من نظائرها فإن نسبه الموت الى زيد فى قولك مات زيد ليس لان الموت صدر منه بل لانه حل به و قام فيه و هكذا القول فى أمثاله و نسبه هذه الأحداث إلى الموضوعات القائمه بها انما بضرب من التوسع و الا فحقيقه النسبه تقتضى صدور الفعل

من الفاعل لا حلوله فيه و ليست تلك الاحداث الفاعليه من أفعالنا بل لها أسباب و علل خاصه توجد بوجودها انما أفعالنا حقيقه
هى القسم الثانى و هى «الصدوريه» أى التى تصدر من الشخص حقيقه و تسند اليه بلا- عنايه مثل القتل و الأكل و الشرب و
أضرابها و هى أيضا نوعان «توليديه» و هى التى يوجد الفاعل أسبابها فيسند اليه مسباتها مثل الإحراق حيث يقال فلان أحرق
البيت يعنى انه القى النار عليه أو ألقاه فيها فاحترق و أكثر أفعال البشر من هذا القبيل «و غير توليديه» و هى التى يوجد الفاعل
المسبب بلا واسطه بل يكون السبب صرف إرادته و هو قليل مثل الكلام و القيام و اضرابهما و كلا النوعين هى من أفعالنا مباشره
فالفاعل المباشر هو موجد الشئ ء رأسا بإرادته أو موجد سببه.

و حيث ان تأثير الأسباب فى الغالب لا يكون الا بانضمام الشروط و سبق المعدات فربما يوجد السبب بفعل شخص و يوجد غيره
الشرط أو المعد فموجد السبب هو المباشر و موجد الشرط أو المعد اصطلاحا عليه اصطلاحا خاصا فى هذا الباب انه المسبب مع
ان فاعل السبب غيره مثلا من حفر بئرا فى الطريق لغرض له فالقى فيها شخص رجلا آخر أو دابه فالمباشر هو الملقى و حافر البئر
هو فاعل الشرط أو المعد فإذا تغاير المباشر و فاعل الشرط أو المعد فالضمان على المباشر إلا فى موردين كما سيأتى اما إذا
اتحد بان كان المباشر هو فاعل الشرط أو المعد كما لو كان الملقى هو الحافر فالضمان عليه على كل حال، و مما ذكرنا يظهر
لكم الخلل فيما ذكرته المجله و ذلك من وجهين (الأول) ان قاطع الحبل المعلق به القنديل

إذا وقع و انكسر هو كاسر القنديل مباشره غايته انه فعل أحدهما بإرادته و الآخر بإيجاد سببه و كلا الفعلين كما عرفت هما من أفعال المباشره لغه و عرفا بل و عقلا.

(الثانى) حيث ان الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشره أو تسبيبا. و انما موردهما حيث يتعدد الفاعل فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط أو المعد، فتدبر هذا و اغتتمه فقد اشتبه على كثير من الفريقين.

ماده (٨٨٩) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه.

هذه ماده غير واضحه المراد، و لا معلومه المفاد. و فسرها البعض بما حاصله ان جدار الجار إذا مال الى الانهدام فللشخص ان يقول لجاره ان جدارك متصدع فاهدمه فان لم يفعل فسقط و أتلف شيئا ضمن انتهى.

«أقول» و هذا ما لا جدوى فيه فان صاحب الجدار المنهدم إذا أتلف على جاره شيئا كان ضامنا إذا عد مقصرا كما هو الغالب سواء أذره جاره أم لا، و الذى ينبغى التنبيه عليه فى هذه القضية اعنى قضيه الإنذار هو ان المتلف إذا نبه صاحب المال و أذره بالحفظ فلم يتحفظ فلا ضمان على المتلف مثلا لو وجد راكب الدابه امامه فى الطريق متاعا لشخص فأنذره و قال له قبل ان يصل اليه ارفع متاعك من الطريق فلم يرفعه و سحقته الدابه و أتلفتها فلا ضمان على الراكب لان صاحب المتاع هو الذى فرط فى حفظ متاعه نعم لو لم يذره

و أتلفه كان ضامنا. وهذا كله يرجع الى قضيه التسبب ففي الصوره الأولى المتلف صاحب المتاع و في الثانيه راكب الدابه فتدبره.

الباب الأول فى (الغصب)

اشاره

و يحتوى على ثلاثه فصول)

الفصل الأول « فى بيان احكام الغصب »

اشاره

قد عرفت ان الاستيلاء على مال الغير بغير اذنه أو اذن الشارع يترتب عليه أحكام فإن كان عالما و العالم عامد كان غاصبا و عدوانا و ترتب عليه حكمان (أحدهما) تكليفي و هو الحرمة و استحقاق العقوبه (و ثانيهما) وضعي و هو كون المال فى عهده واضح اليد و معنى كونه فى العهده وجوب رده ان كان موجودا و دفع غرامته مثلا أو قيمه ان كان تالفا و ان كان جاهلا بأنه مال الغير و وضع يده عليه ترتب الأثر الثانى فقط و لم يكن حرمة و لا عقوبه و الغصب هو الأول لا الثانى و لذا ذكرنا ان عنوان الكتاب بالغصب ليس فى محله فإن الاحكام التى نذكر فى هذا الكتاب لا شىء منها يتعلق بالغصب بعنوانه الخاص و انما هى للعنوان

العام سواء كان غضبا أم لا و أول تلك الاحكام التى هى للعنوان الجامع و هو الاستيلاء على مال الغير ما ذكروا، فى ماده «٨٩٠» يلزم رد المال المغصوب عينا و تسليمه الى صاحبه فى مكان الغصب ان كان موجودا و ان صادف الغاصب صاحب المال فى بلده اخرى و كان المغصوب فيها فان شاء صاحبه استرده هناك و ان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله و مئونه رده على الغاصب،، اعلم ان للمال الذى صار فى يد الغير بغير وجه شرعى ثلاث حالات (الاولى) أن يكون باقيا على حاله لم يتلف و لم يتغير ثم لا- يخلو، اما ان يكون باقيا فى بلد الغصب أو نقل الى أخرى و على كلا التقديرين اما ان يحتاج نقله الى المحل الذى غصب فيه الى مئونه أو لا يحتاج و على تقدير انتقاله الى بلد أخرى فاما ان يطالبه صاحبه فى تلك البلد أو لا اما مع طلب المالك فلا إشكال فى وجوب رده له مطلقا و لا يجوز الامتناع من تسليمه له أينما كان نعم لو غصبه من بلد و نقله الى غيرها و طلبه المالك فى بلد ثالثه لا يبعد عدم وجوب نقله الى بلد الغصب أو تسليمه فى البلد الذى هو فيه و هو واضح، و اما مع عدم الطلب فالواجب رده الى المحل الذى أخذ منه و لا حق له فى جبر المالك على تسلمه فى بلد آخر نعم لو كان نقله الى بلده التى غصب فيها لا يحتاج إلى مئونه كالدراهم و الخاتم و أشباه ذلك لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب فى بلد اخرى و لا يجوز له الامتناع اما المحتاج إلى مئونه فهى على الغاصب بلا اشكال، هذا كله فى الأحوال الاعتيادية اما لو طلبه و الطريق خطر أو فيه على الغاصب أو غيره ضرر كان له الامتناع الا بتحمل المالك

التدارك أو يلقي عنه تبعه الضمان كما ان للمالك الامتناع من تسلمه مع شىء من تلك الأحوال «الحاله الثانيه» ان يكون قد تلف و هلكت عينه و المتلف اما ان يكون المالك أو الغاصب أو أجنبي أو أمر سماوى و الحكم فى جميع هذه التقادير واحد و هو الضمان بدفع المثل أو قيمه إلا إذا كان المتلف هو المالك فإنه لا ضمان على الغاصب طبعاً لأنه بمنزله الاستيفاء سواء كان المالك عالماً حين التلف انه ماله أم لا، اما لو كان المتلف هو الأجنبي فالمالك مخير بين الرجوع عليه و بين الرجوع على الغاصب ثم يرجع الغاصب على الأجنبي لأن قرار الضمان على من تتلف العين فى يده و لا فرق فى التلف السماوى بين كونه بتفريط الغاصب و تعديده أم بغير ذلك كما نبهت عليه ماده «٨٩١» كما انه يلزم الغاصب ان يكون ضامناً إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديده أو بدون تعديده يكون أيضاً ضامناً قيمته يوم غصبه،، و قد اتفق فقهاء الفريقين على الفرق فى الضمان بين المثلى فيضمن بالمثل و القيمى فيضمن بالقيمه و قد مر عليك فى أوائل الجزء الأول بيان ضابطه الفرق بينهما، انما المهم الكلام فيما لو اختلفت قيمه بين يوم الغصب و يوم التلف أو بين أحدهما و بين يوم الدفع فهل اللازم دفع قيمه يوم الغصب مطلقاً أو يوم التلف كذلك أو يوم التسليم كذلك أو أعلى القيم من الأول الى الثانى أو الى الثالث، و الفرق بين باب الغصب و غيره من أنواع الضمانات وجوه بل أقوال و الخلاف قائم بين عامه أرباب المذاهب فالمنقول عن أبى حنيفه ضمان قيمته يوم الغصب و هو ظاهر إطلاق المجله و نسب

الى أكثر فقهاءنا اعتبار يوم التلف لانه يوم الانتقال من وجوب رد العين إلى قيمه ضروره ان العين لما كانت موجوده عند الغاصب كان الواجب عليه ردها عينا فلما تلفت انتقل الحق من العين إلى قيمه و لكن يشكل هذا بأنه مخالف لروايه صحيحه في هذا الباب ظاهرها اعتبار قيمه يوم الغصب و حيث ان هذه الصحيحه تشتمل على كثير من احكام الضمانات و ضمان منافع العين المغصوبه و هي غريزه الفائده عظيمه البركه فاللازم هنا نقلها بنصها ثم النظر فيما يستفاد منها:

□
 روى الشيخ الطوسى رحمه الله فى الصحيح عن أبى ولاد قال اكرتت بغلا الى قصر بنى هبيره ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه و رجعت الى الكوفه و كان ذهابى و مجيئى خمسه عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و ارضيه فبدلت له خمسه عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفه و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل فقال لى ما صنعت بالبغل قلت أرجعته سليما قال نعم بعد خمسه عشر يوما قال فما تريد من الرجل قلت أريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسه عشر يوما فقال انى ما ارى لك حقا لانه اكرتاه الى قصر بنى هبيره فخالف فركبه الى النيل و الى بغداد فضمن فيه البغل و سقط الكراء فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب

□
 البغل يسترجع فرحمته مما افتي به أبو حنيفة و أعطيته شيئاً و تحللت منه و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتي به أبو حنيفة فقال فى مثل هذا القضاء تجبس السماء ماءها و تجبس الأرض بركاتها فقلت لأبى عبد الله عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك قال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال لا لأنك غاصب قلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر قال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان رد عليك اليمين فحلت على القيمه لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك فقلت انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال إنما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك فإن جعلك فى حل بعد معرفته فلا شىء عليك بعد ذلك (انتهى).

و ذكر بعض اعلام فقهاءنا المتأخرين ان موضع الدلاله منها كلمتان [الاولى] ظهور قوله نعم قيمه بغل يوم خالفته فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمه سواء أضفنا البغل الى اليوم أو جعلناه منونا عوض اللام فيكون التقدير قيمه البغل يوم المخالفه و سقوط اللام حينئذ للإضافه

لا للتكثير ليكون موهما أنها قيمه بغل مثل البغل لو تلف فيدل على ضمان القيمي بالمثل و القيمه هي قيمه المثل لا قيمه التالف، و احتمال جماعه تعلقه بالفعل المستفاد من نعم اى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل فلا يدل على قيمه يوم المخالفه، ثم قال و هو بعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى فقله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته [الثانيه] قوله أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل يوم اكترى كذا و كذا فإن إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه فلا بد ان يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه لأنه هو يوم الاكتراء فان المخالفه على ظاهر الروايه كانت بمجرد خروجه من الكوفه و معلوم عدم اختلاف القيمه فى تلك المده القليله أى ما بين الخروج من الكوفه و التوجه الى نحو النيل المحقق للمخالف (انتهى ملخصا).

و أقول ان فيما افاده قدس سره مواقع للنظر أما «أولا» فقله و اما ما احتمله جماعه إلى قوله فبعيد جدا بل غير ممكن - غريب جدا فان الاستفهام فى كلام الراوى أ ليس يلزمنى - لم يكن حقيقيا و انما هو تقريرى أو انكارى و لم يقصد به السؤال عما يضمن به بل عن أصل الضمان فإن الإمام عليه السلام لما الزمه بالكراء من الكوفه إلى النيل و منها الى بغداد ثم منها إلى الكوفه استنكر السائل ذلك، و استفهم إنكارا

- أليس - يلزمنى ضمان العين يغنى فكيف أضمن الأجره مع انى ضامن العين لو تلفت مشيرا الى فتوى أبى حنيفه المستنده إلى قاعده (الضمان بالخراج) فليس فى السؤال تعرض للقيمة أصلا و ليست هى من محل البحث فى شىء فضلا عن التعرض لقيمة أى يوم من يومى الغصب أو التلف و انما ذكر الامام عليه السلام يوم المخالفه و قال قيمه بغل يوم خالفته إشاره إلى رد الاستنكار و انك بمخالفتك و غضبك خرجت عن الامانه فصرت ضامنا للعين و تعلق الضمان يوم المخالفه و من أجل المخالفه و لو كنت مستمرا على اجارتك و لم تخالفها كنت أمينا و لم تكن ضامنا فحاصل الجواب نعم يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب و لا اشعار فيها فضلا عن الظهور بان المدار على قيمته يوم التلف أو يوم الغصب أو غيرهما (و ثانيا) ان من الممكن منع اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفه إذ من الجائز انه قد اكتره قبل خروجه بأيام و لو سلم انه اكترى يوم سفره و لكن يمكن منع قرب عدوله الى نحو النيل من ساعه خروجه من الكوفه و لو كان قريبا منها لرجع الى صاحب البغل و راجعه فى الإجاره إلى النيل و الظاهر ان قنطره الكوفه بعيده عنها، و لو سلم كل ذلك فلا دلالة فيها على ان اعتبار يوم الاكتراء كان من جهه وقوع المخالفه فيه بل لعله من أجل ان يكون هو الأصل المحفوظ فاما ان يتفقا على بقاءه على تلك القيمة إلى يوم التلف أو يدعى المالك الزيادة أو المستأجر النقيصه فيرجعان الى من يحكم بينهما حسب الأصول و القواعد و تعيين المدعى و المنكر و الأخذ بوظيفه كل منهما كما يشعر به ذيل الروايه و أغرب من

هذا انه قدس سره بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفه قال ما نصه- نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد ان يكون معنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مده خمسه عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفه دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام من ان العبره بقيمه ما اشترى به البغل الى آخره.

و هذا من الغرابه بمكان فان الحكم الواقعى لو كان هو اعتبار قيمه يوم التلف لكان اللازم بيانه و بيانه يحصل دفع توهم العوام و لا- وجه للتعبير بخلاف الواقع و ان العبره بيوم المخالفه لدفع ذلك التوهم مع ما فيه من الإغراء بالجهل، و بالجمله فالعدول عن بيان الواقع الى خلافه بذكر يوم المخالفه تاره و يوم الاكتراء اخرى مع ان العبره بيوم التلف واقعا لم يظهر له وجه أصلا بل غير جائز قطعاً، و من جميع ذلك ظهر ان الروايه بمعزل عن تعيين قيمه أى يوم من الأيام المحتمله بل جل الغرض منها بيان أصل ضمان المنافع كضمان العين دفعا لشبهه أبى حنيفه التى تقدم توضيحها و الجواب عنها غير مره و بعد ان خلت القضية عن النص فى تعيين قيمه يوم الغصب أو يوم التلف فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعدة و هو اعتبار قيمه يوم التلف لانه يوم انتقال الحق من العين إلى القيمه و اشتغال الذمه بها كما ذهب إليه أكثر فقهاءنا و دعوى ان الذمه قد اشتغلت بالقيمه يوم الغصب نظرا الى ان معنى ضمان العهده كما تقدم مرارا هو وجوب رد العين مع وجودها و تداركها بالبدل مع فقدها

مدفوعه بأن اشتغال الذمه (أولاً) كان فرضياً و تقديرياً (و ثانياً) كان على نحو الإبهام و الإجمال و تنجزه و تعيينه يكون يوم التلف فالمدار عليه، و من هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان كما لو كان للعين قيمه فى بلد الغصب و اخرى فى بلد التلف و ثالثه فى بلد المطالبه أو التسليم فالظاهر تعيين قيمه بلد التلف لأنها هى التى استقرت و تنجزت فى الذمه و بها يحصل التدارك للعين شرعاً و عرفاً و لذا اتفقوا ظاهراً على عدم العبء بزياده قيمه العين بعد التلف الا من القائل بأعلى القيم من زمان الغصب الى وقت الدفع و هو شاذ و لم يعلم وجهه و أقصى ما يقال فى توجيهه ان العين كانت مضمونه فى جميع الأزمنه فإذا ارتفعت قيمتها فى زمان صار تداركها لا يحصل الا بدفع تلك القيمه فكما انها لو تلفت تعينت هى فكذا إذا حال أحد بينهما و بين المالك إذ بقاؤها مع عدم تمكنه منها مساو لتلفها حكماً نعم لو ردها فقد حصل التدارك بنفس العين و لو نقصت قيمتها لان ارتفاع القيمه السوقيه أمر اعتبارى لا- يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً و ان كان مقوماً لماليه المال و به تتمايز الأموال قله و كثره (و بيان) آخر ان للعين مع تزايد القيمه مراتب من المالىه أزيلت يد المالك عنها فان رد نفس العين سقط الحق و لم يضمن الزيادة لأنها اعتبار يتبع العين و الا ضمن العين بعليا مراتبها هذا كله لو علمت القيم يوم الغصب و يوم التلف اما لو شك فى قيمتها يوم التلف و انها كانت عشره أو خمسه فالمرجع الى الأصل العملى و هو أصاله اشتغال ذمه الغاصب و لا يحصل اليقين ببراءه ذمته من حق المالك

الا- بدفع الأ-كثر و استدل بهذا أيضا لوجوب دفع أعلى القيم من زمن الغصب الى وقت التلف أو الى وقت الدفع و لكنه فى الجميع واضح الضعف و ليس المورد من موارد الاشتغال بل من موارد أصل البراءة لأن التكليف بالأ-كثر غير معلوم و القدر المتيقن هو الأقل و ينفى المشكوك بالأصل كما فى سائر موارد الشك بين الأقل و الأ-كثر، نعم لو كان التكليف مرددا بين متبايعين أو مجملا- تعين الرجوع الى الاشتغال ثم ان هذا كله انما هو فى تفاوت القيمة السوقية الناشئه من تفاوت الرغبات اما الارتفاع لزيادة العين فلا-خلاف فى ضمان أعلى القيم و تكون الزيادة فى القيمة بإزاء زيادة العين و ضمانها كضمان الجزء الفائت نعم يجرى الخلاف فى ضمان هذه الزيادة و انه باعتبار قيمتها يوم الغصب أو يوم التلف أو غير ذلك (هذا تمام الكلام) فى القيمى و جميع ما ذكر فيه يجرى فى المثلى إذا تعذر المثل و انتقل الحق إلى قيمته أى قيمة المثل سوى ان يوم التعذر هنا يقوم مقام يوم التلف هناك لانه هو اليوم الذى ينتقل الحق فيه من العين إلى القيمة فيعتبر قيمة المثل يوم تعذره لا-قيمة يوم التلف (الحاله الثالثه) من حالات العين المغصوبه تعذر الوصول إليها و عدم إمكان ردها الى المالك مع وجودها و عدم تلفها و هلاكها كما لو أبق العبد من الغاصب أو شردت الدابه أو وقع المال المغصوب فى البحر أو ضاع أو سرق و أمثال ذلك و قد اتفقوا هنا على وجوب التدارك بدفع البدل مثلا- فى المثلى و قيمه فى القيمى و يسمونه (بدل الحيلولة) و لكنهم وقعوا فى محذور عويص ارتكبوا أشد الارتباك فى التخلص منه

و هو انهم اتفقوا ان ما يدفعه الغاصب من البديل يملكه المغصوب منه و يتصرف فيه جميع التصرفات المتوقفه على الملكيه من بيع و رهن و وقف و غيرها ثم اتفقوا على الظاهر ان المغصوب الذى يتعسر أو يتعذر الوصول اليه كما لو كان ضائعا مجهول المحل مثلا- هو باق على ملك مالكة المغصوب منه و لهذا لو ظهر بعد ذلك يرجع له لا للغاصب الضامن و يؤيده انه لم يجر معامله توجب الانتقال فلزم من هذين الأمرين محذور اجتماع البديل و المبدل فى ملك شخص واحد اى اجتماع العوض و المعوض بل كون العوض بلا معوض و هو محال عقلا باطل شرعا، و حاول بعضهم التفصى عن الاشكال بالتزام عدم دخول البديل فى ملك المغصوب منه بل مفاد هذه المبادله إباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملكيه فيكون المقام نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا الملكيه و يكون بيعا لازما بتلف أحد العوضيين فكذلك ما نحن فيه و لكنك خير بان هذا لا يجدى فى رفع الإشكال لأنهم فى المعاطاه على القول بالإباحه التزموا بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف الموقوف على الملك كالوقف و البيع فلو التزمنا هنا بذلك عاد الاشكال تماما حيث يلزم ان يكون المغصوب منه قد ملك البديل مع بقاء المبدل على ملكه و لذا لو ظهر رجوع اليه لا- الى الغاصب فى المعاطاه يلتزمون عند التصرف بالمعاوضه على حقيقتها بخلافه هنا و من هنا أيضا ينشأ إشكال آخر و هو انه لو رجع المبدل المغصوب و أمكن رده الى مالكة فهل يرجع ما أخذه من البديل علينا أو بدلا الى الغاصب مطلقا أو لا يرجع مطلقا فيجمع بين العوض و المعوض أو يرجع

إذا كان موجودا و لا يغرمه إذا كان تالفا وجوه و أقوال لا يخلو كل واحد من الاشكال و المسأله من معضلات الفن و أقصى ما يمكن ان يقال من التحقيق و الوجه الدقيق لحلها هو ان للعين المملوكه بنظر العقلاء اعتبارا من حيث ذاتها مجردة عن كل شىء و عن كل وصف، و اعتبارا ثانيا من حيث أوصافها و منافعها المحققه لماليتها و لا شك ان الملكيه تدور مدار الذات لا الصفات يعنى ان الملكيه تتحقق و ان لم تكن للعين ماليه كما هو واضح فى حبه الحنطه فإنها ملكك لك و لا يجوز لأحد ان يأخذها بدون إذنك و يكون غاصبا لو انتزعها منك بغير رضاك و لكنها ليست بمال و لا يبذل بإزائها مال فالمال شىء و الملكيه شىء آخر فإذا غصبك عينا لها ماليه و حال بينك و بين الانتفاع بها فقد غصبك الذات و الصفات اى المنافع فيجب عليه عقلا و شرعا التدارك و الغرامه بعد تعذر رد الذات و لا يحصل التدارك الا بدفع بدلها مثلا أو قيمه و لا يتحقق التدارك التام و الغرامه الا بان يكون لك جميع أنواع التصرفات بالبدل حتى الموقوفه على الملك على النحو الذى كان لك فى مالك و لكن هذا لا يقتضى التبادل فى الملكيه بل كل مال من البدل و المبدل باق على ملك صاحبه و انما دفع لك البدل بدلا عن حيلولته بينك و بين الانتفاع بمالك و لذا سموه (بدل الحيلوله) و بعبارة اجلى ان ماليه البدل لك اما عينه و ذاته فهى لصاحبها الضامن كما ان المبدل المفقود ذاته لك اما ماليتها فقد ذهبت عليك و تداركها الغاصب بدفع البدل فلو ظهر البدل المفقود رجع الى مالكه المغصوب منه لانه ملكه اما بدله فان كان موجودا عنده أرجعه

إلى الغاصب لأنه ملكه و قد ارتفعت الحيلولة الموجبه لتسلط المغصوب منه عليه و اما لو كان تالفا تلفا حقيقيا أو حكما كما لو وقفه أو أعتقه فلا- رجوع عليه لا- بغرامه و لا غيرها لان الشارع أسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب و هذا معنى ذهابه من مال الغاصب كما لو تلفت العين المغصوبه تلفا حقيقيا أ ليس يغرمها الغاصب و تذهب من ماله؟ فكذلك هنا و يكون إتلاف المغصوب منه للبدل ليس لأنه مالك له حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض بل هو ملك الغاصب و لكنه مأذون شرعا بإتلافه حقيقه أو حكما بوقف و نحوه مثل الاذن بأكل مال الغير فى مخصصه و نحوها سواء ان هذا بضمان و ما نحن فيه بغير ضمان لأنه غاصب اما لو باعها فالأقرب ان البيع يقع مترزلا و مراعى فان رجع المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل و رجع الى الغاصب و ان تلف المغصوب تلفا حقيقيا أو حصل اليأس من عوده صار البيع لازما كما انه لو كان بعد فى يد المغصوب منه صار ملكا ذاتا له و أشبه المعاطاه من هذه الجهه و ان كنا لا نلتزم بالملكه آنا ما فى هذا المقام كما فى المعاطاه بل نقول لو وقف أو أعتق أو باع انه باع و وقف ملك الغير عن نفسه بإذن الشارع و يأخذ العوض بدلا عن ماله الذى حال الغصب بينه و بين التصرف فيه فينه و بين المعاطاه فرق ظاهر و بهذا ترتفع جميع المحاذير و تندفع كاهه الإشكالات و لا يلزم سوى تخصيص قاعده لا بيع إلا فى ملك و أخواتها و هو غير عزيز النظير فى القواعد الشرعيه و المسائل الفقهيه و بهذا كله ظهر ان أصح الأقوال هو القول

الثالث و هو القول بالتفصيل كما ظهر أيضا انه مع إمكان الرد و زوال التعذر يجب على الغاصب ردها و يسترد ما دفعه من الغرامه ان كانت موجوده و الا- ردها بغير استرداد شىء فلو لم يرددها و تلفت ضمنها ثانيا و هكذا و للمالك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب و إذا رد البديل لا يرد منفعه المنفصله بل و لا يغرم قيمه ما استوفاه من منفعه الماضيه نعم الزيادة المتصله تتبع العين اما منافع العين المغصوبه فهى للمالك فى جميع الأحوال و يغرم الغاصب قيمه ما استوفاه كما عرفت مرارا خلافا لأبى حنيفه ثم ليس للغاصب حبس العين المغصوبه حتى يسترد غرامته إذا كانت موجوده و ان كان القول بان له حبسها وفاقا لجماعه من الاعلام غير بعيد هذا موجز الكلام فى بدل الحيلولة و بقيت فروع و تحقيقات اخرى لا يتسع لها المجال المذكوره فى كتب أصحابنا المبسوطه و فيما ذكرناه كفايه ان شاء الله.

ماده (٨٩٢) إذا سلم الغاصب عين المغصوب فى مكان الغصب الى صاحبه برىء الغاصب من الضمان.

تحتاج هذه ماده إلى قيود أخرى فإن التسليم فى مكان الغصب إنما يكفى إذا لم يكن مخوفا و لم يكن فيه محذور، اما مع الخوف أو الضرر فلا- يكفى فى رفع الضمان إلا- إذا رضى المغصوب منه كما كان يلزم تقييد صاحبه بما إذا كان بالغاً عاقلاً رشيداً و مع فقد واحد من هذه الصفات فالضمان باق و فى حكم تسليمه التسليم الى وكيله أو وليه أو وارثه مع موت المالك و لو سلم العين الى أحد الورثه بدون اذن الباقيين ضمن

لهم و فى حكم تسليمه أيضا اذن المالك ببقائها عند الغاصب وديعه أو عاريه أو إجاره أو إباحه ففى جميع ذلك يزول الضمان عن الغاصب و يجرى عليه حكم تلك العناوين و كذا لو وكله على بيعه أو إجارته فتلف قبل ذلك، و الحاصل يزول عنوان الغصب الموجب للضمان بكل ما دل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبه فى يد الغاصب و يتحقق به عنوان الرد عرفا فلو قال للغاصب أنت وكيل على بيعه و تلف فى يد الغاصب قبل البيع فلا ضمان خلافا لبعض شراح المجله و كل هذا واضح انما المهم ما يتحقق به عنوان الرد و التسليم و هو كسائر المفاهيم له أفراد قطعيه الدخول فيه كما ان هناك افرادا قطعيه الخروج و هناك افراد مشكوك بأنه يتحقق عنوان الرد بها حتى يزول الضمان أم لا، منها ما ذكره فى ماده (٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب و ان لم يوجد رد فى الحقيقه و منها ما لو دفعه له بعنوان الهديه أو الضيافه أو نحوها من العناوين المجانيه و انها ليست ماله المغصوب فلو غصبه طعاما و قدمه للمالك فأكله و هو لا يعلم بأنه طعامه لم يتحقق الرد و يكون ضامنا الى كثير من هذه الفروع،، و خلاصه التحقيق ما تقدم فى أمثال هذا الباب من ان الرد و التسليم و الأخذ و القبض كلها مفاهيم عرفيه فالمرجع فى تعيين مصاديقها الى العرف و ما يشكك العرف فيه أو لم يعرف حاله عندهم فالمرجع إلى الأصول الموضوعيه فان لم يكن فالحكميه نعم لا ريب فى ان الرد لا يتحقق بالتخليه أو رفع الغاصب يده عن العين المغصوبه و نحو ذلك من المعانى السلبيه بل لا بدّ فى تحققه من معنى إيجابى فكما ان الغاصب لا يتحقق بمحض رفع

يد المالك عن حاله و لذا قالوا لو منع المالك عن إمساك دابته لم يتحقق الغصب فالرد الذى هو نقيض الغصب و رافعه لا يتحقق بصرف رفع الغاصب يده عن العين المغصوبه و كما لا بد فى تحقق الغصب من الاستيلاء على مال الغير فكذلك لا يحصل الرد حتى يحقق استيلاء المالك على ماله المغصوب فلو أرسل الغاصب الدابه و نزع يده منها لم يحصل رد ما لم يضع لجامها فى يد المالك أو يلقيه بين يديه بل لو وضعها فى مربطها أو أدخلها فى بيت المالك، أو وضع الثوب فى صندوق المالك و نحو ذلك كل ذلك لا يكون ردا و لا أقل من الشك فيستصحب حكم الضمان لو تلف و مما ذكرنا ظهر الخلل فى ماده (٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على أخذه فيكون قد رد المغصوب و ان لم يوجد قبض فى الحقيقه و جعلوا هذا ردا حكيما و مع القبض ردا حقيقيا و ان الفرق بينهما ما ذكرته المجله بقولها:

اما لو تلف المغصوب و وضع الغاصب قيمته قدام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض فى الحقيقه.

و علل هذا بعض الشراح بان دفع القيمة مبادله و هى لا تكون الا برضى الطرفين بخلاف ما لو دفع العين فإنها عين حقه،، و أنت خير بضعف هذا التعليل بل فساده فإن المبادله لو كانت اختياريه لاحتاجت إلى رضى الطرفين اما لو كانت قهريه بحكم الشارع و مصادقه العرف فلا حاجة الى الرضا، و توضيحه ان الشارع لما جعل المثل أو القيمة بدلا عن العين التالفه لزم ان يترتب على البديل جميع آثار المبدل فكما ان الغاصب لو دفع العين

خرج من عهده الضمان قهرا على المالك رضى أو لم يرض فكذاك لو دفع البدل الذى جعله الشرع و العرف بمنزله العين (و بيان) آخر ان الوضع قدام المالك ان كان من مصاديق الرد عرفا فهو يكفى فى قيمه كما يكفى فى العين و ان لم يكن منها فلا يكفى فى المقامين فالتفصيل لا وجه له أصلا و هذا هو الوجه فى ماده «٨٩٤» لو سلم الغاصب فان دفعه فى محل مخوف لا يتحقق معه الاستيلاء التام فلا يتحقق الرد المسقط للضمان نعم لو قبضه و رضى فقد أسقط حقه و هذا مطرد فى جميع الحقوق التى فى الذمم و الأعيان من الدين و السلف و الكفاله و غيرها.

ماده (٨٩٥) إذا اعطى الغاصب،، الرجوع الى الحاكم على الظاهر

لا- حاجه له الا إذا لم يمكنه ان يضعه بين يديه أو يلقيه عليه فى محل الأمن فهناك اما ان يدفعه الى الحاكم فيبرأ أو يطلب منه إحضاره فيلزمه بأخذه.

ماده (٨٩٦) إذا كان المغصوب منه صبيا و رد الغاصب إليه

فإن كان مميزا و أهلا لحفظ المال يصح الرد و إلا فلا الرد إلى ولى الصغير الغير البالغ مطلقا اولى و أحوط و لا يصح الدفع الا للبالغ الرشيد اما النائب فإن غضب منه حال نومه كما لو أخذ خفه أو رداءه أو انتزع من إصبعه خاتمه فقد أجاز أبو يوسف رده إليه فى ذلك النوم فلو رده فى نومه الثانى بعد اتبائه لم يخرج من الضمان و اشترط الشيبانى وحده المجلس لا وحده النوم و الأصح أنه بوضع يده على مال غيره

صار ضامنا و لا يسقط الا بالقدر المتيقن من الرد و هو رده فى يقظته.

ماده (٨٩٧) إذا كان المغصوب فأكفه فتغيرت عند الغاصب

إشاره

كان ييست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه، تغير المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات.

(الاولى)

ان تتغير الذات و الحقيقه النوعيه و له صورتان (أولاهما) أن تتغير الذات بالانقلاب كانقلاب الخمر خلا- و الحيوان ملحا أو الخشب فحما (ثانيهما) تغيره بالنشو و النمو كصيوروه الحب زرعا و النطفه حيوانا.

(الثانيه)

ان لا- تتغير الذات بل تتغير العوارض و الصفات و له (صورتان) أيضا فإن تغير الوصف اما ان يكون مع بقاء الاسم كصيوروه الثوب الأبيض أسود و الأصفر أحمر و هكذا أو يتبدل الاسم أيضا كصيوروه القمح دقيقا و الدقيق خبزا و منه صيوروه قطعه القماش بالقطع و الخياطه قميصا أو قباء.

(الثالثه)

ان يتغير الامتراج مع غيره فان استهلكك فى المزيج فهو تلف و الا- فاما ان يمكن تمييزه و عزله أولا و على الثانى فاما ان يمتزج بالمساوى أو الأعلى و الأدنى.

أما تغير الذات بالانقلاب فان عده العرف تلفا فلا اشكال و يجرى عليه ما سبق من احكام التلف و الا فالمالك مخير بين أخذه أو أخذ المثل

أو القيمه و يبقى المال للغاصب.

و اما تغيرها بالنشو و النمو كما لو غصب حبا فزرعه.

فالزرع دائما لصاحب البذر و كذلك الحيوان لصاحب النطفه و لصاحب الأرض و العامل الأجره اما إذا كان العامل هو الغاصب فلا- اجره له و كذلك لو زرعها فى أرضه نعم للمالك ان يترك الزرع للغاصب و يطالبه بالمثل أو القيمه من جهه التغيير و اما تغيير العوارض و الصفات ففيه صور كثيره يجمعها ثلاثه عناوين فإنها اما زياده أو نقيصه أو فصل و وصل و الزياده اما زياده عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخيوطه و صبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسما لا عرضا و اما زياده وصف محض كما لو علم العبد الكتابه أو ساوى الأرض أو أقام السيف المعوج و هكذا، اما زياده العين فقد اتفقوا ظاهرا على ان الواجب على الغاصب انتزاعها فان عابت أو تلفت فلا غرامه له لانه هو المسبب على نفسه و ان عابت العين المغصوبه وجب عليه التدارك لمالكها و للمالك ان يأخذها و يدفع قيمه العين الزائده من خيوط أو صبغ أو غيرهما و لكن للغاصب ان يمتنع و ينتزعها إذا شاء هذا مع إمكان الانتزاع اما مع عدمه كما فى الصبغ و نحوه من كتابه و رسم و نظائرها فالمالك مخير بين أخذها و دفع قيمه الزياده للغاصب و بين أخذ المثل أو القيمه و بين بيع العين و يأخذ كل من الغاصب و المغصوب منه حقه بالنسبه، و يمكن ان يقال ان الصبغ ان كان عينا و لها جرم فإن أمكن نزعها تعين و الا فلا حق للغاصب لأنها من قبيل الأوصاف نعم لو أنقصت فعليه أرش النقص فليتأمل، اما

زياده الوصف المحض كتعليم الكتابه أو تمرين الدابه أو تسويه الأرض فلا يضمه المغصوب منه و ان زادت به القيمه أضعافا لأن الأوصاف عندهم لا تقابل بالأثمان و ان زادت بها الأثمان و لكنهم قالوا لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شىء عليه و لا- له الا- ان تكون عينا فان تم الاتفاق على هذا فهو و الا فلا يخلو من نظر، و اما النقيصه فإن كانت عينا فهي من نقص الاجزاء و المتفق على ضمانها قولاً واحداً و ان كانت وصفاً محضاً كما لو اعوج السيف عند الغاصب و نسي العبد الكتابه و أمثال ذلك فظاهرهم الاتفاق على انها مضمونه بالأرش كالأجزاء مع انهم فى زيادتها قالوا بعدم الضمان لأنها لا تقابل بالاعواض و العله مطرده و وجه الفرق يحتاج الى مزيد تأمل،، و مما ذكر يعلم حال الفصل و الوصل كما لو قطع أو حاك الغزل فان نقصت القيمه ضمن الغاصب النقيصه و ان ساوت أو زادت فلا شىء له و لا عليه و اما التغيير بالامتزاج فإن أمكن التمييز فلا اشكال و الا فلا يخلو اما ان يمتزج بالمساوى أو بالأعلى أو بالأدنى فإن كان المساوى فالقسمه و يأخذ كل واحد حقه أو يبقى على الشركه عينا لا قيمه و كذا قالوا فى امتزاجه بالأعلى لأن الزيادة الحاصله صفه حصلت بفعل الغاصب عدواناً فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله كما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمت و فيه نظر لا- يخفى و القول بالانتقال الى المثل أو القيمه أقرب الى الصواب لانه جميع بين الحقين كما لو مزجه بالأدنى و لم يمكن التمييز هذا تمام الكلام فى أنواع التغيير و حكم كل نوع منها و منه يظهر الخلل الواسع فى مواد المجله كما نشير إليه فى كل

ماده حسب ما يأتى ففى هذه المادة (٨٩٧) الحكم بالخيار غير متجه بل ليس له الا عين ماله فان نقصت قيمته باليبس أخذ الأرش و الا فله العين بلا ضميمة و لا فرق بين ان يكون اليبس بفعل الغاصب أو بفعل غيره أو بسبب سماوى كما لو جفف العنب فصار زيبيا أو جف لحراره الهواء و من الغريب قول بعض الشراح انه لو جفف الغاصب العنب ملكه و ينقطع منه ملك المغصوب منه) فإنه حكم جزافى لا وجه له كما لا وجه للخيار فى ماده (٨٩٨) إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزياده شىء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى قيمه الزيادة و استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه مثلا لو كان المغصوب ثوبا و كان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الثوب و ان شاء أعطى قيمه الصبغ و استرد الثوب عينا،، بل الأصح التفصيل فان كانت الزيادة عينا و أمكن نزعها كالخيوط تعين الى ان يتراضيا فيدفع المالك قيمه الزيادة و يأخذ العين و ان لم يمكن فان نقصت قيمه ضمن الغاصب النقيصه و إلا أخذ المالك العين و لا شىء للغاصب و لا عليه و لا فرق فى ذلك بين الصبغ و غيره من أنواع الزيادة.

ماده (٨٩٩) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب.

عرفت ان تبدل الاسم لا اثر له و انما المدار على انقلاب الذات أو تبدل الصفات فمن غصب حنطه و طحنها فان الدقيق و ان اختلف مع الحنطه بالاسم و لكن الحقيقه واحده و أكثر الخواص فيهما متساويه و كذا

لو غصبه عنبا فصار زيبيا أو رطبا فصار تمرا أو دبسا و المرجع فى أمثال ذلك الى زياده قيمه و نقصها فان نقصت رد العين مع الأرش و ان زادت أو ساوت أخذها بلا- شىء كل ذلك لان عينه موجوده و انما تغيرت العوارض و الصفات و تغير الاسم لا يوجب تغير الحقيقه و لعل من هذا القبيل ما لو غصب شاه و ذبحها، و فروع هذا الأصل كثيره لا تحصى و لكن تمييزها عن غيرها يحتاج الى لطف قريحه و على ما ذكرنا فلا وجه لقول المجله: مثلا لو كان قد غصب الآخر،، و كذا لا صحه لقولها و من غصب حنطه غيره و زرعها فى أرضه يكون ضامنا للحنطه و المحصول له بل الحق ان الزرع لصاحب الحنطه و له اجره الأرض على تأمل فى استحقاقه أجره الأرض و العمل بل هو من قبيل ما لو علف الدابه فسمنت و استحقاق الأجره فى المقامين يحتاج الى مزيد تأمل أما رجوع الزرع الى صاحب الحنطه فمما لا ينبغى الإشكال فيه للقاعده المسلمه على الظاهر شرعا و عرفا فى ان الزرع لصاحب البذر و توهم ان زرع الحنطه إتلاف للحنطه توهم فاسد جدا بل الحنطه قد نمت و اتسعت لا أنها عدمت و وجد الزرع من شىء آخر و بالجملة ليس المقام مقام إيجاد و إعدام اى إعدام حقيقه و إيجاد حقيقه أخرى بل تلك الحقيقه ارتقت و صعدت فى صراط الحركه حب و زرع ثم زرع و حب و هكذا فتدبره جيدا و ان كان واضحا نعم من الصحيح المحكم قولها.

ماده «٩٠٠» إذا تناقص سعر المغصوب و قيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله الى آخرها.»

فان الغاصب إذا رد العين لصاحبها و لم ينقص جزء من اجزائها و لا- تغير وصف من أوصافها سوى ان قيمتها السوقية نزلت لم يكن عليه ضمان نقصان القيمة السوقية لأنه رد عين ماله إليه بحاله و زياده السوق أمر اعتيادي ليس بشىء مضمون و هذا على الظاهر متفق عليه بين الفريقين و تفاوت الرغبات شئون خارجيه و جهات اعتباريه تحدث و نزول فى نفوس البشر بمشيئه الله جل شأنه و تصرفه فى الأ-كوان، نعم لو كان نقص القيمة بسبب استعمال الغاصب لزمه الضمان قطعا لانه يعود الى نقص جزء أو وصف فى العين و لو وصفا اعتباريا ككونه جديدا أو غير مستعمل كما ذكره فى المجله فضلا عما ذكرته بقولها مثلا إذا ضعف الحيوان.

ثم لا وجه للتفصيل فى قضيه شق الثوب بين ربع قيمه المغصوب و بين ما لو كان فاحشا الذى نوهت عنه بقولها كذلك إذا شق الثوب.

و قد عرفت ان عين ماله موجود لم ينعدم و القاعده العامه انه كما كان عين المال موجودا فالحكم رده بعينه غايته انه إذا تغير وصفه تغيرا يوجب نقص قيمته تدارك الغاصب النقص و الا فلا شىء عليه و ما ذكرته المجله من التفاصيل حكم جزافى عار عن الدليل.

ماده «٩٠١» الحال الذى هو مساو للغصب فى إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب

كما ان المستودع إذا أنكر الوديعة يكون فى حكم الغاصب و بعد الإنكار لو تلفت يكون ضامنا،،

قد عرفت ان الغصب لا أثر له أصلا في باب الضمانات و انما يدور الضمان و عدمه مدار وضع اليد اى استيلاء على مال الغير بدون اذنه سواء كان غصبا أو غيره و هذا أحد موارد اليد فان اليد فى الوديعه و ان كانت غير ضمانيه للأمانه و لكن بالإنكار خرجت عن الائتمان فجاء الضمان سواء تحقق عنوان الغصب هنا أم لا إذ ليس مدار الضمان عليه كما عرفت.

ماده «٩٠٢» لو خرج ملك أحد من يده بانهدام جبل بما عليه الى آخره.

من الواضح ان هذا النوع و نظائره خارج عن باب الغصب و لا دخل له به أصلا، بل سقوط الأعلى على الأسفل ان كان بقصد من صاحبه فهو إتلاف و ضامن للأسفل لا غير و ان لم يكن بقصد بل ألقته العواصف فهو غير ضامن أصلا بل قضاء من الله تعالى أوجه ضرر الطرفين فلا يضمن أحدهما للآخر فما أدرى اين مورد الضمان فى هذا الفرع بل مقتضى القاعده ان السقوط إذا كان بغير قصد تبقى الأرض العليا ملكا للأول و لا يغرم الأسفل له شيئا كما لا يغرم الأعلى له شيئا نعم فى مثال اللؤلؤ و الدجاجه يتعارض الضرران و مقتضى قاعده ازاله الأشد بالأخف و الجمع بين الحقين ان يغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجه اما مع التساوى فاما القرعه أو ترجيح الحاكم بمراعاة الجهات الخارجيه من فقر و غيره و هذا إذا لم يمكن بيعهما و قسمه المال بينهما بالنسبه و لو بذبح الدجاجه و بيعها بعد إخراج اللؤلؤه و الا تعين كما هو واضح

ماده «٩٠٣» زوائد المغصوب لصاحبه.

هذا مما لا اشكال فيه عند فقهاء الإماميه أجمع بل يضمن حتى المنافع الاعتباريه التي لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب اما المنافع الغير مستوفاه كما لو غصب الدار و لم يسكنها أحد ففيها خلاف و أقوال كثيره كضمان منافع الحر و الحق عندنا فيها التفصيل فان صدق التفويت ضمن و الا فلا ثم لا فرق عند أصحابنا فى المنافع بين المغصوب مع العين أو المتولد منها فى يد الغاصب كما لا- فرق فى ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه أو تلف بغير تعد و لا تفريط و يظهر من المجله انه لا يضمن المنافع المنفصله إلا إذا استهلكها اما لو تلفت تلفا سماويا فلا ضمان و مقتضى قاعده اليد و ان النماء يتبع الأصل هو الضمان مطلقا فالتفصيل لا وجه له و هو تفصيل بلا دليل كما ان قاعده (الخروج بالضمان) على مذهب الحنفى من ان ضمان العين و المنافع لا يجتمعان يقتضى عدم الفرق فى رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصله و المتصله العينيه و الاعتباريه مع التلف أو الإتلاف و لازم هذا لو غصب الدابه فاولدت فباع الفلو أو استهلكه لا ضمان عليه و هو غريب و إباحه لأموال الناس بغير سبب صحيح و لا- أظنهم يلتزمون به فى المنفصله و ان صرحوا به فى المنافع التي لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب و ركوب الدابه، بقى الكلام فى المنافع المتصله كسمن الدابه و نحوه لو أتلّفها الغاصب أو تلفت عنده فقد نقلوا عن أبى يوسف و الشيبانى و عن أبى حنيفه عدم الضمان و القول الأول أقوى و ان ظهر من بعض أصحابنا عدم الضمان بناء على ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض

و هو على إطلاقه محل نظر أما قضيه النحل و العسل فالقاعده الكليه المطرده فى باب الطيور الأهليه بل و سائر الحيوانات ان صاحب الدار و البستان و نحوها إذا بنى و كرا أو عشا للطيور تأوى إليه فقد دخلت فى حيازته و صارت هى و بيضها و فراخها ملكا له و إذا بنت هى عشا لها من القش و نحوه فى بعض زوايا داره و أشجار بستانه فصيرورتها فى حيازته و ملكا له بمجرد ذلك محل نظر بل الظاهر بقاؤها على الإباحه يملكها كل من صادها و من ذلك الحمام و النحل و غيرهما، فقول المجله و كذلك لو اغتصب الى الآخر يبتنى على ما إذا بنى روضه تأوى إليها لا- مطلقا و كذلك ما فى ماده «٩٠٤» عسل النحل الى الآخر،، مقيد بما ذكرنا و الإطلاق غير متجه فتدبر.

الفصل الثانى فى (بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار)

ماده «٩٠٥» المنصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده،،،

هذا الحكم لا- يختص بالعقار بل كل عين مغصوبه يلزم ردها و فى التعبير بنقصان قيمه تسامح بل الاولى ان يقال لو نقصت قيمه لنقصان

العين اما نقصان قيمه السوقيه مع بقاء العين على حالها فقد عرفت ان الأشهر بل لعل الاتفاق على عدم ضمانها.

ماده «٩٠٦» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،،

هذه أيضا عامه في كل مغصوب أحدث الغاصب زياده فيه و بالجمله فإن العقار لا يختلف عن غيره من الأعيان من حيث الحكم نعم يختلف عنها في بعض جهات الموضوع فإن الأرض مثلا- لا- يمكن ان يعرضها التلف الحقيقي أصلا بل يعرضها التلف الحكمي كما لو غمرتها المياه أو انقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بها أو صارت سباخا لا تصلح للزراع و أمثال ذلك و هذا لا يفرده عن غيره من الأعيان التالفه حكما بل الحكم في الجميع واحد و هو الرجوع عند التلف الحكمي إلى المثل أو قيمه و الغالب في الأراضي أنها قيمه كالحوان،، فالعقار كغيره يجرى فيه الغصب و تلحقه احكامه و لكن حكى بعض الشراح عن الشيخين و أحسبه يعنى أبا حنيفه و أبا يوسف عدم جريان الغصب فيه و صار عندهم من القواعد المقرره- ان العقار لا يغصب لانه لا ينقل و لا يحول من مكانه فلا تزال اليد فيه كالأعيان التي تؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في العين اما العقارات فتؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في الملك الى ان قال: لذلك إذا أبعده رجل آخر من داره أو منعه من دخولها و تلفت لا يضمن و كان (المجله) جرت على ذلك بقولها: و إذا طرأ على قيمه ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب و فعله يضمن قيمته، فان التقييد بفعل الغاصب إشاره الى ان

الضمان ضمان إتلاف لا- ضمان يد و غضب فلو تلفت تلفا سماويا لم يضمن و لا أظن أن وهن هذا الكلام يخفى على ذى مسكه، و ليت شعري من الذى اشترط فى حقيقه الغاصب النقل و التحويل و هل الغصب الا الاستيلاء كما قلنا أو أخذ مال الغير و ضبطه بدون اذنه كما ذكرته المجله فى صدر كتاب الغصب و أى أخذ أقوى من الاستيلاء على ارض الغير و منع المالك من التصرف فيها، و بالجمله فهذا القول اعنى عدم ضمان العقار بالتلف ثقل لا عصاره له و شبح لا روح فيه و خالفهم فى ذلك الشافعى و الشيبانى و صارا الى ما هو الحق عندنا من التحقيق و الغريب ان القائلين بأن العقار لا يغصب اى لا يضمن استثنوا من ذلك موارد منها عقار الوقف و عقار اليتيم و العقار المستعد للاستغلال و كل هذه الأمور المستثنى و المستثنى منه أحكام كيفيه ما انزل الله بها من سلطان و لا تستند الى دليل فان كان العقار لا يتحقق فيه الغصب بطبيعته و لا يتعلق به ضمان اليد فما معنى استثناء هذه الأمور و لما ذا يجب الضمان فيها دون غيرها فانظر و أعجب،،، ثم انهم ذكروا فى ثمره الخلاف فى الضمان و عدمه أمرين زوائد المغصوب فإنها مضمونه عند الشافعى و غير مضمونه عند الحنفى،، و ما لو باع الغاصب الدار ثم أقر بأنها غضب و لم يتمكن المغصوب منه المقر له من اقامه البينه على انها له لا يضمن الغاصب المقر شيئا و لا يؤخذ بإقراره.

و هذا لو تم فليس هو من جهه ان العقار لا يغصب و لكن من جهه ان الإقرار بعد البيع يشبه ان يكون إقرارا فى حق الغير أو فى مال الغير

فيلغو و يحتاج إلى البيئه.

(اما قول المجله) و ان كان القلع مضرا ضررا فاحشا فللمغصوب منه ان يعطى قيمه مستحق القلع و يضبطه، ففيه ان فاحش الضرر ليس له هنا اثر فان المغصوب منعه يجوز له دفع قيمه الغرس أو البناء سواء كان فى قلعها ضرر أم لا و سواء كان الضرر فاحشا أو غير فاحش و لكن برضا الغاصب فان تراضيا فهو و الا فلا حق لأحدهما أن يجبر الآخر على أخذ القيمة عن ماله فتدبره، و حيث اتضح ان سبب الضمان فى الغصب هو قاعده اليد و هى لا تناط بعلم و لا جهل و انما أثر العلم هو الحرمة التكليفيه لا غير- إذا فلا وجه لقول المجله هنا: و لكن لو كانت- الأشجار و البناء أزيد من قيمه الأرض إلى الآخر .. فان زعم السبب الشرعى و تخيل ان الأرض له أو لمورثه لا يغير الحكم الواقعى،،، و الأحكام الوصفيه ثابتة فى عامه الأحوال فلو قطع إنسان بأن هذا الثوب ملكه فلبسه حتى أبلاه ثم ظهر انه لغيره ضمنه كما لو كان عالما و لو بنى فى عرصه الغير أو غرس غرسا يلزم عليه قلعه و تسليم العرصه لصاحبها خاليه كما كانت سواء كان الغرس أزيد من قيمه الأرض أو أقل الا ان يتراضيا اما التزام البانى غاصبا كان أو مشتبها اى عالما كان أو جاهلا- لصاحب الأرض بأخذ القيمة فهو حكم جزافى و مخالف لعامه الأصول و القواعد أيضا و لا مجال هنا لقاعده الضرر لانه هو الذى أضر نفسه و لو بجهله بل لو استوجب القلع نقصا فى قيمه الأرض لزمه التدارك لصاحب الأرض كما نبهت المجله عليه فى ماده (٩٠٧) لو غصب أحد عرصه آخر ..

اما قولها و كذلك لو زرع أحد مستقلا العرصه فحق التعبير لفظا و معنى ان تقول لو زرع الشريك الأرض المشتركه بدون اذن شريكه فالزرع للزارع و يضمن لشريكه أجره الأرض مع قيمه نقصانها لو نقصت، و لا يختلف الحال بين كون الشريك حاضرا أو غائبا و سواء أخذ حصته من الأرض بالقسمه أو بقيت مشاعه و جميع تلك القيود مستدرکه- ماده (٩٠٨) إذا كرب أحد،، تقدم ان كل عمل يعمله الغاصب في العين المغصوبه فإن نقصت به قيمه العين ضمن النقيصه و الا فلا له و لا عليه سواء زادت قيمه أم لا ماده [٩٠٩] واضحه.

الفصل الثالث في (بيان حكم غاصب الغاصب)

ماده (٩١٠) غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب.

هذا باب توارد الأيادى على العين الواحده و من المتفق عليه كما لعله سبق ان المالك مخير في الرجوع على أيهم شاء و لكن لو رجع على من تلفت العين في يده لم يكن له رجوع على غيره ممن وقعت العين في

يده اما لو رجع على غيره منهم كان له الرجوع على الذى تلفت عنده لان قرار الضمان عليه، و من احكام توارد الأيادى انه ليس لمن أخذ العين من الغاصب ان يردّها عليه و لو ردها عليه فعل حراما و لم يبرأ من الضمان بل للمالك ان يرجع عليه و يطالبه بها غايته ان له حق الرجوع على الغاصب الذى دفع له العين و لو تلفت كان للمالك الرجوع عليه و على غيره مخيرا بينهم و قرار الضمان على من كان التلف عنده و من هنا ظهر عدم صحه ماده (٩١١) إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده و إذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو و الأول.

فإنه إذا ردها الى الغاصب الأول لا يبرأ هو و لا الغاصب الأول بل يلزمه ردها الى المالك أو وكيله و الا فإلى حاكم الشرع بعد تعذر ذلك

الباب الثانى فى (بيان الإلتاف)

إشاره

و يحتوى على أربعة فصول)

الفصل الأول فى (مباشره الإلتاف)

ماده (٩١٢) إذا ألتف أحد مال غيره الذى هو فى يده أو فى يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن.

عرفت فيما سبق ان أسباب الضمان اعنى كون مال شخص فى عهده آخر- كثيره (أولها) و أقواها وضع اليد على مال الغير اى الاستيلاء عليه بغير اذن الشارع و لا المالك و الغصب أحد فروع اليد (و الثانى) من أسباب الضمان الإلتاف اى إلتاف شخص مال غيره بغير اذنه و هذا القيد كان يلزم على المجله ذكره اما قيد (الذى فى يده أو فى يد أمينه) فهو مستدرک بل يلزم حذفه فإن إلتاف مال الغير

سواء كان فى يده اى يد الغير أو فى يد أمينه أو لم يكن فى يد أحدهما أو لا يد عليه لأحد كالأضايح أو فى يد الغاصب كل ذلك مضمون على المتلف إلا- إذا أتلف بإذن المالك و من هنا يتضح لك ان النسبه بين اليد الموجه للضمان و الإتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان فى الغاصب إذا أتلف و تنفك اليد عن الإتلاف فى التلف السماوى و ينفك عنها فيما لو أتلف مال الغير و هو فى يده أو فى يد آخر غصباً أو غير غصب فالمتلف ضامن و عليه قرار الضمان و ان كان المال فى يد الغاصب.

ثم ان الإتلاف عند الفقهاء نوعان مباشره و تسبب فالأول كأكل الطعام و الثانى كحفر البئر و لكن يظهر بأدنى تأمل ان جميع أنواع الإتلاف تسبب غايته ان السبب تاره قريب فيسمى مباشره كالمثال الأول، و بعيد فيسمى تسبب كالثانى و على كل حال فالجميع موجب للضمان و الملاك صحه إسناد الإتلاف إليه عرفاً و لذا قالوا ان المباشر أقوى من السبب إلا فى مواضع فان السبب يكون أقوى و ذلك لضعف اسناد الفعل الى المباشر و قوه إسناده إلى السبب فالأمر يدور مدار صحه الاسناد و قوته و من الأصول المقرره فى الإتلاف عدم الفرق بين القصد و عدم القصد و العلم و الجهل و البلوغ و عدم البلوغ و العقل و الجنون كما هو شأن عامه الأحكام الوضعيه كل ذلك لعموم الدليل و هو (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعده فقهيه أو حديثاً نبويًا نعم يعتبر عدم الإكراه فلو كان مكرهاً لم يكن

عليه ضمان بل الضمان على المكره بالكسر لأن السبب هنا أقوى من المباشر و مثله الصبي الغير المميز لو أمره الكبير فان الصغير حينئذ كالأله لا ضمان عليه و السبب أقوى و عليه الضمان،، و مما يتفرع على الضمان مع عدم القصد و العمد ما ذكرته المجله (٩١٣) إذا زلق أحد و سقط على مال آخر و أتلفه يضمن و ماده «٩١٤» إذا أتلف مال غيره،، و من قبيل العمد- ماده «٩١٥» أما قولها: و لو تشبث بها و انشقت بجر صاحبها ضمن نصف القيمة.

يمكن منعه ضروره ان السبب هنا أقوى من المباشر و فى الحقيقه ان تمام السبب هو التشبث و لولاه لما حصل الجر الموجب للشق و كذلك بل أوضح منه ما لو جلس أحد على أذيال ثياب و نهض صاحبها، فان عدم علم صاحبها بجلوس الآخر يسقط نسبه الفعل اليه و يصحح نسبه الفعل تماما الى الجالس على الثياب أما الذى نهض و هو لا يعلم فهو فى هذا المقام كالأله الصماء و هو من أظهر فروع قاعده السبب أقوى من المباشر فما وجه سقوط نصف القيمة عنه و التلغ مستند اليه تماما.

ماده «٩١٦» إذا أتلف صبي مال غيره.

واضح كوضوح ماده «٩١٧» لو اطرأ أحد على مال غيره كالحنوت و الخان.

ماده (٩١٨) إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك،،،

يمكن الخدشه فيها فان ذلك الهدم ان كان بحيث يعد فى نظر العرف تلفا و إتلافا للحنوت أو الخان فاللازم المثل

أو القيمة و ان كان نقصا تعين أخذ الأرش و لا وجه للتخيير نعم لا إشكال فى صحه قول المجله: و لكن إذا نبأ الغاصب كالأول فيبراً من الضمان

ماده (٩١٩) لو هدم أحد دارا بلا إذن لأجل وقوع حريق فى المحله

و انقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الأمر لا يلزم الضمان و الا لزم الضمان، هذا من موارد قاعده وجوب دفع الأشد بالأخف التى مر ذكرها فى القواعد العامه فى الجزء الأول فإن هدم الدار التى نشأ فيها الحريق خوف السرايه إلى دور اخرى واجب كفاى على كل من شاهد النار و بالأخص على أهل الدار التى فيها الحريق فان لم يفعلوا فعلى الدور الأخرى و إذا هدمها أولئك لدفع الضرر عنهم لانه ضرر أعظم من ضرر صاحب الدار- لا ضمان عليهم لأن إتلافها للدار كان بإذن شرعى، و يمكن المناقشه بأن القدر المتيقن انهم مأذونون بالهدم اما ان الاذن بغير ضمان فغير معلوم فلعله من قبيل أكل مال الغير عند المخمسه فإن الجائع الذى يخاف على نفسه التلف مأذون بالأكل و لكن مع دفع القيمة إلى المالك فلما ذا لا يكون الحال هنا من هذا القبيل بل قاعده احترام مال المسلم تقتضى ذلك اللهم الا- ان يقال انه هنا هو فى معرض التلف فلا حرمه له أو ان المتلف هنا محسن (وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) و المسأله محتاجه إلى تأمل فليتأمل.

ماده (٩٢٠) لو قطع أحد الاثمار التى فى روضه غيره.

فيها من الكلام نظير ما مر فى ماده «٩١٨»، ماده «٩٢١» واضحه

الفصل الثانى فى (بيان الإلتاف تسبىبا)

ماده «٩٢٢» و هذا أيضا واضح و ان نسب الى بعض فقهاء الجمهور انه لا يضمن بمجرد فتح الباب

إلا- إذا صاح بالدابه لتخرج أو صقر للطائر كى يطير و هو متجه إذا كان من شأنها و عاداتها ان لا تخرج الا بذلك و انها يفتح الباب لا تخرج و لو اجتمع السببان يضمن باقواهما فلو فتح الباب رجل و حل قيد الدابه آخر فشردت يضمن فاتح الباب لأن بحل القيد مع بقاء الباب مغلقا لا تستطيع الدابه الفرار كذا قيل و هذا يختلف أيضا فقد يتفق ان حل القيد أقوى فى تحقيق فرارها كما لو كان طائرا و فتح القفص أو كانت دابه قويه فتكسر الباب بعد حل القيد فليس هنا قاعده كليه بل المرجع الى الخصوصيات المقاميه بنظر العرف و حكم الحاكم.

ماده «٩٢٣» لو جفلت دابه أحد.

قد يظن ان مستند هذا كون القصد و العمديه شرطا فى الضمان بالسبب فلو حصل التلف بغير قصد من المسبب لم يلزم الضمان فلو حلفت الدابه بمرور شخص من غير قصد لم يضمن و لو قصد بمروره ان تجفل

أو صاح بها فاجفلها ضمن، و هذا اعنى اعتبار القصد غير مطرد ففى كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب و ان لم يكن هناك قصد كما فى ماده (٩٢٤) يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعنى ضمان المسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر أحد فى الطريق العام بئرا بلا إذن اولى الأمر و سقطت فيه دابه لآخر و تلفت يضمن و اما لو سقطت الدابه فى بئر كان قد حفره فى ملكه و تلفت لا يضمن.

فان وقوع الدابه لم يكن مقصود الحافر فى الصوره الأولى قطعا و مع ذلك يحكمون بضمانه و أوضح منه ما سيأتى فى ماده (٩٢٦) من وقوع الحمل من ظهر الحمل على مال الغير فيتلفه فقد حكمت المجله بالضمان و هو غير قاصد قطعا و غير مباشر ضروره فالمدار ما ذكرناه من مراجعه الحاكم فى القضايا الشخصية فيرجع فيها الى العرف و الذوق و الوجدان و يستنبط حكمها من الأدله و هذه الموارد من الأمور الصعبة جدا و من مزلق الافهام لا الأقدام، و من هنا صار منصب القضاء و الحكم من أهم المناصب و القاضى على شفا- أيما إلى جنه أيما إلى نار، و من قضى فقد ذبح بغير سكين- بالبناء للفاعل أو المفعول- نسأله تعالى السداد و ان يمدنا بلطف منه و توفيق، نعم لا إشكال فى ان العمل الذى يترتب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعا و لا تعدى فيه و لم يقصد به الإيتلاف لا يكون موجبا للضمان فلو هدم إنسان جدار داره فانهدم جدار الجار لا يضمن لانه فعل مشروع لم يقصد به الإيتلاف، و كذا إذا أوقد شخص فى سطح داره

نارا و لكن بقدر المعتاد فاتفق أن أطارت الريح شراره الى الحار فأحرقت شيئا منه لا يضمن نعم لو كان زائدا على المتعارف فهو ضامن و ان لم يقصده و هذا مما يدل على عدم اعتبار القصد فى الضمان و بهذا الملاك قضيه ضمان الحمال فإنه فعل مشروع و لم يقصد به الإلتلاف قطعا و مع ذلك فقد حكموا عليه بالضمان كما سيأتى.

ماده «٩٢٥» لو فعل أحد فعلا يكون سببا،،

و هذا واضح فإن الأصل فى المباشر ان يكون أقوى من السبب و اليه يسند الفعل و عليه يكون الضمان و لذا لو أمر إنسان غيره بقتل شخص فقتله فالديه أو القصاص على القاتل لا على الأمر و ان كان لم يقتله الا امتثالا لذلك الأمر، نعم يتفق كثيرا ان كون السبب أقوى من المباشر و لكن الأصل و الأكثر هو العكس.

الفصل الثالث (فيما يحدث فى الطريق العام)

اشاره

الطريق العام هو الجاده التى يسكنها الناس جميعا من غير اختصاص سواء كانت فى الصحارى و المفاوز أو فى المدن و القرى أو فى الغياض و الغابات أو فى الجبال و المغارات فتخصيص بعضهم لها بطرق المدن

و القرى لا وجه له.

ماده «٩٢٦» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامه

يعنى مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها، بناء عليه إذا سقط الذى على الحمال و أتلف مال أحد يكون ضامنا و كذا إذا أحرقت ثياب أحد مار فى الطريق الشراره التى طارت من دكان الحداد حين ضربه يضمن الحداد ثياب المار، فى هذه الماده مواقع للبحث و النظر اما «أولا» فإن حرمة إضرار الغير بالحالات التى يمكن التحرز منها حكم عام فى الطريق العام و فى غيره فلا محل لإقحامه هنا «و ثانيا» على فرض اختصاصه هنا فهو حكم تكليفى محض لا اثر له فى الضمان و عدمه كما لا اثر له فى حق المرور و عدمه يعنى ليس حق المرور مشروطا بالسلامه بحيث لو أضر لم يكن له حق المرور بل حق المرور ثابت لكل أحد على كل حال و لكن يحرم عليه ان يضر غيره و اما «ثالثا» و هو أشدها نقدا، و أسدها ردا، عدم صحه التفريع المزبور بمعنى ان حرمة الإضرار للغير لا يتفرع عليه قضيه ضمان الحمال فان ضمانه يتفرع و يبتنى على كونه مباشرا للتلف أو مسببا لا ان مروره مشروط بالسلامه و عدمها، و اما «رابعا» فقد عرفت ان هذا يوشك ان يكون تهافتا فى أحكام المجله فقد مر فى ماده «٩٢٣» ما يدل على اعتبار القصد و العمد فى ضمان التسبب حتى صرح بعض بان المسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا و حيثئذ فأى وجه لضمان الحمال هنا مع وضوح كونه غير متعمد و لا قاصد كما سبق بيانه و كذا إذا أحرقت شراره دكان الحداد فان اللازم عدم ضمانه بل عدم الضمان هنا أوضح فان الحداد جالس

فى دكانه و فى ملكه و مشغول بمهنته و طيران الشرر من لوازم صنعتته فالواجب على المار ان يتحرز لا على الحداد ان يكتنز.

ماده «٩٢٧» فذلكه التحقيق فى هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفريقين كما تشعر به هذه ماده بناؤهم ان التصرف المشروع

اما لكونه تصرفا فى ملكه أو لأنه مأذون من الشارع أو المالك إذا أوجب ضررا فأتلف مال غيره لا يكون ضامنا و لذا جعلوا البيع و الشراء أو وضع شىء بإذن ولى الأمر فى الطريق العام إذا أوجب الضرر و الخسار لا يضمن و بدون الاذن يضمن،، و قد مرت الإشارة أو التصريح منا بان ملاك الضمان و عدمه ليس مشروعيه التصرف و عدمها و انما المدار فيه على صحه إسناد الضرر و التلف إليه مباشره أو تسببيا أو عدمه الا ترى ان من أوجب فى سطح داره نارا فان كان بمقدار الحاجه و على المتعارف كما هم ذكروا لم يضمن إذا أحرقت شيئا فى دار جاره و ان كان زائدا على المتعارف كان ضامنا مع ان كلا منهما جائز شرعا لصاحب الدار و الناس مسلطون على أموالهم و لكن وجه الفرق بينهما انه فى الأول لا يعد عند العرف متلفا اى لا يسند التلف إليه مباشره و لا- تسببيا بخلاف الثانى فإنه يعد لتجاوزه عن قدر الحاجه هو المسبب للتلف و ان لم يكن قاصدا و لك ان تناقش فى ذلك فتقول بعدم الفرق بينهما و تحكم بالضمان فيهما أو عدم الضمان و لكن لو قلنا بالفرق فليس هو الا ما ذكر، لا قضيه الجواز و عدمه فتدبره فى الأمثله و النظائر جيدا فإنه باب واسع كثير الفروع اما ما ذكرته المجله بقولها: بناء عليه لو وضع أحد فى الطريق

فهي مسأله اخرى يتعرض لها فقهاؤنا فى باب المشتركات العامه من كتاب «احياء الموات» و هي جواز وضع شىء فى الطرق العامه و الموضوع نوعان نوع ثابت كالاجنحه و الرواشن و النوافذ و الأبواب و نحوها و قد أجازها أرباب المذاهب و أصحابنا بجميع أنواعه حتى الرواشن المستوعبه عرض الطريق المسماه باللغه الدارجة «سواييط» و ليس للطرف المقابل المنع و لكن الجميع مشروط بعدم الإضرار أو المزاحمه للماره فكأنه عندهم على الإباحه الأصلية فأجازوا كل تصرف لا يضر بالمرور و الاستطراق الذى هو حق الجميع، هذا فى الطرق النافذه أما المرفوعه فلها احكام أخرى مذكوره فى محلها و اما غير الثابته بجميع أنواعها أيضا من حجاره أو تراب أو غيره فقد أجازوه أيضا بذلك الشرط على تفاصيل مذكوره فى محلها أيضا و على الجواز فاللازم بناء على ان التصرف الجائز لا يوجب الضمان عدم الضمان هنا و دعوى انه مشروط بعدم الإضرار بالماره مدفوعه بأن المراد بعدم الإضرار نوعا لا- اتفاقا فليتدبر، و بان الإضرار كما عرفت حرام تكليفى و حكم مستقل بنفسه لا- دخل له بجواز التصرف و عدمه فان كل إنسان له حق المرور فى الطرق العامه و يجب عليه ان لا يضر الناس فى الطرق و فى غيرها.

«و الخلاصه» ان مشروعيه التصرف لا- ترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرف إذا استند الضرر اليه عرفا ضروره ان الاذن بالتصرف ليس معناه الاذن بالإضرار نعم ان لم يسند الضرر اليه فلا ضمان و على هذا

يبتنى ما ذكرته «المجله».

فى ماده (٩٢٨) لو سقط حائط و أورت غيره ضررا لا يلزم الضمان

و لكن مائلا إلى الانهدام الى آخرها،، فان وجه الضمان فى الأول دون الثانى هو صحه إسناد الضرر اليه من جهه تماهله بعد التنبيه و عدم صحه الإسناد اليه مع الغفله و عدم التنبيه فليتدبر.

و يكفى فى التنبيه و التقدم حصوله من كل أحد سواء من الجار الذى خشى الضرر أو من غيره و لا وجه لقول «المجله» و لكن يشترط ان المنبه من أصحاب التقدم و التنبيه فان المدار ان يحصل له العلم و الإنذار كى تنقطع الحجه و المعذره بالجهل و هو واضح.

الفصل الرابع فى (جنابه الحيوان)

اشاره

من المعلوم ان الحيوان من حيث ذاته لا- ضمان عليه و لا- يتعلق به اى حكم من الاحكام فان كان هناك ضمان أو حكم فعلى الإنسان الذى يناط به الحيوان بأحد الملابس بان يكون مالكا له أو قائدا أو سائقا أو راكبا

و ان لم يكن مالكا و كل ذلك مبنى على الأصل الذى ذكرناه من قضيه صحه النسبه و الاسناد كما أشارت إليه المجله.

ماده «٩٢٩» الضرر الذى أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه،،،

و لعل اليه نظر النبوى المشهور «جرح العجماء جبار» فالحيوان إذا كان صاحبه معه و أحدث ضررا كان صاحبه ضامنا و نعى بالصاحب الأعم من مالكة أو مستأجره أو مستعيره أو غير ذلك بل و حتى غاصبه فان صاحبه إذا كان معه و أهمل رعايته و لم يكبح جماحه استند الضرر اليه فلزمه الضمان كما نصت عليه «المجله» بقولها و لو استهلك حيوان مال أحد إلى الآخر.

و كان المراد باستهلاك الدابه ما لو أكلت طعام الغير و نحو ذلك و هذا أحد مصاديق الكلى و لا خصوصيه له فلو أضرت بمال الغير و لم يمنعها صاحبها و هو معها ضمن سواء استهلك المال أم لا و ينبغى ان يحمل ماده (٩٣٠) لا يضمن صاحب الدابه التى أضرت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن.

على ما إذا لم يكن عالما أو لم يكن قادرا و الا فلا وجه له لما فى ماده «٩٣١» إذا أدخل أحد دابته فى ملك غيره باذنه لا يضمن جنايتها لما عرفت قريبا من ان الاذن بالتصرف ليس اذنا بالضرر فإذا دخل بدابته و أضرت بصاحب الدار و استند الضرر إلى إهماله ضمن سواء دخل بإذن أم بغير اذن بل لو كانت الدابه فى ملكه و أضرت بالغير من جهه إهماله ضمن بل و كذا لو انفلتت دابته و أضرت فإن كان بإهماله

و تقصيره ضمن و ان لم يكن انفلاتها بتقصيره فلا ضمان هكذا ينبغي بل يجب تحقيق المسائل و تحليلها و من هذا ينكشف أيضا

ماده «٩٣٢» لكل أحد حق المرور فى الطريق العام مع حيوانه بناء عليه،،

فان كل أحد و ان كان له حق المرور و لكن ليس حق الإضرار و الخسار فيجب عليه التحرز حسب الإمكان بان لا يسوقها بعنف يوجب انتشار الطين و الغبار، فان تسامح فى ذلك فلوث ثياب العابرين كان ضامنا كما يضمن الضرر و الخسار الذى يقع من مصادمتها أو لطمه يدها فى جميع الصور المذكوره أولا- و آخرالا فرق بين بعض و بعض فتدبره جيدا، نعم ما هو خارج عن قدرته أو عن علمه يعذر فيه.

ماده «٩٣٣» بل هما اقدر على التحفظ من الراكب

فهما اولى من الراكب بالضمان لو تسامحا فى التحرز.

ماده «٩٣٤» ليس لأحد حق توقيف دابه أو ربطها فى الطريق العام.

هذا على إطلاقه ممنوع بل له ان يوقفها أو يربطها إذا كان الطريق واسعا كما فى شوارع أكثر المدن فى هذه الأعصار «و بالمجمله» انما لا يجوز له ان يوقفها أو يربطها فى الطريق إذا كان فيه مزاحمه للعابرين اما إذا أمن من المزاحمه فلا مانع شرعا بل و عرفا فلو تعرضها أحد و أخذته و أتلفت عليه شيئا فلا ضمان على صاحبها لانه هو الجانى على نفسه.

ماده «٩٣٥» من سبب دابته فى الطريق العام يضمن الضرر الذى أحدثته.

و وجهه واضح لانه يكون هو السبب بتفريطه فى حفظها، و لا- يبعد ان يلحق به من سيب ولده أو عبده و لا- سيما إذا كانا مجنونين أو ضعيفى العقل لا يؤمن شرهما، و بهذا الملاك يضمن الراكب كما فى ماده (٩٣٦) لو داس الحيوان الذى كان راكبه أحد على شىء بيده أو رجله الى آخرها.

و ماده «٩٣٧» لو كانت الدابه جموحا و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،

إذا كان الأمر فى مثلهن خارج عن قدرته و اختياره اما مع استطاعه حبسها و إهماله فهو ضامن.

ماده (٩٣٨) و هى واضحه كوضوح ما بعدها.

ص: ١٥٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب التاسع في (الحجر و الإكراه و الشفعه

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب)

المقدمه فى (الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالحجر)

الحجر:

لغه المنع و بهذا الاعتبار أطلق على العقل فى قوله تعالى (هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ) و أمثالها لأنه يعقل و يمنع عن ارتكاب الرذيله و شرعا هو منع الإنسان عن التصرف لوصف فيه فيما له التصرف فيه لو لا ذلك الوصف و ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم ان أسبابه «سته» الصغر و الجنون و السفه و الرق و مرض الموت و الفلس و ذكروا لكل منها حدودا و قيودا و أحكاما و المجله أرادت ذلك المعنى فى تعريفه و قصرت عبارتها عنه فى ماده (٩٤١) الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولى، و من الواضح ان المحجور ممنوع عن التصرف القولى و الفعلى معا

فكما لا يجوز صيغته البيع منه و لا اثر لها كذلك لا يجوز ان يدفع المبيع أو ان يعطى شيئاً من أمواله معاوضه أو مجاناً فالتقييد بالتصرف القولى لا وجه له كما لا فائده لقولها و يقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور،

و مثلها ماده «٩٤٣»

الإذن:

هو فك الحجر و إسقاط المنع.

ثم شرعت المجله فى تعريف بعض أسباب الحجر كالصغير و المجنون و السفیه و لو انها أو كانت تعيين مصاديق هذه المفاهيم الى العرف لكان أصح و أوضح،

أما تعريف الإكراه فى ماده «٩٤٨»

الإكراه:

إشاره

هو إجبار أحد على ان يعمل عملاً- بغير حق من دون رضاه بالإخافه، فقييد بغير حق مستدرک إذ الإكراه معنى وحدانى و هو حمل الغير على عمل بغير رضاه سواء كان بحق أو بغير حق و حق التعبير ان يقال:

و يقال لمن اجبر مكره و المجنون مكره بفتح الراء و كذلك العمل مكره عليه لينتظم النسق و تنسجم الفقرات.

و فى ماده (٩٤٩) الإكراه على قسمين

(القسم الأول) هو الإكراه الملجئ الذى يكون بالضرب الشديد المؤدى الى إتلاف النفس (و الثانى) غير الملجئ الذى يوجب الغم و الألم فقط بالضرب و الحبس،،، خلل و اضطراب أبعده عن الصواب فإن الإكراه الملجئ هو الحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل كما لو أوجر الماء فى حلق الصائم أو أركب إنسان غيره بان رفعه فوضعه على الدابه و هكذا و القسم الثانى هو الذى يصدر الفعل بإرادته الفاعل و لكن انبعاث الإراده و القصد وقعا دفعا للضرر و خوفا من التهديد و الوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع

عضوا و أخذ مال أو هتك عرض أو حبس و نحو ذلك، و مما يوجب الغم و الألم هنا ذكر الغم و الألم الذى لا ربط لهما بالمقام أصلا فتدبره عافاك الله فالملجئ يسلب الإراده و الرضى و غير الملجئ يسلب الرضى و طيب النفس دون الإراده و لكن الظاهر تساويهما فى أغلب الاحكام و قد يختلف نادرا ففى مثل الصوم لو أوجر فى حلقه لا قضاء عليه و لا كفاره و لكن لو أكره بالإكراه الغير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفاره اما فى مثل الطلاق و البيع و سائر المعاملات فالظاهر عدم الصحه بالإكراه مطلقا، هكذا ينبغى تحقيق البحث و مثل هذا فى الضعف و الخور و الوهن و الخلل.

ماده «٩٥٠»

الشفعة:

هى تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذى اشتراه به المشتري.

و لا حجه لهذا التعقيب فان أصح تعريف للشفعه ان يقال انها حق أخذ الشقص المبيع من المشتري بالثمن من الذى اشتراه به و الفرق بين التعريفين مثل الصبح واضح - فان التملك اثر ذلك الحق لا نفسه و الشريك له حق الشفعه و ان لم يملك فتدبره، ثم ان درج الشفعه فى مدرج الحجر و الإكراه موضع لسؤال المناسبه لوضوح التباين بينهما و بينهما فإن الشفعه حق و الحجر و الإكراه منع من التصرف فى الحقوق و لعل المناسبه هى ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري كرها رضى أم أبى فناسب بهذا باب الإكراه و الحجر و الا فالشفعه حقيقه من شراشر البيع و شئونه و لذا لا تجرى فى غير البيع من عقود المعاوضات و غيرها كالصلح

و غيره كما سيأتى.

ثم ان من ماده (٩٥١) - إلى ماده (٩٥٥) - و ماده (٩٥٦) «كلها واضحه غنيه عن البيان» اما الشرب الخاص فقد عرفه هنا بأنه حق شرب ماء الجارى المخصوص بالأشخاص المعدوده،، و عرفه فى اخريات الكتاب بأنه هو الانهر التى تتفرق مياهها و تقسم بين الشركاء و فى كلاء- التعريفين نقص ظاهر و الأصح فى تعريفه انه الماء المملوك لشخص أو أشخاص مخصوصين فى مقابل الشرب العام و هو المباح لعامه الناس الذى لا يملكه أحد بعينه.

ماده (٩٥٧) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون.

الحجر نوعان نوع ذاتى يعنى بحسب أصل الشرع و جعل الشارع بلا واسطه، و نوع عرضى لا يتحقق إلا بواسطه حكم الحاكم و هؤلاء الثلاثة محجور عليهم بالحجر الذاتى لنقصهم الذاتى و اى نقص أعظم من نقص العقل عافاك الله «و من النوع الثانى» السفیه كما فى ماده (٩٥٨) للحاكم ان يحجر على السفیه و منه أيضا المفلس كما فى ماده (٩٥٩) للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء و سيأتى تفاصيل كل من النوعين اما- ماده (٩٦٠) المحجورون الذين ذكروا فى المواد السابقه و لم يعتبر تصرفهم القولى لكن يضمنون الى الآخر،، فهو حكم عام لكل محجور عليه لان الضمان حكم وضعى لا تكليفى حتى يختص بالبالغ العاقل بل كل من أتلف مال غيره فهو له ضامن حتى الصبى الغير المميز غايته ان المخاطب يدفع الغرامه و ليه فيغرم من مال الصبى ان كان له مال و الا فلا غرامه و سقط الحق لعدم موضوعه.

ماده (٩٦١) إذا حجر السفیه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس،

الإعلان عن الحجر عليه كى لا يعامله الناس لو احتاج الى الحكم حسن أو لازم و لكن بيان السبب غير لازم بل

ماده «٩٦٢» لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره غيابا،

لعل هذا عند أرباب المذاهب اما عندنا فلا يتوقف أصلا على حكم الحاكم بل كل شخص يعرف السفه من غيره و إذا عرفه يلزمه ان لا- يعامله و لو عامله كانت معاملته باطله سواء كان قد حكم الحاكم أم لا بل لا حاجة الى حكمه أصلا و انما يلزم الحكم فى خصوص المفلس كما سيأتى توضيح هذه المباحث و تحريرها

ماده «٩٦٣» لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر،،،

قد يبلغ الفسق الى السفه بل إلى أعلى مراتب السفه فان شارب الخمر فاسق و سفه و اما إذا كان مدمنا فهو مجنون بل فى أعلى مراتب السفه و الجنون و من الجدير ان لا- يعامل شارب الخمر و لا- يصاهر كما فى كثير من الاخبار النبويه و هكذا كثير من الكبائر مثل الربا و القمار و الزنا و أخويه عافاك الله ايها المسلم من هذه الخبائث التى هى سوس الهيئه الاجتماعيه التى تنخر فى عظامها حتى تبلى و تتلاشى و الله ولى العصمه و التوفيق.

اما ماده (٩٦٤) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل

- و ماده «٩٦٥» فكلاهما خارجان عن الحجر الشرعى الاصطلاحى بل هما من الحجر اللغوى أو السياسى.

الفصل الثانى فى (المسائل المتعلقة بالصغير و المجنون و المعتوه)

ماده (٩٦٦) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية،،،

عبارات الصبى الصغير المميز كالمجنون لا اثر لها أصلا لأنه لا يعرف قصد الإنشاء بها بخلاف الصبى المميز الذى يتمكن من قصد الإنشاء و لا اعرف للتقييد بالقوليه وجها مع ان جميع تصرفات الغير المميز لا اثر لها.

ماده (٩٦٧) يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض

و ان لم يأذن به الولى و لم يجزه كقبول الهديه و الهبه.

هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل و عرفا اما شرعا فمقتضى الأحاديث الكثيره المشتمله على مثل قوله عليه السّلام رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ و عن المجنون حتى يفيق، عدم اعتبار جميع تصرفاته له أم عليه أم لا- له و لا- عليه الا- ما ورد به الدليل الخاص مثل وصيه من بلغ عشرين إذا كانت بالمعروف أو مطلقا و لكن يمكن تخريج وجه لما ذكرته المجله من مجموع الأدله الشرعيه و الاعتبار العقلية و لكن الأحسن و الأحوط اعتبار اجازة الولى و لا شك ان الولى يجيز ما فيه المصلحه للصغير و هو اعرف بالنافع له من الضار نعم و كل ما جاز للولى أن يتصرف فيه من أموال الصغير جاز له ان يأذن للصغير بمباشرته اما

لوبياع الصغير ثم أجاز نفسه بعد بلوغه فصحته غير معلومه الا على وجه بعيد فى باب الفضولى: و على تلك القاعده يبنى.

ماده (٩٦٨) للولى أن يسلم الصغير المميز مقداراً.

و مستنده قوله تعالى (فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فَإِن التعبير بآنستم إشاره إلى كفايه العلامات و الأمارات فى الحكم بالرشد و لذا يجب ان يمتحن الصغير متى تظهر عليه أمارات الرشد فتدفع إليه أمواله و بالضروره أن معاملاتة بعد بلوغه فى خلال امتحان رشده تكون مراعاة بالمصلحه فما كان منها على منهاج العقلاء و أهل السداد تكون ماضيه صحيحه و ما لم يكن منها على ذلك المنهاج تكون باطله و لا يجدى اجازة الولى فى صحتها و تلخص من كل ما ذكر ان اعمال الصبى الغير المميز قولاً و فعلاً لغو صرف مع الإجازة و الاذن و بدونهما اما المميز قبل البلوغ فاعماله كذلك قولاً و فعلاً مع الاذن أو الإجازة نافذه ماضيه مطلقاً ما لم يتبين الضرر فيها على الصبى اما بعد البلوغ قبل تبين الرشد فالصحيح منها ما ثبتت فيه المصلحه و موافقه العرف و العاده و ما لم يتبين فيه باطل حتى مع الاذن و الإجازة فافهم ذلك و اعرف وجهه بالتأمل.

ماده (٩٦٩) العقود المكرره التى تدل على انه قصد منها الربح

و هى إذن بالأخذ و الإعطاء مثلاً الى آخرها، صحه تصرف الصبى المميز الموقوفه على اذن الولى تتبع مقدار الاذن عموماً أو خصوصاً فقوله بع و اشتر اذن عام فى أنواع البيع و الشراء و امره بإجراء عقد واحد اذن خاص، و لا نعرف فرقاً ذا أثر عملى بين الاذن و بين التوكيل

و الاستخدام: و هل التوكيل و الاستخدام الا- نحو من الاذن و كذلك الأمر بالبيع و الشراء أو غيرهما أيضا ليست حقيقه إلا الاذن، العبارات شتى و الطرق كثيره و الغايه و الحقيقه واحده و من هنا تعرف الوهن فى ماده (٩٧٠) لا يتقيد و لا يتخصص.

لا- نعرف وجهها لعدم صلاحية اذن الولى للتقييد أو التخصيص بمكان أو زمان و سيما بعد ان عرفت ان الوكاله و الاذن و ان اختلفا مفهوما و لكنهما متحدان أثرا و حكما و كل و كاله اذن و لا عكس و لا ريب بالاتفاق ان الوكاله تصلح لكل قيد فالإذن كذلك لان حكم الأمثال واحد و لا نص فى الين يجوز فى هذا و يمنع فى ذاك.

نعم قد يعلل ذلك بان الإذن إسقاط و الاسقاط لا يصلح للتقييد و هو وهم فى وهم و سبك خطأ فى خطأ فلا الاذن إسقاط و لا الاسقاط لا- يقبل التخصيص بل يقبله (بيان ذلك) ان الولاية نوعان نوع قهرى إجبارى، و آخر اختيارى جعلى، فالأول كولاية الأب و الجد و الحاكم الشرعى فإنها لا تقبل الاسقاط و الثانى كولاية منصوب الحاكم الشرعى فإن له ان يسقط و لايه نفسه و يستقيل بخلاف الأول فإنه لو أسقط و لايته لا تسقط مضافا الى ان الاذن ليس إسقاطا للولاية إذ ليس إذن الأب أو الجد للصبي المميز بان يبيع أو يشتري إسقاط لولايتهما بل هو عين اعمال الولاية، و إعطاء الرخصه كإعطاء المالك الرخصه لآخر فى التصرف بماله فليس معنى ذلك انه أسقط ملكيته و ولايته على ماله بإعطاء الرخصه فى التصرف لغيره فكذلك إعطاء الولى الرخصه ليس معناه إسقاط الولاية

هذا [أولاً]: و أما [ثانياً] فلو سلمنا فرضاً ان الولاية إسقاط و لكن لا مانع من تقييد الاسقاط بزمان أو مكان فإن للدائن أن يطالب مدينه بحقه فى كل مكان و كل زمان اما لو قال له أسقطت عنك حق المطالبة يوم الجمعة أو فى شهر رمضان أو فى مكة المشرفة أو المدينه المنوره لزم ذلك و لم يكن له حق المطالبة فى تلك الأزمنه أو الأمكنه و هو تقييد مقيد فلا يكون لغوا فتدبره جيداً و أعرفه أصلحك الله.

ماده (٩٧١) كما يكون الإذن صراحة يكون دلالة

فلو رأى الولي، الصغير يبيع و يشتري و لم يمنعه و سكت يكون قد اذنه دلالة تقدم غير مره ان السكوت بذاته لا يدل على شىء و لا- اثر له و انما المدار على القرائن التى تقرن به، و كان هذا غنيا عن البيان لوضوحه و تقدمه كوضوح ماده «٩٧٢» للولى أن يحجر على الصغير بعد ما اذنه،، الاعلام و التعميم وسيله و لا يتوقف عليها الحكم و هو أمر استحسانى لا ضرورى فلو اذن له ثم منعه بعد ذلك صحت معاملاته الواقعة بعد الاذن و بطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولي بذلك و اعلم أم لا فتدبره.

و حيث ان المهم فى باب الحجر الذاتى تعيين الأولياء، تعرضت المجله لبيانهم فى ماده «٩٧٤» ولى الصغير فى هذا الباب أولاً أبوه ثانياً الوصى إلى الآخر،، و هذا كله مع انه تطويل بلا فائده غير واف بجميع أنواع الأولياء و الضابطه الجامعه مع اختصارها هى ان أولياء الصبى أبوه و جده فى رتبه واحده و من سبق تصرفه كان هو النافذ و بطل

الثانى و لو اقترنا مع التنافى بطلا و من بعدهما منصوبهما أو منصوب أحدهما و لا ولاية لأحد غير هؤلاء من قريب أو بعيد الا الحاكم الشرعى أو منصوبه مع فقد أولئك أو عدم أهليتهم بقصور أو خيانه و لعل الى هذا أشارت ماده «٩٧٥» للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي،، و قد يؤدي هذا الى الخلاف بين الولي و الحاكم فالولي يمنع لانه لا يرى المصلحه و الحاكم يأذن لانه يراه صالحا فيكون المتبع رأى الحاكم على تأمل و ان جزم به أصحاب المجله.

ماده (٩٧٦) إذا توفى الولي الذى جعل الصبي مأذونا فيبطل اذنه

فان الاذن و الإباحه يبطلان بموت الآذن و المبيح كما تبطل الوكالة بموت الموكل لأن الجميع اذن و من خصوصيات الإذن اللانزله له لذاته زواله بزوال الآذن حاكما كان أو غيره فالتفكيك بين الحاكم و غيره كما فى المجله لا وجه له أصلا نعم لو نصب الحاكم وليا على قصير أو جعل متوليا على وقف و مات الحاكم فإن الولاية لا تبطل بموته و الفرق بين الاذن و الولاية ظاهر بأدنى تأمل،، ثم انك عرفت من فحوى كلماتنا المتتابعه فى هذا المجال ان أصل الولاية على الصغير انما هى لأبيه و جده و بعد فقدهما أو عدم أهليتهما تعود للحاكم و عليه فلو اذن الحاكم للصغير مع وجود أبيه أو جده و وجود المسوغ الشرعى لهذا الاذن ثم مات الحاكم فلا ريب ان الولاية للأب و الجد على خالها لا تزول و لم تزل انما عطلها فى المورد الخاص معارضه الحاكم و قد زالت بموته فتعود ولايتهما كما كانت على القاعده المعروفه إذا زال المانع عاد الممنوع و عليه فلا وجه لما فى

ماده (٩٧٧) للحاكم ان يحجر الصغير الذى اذنه و ليس لأبيه إلى الآخر.

ماده (٩٧٨) المعتوه فى حكم الصبى المميز.

بل الأكثر فى المعتوهين انهم كالصبى الغير المميز و ليس لهذا ضابطه كليه و المعتوهون مختلفون و إرجاع التعيين الى العرف أو الى حاكم الشرع اولى نعم لا إشكال بأن المجنون المطبق بحكم غير المميز كما فى ماده (٩٧٩) كما لا إشكال فى ماده «٩٨٠»- اما ماده «٩٨١» فقد تقدم فى ماده «٩٦٨» ما يغنى عنها و عن ماده [٩٨٢] إذا بلغ الصبى غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده.

و لانزم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال فى يد الصبى الذى لم يبلغ الرشده كما فى ماده «٩٨٣»- و ماده «٩٨٤» و حق المادتين ان يجمعا فى ماده واحده فيقال: ولى الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده أو قبل بلوغه فان كان المال موجودا انتزعه منه للحجر عليه و ان كان تالفا كان ضامنا و حيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ و الرشده فى زوال الحجر عن الصبى و الرشده يعرف بالاختبار و الامتحان فى معاملاته كما مر (اما البلوغ) فيعرف بعلامات، بعضها طبيعیه ذاتيه و بعضها جعليه شرعيه أما الطبيعیه فهى الاحتلام فى الذكر بل و الأنتى ان تحقق فهو علامه لها أيضا و كذا الإنبات اى نبات الشعر على العانه و لم تذكره المجله، و الحيض فى الإناث و الحبل و هى علامه مسبوقة غالبا بالحيض كما ان الحيض مسبوق بالإنبات غالبا، و اما الشرعيه فهى

إكمال الخمسه عشر فى الذكور، و التسع فى الإناث و كلها علامات لشىء واحد و هو النضج و الكمال و بلوغ حد الرجوليه التى أثرها التوالد و التناسل و صلاحية الرجل فعلا للإجبال و الأثنى إن تحبل و تلك كواشف عن تلك الحقيقه و المرتبه و لكن لو كمل الذكر خمسہ عشر حكم عليه بالبلوغ شرعا بلغ تلك المرتبه أم لا و كذا الأثنى بالتسع نعم لو علم بلوغ مرتبه الرجوليه فى من بلغ سنه الاثنى عشر أو أقل أو أكثر دون الخمسه عشر يحكم عليه بالبلوغ و يترتب عليه آثار البالغ إذا فهى علامه حيث لا علامه قبلها اما مع العلم و الظن المعتبر فله حكمه و مع الشاك فالخمسہ عشر و التسع و الى هذا أشارت ماده «٩٨٥» و ماده «٩٨٦» و لكن مما ذكرنا يظهر لك انه لا محصل لقوله فى هذه ماده و إذا أكمل الرجل اثنتى عشره و لم يبلغ إلخ.

فإن بلوغ التسع و إكمالها هو البلوغ شرعا فأى معنى لقولهم أكملت تسعا و لم تبلغ نعم المراهق هو المقارب لسن البلوغ كالثمان للصبيه و الاثنى عشر للصبي أو أول الخمسه عشر.

ماده (٩٨٧) من أدرك سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكما،،،

هذا هو البلوغ الشرعى و هو البلوغ بالسن المخصوص تعبدا و تجرى عليه احكام البالغ.

ماده «٩٨٨» الصبي الذى لم يدرك سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه،،،

اعترافات الصبي الذى لم يثبت بلوغه كلها لاغيه و هذا منها فالدعوى لا تثبت نفسها بل تثبت باماراتها.

ماده (٩٨٩) إذا أقر المراهق أو المراهق في حضور الحاكم ببلوغه فإن كذبه ظاهر الحال إلخ.

قد عرفت ان دعوى البلوغ لا تثبت بمجرد الاعتراف بل لا بد من اعتبار الأمارات و بمجرد ادعائه انه بالغ لا يترتب عليه اثر له أو عليه فان حصلت احدى الأمارات المتقدمه الشرعيه أو الطبيعیه فالعمل عليها أقر أو أنكر و ان لم تحصل هي و لا حصل العلم من أمارات أخرى بل حصل الظن أو الشك فلا عبره بهما بل المرجع الى استصحاب عدم البلوغ و إقراره مع الشك لا اثر له أصلا مراهقا كان أو غير مراهق و الخلاصه ان القرائن ان كانت منصوصه أو مخصوصه و هي ما ذكرناه فالعمل عليها حتى مع الشك يتعين و ان لم يكن فلا عبره بها و لو أفادت الظن بل المعول على الاستصحاب فتدبره، و لله المنه.

الفصل الثالث في (السفيه و المحجور)

ماده «٩٩٠» السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز الى الآخر.

هذا هو القسم الرابع من أقسام المحجور عليهم و يقع الكلام في

تشخيص موضوعه (أولاً) ثم بيان احكامه (ثانياً) «اما الأول» فإن السفه ضد الرشده و السفه يقابل الرشيد و حيث ان الرشده هو ملكه نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه المطابقه لأفعال العقلاء فالسفيه بخلافه- مثلاً من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل و يشتري بأكثر من ثمن المثل فهو سفه و من اتفق أكثر أمواله فى الخمر غالباً و الملاهى أو شطراً من أمواله فيها فهو سفه و من يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه مما يسمونه بالكماليات فهو سفه و هكذا أملاكه و تعيين مصاديقه موكول الى عرف العقلاء و هو يختلف باختلاف أنواع الأشخاص و الأزمنه و الأمكنه و الظروف حتى ان من ينفق أكثر أمواله فى الخيرات و المبرات زائداً على ما يليق بشأنه فضلاً عما إذا كان مجحفاً بعياله قد يعد عند العقلاء سفياً (اما الثانى) فمعاملاته الماليه باطله مطلقاً حتى ما يوافق فيها طريقه العقلاء و الأصل فى ذلك قوله تعالى (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) بناء على ما هو الظاهر من ان المراد لا- تعطوا أموالكم معاوضه عن أموالهم و ان كان بقيه الآيه قد تشعر بخلاف ذلك و لكن الاخبار فيه كثيره و هذا النهى وضعى يقتضى فساد المعامله و لازم ذلك ان من ابتاع من السفه مالا و دفع له الثمن فأتلفه لا ضمان عليه و يسترجع الولى المبيع سواء كان عالماً بسففه أم لا و كذا لو باعه شيئاً فلا تصح معاملاته التعاوضيه فضلاً عن معاملاته المجانيه كالهبه و العاريه و نحوهما نعم ليس هو مسلوب العبارة كغير المميز بل هو كالمميز فيصح ان يوكل على عقد لغيره كما يصح ان يعقد لنفسه يبعاً أو نكاحاً أو غيرهما و لكن يبقى

موقوفا على اجازة الولى و لا يسلم اليه مال أصلا لا الذى له و لا الذى لغيره و لو سلم اليه المال فتلف فان كان المال للغير فلا ضمان على السفية و ان كان له فالدافع ضامن و الفرق بينه و بين الصبى المميز ان ولى هذا أولا أبوه أو جده اما ولى السفية فهو الحاكم الشرعى حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما.

ماده «٩٩١» تصرفات السفية التى تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح،،،

يظهر من هذا ان الحجر على السفية موقوف على حكم الحاكم حيث تقول «المجله» لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس، و أنت خبير بان السفه أمر ذاتى و نقص فى العقل و التفكير فهو كالصغير و المجنون فكما ان الحجر فيهما و فى المعتوه لا- يتوقف على حكم الحاكم لاستناده إلى أمر ذاتى فكذلك السفية و من هنا اتفقت الإماميه ظاهرا على ان الحجر عليه غير موقوف على الحكم بل كل معامله ماليه تقع مع السفية فهى باطله سواء علم وقتها بأنه سفية أم لا نعم لو اجازة الولى لوقوعها موافقه لمعاملات العقلاء نفذت كما نبهت عليه (المجله) فى ماده (٩٩٣) إذا باع السفية المحجور .. ثم ان من احكام السفية لزوم إنفاق الولى عليه و هو الحاكم بالقدر المناسب لحاله و شأنه و كذا على عياله الواجبى النفقه عليه كما فى ماده «٩٩٢» و من أحكامه أيضا ما فى ماده «٩٩٤» لا يصح إقرار السفية و ان الحقوق الثابته عليه شرعا يؤديها الولى من أمواله كما فى ماده «٩٩٥» و انه إذا استقرض و صرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم أداء ذلك الدين و الا فلا

لأن الدائن قد أضع ماله على نفسه و لكن القدر المعلوم انه حيث يكون الدائن عالما بسفهه و الا فلو أقرضه على أصل السلامه لم يبعد عدم سقوط حقه فليتأمل.

ماده (٩٩٧) إذا اكتسب السفه المحجور صلاحا

على قاعده إذا زال المانع عاد الممنوع و كان السفه هو المانع من صحه التصرفات فإذا زال عادت الصحه كما فى سائر العقلاء.

الفصل الرابع فى (المديون المحجور)

ماده (٩٩٨) لو ظهر عند الحاكم مماطله المديون فى أداء دينه حال كونه مقتدرا الى آخرها،، إذا ماطل المديون غرماءه فى أداء دينه و هو قادر و ملئ و شكاه الغرماء الى الحاكم أنذره أولا فإن أصر على المماطله حبسه فإن بقى مصرا فان كان عنده نقود أخذها الحاكم و دفع منها حق الغرماء و ان لم يكن عنده نقود باع الحاكم من أمواله المنقوله أو غير المنقوله حسب نظره بقيمتها السوقيه و دفعها الى الغرماء و هذا لا ربط له بالمفلس أصلا و ليس المفلس

شرعا الا هو من قصرت أمواله عن ديونه فطلب الغرماء ان يحجر على أمواله و يمنعه من التصرف بها خوف التلف فتعود الخساره عليهم و هو الذى أشارت إليه ماده «٩٩٩» المديون المفلس الذى دينه.

و تحرير هذا البحث بأسلوب واسع و واضح- ان الفلاس لا- يكون سببا للحجر عندنا معشر الإماميه إلا بشروط (الأول) ثبوت الديون عند الحاكم (الثانى) قصور أمواله عنها اما لو زادت أو ساوت فلا حجر خلافا لما فى المجله فى المساوى «الثالث» ان تكون ديونه حاله فلو كانت مؤجله أجمع أو الحال منها لا يزيد على أمواله فلا حجر حتى لو كانت عند حلولها تزيد عن أمواله (الرابع) التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه و ليس للحاكم التبرع حتى لو التمسه المفلس بنفسه اما لو التمسه بعضهم فان كان دينه بخصوصه يزيد على أمواله صح الحجر و الا- فلا- ثم ان أمواله التى تقاس الى ديونه و هى كل ما زاد على دار سكناه و ملابسه و أثاث بيته و خادمته و دوابه و كتبه كل ذلك على حسب شأنه و ما يليق بنسبه أقرانه فإن زادت يؤخذ الزائد و ان نقصت أكملت و بحسب أيضا من أمواله ديونه و ان كانت مؤجله ان كانت على مؤسرين دون المعسرين أو المتمردين أو الغاصبين و إذا تحققت هذه الشروط و حجر الحاكم عليه ترتبت على ذلك أحكام «الأول» بطلان تصرفاته أجمع فى جميع أمواله الموجوده حال الحجر مده بقائه سواء تعلقت بدين أو عين أو منفعه و سواء كانت بعوض مطلقا كالبيع أو الإجازة بخيار فى بيع سابق فإنه نافذ سواء وافق غبطه الغرماء أم لا فان حق الغرماء قد تعلق بماله على نحو كيفية

ملكه له من لزوم أو تزلزل فلا- ينقلب الجائر بالحجر لازما و لذا لا يمنع الغير من اجراء خياره لو كان فى بعض أمواله كما انه لو خرج مال المفلس عنه بهبه و نحوها قبل الفلوس لم يكن للغرماء إلزامه بالرجوع فيه و ان كان له ذلك نعم لا- ينفذ إبراءه و إسقاطه بماله من ديون أو حقوق ماله اما التصرفات الغير المالىة كوصيته أو تدبيره للذين لا ينفذان إلا فى ثلث الفاضل عن الدين و كالتكاح و الطلاق و الإقرار بالنسب و ان أوجب النفقه و لكنه فى الذمه كما لو افترض أو اشترى نسيئه أو باع سليما فضلا عما إذا كان موجبا لتحصيل المال مجانا كالاحتطاب و الاحتشاش و الاتهاب فهل تدخل فى الحجر أم لا، و جهان أقواهما العدم اما أمواله المتجدده بعد الحجر من أمواله المحجوره فهى تابعه لها و الحجر لا يسقط عبارته فيجعلها لأغيه كعباره الغير المميز بل له ان يتوكل عن الغير بل له ان يجرى العقود على أمواله المحجوره فتنفذ بإجازة الغرماء أو الحاكم كما نصت عليه ماده «٩٩٣» إذا باع السفيه،، و لو فضل عن الديون فان كان لارتفاع السوق فالحجر صحيح و يرد إليه الزائد و ان كان لخطأ فى التقدير حين الحجر كشف عن بطلانه و تمضى تصرفاته الواقعه أثناء الحجر [الثانى]، ان إقراراته بعد الحجر و ديونه المتجدده تنفذ عليه و تبقى فى ذمته و لا يضرّبون مع الغرماء المتقدمين فى المال المحجور حتى لو أقر بسبق الدين الا ان يصدقه الغرماء أو يثبت عند الحاكم كما فى ماده «٩٩٤» لا- يصح إقرار السفيه «الثالث» ان ديونه المؤجله لا تحل بالحجر و لا بموت الدائن نعم تحل بموت المديون

مطلقا محجورا و غير محجور، و تقسيم أمواله بعد الحجر على ديونه الحاله و لا- يدخر للمؤجله شىء و ما يحل قبل الشروع بالقسمه ضرب صاحبه مع الغرماء و لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقي مع باقى الغرماء و لو ظهر دين حال بعد القسمه نقضت و شارك و لو كان الحلول بالصلح على تعجيله بإسقاط بعضه فالأقوى مشاركته على تأمل «الرابع» ينفق عليه و على عياله الواجبى النفقه من ماله المحجور الى يوم القسمه كما فى ماده «١٠٠٠» و لو مات قبلها فتجهيزه الواجب من أمواله و كذا لو مات من يجب تجهيزه عليه «الخامس» إذا وجد بعض غرماء المفلس عين ماله فهو أحق بها و لو لم يكن غيرها و لا يشاركه الغرماء فيها اما غرماء الميت لو قصرت أمواله عن ديونهم فهم شرع سواء حتى صاحب العين فتقسم التركة بنسبه ديونهم حتى لو مات محجورا عليه بالفلس لان المال ينتقل إلى الورثه و فيه حق الغرماء و لذا لو دفع الورثه الدين صارت التركة ملكا طلقا لهم، اما لو وقت التركة بالديون فصاحب العين أحق بها ان كانت العين باقيه بحالها اما لو تغيرت بزياده منفصله أخذها بدون الزياده، و لو كانت متصله فإن كانت بفعل المفلس كما لو غرس أو صبغ أو خلط كان شريكا بالنسبه و ان لم تكن بفعله كالسمن و الطول و نحوه فهل يأخذها كذلك أو يسقط الأخذ أصلا أو يأخذها و يكون شريكا بالنسبه و يشاركه المفلس بالنسبه و لعله أقوى الوجوه اما لو تغيرت بالنقص أخذها ان شاء و ضرب مع الغرماء بقيمه النقص، و لو خلطها بالمساوى أو الأدون و لم يمكن التمييز تخير

بين الشركه و بين الضرب مع الغرماء،، بقيمتها كما لو خلطها بالأعلى و لو تغيرت الحقيقه بأن صار الحب زرعاً و البيض فرخاً كان بحكم التالف فليس له الا الضرب مع الغرماء كما تقدم، و يقدم حق الشفيع على البائع لو أفلس المشتري و يضرب البائع مع الغرماء بقيمه الشقص و كذا يقدم المرتهن عليهم فيأخذها بدينه ان ساوت و يرد الزيادة ان زادت و يضرب معهم بالنقيصه ان نقصت و كذا حق المجنى عليه و لكن لو قصر ثمن العبد الجانى فليس للمجنى عليه أكثر من قيمته أو رقبته و لو أفلس بثمر أم الولد أخذها البائع أو اختص بثمرها (السادس) لو تجددت له أموال بعد القسمه فللحاكم ان يحجر عليها إذا التمس الغرماء ذلك تلافياً لبقية ديونهم ان كان المتجدد يقصر عنها و الا فلا الا ان يكونوا قد أسقطوا و أبرءوا «السابع» قد عرفت ان ولايه الصغير و المجنون للأب أو الجد منه أو لمنصوبهما فان لم يكونا فللحاكم أو منصوبه و كذا من بلغ غير رشيد اما من بلغ رشيداً ثم عرضه السفه و صار مفلساً فللحاكم لا غير،، هذه أهم مباحث الحجر و السفه و المفلس و منه تعرف كم أهملت المجله من الفروع المهمه، و الأحكام المحكمه، فى هذا الباب، و لله المنه و الحمد.

الباب الثاني في (بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه)

إشارة

العمل المكروه عليه فاعله لا- اثر له شرعا قولاً- كان أو فعلاً- والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» بل هو نوع من أنواع الضرورة فيشملة كل أدله المضطر مثل قوله تعالى «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» و في الحديث النبوي المعروف (بحديث الرفع) رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما لا يعلمون و ما اضطروا اليه و ما استكروها إلخ، (و النبوي المشهور) ما من محرم الا و قد أحله الله لمن اضطر اليه، و لكن انما تسقط الآثار وضعيه و تكليفه بالإكراه إذا استجمع شروطاً.

(الأول) ان يكون المكروه بالكسر قادراً على فعل ما يتوعد به من ضرب أو حبس و نحوهما و عليه تنص ماده (١٠٠٣) يشترط ان يكون المجبر.

(الثاني) ان يظن المكروه بالفتح أو يقطع بأنه إذا لم يأت بالمكروه عليه أو وقع بالمكروه، بالكسر، به ما يتهدده فيه من قتل أو ضرب

أو نحوهما كما فى ماده «١٠٠٤» يشترط خوف المكره- «الثالث» ان يكون المكره بالفتح عاجزا عن مقاومته و رد شره عنه بنفسه أو الاستعانه من حاكم أو غيره و قد أهملت المجله هذا الشرط «الرابع» و هو ان يكون ما يتوعد به مما لا يتحملة المكره أو لا يلىق بشأنه و هذا يختلف باختلاف الأشخاص و مراتبهم كما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و سائر الاعتبارات فرب شخص لا يلىق به كلمه فيها رائحه الإهانه فقد يفعل الفعل دفعا لهذه الكلمه فيكون مكرها و رب شخص لا يضر بشأنه الصفع و الضرب و الحبس و الغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد مكرها، و ربما يشترط بعضهم ان يكون عاجزا عن التوريه فلو كان عارفا بها و لم يقصدها كان مختارا لا مكرها و هو غير معلوم و كيف كان إذا تحققت الشرائط المتقدمه ارتفع الحكم التكليفي المرتب على ذات القول أو الفعل لو لا الإكراه كما يرتفع الأثر الوضعى فلو سب نبيا أو وليا مكرها فلا إثم، كما لو باع أو وهب كذلك فلا اثر لبيعه و لا هبته، و لو شرب خمرا مكرها فلا إثم كما لو غضب مال غيره و أتلفه مكرها فلا ضمان و هكذا سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه فان الحضور و الغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما فى ماده «١٠٠٥» ان فعل المكره المكره عليه فى حضور المجبر يكون الإكراه معتبرا و اما إذا فعله فى غيابه فلا- يعتبر لانه يكون قد فعله طوعا الى آخرها،، فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره و لو بكتاب أو رسول تحقق الإكراه و أى اثر للحضور إذا كان الخوف

حاصلا حتى مع الغياب.

ثم هل يصح عقد المكره بإجارتته بعد الإكراه- خلاف، و الأقرب الصحة كما فى ماده (١٠٠٦) و ذلك لعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نحوها و لفحوى أدله الفضولى فتدبره،، و لو باع المالك مكرها و تصرف المشتري كان ضامنا كالغاصب بجميع ما يجرى عليه من احكام الضمان المتقدمه.

ماده (١٠٠٧) كما ان الإكراه الملجئ يكون معتبرا إلخ.

قد عرفت ان لا فرق بين الملجئ و غير الملجئ بالمعنى المذكور لان المدار على الخوف سواء كان من قتل أو حبس أو غيرهما نعم يفترقان بمعنى آخر تقدم بيانه.

الباب الثالث في (بيان الشفعه)

اشاره

و ينقسم إلى أربعة فصول)

الفصل الأول في (بيان مراتب الشفعه)

ماده (١٠٠٨) أسباب الشفعه ثلاثه

(الأول) ان يكون مشاركا قد عرفت قريبا ان أقرب عبارته تكشف عن حقيقه الشفعه التي هي من خصائص الشريعة الإسلاميه و عظم عنايتها بنظم الهيئه الاجتماعيه و الصالح العام و حكمتها العاليه ان لا يبتلى المالك لمملك مشاع بشريك جديد لا يعرف شيئا من أخلاقه و حسن سيرته فقد يكون شركته وبالا عليه و تنغيصا لعيشه في داره أو عقاره مده عمره فجعل له حق أخذ ما باعه شريكه من المشتري بالثمن، إذا فأحسن تعبير عنها انها حق تملك الشريك الشقص من المشتري بالثمن، و لهذا الحق أسباب كما له شروط

اما أسبابه فكما أشارت إليه هذه المادة- الشركه على الإشاعه اما فى نفس العين أو فى حق الشرب الخاص أم فى الطريق الخاص كالأمثله المذكوره فى المتن و هذان سببان لحق الشفعه عند الإماميه أيضا كما عند عامه أرباب المذاهب فهو إجماع المسلمين، «اما السبب الثالث» و هو كونه جارا ملاصقا الى يمينه أو يساره أو خلفه لا المقابل فقد اختلفت أرباب المذاهب فيها، فالشافعى و مالك على عدم الشفعه فيها و عليه كافه الإماميه لقوله عليه السّلام [إذا وقعت الحدود فلا شفعه بينهم] و الحنفى و أصحابه على ثبوتها لما يروى عنهم (جار الدار أحق بدار الجار) و هو الذى اختاره المجله، و لبعض الفقهاء تفصيل فالجار المشارك فى الطريق الخاص من أحد الجانبين له الشفعه و غيره كالجار من خلف أو المقابل لا شفعه له و هذه الأسباب مرتبه فلو اختص كل واحد بواحد منها فى ماده «١٠٠٩» حق الشفعه أولا- للمشارك فى نفس البيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا (الثانى) ان يكون خليطا إلخ.

و ماده (١٠١٠) إذا لم يكن مشاركا فى نفس المبيع أو كان و ترك ..

و حاصله ان المشارك فى العين مقدم فان لم يكن أو كان و ترك فللثانى و هكذا، اما ماده (١٠١١)- و ماده (١٠١٢) فالشفعه فى الموردين انما تثبت حيث تكون الأرض مشتركه اما مع عدم الشركه فى الأرض فلا شفعه فإن البناء كالغروس لا شفعه فيها الا تبعا للأرض كما تقدم.

ماده (١٠١٣) إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس.

هذا هو المتفق عليه ظاهرا عند أرباب المذاهب و لعله المشهور عندنا و وجهه ان سبب الشفعه هو الشركه و هو فى الجميع واحد، و وحده السبب تقتضى وحده المسبب و هو كما ترى فيه للخذشه مجال و لو قيل بان كل واحد يأخذ بمقدار حصته لكان أقرب الى العدل.

و اما ماده (١٠١٤) و ما بعدها الى آخر الفصل.

فالأحكام المندرجه فيها مبنيه على استحسنات و اعتبارات لا بأس بها بناء على أصول القوم اما عندنا فلا موقع لها أصلا إذ لا شفعه مع تعدد الشركاء مضافا الى ان تلك الوجوه لا تصلح ان تكون دليلا.

الفصل الثانى فى (بيان شرائط الشفعه)

(الأول) ماده (١٠١٧) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا عقاريا ..

الظاهر اتفاق أرباب المذاهب على هذا الشرط فلا تثبت الشفعه فى المقولات مطلقا و لا فى الأبنيه و المغروسات لا تبعا للأرض اما عند الإماميه فالأخبار الواردة فى هذا مختلفه أشد الاختلاف ففى كثير حصرها بالعقارات و فى بعضها التعدى إلى الحيوان و فى جمله منها التعدى إلى خصوص العبد و لكن

□
 قد استقر المذهب من زمن المحقق والعلامة رضوان الله عليهما حتى كاد ينعقد الإجماع عندنا أخيرا على عدم ثبوتها في المنقولات مطلقا الا ما يتبع الأرض و عليه فيصح ان يقال ان إجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعه في المنقولات الا ما يتبع الأرض فلو كانت الغروس ملكا لاثنين و الأرض لثالث فلا شفعه اما لو كانت مع الغروس لاثنين فباع أحدهما الأرض أو الغروس معها فللشريك ان يشفع كما تشعر به ماده (١٠١٩) و نصت عليه ماده (١٠٢٠)

«الثاني» (١٠١٨) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا

□
 - أي لا-وقفا وقد اختلف أصحابنا رضوان الله عليهم أشد الخلاف في ثبوت الشفعه في العين المشتركة بين الوقف و الملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملك الطلق أو وقع على الوقف لو حصل المسوغ لبيع الوقف فبين قائل بثبوتها مطلقا مع وحده الموقوف عليه و تعدده في الصورتين و بين قائل بعدمها مطلقا كذلك و بين مفصل فتشبت مع الوحده و تتنفي مع التعدد، أو في الصورة الأولى دون العكس أو بالعكس، و تمسك كل قائل لدعواه بوجه لا-يخلو كل واحد منها من خدشه (و خلاصه التحقيق) من ذلك المخض ان أصل الشفعه لما كانت عبارة عن تملك الشفيع الحصة من المشتري قهرا عليه و هذا حكم على خلاف الأصل و العمومات التي تنص على ان الناس مسلطون على أموالهم و ليس لإنسان أن يملك مال غيره قهرا عليه، إذا فلا بد من الاقتصار في هذا الحكم المخالف للأصل على مورد اليقين و المتيقن ما إذا كان الشريكان يملكان ملكا

طلقا اما فى الوقف شفيعا أو مشفوعا به فمشكوك و الأصل عدم ثبوت الحق فلا- شفعه فى مقام الوقف مطلقا و ما ذكرته «المجله» و جيه متقن.

(الثالث) ماده (١٠٢١) الشفه لا تثبت الا بعقد البيع ..

اشاره

يعنى يشترط ان يكون انتقال الشقص بالبيع اما لو كان بغيره من عقود المعاوضات أو غيرها كالهبه و نحوها فلا شفعه حتى فى الهبه المعوضه لما عرفت فى كتاب الهبه ان المعوض ليس للعين الموهوبه حتى تكون كالبيع بل هو عوض لنفس الهبه فالتعاض بين الهبتين لا- بين الموهوبين و هذه من دقائق فقه الإماميه فتدبره، و منه ظهر الخدشه فى ماده (١٠٢٢) الهبه بشرط العوض فى حكم البيع .. نعم يتفرع على اشتراط الانتقال بالبيع و خروج غيره.

ماده (١٠٢٣) لا تجرى الشفه فى العقار الذى ملك لآخر بلا بدل

كتملك أحد عقارا بلا عوض ..

(الرابع) ماده (١٠٢٤) يشترط ان يكون للشفيع رضا،،،

و لم تحسن (المجله) التعبير عن هذا الشرط فجاء مختل اللفظ و المعنى- فان الرضا بالبيع لا يسقط الشفه بل يولدها و لو لا البيع لم تكن شفعه و انما يسقطها إسقاطه لها أو تماهله عن الأخذ بها بناء على ما سيأتى من الفوزيه و قد حصل مثل هذا الوهم لبعض أساتيدنا فقال فى حواشيه على التبصره لو اذن فى البيع معرضا فالأقوى البطلان اى بطلان الشفه و كذا فيما لو بارك أو شهد إذا ظهر منه الاعراض انتهى، و كنا قد علقنا عليها ما نصه

الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع فأذنه كاعراضه لعله وصله الى غرضه، و مثله لو بارك أو شهد فالشفيعه فى الجميع ثابتة فتدبره جيدا و كذا لا- يلزم سقوط الشفعه لو كان وكيلا- للبائع فى البيع بل كل ذلك محقق لموضوعها لا مسقط لها نعم لو استأجر من المشتري سقطت، و وجهه واضح و كذا لو اعرض عن المشتري بعد علمه بشرائه و لم يبادر إلى الأخذ سقطت شفيعته لفوات الفوريه لا للاعراض فتدبره.

الخامس (ماده ١٠٢٥) يشترط ان يكون البديل مالا معلوم المقدار

بناء عليه لا تجرى الشفعه فى العقار الذى ملك بالبديل الذى هو غير مال كبديل اجره الحمام الى آخرها،، اعتبار معلوميه البديل اى الثمن ليس شرطا فى أصل ثبوت الشفعه و انما هو شرط فى أعمالها أى الأخذ بها احترازا عما لو جهل الثمن لغيبه البائع أو المشتري أو موتهما بحيث لم يعلم بمقدار الثمن فإنه لا- يمكن الأخذ بها فسقوطها فى مثل ذلك من جهه تعذر العمل بها لا بمعنى انه إذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع أو حين قوله شفعت تكون باطله بل له ان يقول شفعت بالثمن الذى اشترت به مهما كان، و توهم لزوم الغرر مدفوع بأنه ربما يكون عالما إجمالا بان الثمن عادلا و انه لا يزيد على ثمن المثل الا قليلا، و على كل حال فهذا الشرط قد ذكره فقهاؤنا أيضا و لكن يلزم ان يحمل على المعنى الذى ذكرنا لا على ما يتراءى من المجله و غيرها من انه شرط فى عداد سائر الشروط لأصل ثبوت حق الشفعه مثل كونه عقارا و ان الانتقال بالبيع و نحوها (هذا أولا) (و ثانيا) فلو سلم ان

المعلومية شرط كسائر الشروط و لكن الذى يصح ان يتفرع عليه انه لو شفع و هو جاهل بمقدار الثمن لم تؤثر شفيعته لا عدم جريانها فيما إذا كان البدل غير مال كالدراهم التى ملكت بدل اجره الحمام «و ثالثا» لا أدري لما ذا صارت اجره الحمام ليست بمال و اجره الحمام لا- يخلو اما ان تكون نقودا و هى مال بلا- اشكال و اما ان تكون عروضاً كدراهم مثلا و هى مال أيضا بلا ريب و بدلها و هو منافع الحمام أيضا مال لان معيار المال عند العرف هو ما يبذل المال بإزائه أى ما يبذل أحد النقدين بدلا عنه و من المقطوع به ان منافع الحمام يبذل الدراهم و الدنانير بإزائها فهى مال فالمنافع مال و أعضائها من نقود و عروض أيضا مال حتى الدار فلما ذا لا تجرى الشفيعه لو كان فيها شقص للغير فباعها و كذلك الدار لو ملكت شقصها المرأه مهرا ثم باعته فلشريكها ان يشفع نعم لو ملكته مهرا لم يكن للشريك شفيعه لأنها لم تملكه بالبيع و هو من أهم شرائط الشفيعه كما عرفت، فهذا الشرط مضافا الى انه لا محصل له ساقط بالكلية كسقوط

(الشرط السادس). ماده «١٠٢٦» يشترط ان يزول ملك البائع عن البيع بناء عليه،،،

فإنه فضله مستدرك إذ البيع الفاسد ليس يباع حتى على القول بالأعم فإنه ليس الفاسد بمراد فى هذه الموارد التى يدور الحكم فيها على الانتقال لا على اجراء العقد فقط و الفاسد عندنا غير مؤثر كالباطل على ما سبق فى محله اما البيع الخيارى فلا يمنع من الأخذ بالشفيعه بل للشفيع يأخذ و للبائع ان يعمل خياره إذا شاء و لو كان الخيار للمشتري انتقل مع الشقص الى

الشفيع ان شاء عمله و ان شاء ترك إذا فلا فائده بهذا الشرط و هو مستدرک استدراك.

ماده (١٠٢٧) لا تجرى الشفعه فى تقسيم العقار.

فقد مر انها لا تثبت الا بالبيع، و القسمة ليست بيعا فذكره مستدرک.

الى هنا انتهت شروط الشفعه فى «المجله» و تبقى شروط اخرى لم تذكرها و لعل إجماع الإماميه أخيرا على اعتبارها فى ثبوت أصل هذا الحق (الأول)، ان لا- يزيد الشركاء على اثنين و فى المتقدمين من يذهب الى ثبوتها حتى مع التعدد و لكن انعقد إجماع المتأخرين ظاهرا على اعتبار الاثنين لا غير «الثانى» ان يكون الشفيع مسلما لو كان المشتري مسلما، فلا شفعه لكافر على مسلم و للمسلم الشفعه عليه، (الثالث) قدرته على الثمن أو بدله حالا ان كان البيع حالا، اما لو كان مؤجلا فاما يدفعه حالا و الا يلزم بكفيل - بالإيفاء عند حلول الأجل، ثم انه لا يشترط فى الشفيع اى من له حق الشفعه البلوغ و لا الرشد فيثبت للصبي مطلقا و للمجنون و للسفيه و يأخذ لهم الولى مع المصلحه و لو أهمل كان لكل واحد منهم ان يشفع بعد زوال العذر خلافا لما فى المجله (١٠٢٥) يطلب حق شفعه المحجورين وليهم و ان لم يطلب الولى حق شفعه الصغير فلا تبقى له صلاحيه طلب حق الشفعه بعد البلوغ فان هذا على إطلاقه غير صحيح نعم لو ان الولى أهمل اعماله من جهه عدم المصلحه فى ذلك الوقت اتجه سقوطها بعد البلوغ اما لو كان تقصيرا من الولى فلا سقوط لانه حق مالى ثابت فان لم يعمله الولى

استوفاه صاحب الحق بعد كماله و ارتفاع المانع

الفصل الثالث يلزم فى الشفعه ثلاث مطالبات.

ليس فى كتب أصحابنا شىء من هذه التعاريج و التخاريج و انما الذى عندهم ان الشريك متى علم ببيع الشريك حصته لزمه ان يعرف الثمن ثم اما ان يأخذ به أو يترك سواء كان فى مجلس البيع أو غيره مع حضور المشتري أو عدم حضوره غايته انه مع غيبته حذرا من الإنكار يشهد شاهدين ليكونا بينه له على الأخذ بالشفعه فورا و قد اتفقوا على ان الغالب له الشفعه و لو بعد السنين المتطاولة و لا تسقط شفعتة بترك الاشهاد و ان تمكن منه فضلا عما لو عجز عنه و كذا المريض و المحبوس و نحوهما كما اتفقوا أيضا على انه لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام فان لم يحضره بطلت شفعتة لكن (فى حسنه) على بن مهزيار غير هذا التفصيل قال: سألت أبا جعفر الثانى عليه السلام عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أ ينتظر مجىء شريكه صاحب الشفعه قال ان كان معه فى المصر ينتظر به الى ثلاثه أيام فإن أتاه بالمال و الا فيبيع و بطلت شفعتة فى الأرض و ان طلب الأجل الى ان يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار

ما يسافر الرجل الى تلك البلد و ينصرف و زياده ثلاثه أيام فإن وفاه و الا فلا شفعه له انتهى.

و ينبغي ان يكون المراد بصاحب الأرض هو المشتري لا البائع حتى يتجه استحقاق الشفعه للرجل الذى ذهب لإحضار المال فإن الشفعه لا تثبت الا بعد البيع و لو كان المراد بها البائع أى الذى يريد ان يبيع لم يكن المقام موضع شفعه و كيف كان فلا بد من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق للعرف و الاعتبار و على كل حال فقضايا الاشهاد و التقرير و الموائبه قضايا احتياطييه و استعداد للكفاح فى ما لو وقعت الخصومه و لا- دخل بها فى أصل حق الشفعه فإنها تثبت بمجرد بيع الشريك و للشفيع ان يشفع بأى صوره يشاء و لكن على الفور سواء أشهد أم لا- قرار أم لا- و لا- حاجه الى مراجعه الحاكم الا- عند الخصومه كما فى سائر الخصومات و لا يضر فى استحقاق الشفعه تأخيرها التقرير أو الإشهاد أو مراجعه الحاكم ضروره ان حكم الحاكم طريق للإثبات لا سبب فى الثبوت فليتدبر.

و عليه فلا يهيم التعرض لهذه المواد المذكوره فى هذا الفصل.

الفصل الرابع فى (بيان حكم الشفعه)**ماده «١٠٣٦» يكون الشفيع مالكا للمشفوع.**

تحرير هذا البحث على طرز جديد، و أسلوب مبتكر، هو انك بعد مراجعه ما مر عليك من مباحث الشفعه تستطيع ان تتصور لتكوين حق الشفعه و ولادته و نشوه و ارتقائه ثلاث مراحل (المرحله الأولى) أسباب تكونه فى طور القوه و الاستعداد و عمدته تلك الأسباب الشركه فى العقار بنحو الإشاعه «المرحله الثانيه» وجوده بنحو الفعلية و التحقق و ذلك يحصل بالبيع على الأجنبى فإذا باع الشريك حصته على الأجنبى تحقق له حق الشفعه فعلا، (المرحله الثالثه) استثمار ذلك الحق و استعماله و هو ان يأخذ بالشفعه فإذا دفع الثمن إلى المشتري ملك الحصه قهرا عليه و وجب ان يتخلى عنها، «فالأولى» قوه و «الثانيه» فعلية و وسيله «و الثانيه» غايه و ان شئت قلت الاولى «غرس» و الثانيه «شجره» و الثالثه «ثمره» فإنه بعد تحقق المرحلتين ان دفع الثمن فقد ملك و أخذ الفائده و الا سقط ذلك الحق الذى تكون له بتلك الأسباب و لعل الى بعض هذا تشير المجله بقولها: يكون الشفيع مالكا

للمشفوع بتسليمه الثمن و لكن قوله «بالتراضى» لا محل له إذ ليس له الامتناع و لا تتوقف ملكيه الشفيح على رضاه و غايته انه إذا امتنع عن قبض الثمن و عن رفع اليد عن المشفوع به يراجع الشفيح الحاكم كما يراجع فى سائر موارد الممتنعين عن أداء الحق، و رفع أيديهم عن مال غيرهم لا لخصوصيه فى الشفعه و لا من أجل ان التملك موقوف على مراجعه الحاكم كما يظهر من عباره المجله فتدبره: ثم ان هذا التملك القهرى على المشتري- الاختيارى للشفيح ليس ببيعا و شراء آخر و لا صلحا و لا عقدا من العقود بل هو معامله أخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو و بتلك الكيفيه و لكنها بمنزله الشراء فى قضيه دفع الثمن و أخذ المثل و هذا المقدار لا يكفى فى ترتب جميع آثار البيع فيشكل فى ماده (١٠٣٧) تملك العقار بمنزله الشراء ابتداء بناء عليه الاحكام التى تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤيه و خيار العيب تثبت فى العقار المأخوذ بالشفعه أيضا، و تحرير هذا البحث بصوره وافيه ان النظر فى قضيه الخيارات فى باب الشفعه يقع فى ثلاث جهات ما أشارت [المجله] الا الى النزر الضئيل منها «الاولى» فى الخيارات بين البائع و المشتري و انه هل تثبت الشفعه بمجرد العقد أو لا تثبت الا بعد انقضاء زمن الخيار فنقول ان الخيار اما ان يكون للبائع فقط أو للمشتري كذلك أو لهما فان كان للبائع فقد قال بعض أصحابنا انه لا شفعه حتى ينتهى الخيار لان الانتقال و ان حصل و لكنه مترلزل فلا- شفعه إلا- بعد استقراره و كذا لو كان الخيار للبائع فقط اما لو كان الخيار للمشتري فقط فقد استقر من جهه

البائع و لزم فتأتى الشفعه و هو كما ترى فيه للخدشه مجال واسع و التحقيق ان الشفعه تدور مدار العقد المؤثر للانتقال و تزلزله لا يمنع منها بأى وجه كان نعم على القول بان الخيار يمنع من أصل الانتقال بالعقد و لا يحصل اثر البيع الا بانقضاء زمن الخيار يتم ما ذكر.

[الثانيه] انه لو كان للمشتري خيار و أخذ الشريك بالشفعه هل يسقط خياره لعدم الفائده له من اعمال الخيار إذ ليس قصده الا استرداد الثمن و لا أقل من تخلصه بالفسخ من عهده التدارك للشفيع فان الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع و عليه تدارك المبيع لا على البائع و هذا هو الأقوى.

[الثالثه] بعد ان كان مما لا ينبغي الإشكال فى ان الخيارات العامه كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و الشرط و أمثالها مما يعم دليلها جميع المعاوضات بيعا أو غيره تجرى فى الشفعه ضروره انها و ان لم تكن بيعا و لكنها لا تخرج عن حظيره المعاوضات فكما يثبت للمعاوضات يثبت للشفعه إنما الكلام فى الخيارات الخاصه بالمبيع كخيار المجلس مثلا هل يجرى فى الشفعه و حيث علمنا ان الشفعه ليست بيعا قطعاً و ان خيار المجلس يختص بالمبيع نتج من هاتين المقدمتين عدم الريب فى عدم جريان خيار المجلس و خيار التأخير و نحوهما فيها و بهذا ظهر انه لو ظهر فى المبيع المشفوع به عيب بعد الأخذ فإن كان الشفيع و المشتري قد كانا عالمين به فلا خيار و ان كانا جاهلين فالخيار للشفيع فان رده على المشتري كان له الخيار أيضا و لو كان المشتري عالما به دون الشفيع كان للثانى الخيار فقط ثم بعد ان عرفت ان الشفعه حق و انها حق مالى تعرف يقينا انها

تورث بموت من له الحق و يشملها عموم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) فلو مات الشفيع قبل ان يأخذ سواء بعد علمه أو قبله حيث لا ينافى الفوريه العرفيه كان لوارثه أن يأخذ بها لأنها حق مالى و كل حق مالى يورث أما أرباب المذاهب فقد اختلفوا فالمنقول عن الحنفى انه لا يورث و عليه جرت (المجله) ماده (١٠٣٨) لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع لم ينتقل حق الشفعه إلى ورثته،، و وافقهم جماعه من عظماء فقهاءنا المتقدمين استنادا إلى روايه طلحه بن زيد و هى ضعيفه السند مهجوره عند الأكثر و قد استقر المذاهب أخيرا على ان الشفعه تورث كسائر الحقوق الماليه و وافقنا عليه مالك و الشافعى،،

ماده [١٠٣٩] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع - يسقط حق شفيعته،

بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع انما يصح حيث لم يدفع الشفيع الثمن اما مع دفع الثمن فقد عرفت انه يملكه و ينتقل من ملكيه المشتري و لا حق له فى البيع أصلا إلا فضولا عن الشفيع

ماده «١٠٤٠» لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثانى،،،

قد عرفت ان الجوار لا اثر له فى ثبوت الشفعه حتى بعد تملك الشفيع فضلا عما قبله،،،

ماده «١٠٤١» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترك الجميع و ليس له التبعض

و لعل هذا من المتفق عليه عند جميع المذاهب حتى الإماميه

ماده (١٠٤٢) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفيعته،،،

هذا المنع لا- وجه له و الناس مسلطون على أموالهم يهبون و يبيعون لمن شاءوا نعم إذا نقل الشريك حصته الى شريكه أو الأجنبي زال عنه حق الشفعه لزوال الموضوع و هو الشركه و هذا جد واضح، إنما الاشكال و المعضل فيما لو باع أو وهب بعد بيع شريكه و قبل الأخذ حيث لا ينافى الفوريه يعنى باع أحد الشريكين حصته قبل ان يعلم بان شريكه قد باع قبله فهل له ان يأخذ بالشفعه مع انه قد باع حصته أم لا «وجهان» للأول الاستصحاب و للثانى زوال الموضوع بل زوال عله الحكم فان الغرض من الشفعه ان لا- يدخل على الشريك شريك أجنبي قد لا- يتلايم معه و لا- يحسن معاشرته و هذا الوجه قوى و ان كان الاستصحاب أيضا لا يخلو من قوه و المسأله كما قلنا مشكله.

ماده «١٠٤٣» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار،،

لا- نعرف لهذا الفرق وجهها بل الشفيع إذا أسقط حقه قبل الحكم أو بعده فقد سقط حقه و صارت الشفعه للباقيين على القول بثبوتها مع التعدد.

ماده «١٠٤٤» لو زاد المشتري على البناء المشفوع.

هذا نظير من اشترى عينا للبائع خيار فيها و أحدث المشتري فيها بناء أو صبغا أو غير ذلك فان تصرفه مشروع و إذا فسخ البائع بخياره لزمه التدارك و دفع قيمه ما أحدثه المشتري و ليس له ان يجبره على القلع بعد ان كان تصرفه مشروعاً و للمشتري ان يمتنع عن رده الى البائع قبل أخذ حقه و هكذا الكلام بعينه فى الشفيع مع المشتري كما نصت عليه

«المجله» فالشفيح بالخيار ان شاء ترك و ان شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه و قيمه الأبنيه و الأشجار.

إلى هنا انتهت مواد المجله فى كتاب الشفعه

و قد بقى بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء

اشاره

منا و من القوم و لم تعرض لهما «المجله» أصلا و لو على سبيل الإيجاز

(الأول) الحيل الشرعيه الموجهه لسقوط الشفعه

و حيث اننا لا نحب الحيل مهما كانت و الناس بحمد الله قد أصبحوا أحيل من ان يحتاجوا الى من يعلمهم الحيله فلا حاجه الى ان نسقى السيف سما و نضع ضغنا على اباله إذا فترك هذا البحث اولى، و يكفى لمن يريد التخلص من شفعه الشريك ان يستبدل البيع بالصلح أو الهبه المعوضه بناء على ما هو الحق من انها ليست بيعا و ان العوض لذات الهبه لا للعين و البيع مبادله مال بمال و هنا مبادله عمل بعمل و المال تبع غير مقصود بالأصالة.

(البحث الثانى) مسائل النزاع و الخلاف

اشاره

الذى اعتادت (المجله) ان لا تذكر منه شيئا فى كل كتاب مع أهميته اما فقهاؤنا رضوان الله عليهم فقد التزموا على الغالب فى متون مؤلفاتهم و مختصراتها فضلا عن الموسوعات و المطولات ان يذكروا آخر كل كتاب من البيع و الإجاره و سائر العقود- عده مسائل من أنواع الخلاف و التنازع بين المتعاقدين كتمرين للفقيه على القضاء و الحكم و قد ذكروا فى آخر كتاب الشفعه جمله و افيه من مسائل التنازع المتصوره فيها بعضها واضحه و بعضها فى غايه الإشكال

فمن تلك المشكلات - ما لو ادعى المشتري زياده الثمن فقال مثلا اشتريته بمائه و أنكر المشتري فقال بخمسين فظاهرهم الاتفاق على ان البائع معزول فى هذه القضية فلا يقبل قوله أصلا سواء شهد للمشتري أو للشفيع لأنه فى المقام متهم من جهة التدارك أو غيرها و هو و ان كان على إطلاقه محل نظر واضح و لكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهادته للبائع اما لموته أو غيبته أو نحو ذلك فان كانت لأحدهما بينه فهى المتبعه و ان لم تكن فقد تعقدت القضية و اعضلت و لذلك اضطرت كلمات الأصحاب أشد الاضطراب و قام الخلاف على ساق فى هذه و فى نظيرتها و هى ما إذا اختلف المشتري و البائع فى الثمن الذى جرى عليه العقد زياده و نقيصه، و سر الإعضال فى القضية ان من المعروف و الواضح المكشوف ان طالب الزيادة فى كل مقام هو المدعى و ان منكرها هو المنكر و على هذا الملاك فالمشتري المدعى لزياده الثمن هو المدعى و الشفيع هو المنكر فيكون القول قوله بيمينه، و نظرا الى ان المشتري لا دعوى له على الشفيع أصلا و المدعى هو الذى لو ترك ترك و هذه صفة الشفيع هنا فإنه هو الذى يطالب و يريد انتزاع العين من مالكة المشتري قهرا عليه و الأصل عدم تسلطه على مال الغير بقوله و بالمقدار الذى يدعيه فبهذا الملاك صار الشفيع مدعى لا منكر و يلزم ان يكون القول قول المشتري لا قوله، فتعارضت الجهات و تدافعت الأصول و قامت الحيره فى ان لأيهما الترجيح؟ و على ايها يكون العمل؟ فمال كل فقيه إلى جهة و أخذ كل واحد بترجيح ناحيه و تضاربت الأفكار و كثر الرد و الإيراد

حتى ان بعض فقهاءنا المتأخرين كتب فيها ما يقرب من عشر صفحات من كتابنا هذا؟ والمسأله هنا خاليه من النص نعم فى قضيه تنازع المشتري و البائع وردت روايه بتقديم قول البائع و قد عمل بها جماعه من الأساطين على ضعف سندها و أراد جماعه ان يطردوها حتى إلى مسألتنا هذه اعنى تنازع الشفيح و المشتري و لعله أشبه بالقياس و هو تعديه حكم موضوع الى موضوع آخر،،؟ و الذى نراه بعد هذا كله ان القول قول المشتري يمينه لا قول الشفيح فإنه هو المدعى و ان أنكر الزيادة و لكنه يدعى استحقاق العين بذلك المقدار و الأصل عدمه مضافا الى انه هو المطالب و هو الذى لو ترك ترك و المشتري لا يدعى عليه شيئا و لا- يطالبه بشىء و ليت الشفيح تركه و مضى لسبيله، و كل هذا واضح و انما أوقع الارتباك قضيه دعوى الزيادة من المشتري فأوهم انه مدع مع أن قضيه الزيادة ليست بميزان مطرد نعم الغالب ان مدعى الزيادة يكون مدعيا و منكرها هو المنكر و لكن لا يتمشى ذلك فى كل مورد فإن قضيه البائع و المشتري هناك و قضيه الشفيح و المشتري هنا لها خصوصيه أخرى قلبت القضيه و غيرت مجارى الأصول فتدبرها جيدا و به المستعان.

و على هذا يبتنى ترجيح احدى البيتين على الأخرى لو قدماها معا فان قلنا بان القول قول الشفيح و قلنا بتقديم بينه الداخل قدمت بينته و الا فيبينه المشتري و العكس بالعكس و التحقيق مو كول الى محله.

(و منها) ما لو أقر أحد الشريكين بأنه قد باع حصته من أجنبي و أنكر الأجنبي الابتاع

قيل ثبت الشفعه نظرا إلى الإقرار و قيل لا تثبت

لأنها موقوفه على ثبوت الابتياح و تحقق الانتقال و لم يثبت، و التحقيق انه يلزم ان يعلق ثبوت الشفعه على ثبوت البيع فان حكم على الأجنبي بينه و نحوها انه قد ابتاع تثبت الشفعه و الا فلا و الإقرار وحده هنا لا يكفي،،

(و منها) ما لو اختلف الشريكان فى التقدم و التأخر

و فيها صور كثيره فادعى ان شريكه قد اشترى بعده فله حق الشفعه عليه فأنكر ذلك حلف المنكر ان ليس لخصمه حق شفعه عليه و لا يلزمه اليمين انه قد اشترى قبله اما لو ادعى كل منهما انه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعه فالقضيه من باب التداعى يتحالفان ان لم تكن بينه فتثبت الشركه و تسقط الشفعه و كذا إذا جاء كل واحد بينه اما لو انفرد أحدهما بها فالشفعه.

(و منها) ما لو اعترف البائع و المشتري ان الثمن المعين غصب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه

فاللازم رد العين حسب اعترافهما الى المالك و الشفيع يأخذ الشقص بالشفعه و يدفع مثل الثمن أو قيمته إلى المشتري فيدفعه إلى البائع يأخذه مقاصه عن شقصه و اعترافهما لا اثر له فى حق الشفيع لأنه إقرار فى حق الغير فان ادعى عليه العلم يحلف انه لا يعلم بكونه غصباً، اما لو اعترف البائع و الشفيع دون المشتري أو الشفيع و المشتري دون البائع فلا شفعه و يستخرج باقى حكم هذه الصور بالتأمل من الفقيه الماهر و قد ذكر فقهاؤنا قدست أسرارهم هنا فروعاً كثيره، و فروضاً نادره، تدل على غزاره علم، و نابيه فضل و فقااهه عاليه لا احسبها توجد

عند امه من الأمم و من أراد تصديق ذلك فليراجع الموسوعات من كتب الإماميه ان كان من أهل الفن ليعرف اننا لم نذكر لهم الا بعض ما يستحقون، و جزى الله جميع علماء المسلمين و عامه فقهاءهم خير جزاء المحسنين و نفعنا بعلومهم و جمعنا و إياهم فى الرفيع الأعلى مع النبيين و الشهداء و الصديقين و حسن أولئك رفقاً، و نختم هنا كتاب الشفعه راغبين اليه تعالى فى أن يشفع فينا أوليائه الذين لا يشفعون الا لمن ارتضى و آخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين.

ص: ١٩٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب العاشر (في أنواع الشركات)

إشاره

و يشتمل على مقدمه و ثمانيه أبواب)

المقدمه فى (بيان بعض الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بأنواع الشركات)

اشاره

ماده (١٠٤٥)

الشركه:

فى الأصل هى اختصاص ما فوق الواحد بشىء و امتيازهم به لكن تستعمل أيضا عرفا و اصطلاحات فى عقد الشركه الذى هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشركه بناء على هذا الى قسمين.

تحرير هذا البحث كما ينبغى بل كما يجب- ان الشركه بحسب وضعها اللغوى و استعمالها العرفى- هى مطلق اجتماع اشخاص فى شىء بوجهه جامعه سواء فى العين أو الدين أو المنفعه أو الانتفاع أو الحق فمن أباح طعاما

لجماعه فهم شركاء فيه و ان كانوا لا يملكون عينه و لا منفعتة بل يملكون الانتفاع به و كذا من أباح لشخصين أو أكثر المطالعه فى كتابه و من هنا يعلم ان الشركه فى المباحات العامه انما هى بهذا المعنى اى بالمعنى اللغوى العرفى لا الاصطلاحى أعنى اصطلاح الفقهاء فإنه قد تخصص عندهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه و حيث ان الشركه تتحقق عندهم فى العين و الدين و الحقوق و المنافع فأرادوا تعبيراً يعم كل هذه النواحي فعرفها مشهور فقهائنا بأنها اجتماع حقوق الملاك فى الشئ ء الواحد على سبيل الإشاعه و أرادوا بالشئ ء الواحد الشخصى لا النوعى أو الجنسى و اخرجوا بالقييد الأخير ما لو اشتركوا فى بستان مثلاً أو دار و لكن لا- على الإشاعه بل على ان لأحدهما الجانب الشرقى و للآخر الغربى و أمثال ذلك و مع انه أقرب التعاريف إلى الحقيقه قد أطلوا النقض و الإبرام و الطرد و العكس مما لا حاجه و لا فائده فيه، و لعل أسلم منه و أقرب الى الحقيقه ان يقال- الشركه استحقاق أكثر من واحد لشيء ء واحد على الإشاعه ثم ان لهذا الاستحقاق أسباباً و له بعد تحققه احكام اما أسبابه فهى نوعان «قهرية» و «اختيارية» و القهرية أيضاً نوعان نوع يجعل الشارع و آخر بأسباب اتفقيه أخرى فمن الأول- الميراث ضروره ان جميع الورثه يشتركون فى ملكيه التركه كما يشترك بعضهم فى مقدار منها «فهم شركاء فى الثلث» «و من الثانى» فاختلاط المالين قهراً بحيث لا- يمكن تمييز أحدهما عن الآخر عادة و من هذا القبيل الوصيه بالثلث لجماعه أو وقف ملك على جماعه «أما الاختيارية» فلها أسباب كثيره

(أحدها) مزج المالين بحيث لا يتميزان سواء كان بفعلهما أو فعل أجنبي (ثانيها) العقد بان يشتريا أو يستأجرا دارا على الإشاعه فيدفع كل منهما قيمه نصيبه من ماله فيشتركان في ملكيه الدار و ملكيه منافعها (ثالثها) الحيازه كما لو اشتركا في حيازه سمك أو أخشاب أو حطب أو صيد (رابعها) احياء موات كما لو اشتركا في إحياء أرض موات فإنهما يشتركان في ملكيتها على حسب عملهما أو اتفاهما- هذه أهم أسباب الشركه بمعنى اجتماع الحقوق في الشىء الواحد أو كما قلنا- استحقاق أكثر من واحد لشيء واحد، و لكن المهم ان تعرف ان هذه الأنواع من الشركه ليست هي المراد من الشركه التي أفرد لها الفقهاء كتابا ذكروه ضمن أبواب العقود و المعاملات «المراد بها عقد خاص يقصد منه الاسترباح و الاكتساب من الشخصين أو أكثر بمالهما بعد المزج و انما ذكروا تلك الأسباب من باب المقدمه و الاستطراد حيث ان الشركه بهذا المعنى تتوقف على المزج و هو يحصل تاره بالاختيار و اخرى بأسباب أخرى كما عرفت و من هنا يتضح لك الخلل البارز فيما ذكرته «المجله» في هذه ماده حيث جعلت العقد من أسباب الشركه بمعنى الاختصاص مع ان عقد الشركه الذي يبحث الفقهاء عنه في كتاب الشركه المندرج في أبواب المعاملات يتوقف على الشركه بمعنى اجتماع المالين و امتزاجهما و ليس عقد الشركه سببا للاختصاص أو الامتراج أصلا نعم قد يكون العقد سببا للاختصاص أو الامتراج كما عرفت فيما لو اشتريا دارا على الإشاعه و لكن ذاك عقد بيع أو إجاره لا عقد الشركه الذي يقصد به الاسترباح و التكسب الذي

لا يحصل ولا يتحقق الا بعد امتزاج المالين قهرا أو اختيارا فعقد الشركه يتوقف على الاختصاص و الامتزاج و هما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول «المجله» فتدبره، و عقد الشركه للاسترباح هو القسم الثانى المذكور هنا و الذى سيأتى تفصيله فى الباب السادس، و قد تداخل الموضوع و اختلط البحث على أرباب «المجله» كما اختلط على جماعه من غيرهم فاحتفظ بهذا، ثم ان محل اجتماع الحقوق كما قلنا أو الاختصاص كما تقول المجله لا يخلو اما ان يكون عينا أو دينا أو منفعه أو حقا- اما الانتفاع فقد عرفت انه خارج عن الشركه الاصطلاحيه و مثله الشركه فى المباحات العامه فإنها من قبيل الحكم لا الحق و من قبيل انه ملك ان يملك و انه مالك فعلا، و ذكر بعض الشراح ان تقسيم الشركه إلى عين و دين من قبيل تقسيم الشئ إلى نفسه و الى غيره فان الدين لا- ملك و لا- منفعه بل هو وصف شرعى ثم دفع هذا الإشكال بأنه و ان لم يكن مالا فعلا و لكنه مال بالمال انتهى، و أنت خبير بسقوط هذا الاشكال من أصله فإن الدين مال فعلا باعتبار العقلاء، و لذا يباع و يشتري كغيره من الأعيان الخارجيه و الشركه فيه واضحه و أوضحها مثلا ما لو مات و له دين على شخص فإن الورثه يشتركون فيه بأجمعهم و كذلك الشركه فى المنافع و الحقوق، و من الأخير إرث حق الخيار أو جعل الخيار لاثنين أو أكثر مشتركين لا على نحو الاستقلال.

و من جميع ما ذكرنا اتضحت ماده «١٠٤٥» و هى الأولى من

كتاب الشركه اما ما بعدها من المواد إلى ماده «١٠٦٠» فينبغى أو يجب حذفها تماما من المجله- إذ أى عربى أو متعرب لا يعرف ان معنى الحائط هو الجدار. و الماره عباره عن المارين أو القناه أو المسناه أو ان رأس المال هو السرمایه و هو ترجمه العربى بالفارسى و هلم سحبا إلخ.

الباب الأول في (بيان شركة الملك

اشاره

و يشتمل على ثلاثة فصول)

«الفصل الأول» في (تعريف شركة الملك و تقسيمها)

ماده «١٠٦٠» شركة الملك هي كون الشىء مشتركاً بين اثنين فأكثر هذا تفصيل ما تقدم من الإجمال لبيان أسباب الاشتراك في المال الواحد و الشىء يشمل كل ما يمكن تحقق الشركة فيه من العين و الدين و الحق و المنفعة سواء وقعت بأسبابها القهرية أو الاختيارية ثم إذا تحققت الشركة بأحد تلك الأسباب ترتبت عليها احكام بعضها من حيث تصرف الشركاء أو بعضهم و بعضها من حيثيات اخرى- و من الثانى ان

التلف بعد الشركه كلاً- أو بعضاً يكون على جميع الشركاء بنسبه حصصهم إذا لم يكن المتلف أحدهم فلو تلف النصف و الشركاء اثنان كان من كل واحد ربع و هكذا و عليه يبتنى ماده (١٠٦١) فلو كان لرجل دينار و لآخر من جنسه ديناران فاختلف دينار الرجل بهما بحيث لا- يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها يكون الباقي مشتركاً بينهما مثلاً ثلثه لثالثه لصاحب الدينارين و ثلثه لصاحب الدينار،، و لكن لعلك عرفت مما مر عليك في الأجزاء السابقه ان هذه القضيه لا تبتنى على قاعده الشركه لأن المالكين لم يمتزجا امتزاجاً حقيقياً بل و في بعض الصور قد لا يكون مزج أصلاً كما في مسأله الودعي الذي استودعه رجل درهما و آخر درهمين فتلف درهم لا يعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمين و توزيعه عليهما بالنسبه هو مقتضى قاعده العدل سواء كانت هناك شركه أم لا و اعلم ان شركه المزج تكون تاره (ظاهريه) و هي التي يتطرق فيها احتمال التمييز كما في قضيه الدراهم و أمثالها (و حقيقيه) و هي التي يستحيل فيها التمييز عاده أو واقعا كما تراج المائعات من جنس واحد و كما تراج الدقيق و نحوه و في الأولى تكون القسمة ظاهريه مراعاة بقاء الاشتباه فإذا زال أمكن زوال الحكم و بطلان القسمة و في الثانيه يكون دائماً لا مجال لبطلانه، و بقيه المواد قد سبق بيانها و هي واضحه، و قد شرعت «المجله» في بيان القسم الثاني من أحكام الشركه أعنى ما يتعلق بتصرف الشركاء الذي يتكفل به.

(الفصل الثانى) [فى] (بيان كيفية التصرف فى الأعيان المشتركة)**إشارة**

سواء كانت من العقارات أو الحيوانات أو الأئعمه أو الحبوبات أو غيرها.

ماده (١٠٦٩) كيف ما يتصرف صاحب الملك المستقل فى ملكه يتصرف أيضا فى الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك.

لا- يخفى ما فى العبارة من التعقيد و التشويه و المراد ان الشركاء يتصرفون بالاتفاق كما يتصرف المالك فى ملكه المستقل فمجموعهم كواحد و واحدهم كالأجنىبى ليس له التصرف بدون إذنههم و عليه يتفرع ماده (١٠٧٠) يسوغ لأصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها جميعا لكن إذا أدخل أحدهم أجنيا فلآخر منعه، على ان هذا الاستدراك مستدرک فان للآخر المنع مطلقا و مثلها ماده (١٠٧١) التى مفادها جواز تصرف الشريك بإذن شريكه الذى علم مما سبق و الاستدراك بقوله:

لكن لا يجوز ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك مستدرک أيضا فإن الضرر حرام مطلقا و لا حاجة الى بيانه هنا (١٠٧٢) ليس لأحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتى أو بعنى حصتك غير ان المحل المشترك

ان كان قابل القسمة و الشريك ليس بغائب يقسم و ان كان غير قابل القسمة فلهما التهاؤ كما يأتى تفصيله فى الباب الثانى،، و لكن إذا كان الشريك غائبا لا تبطل القسمة مع طلب أحد الشركاء بل يرفع امره الى حاكم الشرع فينذره أو ينذر وكيله فان لم يحضر أحدهما سقط حق حضوره و تولى الحاكم القسمة لأنه ولى الغائب و الممتنع و كذا لو لم يمكن مراجعته الغائب كمجهول المحل أو الحياه فإن مثل هذه الأمور العامه من وظائف الحاكم و لا يجوز فى حفظ النظام تعطيلها و لو لا نصب الحاكم لمثل هذه الحوادث لاختل النظام و تعطل كثير من الاحكام و ساءت حاله الإسلام.

ماده (١٠٧٣) الأموال المشتركه شركه الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم

فإذا شرط أحد الشريكين فى الحيوان المشترك شيئا زائدا على حصته من لبن ذلك الحيوان أو نتاجه فلا يصح لا ريب ان منافع الملك هى لأرباب الملك على حسب حصصهم و لكن ذكر الشرط لا محل له هنا أصلا ضروره ان الكلام فى الشركه بمعنى اجتماع الحقوق لا الشركه العقديه التى ستأتى فى الباب السادس و هى التى تقبل الشرط و عدمه اما هذه فلا مجال فيها للشرط أصلا فتدبره جيدا.

ماده (١٠٧٤) الأولاد فى الملكيه تتبع الام مثلا إذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر

فالفلو الحاصل لصاحب الفرس كذلك إذا كان لواحد حمام ذكر و لآخر أنثى فالفراخ الحاصله منهما لصاحب الأنثى

هذا الحكم ليس له كثير علاقته بمباحث الشركه إلا بمقدار التنبيه على ان النتائج الحاصل من فحل شخص و أنتى آخر لا يكون مشتركا بينهما بل يختص به مالك الأم لأنه يعد عرفا نماء ملكه كالثمره فإنه يتبع الشجره لا فحل اللقاح و لا يختص هذا بالحيوان بل يجرى حتى فى الإنسان المملوك فإنه يكون لمالك امه لا لمالك أبيه و لا لهما معا الا مع الشرط كما هو محرر فى محله.

ماده (١٠٧٥) كل واحد فى شركه الملك (بل و فى غيرها) أجنبى فى حصه الآخر.

ليس واحد وكيلا عن الآخر- إلخ.

هذه الماده على طولها من غير طائل و مع ما فيها من تعقيد العبارة و سوء البيان قد اشتملت على حكم جزافى يخالف قاعده الشركه و قد عرفت ان كل واحد من الشركاء نسبه وحده الى المال المشترك نسبه الأجنبى إليه سواء بسواء فلا يجوز له اى تصرف بدون اذن الباقيين فلو تصرف و تلف المال بيده يكون ضامنا و لو مع عدم التعدى و التفريط لأنها يد عاديه إذ كل جزء يفرض فهو له و لشركائه فيكون المقام من قبيل اجتماع الملاك على الشىء الواحد لا الملاك على أشياء و كل واحد من أصحاب الدار المشتركه لا يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال بل صاحب ملك ناقص و ملكيته ضيقه يزاحمه فيها جماعه آخرون و هم شركاؤه فلا حق له فى دخول و خروج فضلا عن اعاره و اجاره بدون إذنه فلو سكن الدار بغير رخصه منهم و انهدمت ضمن حصصهم و ان لم يكن بتعد منه أو تفريط كل ذلك قضاء لمعنى الشركه و لوازمها الطبيعیه

مؤيده بالقواعد الشرعيه، و كان القوم توهموا ان حقيقه الشركه كون كل شريك يملك جزء فى الدار غير الجزء الذى يملكه الآخر و هو معنى لا محصل له و ان كان ربما يدور على لسان بعض المتفقهه، و يتفرع على ما ذكرنا انه لو سكن الدار بدون اذن شريكه لزمته الأجره لحصه شريكه سواء أشغل الدار كلها أو بعضها فان البعض الذى اشغله هو له و لشريكه إذ لا قسمه فى البين فتلزمه اجره ما اشغله بالنسبه و الا لتساوى المشاع و المقسوم فالحكم بعدم الضمان و عدم الأجره حكم جزافى غريب و أغرب منه ماده (١٠٧٦) إذا زرع أحد الشركاء فى الأراضى المشتركه لا صلاحيه للآخر فى طلب حصته من الحاصلات على عاده البلد مثل ثلث أو ربع لكن إذا نقصت الأرض بزراعتة فله ان يضمن الشريك الزارع قيمه نقصان حصته.

بل الصحيح حسب الأصول و القواعد ان له اجره المثل لإعاده البلد إلا إذا ساوت اجره المثل بل الأصح ان الشريك مخير فى هذه الصوره بين قلع الزرع و بين إبقائه بالأجره إلى حين حصاده مضافا الى أجره المده السابقه و هكذا الغرس و البناء و لو نقصت الأرض كان له مع ذلك أرش النقيصه و عليه يبنى ان أحد الشريكين بدون اذن الآخر سواء قبض الأجره أم لا فهو فضولى و الشريك مخير بين الإجاره و الرد و ترجع الأجره لصاحبها و لو تلفت كان على المؤجر ضمانها على تفاصيل ذكرت فى باب الفضولى و من هنا ظهر الخلل فى ماده (١٠٧٧) أحد الشريكين إذا آجر لآخر المال المشترك و قبض الأجره يعطى الآخر

حصته منها.

لا- بل الآخر مخير بين الإجازة فيأخذ حصته منها و بين الرد فلا اجازة و لا اجره، و أشد ضعفا و وهنا ماده (١٠٧٨) يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبه الشريك الآخر إذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتى بيانه.

ماده (١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب.

كلا- بل إذا قامت اماره قطعيه على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعه الاذن و ضيقه و مع عدمها لا يجوز أصلا أضر أم لم يضر.

ماده «١٠٨٠» لا يوجد من الغائب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل

فلا يجوز لبس الألبسه المشتركه في غياب أحد الشريكين و كذا البرذون- اما في الأشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل حرث و تحميل فله استعماله بقدر حصته كما لو غاب أحد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته.

هذه الماده كما ترى مثل أغلب مواد هذا الفصل مختله التراكيب مشوهه الأساليب كأنها رطانه أعجميه لا عباره عربيه، و مباني هذه المواد بعضها استحسان و بعضها جزاف لا- يساعد عليه عرف و لا- قياس و الا- فأى فرق بين الألبسه المشتركه و ركوب البرذون المشترك فلا يجوز و بين التحميل و الحرث و استخدام الخادم المشترك فيجوز و ان كان المراد قضيه المهايأه فهى لا تتحقق الا مع التراضى أو الخصومه كما سيأتى و على فرضها

فلتكن فى المقامين و لتطرد فى جميع الأمثلة المذكوره فما وجه التفصيل بغير دليل.

و مثلها ماده (١٠٨١) السكنى فى الدار لا تختلف،،،

فان سكنى كل واحد منهما سته أشهر - ان كان مهياًه فهى موقوفه على التراضى أو الخصومه و هو خلاف ظاهر الفرض و هو غياب أحد الشريكين و ان لم يكن مهياًه و تراضى فكل منهما فعل حراما بتصرفه بدون رضا شريكه و عليه الأجره قليله كانت العائله أو كثيره غائبا كان أحدهما أو حاضر أنعم فى غيبه أحد الشركاء و عدم و كيل له و عدم التمكن من استيذانه أو امتناعه من الاذن يراجع حاكم الشرع لصحه تصرف الباقيين حسب ما يراه.

اما - ماده (١٠٨٢) لا يجوز للحاضر ان يسكن فى حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،،

فهى خروج عن موضوع الشركه إذ لا شركه بعد الافراز فذكرها هنا فضله مستدرك، و كذا ماده «١٠٨٣» المهياًه إنما تجرى و تعتبر بعد الخصومه فإذا سكن، الى آخرها، فهى أيضا مختله بألفاظها و معانيها، و تراكيبها و مبانيها، أما (أولا) فالمهياًه كما تجرى فى صوره الخصومه تجرى فى صوره التراضى (ثانيا) لا وجه للحكم بأنه لا يسوغ له ان يطالبه بالأجره عن المده «ثالثا» لا وجه للتفصيل بين صوره الحضور و الغيبه غايته انه مع الغيبه المنقطعه التى يتعذر أو يتعسر مراجعه الشريك فيها يراجع حاكم الشرع كما سبق، و حيث عرفت ان

أكثر مواد هذا الفصل مختله، و تراكيبها كمبانيها منحلّه، فالأولى إعطاء الضابطه الكليه و الفذلكه التي يعلم منها حال سائر الفروع و الفروض فنقول انك قد عرفت انه ليس لأحد الشركاء ان يتصرف بالمال المشترك بدون اذن الآخرين بأى تصرف كان فان تصرف بغير اذن منه أو من وكيله أو من حاكم الشرع فان كان التصرف فعلا من الافعال فهو حرام و لزمته الأجره و الضمان لو تلفت العين الا- على قول من يقول بأن الأجر و الضمان لا- يجتمعان و لكن يظهر من المجله فى ماده المتقدمه «١٠٧٥» لزوم الضمان فيما لو أعار البرذون أو أجره و تلف مع لزوم الأجره للشريك لو حمله بدون اذن و إذا زرع أحد الشركاء الأرض المشتركه بدون اذن الباقيين كان الزرع له على ما سبق مكررا من ان الزرع لصاحب البذر و عليه الأجره لأرباب الأرض فيدفع للشركاء اجره حصصهم منها و ما ذكروه فى ماده «١٠٨٥» فهو على طول بيانه و قصور تعبيره يرجع الى مهاياه قهريه بين الغائب و الحاضر أو النصف و النصف الآخر من غير تراض و لا خصومه، نعم لو رجع الى الحاكم مع تعذر استيذان الشريك و أجاز له ذلك صحح و لا ضمان عليه حينئذ مع فرض التلف نعم أجره حصه الشريك لا بد منها،، هذا كله إذا كان التصرف فعلا من الافعال كسكنى الدار أو لبس الثوب و نحوها، اما لو كان قولاً كما لو باع أو آجر الجميع أو حصه الشريك وحدها فهو فضولى موقوف على الإجازة و لا يجوز ان يسلم العين و لو سلمها ضمن و صار تصرفا فعليا مع التصرف القولى كما انه لو استلم

التمن كان امانه بيده لدافعه يجرى عليه حكم الأمانات المالكية، هذا كل ما ينبغي أو يجب ان يقال فى هذا الموضوع و عليك بتطبيق كل فرع على هذا الأصل، و منه يتضح حال بقيه المواد المذكوره فى هذا الفصل و ما فيها من صحه و فساد، نعم ماده (١٠٨٩) بعض الورثه إذا بذر الحبوب المشتركه بإذن الباقيين الكبار أو وصى الصغار فى الأراضى الموروثه تصير جمله الحاصلات مشتركه بينهم و لو بذر أحدهم حبوب نفسه بالحاصلات له خاصه لكن يكون ضامنا لبقية الورثه حصه نقصان الأرض على زراعته.

و ان كانت تطابق ما ذكرنا من ان الزرع لأرباب البذر و لكن الضمان ليس لنقصان الأرض فقط بل يضمّن أجره الأرض أيضا و ماده «١٠٩٠» إذا أخذ أحد الورثه مبلغا من التركة و اتجر به قبل القسمة و خسر يكون الخسران عليه كما إذا ربح لا يسوغ لبقية الورثه طلب حصته منه - واضحة الضعف فان هذا الحكم لا يختص بأحد الورثه بل كل من اتجر بمال غيره فان خسر فالخسران عليه قطعا ان لم يكن مأذونا لأنه بحكم الغاصب إذ هو و ان ربح فهو نوع من الفضولى فإن أجاز الشريك كان له ربح حصته و الا كان له رأس ماله و قد مر قريبا فى ماده «١٠٧٣» ان الحاصلات تقسم بين أصحابها على قدر حصصهم.

(تمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه

أى الإشاعه الكسريه من

الكسور التسعه النصف و الثلث و الربع الى آخرها. و قد تستعمل الشركه فى أنواع أخرى «منها» الشركه على نحو الكلى فى المعين كصاع من صبره و أرطال معينه من ثمره هذا النخل «و منها» شركه مستحقى الزكاه و الخمس فى النصاب «و منها» شركه الموقوف عليهم فى غله الوقف «و منها» شركه المسلمين فى الأراضى الخراجيه، و لكل واحد من هذه الأنواع احكام تخصصها المذكوره فى محالها.

«الفصل الثالث» فى (بيان الديون المشتركه)

اشاره

الشركه فى الدين مثل الشركه فى العين فى أكثر الاحكام و الأسباب فلا يكون الدين مشتركا الا بسبب يوجب الشركه و قد تقدم بيان الأسباب الموجبه للاشتراك فى العين فمن استدان عينا مشتركه صار الدين الذى فى ذمته مشتركا بين أربابها كما ان الميت لو مات و فى تركته أعيان يشتركون الورثه فى ملكك تلك الأعيان كل على حسب نصيبه من الإرث كذلك لو كان له ديون فإنها تكون مشتركه بينهم على حسب حصصهم، و هذا هو السبب الغالب لحصول الشركه فى العين و الدين اما مثل المزج و الحيازه و الاتهاب فلا يجرى شىء منها

فى الدين إلا الهبه ان صححنا هبه الدين و لكن إذا وقعت الشركه فى العين ثم استقرضها آخر أو ابتاعها فى الذمه صار الدين مشتركاً و كما ان العين المشتركه لا يجوز لأحد الشركاء التصرف فيها بدون اذن الباقيين كذلك الدين المشترك فلو قبض أحدهم الدين كلاً أو بعضاً بغير إذنه كان فضولياً و مضموناً عليه و يتخير الشريك الآخر بين أخذ حصته منه أو الرجوع بها على المدين و لا- يختص أحدهم بما يقبضه بل هو مشترك بينهم على الحصص حتى ان الشركاء لو أجازوا لواحد ان يقبض حصته فقط فقبضها شاركه الباقيون فيها لان الدين لا يقسم كما سيأتى ان شاء الله، فالمقبوض من الدين للجميع و التالف منه على الجميع، نعم لو وقع الصلح بينهم على ان تكون حصته من دين فلان بحصته من الدين الآخر فيختص كل واحد منهم بدين شخص كان مديناً للجميع فيعود مديناً لواحد صح ذلك و صار مثل بيع الدين على أجنبى، و جل ما ذكروا فى هذا الفصل من المواد و كلها تندرج فى هذه الجملة التى ذكرناها، و ظهر من جميع ذلك ان كل واحد من الشركاء فى المال المشترك حر مطلق العنان فى ملكيته من جهه و مقيد مربوط بغيره من جهه أخرى، مثلاً إذا أراد ان يتصرف بحصته المشاعه على إشاعتها من دون ان يمس العين بتصرف كان حراً فى ذلك و لا- يتوقف على مراجعه شريكه أو استيذانه فلو باعها أو اشترى بها أو وقفها صح بقول مطلق لكن لا يدفع العين إلى المشتري و لا يسلطه على حصته إلا بإذن الشريك فالبيع غير موقوف و لكن التسليم و الإقباض موقوف

و هكذا، ثم لا بأس بإبداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل.

ماده «١١٠٠» و ان كان الدين مشتركا فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون

و فى غيبه أحد الدائنين عند مراجعه الدائن الآخر الحاكم يأمر الحاكم بأداء حصته.

المتعين جعل هذه المادة مع التى بعدها ماده واحده دفعا لإيهام التدافع فيقال: إذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطالب المديون بحصته فان دفعها أو دفع منها لم يجز ان يختص بما قبض بل المقبوض له و لشريكه و الباقي لهما أيضا و ان امتنع المديون لغيبه الشريك الآخر راجع الدائن الحاضر الحاكم فان قبضها بامر اختصاص بها لأن أمر الحاكم يقوم مقام القسمة و الافراز «و ان كان الدين لا يقسم» كما سيأتى و هذا يغنى عن ماده «١١٠٢» فإنها تكرر أو توضيح لا حاجة إليه.

ماده (١١٠٣) أحد الشريكين إذا اشترى بحصته متاعا من المديون و لم يقبض منه شيئا فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى ذلك المتاع

لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع و ان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركا كان كذلك.

عرفت قريبا ان لكل واحد من الشركاء ان يبيع حصته أو يشتري بها أو يصالح عليها و تكون تصرفاته من هذا القبيل نافذه لازمه من دون حاجة الى إذن شركائه نعم ليس له ان يدفع العين و يسلط المشتري عليها إلا بإذنتهم، و عليه فالمتاع الذى اشتراه يكون مختصا به

و لا حق للشريك فيه و ليس له الرجوع على الشريك كما نصت عليه المجله بقولها (فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى المتاع) و لكن لا مجال لقولها متصلا به: و لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع،، بل هو أشبه بالتهافت، نعم يصح هذا فيما لو قبض الحصة ثم اشترى بها لما عرفت من ان المقبوض مشترك لا يختص به القابض فلو اشترى به متاعا كان فضوليا بالنسبه إلى حصه شريكه ان شاء أجاز القبض و الشراء و كان شريكا فى المتاع كما هو شريك فى باقى الدين و الا فله الرجوع على شريكه بحصته من الثمن أو على المديون بها، هكذا ينبغى تحرير المباحث و تنقيح المسائل و منه تعرف الخلل أيضا فى ماده «١١٠٤» إذا صالح أحد الشريكين فى الدين المشترك المديون على حقه منه على أثواب بز و قبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب و ان شاء أعطاه حصته من الحق الذى تركه.

فان التخير للشريك الآخر بين الإجازة و بين الرد لا للشريك الذى صالح على أثواب البز كما نصت عليه ماده (١١٠٥) و هذا أيضا فى صورته القبض اما مع عدم القبض و وقوع الصلح أو البيع بما فى ذمه المديون من حصه الشريك فكل هذا ساقط و لا حق للشريك الآخر فيما إذا أخذه شريكه بوجه من الوجوه كما سيأتى أيضا توضيحه فتدبره و لا يشبه عليك الأمر، و بهذا يتبين لك ان الحق فى ماده (١١٠٥) هو التفصيل فان الشريك إذا قبض تمام الدين المشترك أو بعضه ثم اشترى به متاعا فالشريك الآخر الدائن مخير كما فى المجله ان شاء

أجاز معاملة شريكه و يأخذ حصته منه كما سبق و ان شاء رد و يطلب حصته من المديون، اما لو اشترى بحصته من الدين قبل قبضه لا كلا و لا بعضا فلا حق للدائن الآخر على شريكه بل يرجع على المديون بحصته، اما قول المجله: و ان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض - فلا اعرف لهلاك الدين و هو كلى فى الذمه - معنى محصلا - نعم لو أفلس المديون أو تعذر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم يعنى ان اشترى بحصته فى الذمه لم يكن للشريك حق و ان قبض و اشترى كان له الرجوع عليه اى على شريكه و عدم إجازته أولا - لا يمنع من رجوعه أخيرا نعم يشكل لو كان قد سبق منه الرد فان الرجوع لا يبقى له محل و لا موضع للإجازة فليتدبر.

ماده (١١٠٦) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك الذى قد عرفت انه لا يختص به

بل هى له و لشريكه على النسبه و حيثئذ لو تلفت فى يده بغير تعد فان كان القبض بإذن الشريك فالتلف عليهما و الباقى لهما و إن كان بدون اذن أو مع التعدى كان التلف عليه فقط و الباقى عند المديون يكون لشريكه و هذا هو البيان الصحيح هنا لا ما ذكرته المجله فان ذكر الضمان لا محل له أصلا و قيد بدون تعد منه - لغو - إذ لا ضمان عليه مطلقا مع التعدى و بدونه، نعم يختلف الحكم مع الاذن و عدم التعدى فيشتركان فى التالف كما يشتركان فى الباقى اما مع عدم الاذن فيختص التلف مطلقا بالقابض و الباقى للشريك الآخر فافهم جيدا و اعرف الفرق بين هذا و بين ما ذكرته «المجله»:

ماده «١١٠٧» إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترك فلآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره.

كلا- لاحق للشريك الآخر هنا و لا ضمان و لا رجوع نعم لو قبض الدين و استأجر فلآخر الإجازة أو الرد و لكل واحده حكمها و بهذا الملاك يظهر الخلل فى ماده «١١٠٨» أحد الشريكين الدائنين إذا أخذ رهنا عن حصته و تلف فى يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما أصاب حصته الى الآخر.

فان أحد الدائنين إذا أخذ على حصته الكليه رهنا فهو مختص به كما لو اشترى بها شيئاً حسب ما عرفت من بياناتنا السابقه فلو تلف الرهن تلفاً ضمانياً سقطت حصته المقابله للرهن فقط و يبقى الباقي الذى فى ذمه المديون للدائن الآخر فقط كما لو أبرأه أحدهما أو وهبه المنصوص عليه فى ماده «١١١٠» إذا وهب أحد الدائنين المديون حصته ..

و لا يكون ضامناً حصه شريكه.

و كذا لو أخذ كفيلاً- على حصته فإنه كالرهن و الهبه و الاسقاط يختص بها نعم لو احواله بحصته اشتركا لأن الحوالة نوع من الأداء فما فى ماده «١١٠٩» من طردهما على نسق واحد غير سديد فتدبره.

و كذا لا فرق بين الصورتين فى ماده «١١١١» إذا أتلّف أحد الدائنين مال المديون و تقاصا بحصته ضماناً- الى آخرها ففى كلا

الصورتين يصير الدائن مشغول الذمه بقيمه ما أتلفه فيقع التقاص و التهاثر و يبقى الباقي في ذمه المديون للشريك و هو الدائن الآخر و التفصيل بينهما لا وجه له أصلا فتدبره.

ماده «١١٢» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،،

و الاشتباه و الخلط الواقع في هذه الفروع المندرجه في هذه المواد من المجله كله ناشئ من الغفله عن الضابطه التي ذكرناها صدر كتاب الشركه و هي ان كل تصرف يتعلق بالحصه من حيث هي و على كليتها في الذمه أو في العين فهو صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء الباقين اما لو وقع على العين الخارجيه أو الحصه المقبوضه من كلى الدين فهو موقوف على اذن الجميع فاغتنمه و تدبره.

(لاحقه) «١١٣» إذا باع واحد ما لا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده

ما لم يكن أحد المشترين كفيلا- للآخر لا يطالب بدينه هذا واضح كوضوح العكس و هو ما لو باع اثنان مالهما لواحد فان اللازم ان يدفع لكل واحد حقه و لا يجوز لأحدهما المطالبه بكل المال الا ان يكون وكيلا عن الآخر.

الباب الثاني في (بيان القسمة

أشاره

و يشتمل على تسعة فصول)

الفصل الأول في (تعريف القسمة و تقسيمها)

ماده (١١١٤) القسمة هي تعيين الحصه الشائعه بعضها عن بعض كالذراع و الوزن و الكيل.

لما كانت القسمة هي ضد الإشاعه و رفعها و الأشياء تعرف بأضدادها و كانت الإشاعه عباره عن اجتماع الحقوق فالقسمة إذا إفرازها و تفريقها، اما تعريفها كما في «المجله» بتعيين الحصه الشائعه ففيه من التسامح ما لا يخفى، و على كل فان التعبيرات هنا بأجمعها لا تخلو من قصور و ينكشف هذا الغموض بما ذكرناه من ان حقيقه الإشاعه هي اجتماع

الملاك على ملكيه شىء واحد فهو نحو ضعيف من الملكيه، و عليه فالقسمه هى تبديل ملكيه ضعيفه لكل واحد من الشركاء فى العين بملكيه قويه لكل واحد فى بعضها، هذه هى الحقيقه الصميمه و بما شئت فعبر عنها.

ثم ان المقياس لا يختص بالذراع أو الوزن أو الكيل بل يحصل بالعد أو المشاهده أو غير ذلك حسب الأوضاع و الأطوار الزمنيه.

ماده «١١٥» القسمه تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعه فى كل فرد ..

الى آخرها هذا التقسيم للقسمه غير واف و لا مستبين (و تحرير البحث) ان القسمه من حيث المال المقسوم و المقسوم عليهم أو باعتبارات اخرى تنقسم إلى أقسام. فمن الحيشه الأولى، نقول ان المال المقسوم اما ان يكون عينا واحده أو أعيانا متعدده من جنس واحد أو أجناس مختلفه و على كل التقادير فاما ان يمكن قسمته على الحصص قسمه متساويه أم لا و على الثانى اما ان تتعذر القسمه مطلقا أو تمكن مع الرد فان كان متعددا و أمكن القسمه على نسبه الحصص فهى التى تسميها المجله قسمه الجمع كثلاثين شاه مشتركه فإن كانت لثلاثين أو خمسه عشر أو عشره فهى صحيحه و ان كانت لثلاثه عشر أو تسعه فهى كسريه، و ان كان المقسوم واحدا و أمكن قسمته أجزاء بحسب الحصص أيضا فهى قسمه التفريق اى تفريق الواحد الى أجزاء، و هو ظاهر فى أكثر المثليات من المكيل و الموزون أو كلها كما سيأتى، و ان لم يمكن تقسيمه

أجزاء متساويه بنسبه الحصص فإن أمكن قسمته متفاوتا مع الرد و الجبران فهي القسمة الرديه و الا فلا قسمه بل ترفع القضييه مع التشاح الى الحاكم فيلزمهما اما بيع حصه أحدهما على الآخر أو على أجنبي و يقسم الثمن و هذا لعله هو الذى يطلق عليه اليوم (ازاله الشيوخ) و اما من حيث المقسوم عليهم فاما ان يتفقا على القسمة أو يتشاحا فان اتفقا فهي قسمه تراضى اختياريه و ان تشاحا و رجعا الى الحاكم فالزم بها فهي جبريه و هي التى تعبر عنها المجله بقسمه القضاء و السابقه بقسمه الرضا كما فى ماده (١١٢٠) و (١١٢١) و (١١٢٢) و ان تشاحا بعد القسمة على الحصص فالقرعه، هذا مجمل ما ينبغى ان يقال فى جمهوره أقسام القسمة و منه يتضح ماده (١١١٦) و القسمة من جهه أفراز و من جهه مبادله و هذا التنوع يبنى على ما هو المشهور عند الفقهاء هي ان كل جزء يفرض فجزؤه لأحد الشريكين و الآخر للآخر اما على ما اخترناه من ان معناها اجتماع مالكين على الشىء الواحد فهي مبادله بين الملكيتين.

فقط و لا إفراز فى البين فتدبره جيدا.

ماده (١١١٧) جهه الإفراز فى المثليات راجحه

بناء عليه كل واحد من الشريكين فى المثليات له أخذ حصته فى غيبه الآخر بدون اذنه كالا- لا يجوز عندنا تصرف أحد الشريكين بدون اذن الآخر مطلقا غائبا كان الآخر أو حاضرا قسمه كان التصرف أو غيرها فاما هو أو الحاكم و بدون أحدهما لا يجوز القسمة و لا غيرها،، و لو تلفت حصه الغائب قبل التسليم تكون الحصه التى قبضها شريكه مشتركه بينهما

بل و التالفه مضمونه يعنى يضمن للغائب حصته منها:

ماده (١١١٨) جهه المبادلہ فى القيميات راجعه الى آخرها

يعنى بالمثلثيات ما تتساوى أجزاءه بالقيمه على النسبه مثلا- حقه القمح بأربعة دراهم فالوقيه بدرهم اما القيميات فلا تتساوى اجزاؤها بالقيمه فإن مثقال الألماس مثلا بمائه دينار و لكن بعه بعشره لا بخمسه و عشرين و يريدون ان المثلثيات اى المتساويه يأخذ الشريك منها نصيبه و لو بدون اذن الآخرين و اما غير المتساويه اى القيميات فلا يجوز و قد عرفت عدم الجواز فى الجميع

ماده «١١١٩» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثلثيات الى آخرها.

هذه الضوابط للمثلثيات و القيميات غير مطرده و ليس كل المكيلات و الموزونات مثلثيات و لا كل الذرعيات قيميات فان أنواع الحلى و المصاغ كلها موزونه مع أنها قيميه و الحبال و الامراس ذرعيه مع ان أكثرها مثليه فالأولى الرجوع فى كل مورد بخصوصه الى العرف و نظر الحاكم و اجتهاده الخاص فى الموضوع.

الفصل الثانى فى (بيان شرائط القسمه)

ماده (١١٢٣) كون المقسوم عينا شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك الى الآخر.

تقسيم الدين له صورتان إحداهما ما ذكر فى هذه ماده من اتفاق الورثه على ان يكون دين مورثهم على الأشخاص المتعددين موزعا عليهم كل واحد لواحد منهم «الثانيه» ان يقتسموا الدين الواحد فيكون القسط الأول لواحد و الثانى لآخر و هكذا، و تقسيم الدين بهاتين الصورتين باطل. و ما يقبضه أحدهم كلاً- أو بعضا يكون مشتركاً بين الجميع المقبوض هم و الهالك عليهم و الاخبار المعتمده عندنا بهذا متوفره

ماده (١١٢٤) لا تصح القسمه إلا بإفراز الحصص و تمييزها

فلو قال أحد أصحاب الصبره المشتركه من الحنطه خذ أنت ذلك الطرف و هذا الطرف لى لا يكون قسمه.

حق هذا ان يقال ان شرط صحه القسمه معلوميه الحصص فلو كانت مجهوله بطلت، و تختلف الجهاله و المعلوميه باختلاف الأجناس فمعلوميه المكيل و الموزون بكيله و وزنه و معلوميه الأرضين بمساحتها و ذرعها

و هكذا و قد تكفى المشاهده فى جملة أشياء كما تكفى فى البيع.

و جمهوره شروط صحه القسمة أمور «١» الملكيه أى ملكيه كل واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلا أو بعضا مستحقا للغير بطلت فى جملة من الصور كما سيأتى قريبا و كذا لو ظهر وقفا فان الوقف لا يقسم نعم يقسم و يفرز عن الملك المطلق لو كان مشتركا معه (٢) المعلوميه فى الحصص فلو كانت مجهوله أو بعضها بطلت (٣) تعديل الحصص يعنى التساوى و عدم الغبن فلو تبين الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت (٤) الرضا من الشركاء أو حكم الحاكم أو الوصى أو الولى «٥» الطلب فى قسمه القضاء من بعض الشركاء «٦» قابليه المال المشترك للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المهمه من كل واحد من الحصص بذاته بعد القسمة «٧» كون المقسوم عينا خارجيه لا دينا و لا حقا.

هذه خلاصه ما أشارت إليه «المجله» من الشروط فى هذا الفصل

اما (ماده: ١١٢٥) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها.

فخلاصه ما تتضمنه بيان الصور لظهور المستحق و هى محتاجه جدا الى التحرير فإنها من شكاسه التعبير بمكان، و إليك البيان، (١) ان يظهر المقسوم مستحقا للغير بتمامه و البطلان هنا لا يحتاج الى تبيان (٢) ان يظهر مستحق لجزء منه مشاع منصف أو ثلث و تبطل هنا أيضا لأن كل حصه من المقسوم فيه حصه للغير فيكون تفريق حقه فى

الحصص ضررا عليه اللهم إلا- إذا رضى بذلك فتبقى القسمة بحالها و يكون شريكا لكل واحد منهم (٣) إذا ظهر مستحق لخصوص حصه معينه من الحصص المقسومه فتبطل القسمة طبعاً و تعاد في الباقي للشركاء من رأس (٤) ان يظهر مستحق لمقدار معين في حصه معينه من الحصص أو الجزء مشاع فيها و هنا لا تبطل القسمة بل يتخير صاحب الحصه المستحق فيها بين إمضاء القسمة و الرجوع على الشركاء بنقصان ما أخذ المستحق منه و بين فسخ القسمة و إعادتها من رأس (٥) ان يظهر مستحق لجزء مشاع في حصه واحد معين و لا تبطل هنا أيضا بل يكون لصاحب الحصه التي فيها الجزء المشاع خيار بين فسخ القسمة و إعادتها و بين البقاء على الشركه مع المستحق الجديد و أخذ النقصان من الشركاء.

«٦» ان يظهر مستحق لجزء معين من كلتا الحصتين أو الحصص مع تساوى حقه في كل حصه و هنا تبقى القسمة بحالها و يأخذ المستحق حقه من الجميع (٧) ظهور المستحق لجزء معين في الحصتين أو الحصص مع عدم التساوى و الحكم هنا أيضا عدم البطالان و يتخير أرباب الحصص بين فسخها و إعادتها من رأس و بين إبقائها و يرجع صاحب الحصه الناقصه على شريكه ذى الحصه الزائده.

و من مجموع ما ذكر تتضح جميع مواد هذا الفصل فتدبرها.

«الفصل الثالث» في (بيان قسمه الجميع)

اشاره

عرفت ان مرادهم بقسمه الجمع قسمه الأعيان المتعدده على الشركاء المتعددين سواء كانت من جنس واحد كعشرين شاه أو من أجناس متعدده كشيايه و جمال فان كانت متحده جرت فيها قسمه التراضى بلا اشكال بل و قسمه القضاء من الحاكم كما فى ماده «١١٣٢»- و كان ينبغى ان يضم إليها أيضا ماده «١١٣٣» فيقال الأعيان المتحده الجنس تجرى فيها قسمه القضاء كما تجرى قسمه الرضا لعدم التفاوت بين افراد المثليات المتحده الجنس كعدم الضرر بأحد الشركاء و يكون كل واحد قد استوفى تمام حقه،، و لا حاجه الى ذلك التطويل و الإكثار من الأمثله.

ماده (١١٣٤) القيميات المتحده الجنس - الى قولها مثلا خمسمائه شاه مشتركه بين اثنين إذا قسمت نصفين فكأنما أخذ كل واحد منهما عين حقه.

الخدشه فى هذا واضحه فإن القيميات غالبا تختلف آحاد الجنس الواحد منها أشد الاختلاف و قلما تتساوى افرادها، خذ مثلا الخمسمائه

شاه التي ذكرتها المجله فإنك قد لا تجد فيها شاتين متساويتين من حيث السمن أو الهزال و اللون و الصوف و غير ذلك فلا بد في قسمتها من التعديل و لا يصح قسمتها جزافا عددا لكل واحد مائتين و خمسين من دون توازن بين الجيد و الردى و السمين و الهزيل، و يمكن ان يقال ان القاعده الكليه أو الغالبه ان القسمة في المثليات المتحده الجنس قسمة جمع لا تحتاج الى تعديل و أظهره في الموزون و المكيل و ما عداها من القيميات أو المثليات المختلفه تحتاج الى تعديل و هذا لازم في كل قسمة رضائيه أو قضائيه فان التعديل في القسمة ضرورى الا ان يسقط أحدهم حقه لشركائه أو لبعضهم فتدبره جيدا و لا يشتبه عليك الأمر كما اشتبه عليهم و مما ذكرنا تتضح بقيه مواد هذا الفصل.

الفصل الرابع ماده (١١٣٩) تفريق العين المشتركه و تبويضها ..

ملاك صحه القسمة هنا أعنى في الدار و العقار و كافه الأموال الغير المنقوله عدم حصول الضرر على أحد الشركاء بالقسمة و المراد بالضرر هنا عدم إمكان الانتفاع بالحصه انتفاعا معتادا به عند العرف و ان كان في غير الجبهه الأولى مثلا لو كانت الدار لا تنقسم الى دارين و لكن يمكن ان تكون دكانين في سوق دائر أو شارع عام فالأقرب صحه الإيجابار على

القسمه، و عدم الضرر كما عرفت معتبر فى كل قسمه غايته ان المتماثلات المتعدده لا يحصل فى قسمتها ضرر غالبا بخلاف القيميات مثل الدار و العقار فإنها مظنه الضرر فى الغالب و لذا يلزم فيها الرد للحيران و التعديل فى الأكثر و من هنا يستبين لك الخلل فى ماده (١١٤٠) فإن القسمه إذا كانت تضر بعض الشركاء و تنفع بعضهم لا- يمكن للحاكم ان يجبرهم على القسمه بصوره مطلقه كما يظهر من هذه ماده بل لا بدّ من تدارك ضرر الشريك بالرد و الجيران، و الا كان من القسم الذى لا يمكن قسمته كما فى ماده (١١٤١) إلى آخر هذا الفصل و كلها واضحه.

الفصل الخامس فى (بيان كيفية القسمه)

ماده (١١٤٧) المال المشترك ان كان من المكيلايت فبالكيل أو من الموزونات فبالوزن .. يصير تقسيمه، مواد هذا الفصل بأجمعها قد ظهرت من الفصول السابقه و انما ذكرتها المجله لمزيد البيان و التوضيح و ما فيها مسلم و صحيح سوى ان الأرض المشغوله بالأشجار و النخيل تلاحظ فى مجموعها القيمه فإنها من القيميات و لا

تمسح الأرض مستقلة و تذرع و يقوم ما عليها من الأشجار بل يلحظ المجموع شيئاً واحداً.

الفصل السادس فى (بيان الخيارات)

من المعلوم ان القسمه بعد وقوعها جامعها للشرائط المتقدمه تكون لازمه ليس لواحد منهم فسخها الا ان يكون هناك سبب يستدعى جواز الفسخ و فى الحقيقه ان الخيار فى القسمه ليس كالخيار فى البيع يعنى ان لكل من المتبايعين فسخ البيع و ان كان قد وقع صحيحاً جامعاً للشرائط و الخيار فى القسمه عبارته عن ظهور خلل فيها يكشف عن وقوعها فاسده فإن تراضوا بها فمعناه إسقاط حق و الا- فلذلك منهم طلب نقصها و إعادتها صحيحه و لذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح و لا يجرى فيها سوى الخيارات العامه كخيار الغبن و الرؤيه و العيب مما يكون مدركه فى الغالب و جوب دفع الضرر أو مظنه الضرر كالجهاله الناشئه من عدم الرؤيه اما شرط الخيار فيها الى أيام محدوده فلا يبعد صحته بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ان قلنا بعموم الشرط و لم نقيده بالعقود و عليه فيصح شرط الخيار فى المثليات و فى غيرها كما يجرى خيار الرؤيه فيها فلا وجه

لما فى ماده (١١٥٥) خيار الشرط و الرؤيه لا يكون فى قسمه المثليات المتحده الجنس الى آخرها،، لما عرفت من ان عدم رؤيه الحنطه قبل القسمه توجب جهاله المقسوم و الجهاله تبطل القسمه كما عرفت لا فرق فى ذلك بين المثلى و غيره فكما لا يجوز بيع الحنطه المجهوله كذلك لا يجوز قسمتها.

الفصل السابع (فى بيان فسخ الإقاله)

سبق قريبا ان القسمه إذا وقعت جامعته للشروط تكون لازمه ليس لأحد الشركاء نقضها و لكن إذا اتفقوا على النقض كان لهم ذلك لأنها حق لهم فقولهم «ماده ١١٥٧» بعد تمام القسمه لا يسوغ الرجوع يعنى لأحدهم لا لجميعهم و كذا فى ماده «١١٥٨» فى أثناء القسمه إذا خرجت قرعه الأكثر و بقى واحد فأراد أحد أصحاب الحصص الرجوع ينظر ان كانت قسمه رضا فله الرجوع و ان كانت قسمه قضا فلا رجوع.

فإنهم إذا اتفقوا على الرجوع بعد القسمه أو فى أثناءها كان لهم ذلك كما صرحت به ماده «١١٥٩».

اما إذا تبين الغبن الفاحش كما فى ماده (١١٦٠) فكما لهم فسخها

لهم إبقاؤها و تدارك ضرر المغبون و لا يتعين الفسخ كما يظهر من عباره المجله و كذا فى قضيه ظهور الدين كما فى ماده «١١٦١».

الفصل الثامن (فى بيان أحكام القسمة)

ماده (١١٦٢) كل واحد من أصحاب الحصص يملك حصته مستقلا بعد القسمة لا علاقة لواحد فى حصه الآخر بعد و كل واحد يتصرف فى حصته كيف شاء على الوجه الآتى.

يعنى حيث لا يكون لأحدهما حق فى حصه الآخر من حق مرور أو أعلى و أسفل أو غير ذلك و هذا أمر طبيعى للقسمة و ذكره مزيد توضيح نعم ما ذكره فى ماده (١١٦٣) من دخول الأشجار فى قسمة الأراضى مع عدم ذكرها محل نظر أو منع الا ان تكون هناك قرينه حال أو مقال على اراده دخولها فى الحصه و لا فرق فى هذا بين الأشجار و بين الزرع و الفاكهه و كون هذه معرضا للزوال و الانتقال بخلاف الأشجار و الآصال لا يجدى إلا إذا كان هذا المعنى ملحوظا للمتقاسمين و مع الإطلاق و عدم الذكر و عدم القرينه المعينه الرافعه للخصومه تكون القسمة فاسده فهذه ماده و التى بعدها غير سديده و ذكر التعبير العام حين القسمة لا يجدى إلا إذا رفع الإبهام و منه يعلم حال

حق الطريق و المسيل و سائر الجهات و المتعلقات و بقيه مواد هذا الفصل صحيحه سالمه من الاشكال.

الفصل التاسع «في بيان المهايأه»

ماده «١١٧٤» المهايأه عباره عن قسمه المنافع.

حقيقه المهايأه اتفاق الشريكين أو الشركاء على توزيع المنفعه بينهم على حسب حصصهم فى العين و هى معامله جائزه لكل واحد فسخها متى شاء و ليست هى قسمه حقيقه فإنها لا تصح إلا فى العين لا فى الدين و لا فى المنافع و حيث انها اتفاق و تراض فتصح فى المثليات كبعض الثياب و الافرشه مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه و فى القيميات كالدور و الدواب و نحوها فلا وجه لما فى ماده (١١٧٥) المهايأه لا تجرى فى المثليات بل فى القيميات ليكون الانتفاع بها ممكنا حال بقاء عينها.

ماده (١١٧٦) المهايأه نوعان الى آخره.

يظهر منها ان المهايأه فى المكان فى قبال المهايأه فى الزمان مع ان المهايأه فى المكان يلزم ضبطها بالزمان رفعا للجهاله و لكن بناء على ما ذكرنا من انها معامله جائزه لكل منهم فسخها متى شاء فالجهاله زمانا لا تضر فلو قال أحدهما للآخر اسكن هذه الدار مده و انا اسكن فى تلك مده جاز و ان

لم يعينا المده نعم تعيين الموضوع من دار أو دابه أو غيرها لا- بد منه طبعاً و منه يظهر ما فى هذه المواد من خلل اعنى ماده (١١٧٨)- و ماده (١١٧٩) فان المهايأه بقسميها لا- يلزم فيها تعيين الزمان نعم لا- بد من تعيين المكان اما البدء فلو تشاحا فيه استخراج بالقرعه و كذا لو تشاحا فى المكان كما لو أراد كل منهما الدار المخصوصه أو الغرفه المعينه و لكن الأصح ان المهايأه لا تأتى مع التشاح أصلاً بل قوامها و ملاكها الاتفاق و التراضى فإذا تشاحا فى جهه من جهاتها و شأن من شؤونها امتنعت و ليس للحاكم ان يجبر عليها و لا- معنى أصلاً للجبر على المهايأه و لا دليل عليه و انما يصح الجبر على قسمه العين فقط عند التشاح و فى ظروف مخصوصه و بهذا ظهر المنع و الخدشه فى ماده «١١٨١» و لا- فرق فى ذلك بين متفقه المنفعه و مختلفتها فتدبره.

و من هنا يظهر الوهن فى ماده (١١٨٢) أيضاً فان الحق ان أحدهما إذا امتنع عن المهايأه و طلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع لأنها قائمه بالرضا و الاتفاق نعم يجبر على القسمه إذا كان المحل قابلاً اما فى المحل الغير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم اما على المبيعه أو البيع على ثالث و لا- حق له فى جبرهما على المهايأه فلا وجه لما فى ماده (١١٨٣) إذا طلب المهايأه أحد الشريكين فيما لا يقبل القسمه و امتنع الآخر يجبر على المهايأه، و لو كانت المهايأه لازمه و يصح الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما فى ماده (١١٨٤) كل ما ينتفع العامه بأجرته من العقارات المشتركه كالسفينه و الطاحون- الى قولها: لكن إذا زادت غلتها

أى أجرتها فى نوبه أحدهم تقسم تلك الزيادة بين أصحاب الحصص،، فإن زياده المنفعه حيثئذ تكون من نصيبه قضاء للزوم المهايأه فرجوعها إلى أصحاب الحصص دليل على ان الشركه حتى فى المنافع باقيه على حالها و ليس إلا الإباحه اما- ماده «١١٨٥» من جواز ان يوجرها لغيره فالأصح انه انما يصح إيجارها إذا رضى الشركاء بذلك و الا فهو ممنوع و لا يجوز له ذلك.

ماده «١١٨٦» بعد ان حصلت المهايأه على استيفاء المنافع بدء الى آخرها،،

حاصل هذه ماده المستطيله ان المهايأه إذا حصلت على استيفاء المنافع و كانت غله أحد الشركاء فى نوبته أكثر فليس للباقيين مشاركته بالزيادة اما إذا كانت على الاستغلال من أول الأمر و كانت غله احدى الدارين مثلا أكثر لم يشاركه الآخر فى الزيادة.

و الظاهر ان هذا الحكم تحكم صرف و لا يكاد يظهر وجه صحيح للفرق بين الصورتين و الحق المشاركه فيهما مع الإطلاق اما مع الشرط فهو المتبع ان قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائيه أى التى لا تقع ضمن العقود اللازمه نعم للشركاء ان يسقطوا حقهم من الزيادة و هذا أمر آخر لا دخل له بالمهايأه فتدبره جيدا.

ماده (١١٨٧) لا تجوز المهايأه على الأعيان فلا تصح المهايأه على ثمره الأشجار المشتركه و لا على لبن الحيوانات و صوفها إلخ،،

بعد ما عرفت ان حقيقه المهايأه الاتفاق و الرضا من الشركاء

على توزيع المنافع و إباحه كل منهم للآخر منفعه حصته على التبادل- يتضح لك انه لا مانع من المهايأه فى الأمثله المذكوره اجمع و هى و ان كانت أعيانا و لكنها فى نظر العرف منافع فإن منفعه الشجره ثمرتها و منفعه الشاه صوفها و لبنها و حليبها و هكذا، و لذا جازت إجاره الشاه و الشجره باعتبار تلك المنافع و كذا تجوز العاريه فيها مع ان الإجاره و العاريه لا يتعلقان بالأعيان إلا باعتبار منافعها كما مر موضحا فى كتاب الإجاره و العاريه- إذا لا مانع من المهايأه فى الشجره المشتركه بأن يكون سنه لهذا و سنه للآخر و هكذا الزرع و البقره و الشاه غايته انها لو لم تثمر فى السنه الثانيه يرجع على الشريك فيما استفاه لما عرفت من انها جائزه و إباحه مقيده بإباحه ما يقابلها من المنفعه فهى تشبه المعروضه بل هى فى الحقيقه معاوضه ارتكازيه فإذا لم يسلم العوض لأحدهما عادت الشركه إلى حالها و لم يكن هناك تملك حتى يقال انه قد ملكه حصته من المنفعه فلا وجه للرجوع عليه بل هى إباحه بإباحه و لكنها مقيده مشروطه ضمنا فتدبره جيدا فإنه ثمين.

ماده (١١٨٨) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين

لكن إذا آجر أحدهما فى نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأه ما لم تنقص مده التواجر.

عرفت ان الشريك ليس له الإجاره فى المهايأه المطلقه بل هى منصرفه إلى الانتفاع مباشره نعم لو أجاز له صريحا ان يؤجر صح و الفرض ان المهايأه معامله جائزه فهل له بعد الإجاره ان يرجع جريا

على حكم المهايأه أم ليس له ذلك لان الإجاره عقد لازم و قد وقعت باذنه و جهان و أوجه منهما الجمع بين الأمرين فيقال ان له فسخ المهايأه و تبقى الإجاره للأجنبي على حالها لأنها وقعت برضا الشريكين و تكون الأجره فى المده الباقيه لهما معا.

ماده (١١٨٩) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاريه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى.

عرفت ان المهايأه لا مجال لدخول الحاكم و حكمه فيها و لكل واحد منهم فسخها متى شاء فضلا عن اتقاقهم، و منه يعلم الخلل فى ماده (١١٩٠) و ماده (١١٩١) فإن لكل واحد من الشركاء فسخ المهايأه سواء أراد بيع حصته أو أراد ان يعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب و الحاكم معزول هنا بتاتا، كما انها يموت أحد الشركاء تبطل قطعا و (القصارى) ان أصحاب [المجله] يرون أن المهايأه كالقسمه لازمه أو كعقد لازم كما يشعر به تعريفهم لها بأنها قسمه المنافع و لكنها دعوى لا تستند على دليل و ليست هى من القسمه فى شىء و ان أشبهتها فى بعض الشىء فخذها حقيقه ناصعه و لا تتوهم كما توهموا و لله المنه و منه التوفيق.

الباب الثالث في (بيان المسائل المتعلقة بالحيطان و الجيران

اشاره

و يشتمل على) (أربعة فصول)

الفصل الأول في (بيان بعض قواعد في أحكام الاملاك)

ماده (١١٩٢) كل واحد يتصرف في ملكه كيف شاء

لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال- الى قولها فليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرًا إلا بإذن الآخر و لا ان يهدمه بنفسه.

كل ما في هذه الماده صحيح و إذا انهدم الفوقاني يشتركان في عمارته لان منفعتة تعود لهما و إذا عمراه يكون ملكا لهما.

ماده (١١٩٣) واضحه و قد تقدم حاصلها في مباحث الشركه ماده (١١٩٤) كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه و ما تحته

أيضا- الى آخرها، يعنى ان من يملك عقارا بوجه مطلق يكون له من تخوم الأرض إلى عنان السماء و له ان يتصرف فى أعلاه و أسفله كيف شاء من حفر بئر فى باطن الأرض أو بناء مناره إلى السماء نعم لا يجوز ان يمتد تصرفه الى فضاء جاره كما فى ماده «١١٩٥» من أحدث فى داره بيتا فليس له ان يبرز رفرفه على هواء دار جاره.

ماده «١١٩٦» من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره فللجار ان يكلفه بتفريغ هوائه بالربط أو القطع

لكن إذا ادعى الجار ان ظل الشجره مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجره،، ان كان المراد ان الجار الذى امتدت أغصان الشجره إلى بستانه يدعى ان ظلها مضر بمزروعاته و اثبت ذلك فالقطع هنا اولى من الصوره الأولى التى أوجبت المجله الربط أو القطع فيها كما هو واضح و ان كان المراد ان صاحب الشجره الممتده إلى الجار يدعى ان قطعها يضر بمزروعاته فالحكم بأنها لا تقطع لا وجه له لان دفع ضرره لا يسوغ له التصرف فى ملك الغير بغير حق فهذا الحكم جزافى على كلا التقديرين.

الفصل الثانى فى (بيان حق المعاملات الجواريه)

ماده «١١٩٨» كل أحد له حق التعللى على حائط ملكه و بناء ما يريد و ليس لجاره منعه، «الضابطه العامه» فى تصرف الإنسان بملكه- ان كل أحد له ان يتصرف كيف شاء يملكه بشرطين ان لا يكون ملكه متعلق حق للغير، و ان لا يكون موجبا لضرر الغير و عدا ذلك فجميع تصرفاته مباحه له، و تقييد الضرر بالفاحش لا وجه له بل قاعده نفى الضرر الحاكمه على قاعده السلطنه تقتضى منع كل ضرر و إضرار بالغير غايته ان بعض افراد الضرر لقلته و حقارته لا يعتد به عند العرف و يعد كلا ضرر و تشخيص مصاديق الضرر و تمييز المعتد به من غيره و الفاحش من غيره موكول الى العرف و أهل الخبره و لكل حادثه حكمها، و لكل بلد تقاليدها، و لكل زمان أطواره، و ليس لذلك قاعده كليه مطرده بل يختلف الضرر باختلاف المكان و الزمان و الأشخاص و البلدان و ما ذكرته «المجله» فى ماده «١٢٠٠» من أمثله الضرر الذى يجب رفعه مبنى على

الغالب و الا- فقد لا يعد في بعض القرى أو البلدان مثل تلك الأمور ضررا كما ان ما ذكر في ماده «١٢٠١» من ان منع دخول الشمس و سد الهواء ليس ضررا و ليس فاحشا غير مطرد بل الغالب انه ضرر فاحش بل أفحش لان سد الهواء و منع الشمس يوجب الأمراض المهلكه و الحياه التعيسه كسد الضياء، و ما ذكره في ماده «١٢٠٢» رؤيه المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار و المطبخ و البئر يعد ضررا فاحشا الى آخره- لا يعد ضررا فضلا عن كونه فاحشا عند كثير من الأمم التى لا تعرف الحجاب و لا- تلتزم ببعض التقاليد و الآداب و لا- تتحاشى من تطلع جارها على دارها و هكذا،، و الغرض ان المجله نظرت الى حال الشرقيين بل الى حال البعض منهم و تقاليدهم و عاداتهم و الا فالقضية غير كليه و إناطتها بنظر الحاكم و أهل الخبرة فى كل بلد أو قرية حسب أوضاعهم و خلائقهم و أخلاقهم أصح و أوضح أما- ماده «١٢٠٧» و ما بعدها الى «١٢١٠» فجميعها يبتنى على قاعده «القديم على قدمه» فإذا أحدث رجل دار أو لجاره شبائيك قديمه فليس له سدها لان القديم على قدمه و هكذا فى أمثاله مما يطول تعدادها، و اما- ماده «١٢١٠» و ماده «١٢١١» فهما مبنيان على قضيه الشركه و حيث ان الحائط مشترك فليس لأحدهما أن يتصرف فيه بدون اذن الآخر فرفع الجذوع إلى الأعلى لا يجوز فإن الأعلى ليس له نعم له ان يخفضها إلى الأسفل لان الأسفل له.

«الفصل الثالث» في (الطريق)

اقحام هذا الفصل و الذى بعده فى هذا الباب اعنى باب قواعد أحكام الأملاك لا وجه له فان الطريق ليس من الاملاك لا العامه و لا- الخاصه بل الطرق من المباحات العامه و منفعتها الخاصه و هى المرور حق لكل البشر و لكنه حق الانتفاع لا المنفعه كما سبق بيانه فوجب رفع الأشياء المضره بالمارين هى من احكام الطرق لا- من أحكام الاملاك نعم احكام الطريق الخاص قد تدخل فى هذا الباب باعتبار كونها ملكا أو تشبه الملك، و قد حكمت المجله فى ماده «١٢٢٣» انه لا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه و لو اتفقوا و لا يسوغ ان يقسموه بينهم و لا يسدوا فمه، و لكن الظاهر من بعض فقهاءنا انه حق لهم فلو تبايعوه بينهم أو اقتسموه كان لهم ذلك و هو أقرب الى الاعتبار و لا- ينافيه ان فيه حق المرور لكل واحد فان هذا الحق لهم ما دام الطريق مفتوحا اما إذا زال فلا حق لهم و تسمى هذه الطرق عندنا بالطرق «المرفوعه» و لعلها لارتفاعها عن الطريق العام أو لغير ذلك

الفصل الرابع فى (بيان حق المرور و المجرى و المسيل)

مواد هذا الفصل كلها تبتنى على ثلاث قواعد (١) قاعده (الضرر يزال) (٢) (القديم على قدمه إذا كان مشروعا) (٣) (المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء) فلو اذن صاحب العرصه بالمرور فيها لشخص له الرجوع عن اذنه متى شاء مهما طالت المده فإن قاعده القديم على قدمه انما تعتبر فى الأمور المشروعه المجهوله السبب عند جيلنا اما لو علمناه فالحكم للسبب لا للقدم مثلا لو وجدنا دارا يجرى عليها ميزاب من دار الغير و هو قديم فنحكم بلزوم بقائه من جهه قدمه اما لو علمنا أو ظهرت ورقه أو بينه بان صاحب الدار أباح للجار وضع الميزاب على داره و قد رجع عن إباحته فلا ريب ان قاعده القديم تسقط و العمل على قاعده الإباحه و الرجوع فيحكم الحاكم برفع الميزاب و هذا نظير قضيه (اليد) التى هى من أقوى الأمارات على الملكيه و لكنها انما يعتمد عليها حيث تكون مجهوله السبب اما لو علم سببها فالعمل على السبب مثلا لو وجدنا دارا بيد شخص تلقاها من أبيه و جدّه و ادعاها آخر نحكم بأنها لصاحب

اليد حتى تقوم الحجة على انها ليست له اما لو ظهر من اماره أو بينه انه قد استأجرها جده من أجداد المدعى أو أباها له فان اليد تبطل و يطالب بالبينة على انها قد انتقلت بناقل شرعي و الحاصل ان الأمارات و القواعد جدها أو كلها انما تكون معتبره حيث تكون مجهوله السبب و هذه فائده ثمينه فاحتفظ بها، و لله الفضل و المنه و منه نستمد التوفيق

الباب الرابع فى (بيان شركه الإباحه)

إشاره

و يشتمل على سبعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان الأشياء المباحه و غير المباحه)

ماده (١٢٣٤) الماء و الكلاء و النار مباحه و الناس فى هذه الأشياء الثلاثه شركاء.

قد عرفت فيما سبق ان الشركه هنا لغويه لا بمعناها المصطلح بل الاشتراك هنا بمعنى عموم الحكم لعامه البشر فباحه الانتفاع و التملك لشيء من هذه المواد الحيويه عام لجميع الأنام كعموم سائر الاحكام و الأصل فى هذا- الحديث النبوى المشهور:- الناس شرع سواء فى ثلاثه أشياء الماء و الكلاء و النار.

و المباحات العامه أكثر من ذلك كالصيد و الأحطاب و ثمار الأشجار فى الغابات و غير ذلك كما سيأتى.

ولا- ريب ان المراد اشتراكهم فيه قبل حيازه أحد لشيء منه فالماء الذى نقله إنسان من الفرات و شبهه مملوك له انما المباح العام هو ماء الفرات فى مجاريه و مجارى السيول و القنوات العاديه فليس لأحد منع غيره من الاستقاء منها و الحيازه اما الذى يحوزه إنسان فى نهر صغير فى أرضه أو داره أو بستانه فقد ملكه و لا يجوز الأخذ منه بغير اذنه و مثله الكلام فى الكلاء و هو النبات فى الأراضى الواسعه و الغابات بل و أشجارها و ثمارها أو أشجار الجبال و الأوديه قبل حيازه أحد لشيء منها و كذلك النار فلو أوقد إنسان نارا فى فلاة من الأرض فليس له ان يمنع غيره من الاستضاءه بها أو التدفئه بالقرب منها أو الاقتباس من جذوتها نعم ليس له ان يحمل جمره منها أو فحمه خشب منها لأنها مملوكه لموقدها فلا يجوز أخذها إلا بإذنه كما انه لو أوقد نارا فى داره ليس لأحد ان يدخل الدار للتدفئه أو الاستضاءه بدون اذنه بخلاف ما لو كانت فى صحراء مباحه كما فى ماده «١٢٤١» الآتيه، و من ماده «١٢٣٥» إلى ماده «١٢٤١» كما ان الكلاء النبات فى الأراضى التى لا صاحب لها مباح كذلك الكلاء النبات فى ملك شخص بلا تعاطى سببه أيضا مباح الى آخرها.

هذا التقسيم سقيم و تحكم بلا دليل حتى من قياس و نحوه فاز النبات فى ملك إنسان و لو من غير سببه يدخل فى ملكه قهرا كما نبتت عين ماء فى أرضه أو فى داره أو ظهر معدن فيها و نحو ذلك مما لا إشكال فى صيرورته ملكا له سواء تعاطى إيجاد السبب أم لا فلواذ

لشخص بالدخول الى داره أو عقاره فدخل لم يجر له ان يتصرف بشىء من ذلك النبات أو الماء الا بإذن خاص من المالك كالأشجار النابتة من نفسها فى ملك إنسان حسب ما نصت عليه ماده «١٢٤٤» الأشجار النابتة بلا غرس فى ملك أحد هى ملكه ليس لأحد ان يحتطب منها الا بإذنه فإن يفعل يكن ضامنا.

و هذا صحيح لأمريه فيه انما العجب هو التفرقه بين النبات فهو مباح و بين الشجر فغير مباح مع اتحاد الملاك فى المسألتين فليتدبر

ماده «١٢٤٧» الصيد مباح.

يعنى انه من المباحات العامه إذا لم يكن قد صاده أحد قبل ذلك اما لو صاده و كان من عادته العود فلا إشكال فى حرمه صيده اما لو لم يكن من عادته العود فمحل اشكال و يجوز حمل الصيد على المصدر كما يجوز حمله على اسم العين و سيأتى بيان احكام كل واحد منهما فى الفصل السابع

الفصل الثانى

ماده «١٢٤٨» أسباب التملك ثلاثه (الأول) النقل من مالك الى مالك آخر كالباع ..

قدمنا لك فى بعض الأبحاث السابقه ان أسباب الملك نوعان قهريه و اختياريه و تحت كل نوع من هذين أصناف و أظهر أسباب

التملك القهرى- الإرث- و الجنایات و الاروش و النذور و ما الى ذلك، و أظهر أسباب التملك الاختيارى الاكتساب و البيع و الشراء و الصيد و الحيازه و احياء الموات و ما الى ذلك و لا حاجه فى أمثال الصيد و الحيازه إلى وضع اليد لا حقيقه و لا حكما بل المدار على صدق الاستيلاء عرفا و منه التحجير الذى يثبت به حق اختصاص فى المباح إلى أمد معين اما لو نصب شبكه فوقع الصيد فيها فقد ملكه بالاستيلاء حقيقه و لا يجوز لغيره ان يتصرف به بدون إذن الحائز الأول و لو أتلفه كان ضامنا كما فى ماده «١٢٤٩» كل من أحرز شيئا مباحا كان مالكا له مستقلا الى آخرها.

ماده (١٢٥٠) كون الإحراز مقرونا بالقصد لازم.

هذا البحث مبتور هنا، و حقه، ان يقال ان التملك الاحياء مشروط بشروط «١» انتفاء يد الغير فلو كان على الأرض يد معتبره شرعا لم يصح للغير إحياؤها «٢» عدم ملك سابق لمسلم أو معاهد فلو كانت مملوكة لأحدهما و لم يتحقق الاعراض أو السبب المزيل لم يجز إحياؤها بناء على عدم بطلان الملكيه بالموتان «٣» ان لا يكون حريما لعامر «٤» ان لا يكون مشعرا للعباده كمنى و المشعر و عرفه و نحوها «٥» ان لا يكون متعلقا به حق الغير فلا يكون مما أقطعه الإمام أو السلطان لأحد المسلمين أو غيرهم فإنه يكون اولى به و لا- محجرا اى قد شرع أحد فى إحياؤه بوضع علامه من مرز أو حفر نهر أو نحو ذلك «٦» ان يكون الإحياء أو الحيازه بقصد التملك فلو فعل أحد الأسباب

بدون قصده أو بقصد غيره لم يملك و الظاهر الاتفاق على هذه الشروط و لا ينافى شرطيه قصد التملك ما ذكرناه من ان الحشيش النابت فى أرض شخص أو داره ملك له و ان لم يعمل سببه فإن ملكيه هذه الأشياء بالتبعيه لا بالحيازه و الاحياء و هو ظاهر و هناك شرطان آخران لم يتحقق الاتفاق عليهما و ان ذهب الى اعتبارهما جماعه و هما اشتراط اذن الامام عند حضوره أو نائبه عند غيبته «و الثانى» تحقق الاحياء و تماميته فلا ملكيه إلا بعد صدق كونه قد أحيها عرفا، و لا بأس بهذين الشرطين و ان كان الدليل عليهما غير ظاهر، و سيأتى ذكر بعض هذه الشروط فى الفصل الخامس - اما ماده «١٢٥١» يشترط فى إحراز الماء انقطاع جريه فالبئر التى ينز ما فيها من الماء لا يكون ماء محرزا فلو أخذ شخص من الماء المجتمع فى هكذا بئر تنز بدون إباحه صاحبه و استهلكه لا يلزمه الضمان إلخ - لم اعرف وجهه فإن البئر إذا كانت مملوكة لشخص فمأؤها ملك له لا يجوز لغيره ان يأخذ منه بدون اذنه انقطع جرى الماء أو لم ينقطع و هكذا الحوض اما إذا لم تكن مملوكة لشخص فهى من المباحات يجوز لكل أحد الأخذ من مائها انقطع جريها أيضا أم لا، و دعوى ان الماء الذى لا ينقطع جريه يستمد قوته من المياه الجاريه تحت الأرض و هى غير مملوكة، فسادهما غنى عن البيان.

الفصل الثالث فى (بيان أحكام الأشياء العموميه المباحه)

جميع مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فيها و قد تقدم بعضها و هى من لوازم الإباحه العامه.

الفصل الرابع فى (بيان حق الشرب و الشفعه)

و جميع مواد أيضا واضحه جليله المدرک، نعم فى ماده «١٢٦٨» يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورد سواء كان حوضا أو نهرا ان يمنع طالبه من الدخول فى ملكه لكن إذا لم يوجد فى قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب أو إعطائه الرخصه بالدخول لأجل أخذ الماء و ان لم يخرج له الماء فله حق الدخول و أخذ الماء.

فإنه- لا يخلو من اشكال فإن إجبار المالك على إخراج الماء

أو الدخول قهرا عليه الى داره كل ذلك مناف للقواعد العامه كقاعده السلطنه و نحوها و لكن يمكن لولى الأمر أو نائبه العام أو الخاص ان يجبر المالك كذلك نظرا للصالح العام و حفظ النظام و استبقاء حياه النفوس و ان كان مخالفا للقواعد العامه الا انه لو اقتحمنا هذه العقبه الكؤد و قلنا بجوازه و تخريج دخوله فلا بد من دفع القيمه و يكون كقضيه الأكل فى المخصصه فليتدبر.

الفصل الخامس فى (إحياء الموات)

ماده (١٢٧٠) الأراضى الموات هى التى ليست ملكا لأحد و لا هى مرعى و لا محتطب إلخ.

ذكرنا قريبا شروط التملك بالاحياء و منه يتضح لك حدود الأراض المواتان التى يجوز إحيائها حتى تصير ملكا لمحبيها و أقرب تعريف للأرض الميتة انها هى التى لا تصلح للزرع بحالتها الحاضره بل تحتاج الى علاج غير الحرث و السقى إما لكونها مغموره بالماء كالاوار و الأجم أو لبعد الماء عنها فتحتاج الى شق نهر أو آله موصله و أمثال ذلك و مع هذا فإن رجاء ذلك الى العرف أقرب الى الصواب، اما اشتراط بعدها

عن أقصى العمران كما فى هذه المادة فغير لازم نعم ان كان ذلك الموات من مرافق البلد و محل حاجتها و لو فى بعض السنه فضلا عما لو كان مرعى أو محتطبا و محتصدا فلا إشكال فى عدم جواز إحيائه لأنه حريم للعامر و كذا لو كان حريما لبئر البلد و أمثال ذلك كما سبق ذكره و نصت عليه ماده «١٢٧١» الأراضى القريبه إلى العمران إلخ،، اما لو خلت من كل ذلك جاز إحيائها و ان كانت متصله بالبلد أو العمران فتدبره.

ماده «١٢٧٢» إذا أحيا شخص أرضا مواتا بالاذن السلطاني صار مالكا لها إلخ،،

يظهر من هذه المادة ان أصحاب المجله يعتبرون اذن السلطان شرطا فى التملك بالاحياء و قد تقدم ان بعض فقهاءنا يعتبر هذا الشرط أيضا و لكنه خلاف إطلاق الحديث المشهور (من أحيا أرضا فهى له) نعم بناء على ان الموات من الأنفال التى هى لله و لرسوله كما يدل عليه الحديث المشهور (موتان الأرض لله و لرسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له) يكون اذن الامام أو نائبه شرطا و لا- ينافيه الإطلاق انها للمحيى فإن المراد منه ان المحيى بشروطه يكون مالكا إذ لا ريب ان ليس كل من أحيا يملك و على كل فاستيدان الإمام أو نائبه الخاص أو العام ان لم يكن أقوى فلا ريب انه الأحوط.

ماده (إذا أحيا شخص أرضا مواتا و بعده جاء آخرون أيضا و أحياوا الأراضى التى فى أطرافها الأربعة) إلخ.

بل ليس للآخرين ان يحيوا طريق المحيى الأول لأنه من مرافقه و لوازمه فيملكه بالتبع و لا يجوز لغيره التعرض له.

ماده «١٢٧٧» وضع الأحجار أو الشوك - ليس بإحياء و لكنه تحجير.

الفرق بين الاحياء و التحجير واضح مفهومًا و حكماً فان التحجير هو الشروع فى مقدمات الإحياء أو وضع علامات حيازه الأرض و ان لم يكن لها دخل بالاحياء اما الاحياء فهو صلاحية الأرض فعلاً للزرع اى لإلقاء البذر فيها و سقيه و حكم الاحياء حصول الملكيه به اما التحجير فتحصل به الأولويه و لكنه حق يورث يصح المصالحه عليه و أخذ المال بالمعاوضه عليه نعم يمهل حاكم الشرع أو السلطان حسب ما يراه و لا يتقيد بسنه أو ثلاث بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف و الأحوال فان لم يكمل إحياءها فى تلك المده يسقط حقه و ينتزعها منه و يدفعها لغيره و بهذا يتضح ما فى المواد الباقية فى هذا الفصل من ماده «١٢٧٨» إلى ماده «١٢٨٠».

الفصل السادس (فى بيان حريم الآبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالاذن السلطانى فى الأراضى الموات)

ماده «١٢٨١» حريم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون

المراد ان من حفر بئرا فى أرض موات فإنه يملك من كل جهه من جهاتها الأربع أربعين ذراعا تسمى حريما للبئر كما ان حريم العين المستخرجه خمسمائه ذراعا، أما الذى ذكره فقهاؤنا فى هذا المقام فهو ان حريم الطريق شارعا أو غيره إلى الأملاك أو غيرها خمسه و قال الأ-كثر سبعة فلا يجوز الأقل و يجوز الأكثر بل قد يجب عند الحاجه، و حريم العين الف ذراع فى الأرض الرخوه و خمسمائه فى الصلبيه بمعنى انه لا-يجوز لغيره ان يستخرج عينا فى هذه المساحه فإن أحيها كانت له و إلا جاز لغيره إحيائها و لازمه جواز استخراج بئر أخرى للآخر، و حريم بئر الناضح اى البعير الذى يسقى الزرع ستون ذراعا و بئر المعطن أى البئر التى اتسق الإبل منها و تشرب من مائها أربعون ذراعا و حريم الحائط و الدار مطرح الآنه من تراب و رماد و كناسه و نحوها و كل هذه المقادير بين ما ورد روايه به و بين ما اقتضاه الاعتبار و العرف و لذا أهمل بعض الفقهاء اعتبارها و ارجع التقدير الى حد الضرر فلكل واحد من تلك العناوين من الأرض حولها ما تقتضيه حاجته عرفا و ما يستلزم تطرق الضرر عليه فى الأقل منه و ليس هنا تعبد شرعى بمقدار معين بل الأحاديث الوارده فى هذه المواضع ناظره إلى العرف فى تلك الأعصار فالأصح إناطه ذلك الى نظر أولياء الأمور الصالحين المصلحين حسب ما تقتضيه المصالح العامه و الخاصه و هى تختلف باختلاف الأزمان و البلدان و الظروف و الأحوال مع التجريد عن الأغراض و الإخلاص لله تعالى و للأمم فى النيه و العمل و الله ولى التوفيق و هو العالم بالسرائر.

ماده (١٢٨٨) إذا حفر شخص بئرا في خارج حریم بئر فذهب ماء البئر الاولى الى الثانيه فلا شىء عليه.

هذا إذا لم يعد بنظر العرف تسبباً لمنع الماء عن الأولى و إلا فهو مشكل و كذا في قضيه الدكان.

الفصل السابع فى (بيان المسائل العائده إلى أحكام الصيد)

ماده «١٢٩٢» الصيد جائز،،،

المشهور عند فقهاءنا ان صيد اللهو حرام و سفره سفر معصيه يوجب الإتمام و انما يحل الصيد إذا كان للكسب و التجاره أو للقوت و هو من المباحات العامه التى تملك بالحيازه و لا يكون الا للحيوان الممتنع و هو لا يخلو اما ان يكون فى الهواء أو فى الماء أو على الأرض و لكل واحد من هذه المواضع آلات تخصصها و آلات تشترك فيها و قد ذكرت (المجله) فى هذه الماده بعضاً من المختصه و المشتركه فالآلات الجارحه كالرمح و السهم و البندقه تشترك فى صيد ما فى الهواء و ما فى الأرض و يختص الكلب و الجوارح بصيد ما على الأرض و تشترك الشبكه بصيد ما فى

الأرض و ما فى الماء، ثم ان المجله لم تستوف شروط حليه الصيد و هى أهم ما فى المقام فنقول ان الآله إذا أصابت الصيد فإن بقى حيا و أدرك حياته و كان مأكول اللحم لم يحل أكله إلا بتذكيته الشرعيه و ان مات و استند موته الى تلك الآله حل اكله و لكن بشروط «١» ان يكون الحيوان حلال الأكل كالبقرة الوحشى و الحمر الوحشيه و الوغل و الغزال لا كالثعالب و الأرانب و نحوها من الوحوش و ان حل استعمال جلودها بالتذكيه «٢» التسميه عند إرسال الكلب أو إطلاق السهم أو البندقه فلو لم يسم عمدا حرم الصيد إذا لم يدرك ذكاته و لو نسيها حل «٣» القصد الى الصيد فلو رمى لاهيا فأصاب حيوانا لم يحل «٤» ان يكون المرسل مسلما فلو كان كافرا لم يحل «٥» ان يقتل السهم و ما بحكمه من الآلات يحده لا بثقله يعنى ان يكون محددا و لو من غير نصل فيخرق الجلد و اللحم و يقتل الصيد (٦) ان ان لا يغيب عنه و حياته مستقره فلو غاب ثم مات و لو بعد ساعه و لم يعلم ان الموت استند الى الكلب أو السهم لم يحل (٧) ان يستند الموت الى الكلب أو الآله فلو اصابه السهم و تردى من شاهق أو وقع فى نهر فمات غرقا لم يحل (٨) ان لا يكون الحيوان مملوكا فلو ظهرت عليه آثار الملكيه كجرس فى رجله أو طوق فى عنقه لم يحل صيده و لا اكله، و مما ذكرنا يظهر ما فى مواد هذا الفصل من المجله مثل ماده (١٢٩٣) الصيد هو الحيوان المستوحش من الإنسان،، فإن المدار ليس على استيحاش الحيوان بل المدار على كونه ممتنعا بذاته لقدرته على الطيران

بجناحه أو العدو برجله فالحمام الذى يأوى إلى البيوت و يسكن فيها مع أهلها مستأنس غير مستوحش و مع ذلك يجوز صيده.
 و مثل ماده (١٢٩٤) كما ان الحيوانات الأهليه لا تصاد كذلك الحيوان البرى المستأنس بالإنسان لا يصاد- بناء على ذلك الحمام
 المعلوم انه غير برى بدلاله أمثاله أو الصقر الذى برجله الجرس أو الغزال الذى فى عنقه الطوق إذا أمسكها أحد تكون من قبيل
 اللقطه فيلزمه الإعلان بها كى تعطى لصاحبها.

فإنها مختلفه منحلّه- ضروره أن الحمام و الصقر و الغزال الحامله لتلك العلام و الاوسمه انما لم يصح صيدها لأنها مملوكه للغير
 لا من جهه أنها مستأنسه بالإنسان ألا ترى أن الحمام المستأنس فى بيوت الناس يصح صيده إذا لم يكن عليه علامه ملك سابق
 فالاستيناس و التوحش لا- ربط له بقضيه الصيد أصلا إنما المهم ان لا يكون مملوكا و ان يكون ممتنعا كما فى ماده (١٢٩٥)
 شرط الصيد كونه ممتنعا عن الإنسان إلخ، و هذا اى الامتناع هو المدار فى ملكيه الصيد فمن رمى حيوانا و اصابه بحيث لا يقدر
 على الفرار و زال منه قدره الامتناع ملكه و الا لغيره ان يصيده و يملكه كما فى ماده (١٢٩٧) الصيد لمن أمسكه ..

ماده (١٣٠٠) فى ساقيه شخص و جدولته سمك لا يمك من غير صيد فلأخر ان يمسه.

كلا- فقد عرفت ان كل مال فى ملك الإنسان غير مملوك

لأحد فهو ملك له بالتبعيه سواء اعمل السبب فى وجوده أم لا فلا يحل لأحد ان يملك شيئاً هو فى بئرى أو نهري أو أرضى أو جدولى و هكذا أمثال ذا.

(١٣٠١) شخص هياً محلاً فى حافه الماء لأجل صيد السمك الى آخرها،،

لا تخلو من اشكال فإن حفر الحفيره كنصب الحظيره بقصد صيد السمك موجب لمملكه كل ما يدخل فيها لصاحب الحفيره أو الحظيره سواء كان الماء كثيراً أو قليلاً محتاجاً الى الصيد أو لا

(١٣٠٢) إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه يصير مالكا لكن لا يكون مالكا بلا إحراز.

إغلاق الباب و الإحراز لا- يكفى حتى يقبضه أو يدخله فى قفص فلو أغلق الباب ثم فر الطير قبل إمساكه كان مباحاً و للغير ان يصيده بخلاف ما لو أمسكه فقد ملكه و لو فر لم يجز لغيره صيده و لو صاده أرجعه إلى الأول.

ماده «١٣٠٣» إذا وضع شخص شيئاً ما كالشرك و الشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص

لكن إذا نشر شبكه لأجل جفافها و وقع فيها صيد فلا يكون له.

و ذلك للقصد فى الأول و عدمه فى الثانى و كذلك فى المثال الثانى

ماده (١٣٠٤) إذا اتخذ حيوان وحشى فى بستان عشا الى آخرها.

تقدم الكلام فى نظائرها فلا تغفل.

الباب الخامس فى (بيان النفقات المشتركة)

اشاره

و يشتمل على فصلين)

الفصل الأول فى (بيان عمارات الأموال المشتركه و سائر مصارفها)

جميع مواد هذا الفصل ضروريه واضحه لا كلام فيها نعم ماده (١٣١٢) إذا طلب شخص عماره الملك المشترك القابل للقسمه و كان شريكه ممتنعا و عمره بدون اذنه يكون متبرعا يعنى لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته و ان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناء على ماده (٢٥) لا يجبر على العماره لكن يجبر على القسمه.

ماده «٢٥» هى الضرر لا يزال بمثله- و لا ربط لها بالمقام فإن عماره الشريك للدار المشتركه مثلا ليس من الضرر أصلا بل هو إصلاح

و نفع فقد دفع الضرر عن نفسه و عن شريكه و لكن لا يضرر شريكه بل ينفعه و بالجمله فإذا عمر بإذن الحاكم استحق الرجوع على شريكه بلا اشكال و لو عمر بدون اذنه و دون اذن الحاكم فلا رجوع و هذه قاعده مطرده فى هذا الباب و منه يظهر الوهن فيما ذكره فى ماده (١٣١٣)- و ان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف و لكن له ان يستوفى المقدار الذى أصاب حصه شريكه من قيمه البناء-، فان المتصرف بدون اذن المالك و الشارع متبرع لا-حق له الا- فى أحوال استثنائية و ضرورات فرضيه فليتدبر، و القاعده المطروده فى باب الشركه ما سبقت الإشاره إليه غير مره من ان الشريكين ان اتفقا على إجاره أو عماره أو سكنى أو غير ذلك فهو و الا- فالمرجع الى حاكم ليحكم بالحق فيما بينهم و يحل عقده الخصومه فإن تصرف أحدهما بدون اذن الشريك و اذن الحاكم فتصرفه باطل لا يستحق عوضا عليه و لا اجرا و لا اجره و هذا مطرد فى ملك كل مشترك من دار و عقار و حيوان و غيرهما فليتدبر

الفصل الثانى فى (حق كرى النهر و المجارى و إصلاحها)

ماده «١٣٢١» كرى النهر الذى هو غير مملوك إصلاحه على بيت المال

فان لم يكن وسعه فى بيت المال يجبر الناس على كرية.

إنما يجبر الناس على كرية إذا كان نفعه يعود إليهم اما لو لم يكن لهم فيه منفعة فلا وجه لجبرهم.

ماده (١٣٢٥) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان فى حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامه المرور من تلك الأرض

لأجل الاحتياجات كشرب الماء و إصلاح النهر و ليس لصاحبها المنع.

هذا من باب تقديم الصالح العام على المصلحه الخاصه الذى يمكن ان يخصص قاعده (الناس مسلطون على أموالهم) (و لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) و المسأله معقده تحتاج الى مزيد تأمل و استقصاء و باقى مواد هذا الفصل واضحه.

الباب السادس فى (بيان تعريف شركة العقد و تقسيمها)**[الفصلان الأولان]**

ماده (١٣٢٩) شركة العقد عبارته عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال و الربح مشتركاً بينهما.

قد ذكرنا ان هذه هى المقصوده بالأصالة من الشركة التى ذكرها الفقهاء فى باب المعاملات و العقود و حيث انها موقوفه على امتزاج المالىن بحيث لا يتميزان ذكروا من باب المقدمه أنواع الشركات الموجبه لامتزاج المالىن أو صيروره المال الواحد لاثنتين أو أكثر حتى تتحقق الشركة فيه و من هنا تعرف ان قوام الشركة العقدية بالمالىن الممتزجين و عليهما يدور محور الشركة و على نسبتها يكون الربح و الخسران لكل واحد من الشريكين سواء تساويا فى العمل أو اختلفا فإنما يتساويان فى الربح حيث يتساويان به و يختلفان فيه على مقدار اختلافهما فيه و كذا الخسران، هذا مع إطلاق العقد اما مع الشرط فهو المتبع سواء كان الشرط فى ضمن عقد الشركة أو فى ضمن عقد آخر

جائز أو لازم و ان كان هنا فى بعض الصور بحث و نظر، لا مجال لتفصيله و لكن حيث ان الشركه المقصود منها الاسترباح و الاكتساب عقد و العقد لا يتحقق إلا بالإيجاب و القبول نصت ماده (١٣٣٠) ركن شركه العقد الإيجاب و القبول لفظاً أو معنى.

يعنى لا- يعتبر فيها لفظ مخصوص و صيغه خاصه بل يكفى كل ما دل على ذلك و لكن الصيغه المذكوره فى هذه ماده غير وافيه بالمعنى المقصود بل اللازم ان يمزجا المالين ان كانا خارجين اما لو كان مشتركا بان ورثا مالا أو كان لهما على ذمه مديون فلا حاجه إليه فيقول أحدهما للآخر شاركتك على العمل بهذا المال و الاسترباح به فيقول الآخر قبلت و يلزمهما العمل معا فان كان بينهما شرط ذكره فى العقد و الا فالمقدار على نسبه المالين زياده و نقيصه مناصفه أو مثالثه أو غير ذلك و تجرى على النسبه التامه إلا مع الشرط فيتبع ماده «١٣٣١» شركه العقد تنقسم الى قسمين فإذا عقد الشريكان عقد الشركه بينهما على المساواه التامه إلخ.

عرفت ان عقد الشركه إذا وقع على نحو الإطلاق اقتضى المساواه حسب المالين فان تساويا فى المقدار كان لكل منهما النصف تساويا فى العمل أم لا و ان اختلف المقدار فلكل واحد من الربح و الخسران على حسب ماله تساوى العمل أم اختلف و لا حاجه الى شرط ذلك فى العقد نعم لو اتفقا على التفاوت لم يلزم الا بالشرط فى عقد لازم اما فى عقد الشركه المتفق على جوازه فالأصح الصحه أيضا و حاله حال الشروط

فى العقود الجائزه ثم ان هذا النحو من الشركه هو (العنان) عندنا- و لعل وجه التسميه أن عنان المالىن بيد الشريكين على حد سواء و يظهر من هذه ماده ان غير الإماميه يسمونها شركه «المفاوضه» أما شركه العنان عندهم فهى التى لم يشترط فيها المساواه حينئذ فوجه التسميه غير واضح.

(و الخلاصه) انه لا تصح عند الإماميه إلا الشركه على المالىن الممتزجين حسب ما عرفت و يسمونها شركه (العنان) و كل شركه على غير المالىن فهى باطله عندهم فلا تصح شركه (المفاوضه) و يعنون بها ان يتعاقد اثنان أو أكثر على ان يكون بينهما على سواء أو التفاضل كلما يربحان من غنيمه أو تجاره أو حيازه أو ميراث أو غير ذلك من موارد الانتفاع و الفائدة كما ان عليهما كلما يغرمان من خساره فى تجاره أو جنايه أو غيرها، و كذا لا تصح شركه (الأبدان) بان يتعاقدا على الاشتراك فيما يحصل من أعمالهم اتفق العمل أو اختلف و لا شركه (الوجوه) بان يتعاقد وجهان لا مال لهما على ان يتعاقا فى الذمه إلى أجل ثم يبيعان و يؤديان الأثمان و تدريجا و يقتسمان الفاضل نعم لو اشترياه مشتركا بدمتهما أو وكل أحدهما الآخر فى الشراء صح و كان الربح لهما كما ان أحدهما لو صالح الآخر نصف منافعه إلى أجل معين بنصف منافع الآخر صح لان الصلح يحتمل من الجهاله ما لا يحتمله غيره من العقود، و من جميع ما ذكرنا هنا يتضح بعض الكلام فى ماده (١٣٣٢) الشركه سواء كانت مفاوضه أو عنانا أما شركه

عقد الشركه يتقوم و يدور على المالم و توزم المزم بنبسبتهما فلو جملا لأحدهما مقدارا معمنا صار الربم بممصا بأحدهما و هو مناف لجوهر عقد الشركه.

الفصل الثالث فى (بمان الشرائط الممصومه فى شركه الأموال)

ماده (١٣٣٨) كون رأس المال من قبيل النقود شرط

معنى يشترط فى شركه الأموال أى شركه العنان كون المال الممترج منهما الذى تعاقدنا على الاسترباح به من النقود المسكوكه من ذهب أو فضه أو غيرهما.

و لالم هذا انه لو جملا رأس المال عروضنا كحنطه و نحوها لم يصح عقد الشركه مع ان فى ماده (١٣٤٢) ما يظهر منه خلاف هذا كما سياتى.

أما عندنا معشر الإماميه فىجوز عقد الشركه على كل مال نعم يشترط ان يكون عمنا لا دىنا و ان يكون معلوما لا مجهولا و قد تضمنت ماده «١٣٤١» الأول و لم تذكر الثانى، و فى ماده «١٣٤٢»

لا- يصح عقد الشركه على الأموال التي ليست من النقود كالعروض و العقار- شبه التهافت فإنها بعد ان منعت من الشركه في العروض أولا- إجازتها أخيرا في الحنطه إذا خلط أحدهما حنطه بحنطه الآخر فقالت: يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال و يعقدا عليه الشركه- و هذا الأخير هو الأصح.

ماده (١٣٤٣) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟

فاشتركا على ان يؤجراه الى الآخر،، بطلان الشركه هنا لعدم امتزاج المالين اما لو باع أحدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر ضحت الشركه، و منه يعلم وجه عدم الصحه في المال المذكور بماده (١٣٤٤) إذا كان لواحد دابه و لآخر أمتعته و تشاركوا على تحميل الأمتعته على الدابه و بيعها، الى الآخر.

نعم يصح هذا و الذي قبله و جميع ما هو على منوالهما لو أوقعاه بعقد الصلح.

الفصل الرابع في (بعض ضوابط تتعلق بشركه العقد)

ماده (١٣٤٥) العمل يكون متقوما بالتقويم

يعنى ان

العمل بتعيين قيمته يقوم و من الجائز ان يكون عمل شخص أكثر قيمه بالنسبه إلى عمل شخص آخر.
شرط الزيادة فى الربح لمن له عمل زائد أو أنفع مما لا اشكال فيه بل لا يبعد جوازه حتى مع عدم الزيادة.

ماده (١٣٤٦) ضمان العمل نوع من العمل إلخ.

هذا ليس من عقد الشركه أصلا و لا تصح الشركه بهذا النحو نعم يصح الصلح عليه و يلزم، و كذا ماده «١٣٤٧» كما ان استحقاق الربح يكون تاره بالمال و تاره بالعمل كذلك بحكم ماده «٨٥» يكون بالضمان إلخ.
فإن هذا لا يصح شركه و يصح صلحا.

ماده (١٣٤٨) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثة السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح

فلو قال شخص لآخر اتجر أنت بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا يوجب الشركه و ليس له أخذ حصته من الربح الحاصل فإنه أكل مال بالباطل.

«١٣٤٩» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور فى عقد الشركه و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع – إلخ.

هذه الماده قاصره البيان مختلفه الأركان، و تحريرها ان الشريكين ان اشترطوا العمل منهما متساويا أو متفاضلا لزم الشرط و لو أخل أحدهما بالعمل ينقص من حصته بنسبته تساوى المالان أو تفاضلا كما انه لو شرط العمل على واحد صح و يكون أشبه بالمضاربه فإن جعل له من الربح

مقدارا لزم سواء شرط له أكثر مما يستحقه من الربح بنسبه ماله أم لا، و ان لم يعينا له شيئا فقد يقال ان مقتضى الإطلاق المجانيه و هو محل نظر فإن أصاله حرمه عمل المسلم تقتضى ان يكون له اجره المثل أو من الربح بنسبه ماله الا ان يصرح بالمجانيه، هذا إذا ذكرنا العمل اما إذا أطلقا فالعمل لازم على كل واحد نسبه ماله و لو أخل نقص بالنسبه و مما ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه ماده من ان الشريك لو لم يعمل يعد كأنه عمل و لو عمل أحدهما و لم يعمل الآخر يعذر أو بغير عذر يقسم الربح بينهما و ان كان العمل مشروطا عليهما، فإنه حكم جزافى و أكل مال بالباطل و لا سيما مع اشتراط العمل عليهما فتدبره.

ماده (١٣٥٠) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر.

هذا إذا سلم أحدهما المال للآخر أو تسالما على وضعه بيد أحدهما اما لو اتفقا على وضعه فى يد ثالث فلا ائتمان و هو واضح.

ماده (١٣٥١) رأس المال فى شركه الأموال ..

حاصلها ان رأس المال إذا كان من الشريكين متساويا أو متفاضلا فهى الشركه و ان كان من واحد و العمل من آخر و الربح بينهما فهى مضاربه و ان كان للعامل فقط فهو قرض و إذا كان لصاحب رأس المال فهو فى يد العامل بضاعه فإن ظهر منه تصريحا أو تلويحا التبرع و المجانيه فلا شىء له و الا فله اجره المثل و الربح و الخسران كله على صاحب رأس المال.

ثم ان عقد الشركه عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء كما انه ينفسخ بموت أحدهما أو جنونه كما هو شأن العقود الجائزه و لو تعدد

الشركاء فالفسخ يختص بالمجنون و تبقى على حالها فى الآخريـن كما فى ماده «١٣٥٢»- و ماده «١٣٥٤» مبنيـه على ما تقدم من ان الدين لا يقسم فالمقبوض منه لجميع الشركاء و الباقي لهم اجمع فالحاصل لهم و التالف عليهم.

الفصل الخامس فى (بيان شركه المفاوضه)

ماده (١٣٥٦) المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين فى الفصل الثانى إلى آخرها،

سبقت الإشاره منا الى ان نفس عقد الشركه بأى نوع من أنواعها لا تقتضى كفاله و لا وكاله إلا بتصريح مستقل و عقد آخر و ليس من مقومات الشركه و لا من لوازمها الطبيعیه ان يكون أحدهما كفيلا أو وكيلا للآخر.

ماده (١٣٥٧) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه التى يأخذها أحد المفاوضين لنفسه و اهله و عياله خاصه له لا حق لشريكه فيها

لكن يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمان هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

الكفاله على تقدير تحققها بين الشريكين فإنما ينصرف إطلاقها الى ما يتعلق بشؤون التكسب و الاسترباح لا بالشؤون الخاصه نعم لو صرحا بذلك جاز للبائع مطالبه كل منهما.

ماده «١٣٥٨» المفاوضات فى شركة الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلى آخرها،،،

سوء التعبير و تعقيد البيان بالغ أقصاه فى هذه المادة و لا يكاد يتحصل منها معنى جديد، و غاية ما يمكن استخراجه من هذه الأقفال و الأغلال اعتبار تساوى المالىن و ان لا يكون لأحدهما فضله تصلح لتكون رأس مال فى الشركة كالتقود أو ما فى حكمها من المنقولات كالحنطة و نحوها و لو كان له فضله لا- تصلح للشركة كالعقار و الدين لم يضر بالمفاوضه و تحقق المساواه و هو كما ترى تافه و مستدرک.

ماده (١٣٥٩) الشريكان فى شركة الاعمال إذا عقدا- إلخ.

بلوغ شركة الأعمال الى هذا الحد البعيد بحيث يمضى إقرار أحدهما على الآخر مع إنكاره بعيد جدا، و بقيه مواد هذا الفصل واضحه على مبانيهم اما عندنا فكلها ساقطه، و لا تضر الزيادة و النقصان برأس المال فى شركة العنان، التى هى الشركة الصحيحه عندنا لا غير، و هى التى تكفل ببيان أحكامها و سائر شؤونها.

الفصل السادس (في حق شركة العنان)

اشاره

و هو يشتمل على ثلاثة مباحث)

(المبحث الأول) (في بيان المسائل العائده إلى شركة الأموال)

ماده «١٣٦٥» لا يشترط في الشريكين بشركة العنان كون رأس مالهما متساويا،،

هذه ماده تشتمل على الأمرين (الأول) عدم لزوم تساوى المالين فى شركة العنان بخلاف شركة المفاوضه و هذا قد تكرر فيما سبق فلا فائده فى بيانه (الثانى) انه لا يلزم الشريك ان يدخل جميع نقوده و أمواله فى الشركة بل يجوز ان يعقدها على مقدار منها، و هذا أيضا واضح لا حاجة لبيانه إذ من ذا الذى يحتمل ان الشركة لا تنعقد إلا بإدخال الشريك جميع أمواله و نقوده فيها.

ماده (١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على تجاره خاصه كتجاره الذخيره مثلا.

الشركة كسائر العقود تدور مدار ما يلتزم به الطرفان من الشروط و القيود تعميما و تخصيصا فان قيدها لزم القيد و ان أطلقا جاز كلما شمله الإطلاق فلو اشترطا الاتجار بالطعام أو الحبوب لزم الاقتصار عليهما و الا جاز بهما و غيرهما كما ان تقسيم الربح بينهما حسب ما تقدم يدور مدار الشرط زياده و نقصان فان شرطا لأحدهما زياده لزمتم فى الشركة

الصحيحه و ان لم يشترطاً أو كانت الشركه فاسده فالمدار فى الربح و الخسران على نسبة المالىن كما دلت عليه ماده «١٣٦٧»- و ماده «١٣٦٨»- و «١٣٦٩»،- اما ماده «١٣٧٠» إذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال إلخ.

فقد عرفت انه لا حاجه الى الشرط بل هو مقتضى طبيعه الشركه و إطلاقها و انما الذى يحتاج الى الشرط هو الزياده و النقيصه عن حصه كل منهما من رأس ماله أو تساويهما فى العمل أو عدمه و أشباه هذا من الكيفيات التى لا يقضيها إطلاق الشركه فتدبره جيداً، كما نصت عليه ماده (١٣٧١) إذا تساوى الشريكان فى رأس المال و شرطاً من الربح حصه زائده لأحدهما مثلاً كثنى الربح و كان عمل الاثنين مشروطاً بالشركه صحيحه و الشرط معتبر، انظر ماده (١٣٤٥) اما إذا شرط عمل أحدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذى حصته من الربح زائده فكذلك الشركه صحيحه و الشرط معتبر و يصير ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله بماله و الزياده بعمله، لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركه شبه المضاربه و ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذى حصته من الربح قليله فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه إذا قسم الربح على الوجه الذى شرطاه فلا يكون شىء مقابله من مال أو عمل أو ضمان للزياده التى يأخذها الشريك الذى لم يعمل و استحقاق الربح انما هو لواحد من هذه الأمور الثلاثه، انظر ماده (١٣٤٧) و (١٣٤٨).

نقلنا هذه المادة بطولها لما يترأى فيها من براءة التحقيق و استيعاب القسمة و قوه التنويع و التعليل و لكن لا يلبث هذا الرونق على محل النقد حتى يستبين زيغه أو يتضح زيغه، فان العمل إذا كان مشروطا على الشريك القليل الحصه من الربح لا يكون الآخر قد أخذ زياده بلا شىء مقابل من مال أو عمل بل أخذها بالشرط لرأس ماله كالشخص الذى يكون منه كل رأس المال و العمل كله على العامل المضارب و يشترط صاحب رأس المال زياده فى الربح على النصف الذى حقه عند الإطلاق فإنه يأخذ الزيادة بالشرط فى قبال رأس ماله كما يأخذ الآخر الأقل فى مقابل عمله و ماده (١٣٤٨) لا- ربط لها بما نحن فيه أصلا فإن موردها ما إذا لم يكن مال و لا- عمل أصلا كما يتضح ذلك من مثالها و هو قوله اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فيستحق حصته فى الربح من غير مال و لا عمل و يكون أكل مال بالباطل بخلاف ما نحن فيه فان الشريك الذى اشترط لنفسه الزيادة بغير عمل قد استحقها بإزاء رأس ماله الذى دفعه لشريكه غايته انه كان يستحق بالإطلاق على نسبه ماله من الربح و لكن بالشرط يستحق الزيادة و لكن بإزاء ماله لا بلا إزاء شىء و عموم المؤمنون عند شروطهم شامل له، و ما ذكرته المجله و ان كان له وراء و طلاء و لكنه عند التحقيق غثاء و من هنا يظهر ضعفه ما فى ماده (١٣٧٢) التى هى كتكرير للماده المتقدمه و كانت هى مع طولها تغنى عن هذه الماده فيجب عند التحرير حذفها.

اما- ما فى ماده (١٣٧٣)- و (١٣٧٤) من جواز بيع مال الشركه نقدا و نسيئه قليلا أو كثيرا فهو مع الإطلاق و عدم مظنه الضرر

اما لو اشترطا البيع بالنقد أو بربح معين أو أطلقا و كان بيع النسيئه فى معرض التواء لم يصح شىء من ذلك و هكذا ماده (١٣٧٥) فان الشريك لا يصح له ان يشتري للشركه إذا اشترطا ان يكون البيع و الشراء للآخر اما مع الإطلاق فله ذلك.

ماده (١٣٧٦) إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصه.

يعنى لو اشترطا ان تكون تجارتهما بالأطعمه فقط فاشترى أحدهما ثيابا فلا إشكال فى ان الثياب لا تدخل بالشركه بل تختص بالمشتري و لكن من الحكم الجزافى قول المجله فى هذه ماده- لكن مع كون رأس مال الشركه فى يد أحدهما إذا اشترى مالا من جنس تجارتهم و لو بمال نفسه يصير للشركه.

فإن هذه مخالف لقاعده تبعيه العقود للقصود و لقواعد الشركه فإن الذى يدخل فى الشركه ما يشتري بمال الشركه لا ما يشتريه أحدهما بمال نفسه و لنفسه فيشترك معه فيه غيره قهرا عليه و خلافا لقصده و قد اشتراه بماله الخاص، أ فليس هذا من الجزاف

ماده (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعاقدين الخ

سلطه كل واحد من الشريكين على التصرفات فى مال الشركه تصورها أرباب المجله بين إفراط و تفريط فقد تقدم فى آخر ماده (١٣٥٦) و كما ان ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ثم ترقى الأمر و تفاقم الخطب حتى قالوا

بعدها فى ماده «١٣٥٧» المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمان هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

فيينا تراهم يجعلون الشريكين كمشخص واحد حتى ما اشتراه لحوائجه الضروريه يمكن ان يطالب به الشريك الآخر، و إذا بهم يفرقون بينهم أشد التفرقه و يجعلون كل واحد مابينا للآخر كما فى هذه ماده و التى بعدها (١٣٧٨) الرد بالعيب أيضا من حقوق العقد فما اشتراه أحد الشريكين فليس للآخر رده بالعيب و ما باعه أحدهما لا يرد بالعيب على الآخر.

فانظر الى هذا التهافت، هناك يجوز الرد بالعيب على الآخر و هنا لا يجوز، و من المعلوم الضرورى عدم الفرق فى هذه الآثار بين شركه المفاوضه و شركه العنان و ليس الفرق بينهما إلا فى قضيه لزوم التساوى فى رأس المال و الربح فى شركه المفاوضه عند القوم و عدم لزوم فى شركه العنان و لذا كان لكل واحد من الشريكين فى النوعين الإيداع و الإبضاع و الإيجار و المضاربه و غيرها كما فى ماده (١٣٧٩) كل واحد من الشريكين له إيداع و إبضاع مال الشركه - لكن ليس له ان يخلط مال الشركه بماله و لا ان يعقد شركه مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل و ضاع مال الشركه ضمن حصه شريكه.

و (الضابطه) فى هذا- ان كل ما فيه منفعه أو مظنه منفعه مع الا- من عاده من الضرر بإطلاق العقد يقتضى جوازه لكل من الشريكين و كل مالا منفعه فيه موقوف على الاذن فضلا عما فيه مظنه الضرر

فلو اذن أحدهما للآخر اذنا عاما بجميع التصرفات لم يجز للمأذون أن يقرض من مال الشركة أو يهب أو ينتقل به من بلد الى بلد إلا بإذن صريح كما نصت عليه ماده (١٣٨٢) و ماده (١٣٨٣) من انه لو تصرف مثل تلك التصرفات التى لا يشملها العموم فضلا عن الإطلاق بل تحتاج إلى إذن صريح و حصل الضرر يكون ضامنا للخسار و هو واضح

ماده «١٣٨٤» إقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين فى معاملاتها لا يسرى الى الآخر،،

هذه ماده أيضا محتاجه إلى التحرير و حسن التعبير و كأنها مبتنيه عندهم على ما تقدم من ان شركة العنان لا تتضمن الكفاله و تحتاج الى تصريح بالوكاله و عليه فإقرار أحدهما لا- يلزم الآخر بل يختص به و لكن لانزم هذا انه لو أقر أنه دين لزم من معاملتهما معا يلزم بالجميع لا بالنصف إلا إذا صدقه شريكه، و على كل فتحرير البحث- انه لا يجوز لأحد الشريكين فى شركة العنان التى لا يصح عندنا غيرها- التصرف فى المال المشترك إلا بإذن صاحبه فان كان الاذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرف للشانى و ان اذن كل منهما للآخر صح لكل منهما التصرف بمقدار الاذن مطلقا أو مقيدا انفرادا أو اجتماعا فلو اذن كل منهما للآخر بالتصرف مطلقا و منفردا فإقراره بالعين أو الدين يمضى على الآخر إذا أقر أنه دين على الشركة أو العين قد باعها و قبض ثمنها للشركة و الا لم يمض إقراره الا على نفسه نعم لو أطلق أحدهما الاذن للآخر و لم يقيده بنحو مخصوص لزمه ان يقتصر على ما هو المتعارف عند التجار فى بلده و زمانه كما فى المضاربه على ما سيأتى و لو

تجاوز فخر ضمن.

المبحث الثاني (في بيان مسائل عائدة إلى شركة الأعمال)

هذا المبحث و الذي بعده لا وجه لدخولهما في هذا الفصل أصلا ضروره ان الفصل معقود لشركة العنان و هي شركة الأموال- فما وجه دخول شركة الأعمال و الوجوه فيه- ماده (١٣٨٥) شركة الأعمال عباره عن عقد شركة على تقبل الأعمال فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد و التزام العمل، الى آخرها قد يعبر عن هذه الشركة عندنا بشركة الأبدان و لها صورتان «الاولى» ما ذكرته المجله من تعهد الشريكين بعمل تكون أجرته لهما متساويين أو بالتفاضل «الثانية» ان يتعاقدا على ان يعمل كل واحد على حسابه مستقلا ثم يجمعان ما يرد لهما و يقتسمانه بالتساوى أو التفاضل حسب الاتفاق و كلاهما عندنا باطلان و لكل واحد أجرته لنفسه نعم يمكن تصحيحه بالصلح كما سبق و كل هذه الفروض و الأمثلة المذكوره في المجله لا تصح عندنا بعقد الشركة و انما تصح بالصلح فقط- و كل مواد هذا الفصل صحيحه على مباني القوم و هي واضحه و عباراتها منسجه، نعم ماده (١٣٩٨) إذا عمل شخص في صنعتة

هو و ابنه الذى فى عياله فكافه الكسب لذلك الشخص و ولده يعد معينا له كما إذا أعان شخصا ولده الذى فى عياله حال غرسه شجره فتلك الشجره للشخص و لا يكون ولده مشاركا له.

قد عرفت غير مره ان عمل المسلم محترم فان ظهر من الولد انه يعمل لأبيه مجانا أو كان هناك عرف عام أو خاص يقتضى بهذا الظهور فهو و الا فهو مشكل بل يجوز للولد مطالبه أبيه بأجره عمله أو مشاركته بالشجره الا ان يكون قد قصد فى نفسه المجانيه فلا حق له بالمطالبه و كونه فى عياله لا يقتضى سقوط حرمه إعماله الا ان يشترط عليه أبوه ذلك.

المبحث الثالث (فى بيان مسائل عائدته إلى شركه الوجوه)

ماده «١٣٩٩» كون حصه الشريكين على التساوى فى المال المشتري ليس بشرط إلخ.

عرفت ان شركه الوجوه الباطله عندنا الصحيحه عند القوم هى عباره عن العقدين الاثنين على ان يشتريا بالذمه و يبيعا و يقتسما الربح بعد ان يدفعوا أصل الثمن الى الغرماء الدائنين و عليه فهى تدور مدار الاتفاق بينهما و الشرط من حيث التساوى و التفاضل فى الربح و الخسار و من حيث من يتولى البيع و الشراء و المال الذى يشتري به و يباع و غير ذلك من شئون هذه المعامله و لكنها تتقوم بضمان الشريكين ثمن ما يشتريان من الأموال و بهذه الحثيه يستحق كل واحد منهما حصه فى الربح و لكن بنسبه ضمانه و حصته فى الشراء فلو كان الشراء لهما على المناصفه فالربح

بينهما كذلك و لا يصح ان يكون الشراء على المناصفه و الربح مثلثه كما فى ماده «١٤٠٢» و كذا يتوزع الخسران عليهما بتلك النسبه فلا يسوغ ان يكون الشراء بينهما مثلثه و الخسار و الربح بينهما مناصفه كما فى ماده «١٤٠٣» هذا خلاصه مواد هذا الفصل و لكن الأحكام المذكوره كلها استحسانيه و اعتباريه لا تستند على دليل راسخ و مقتضى القواعد العامه بعد عدم الدليل الخاص فى المقام انه يصح كل ما يتفقان عليه و يتراضيان به بالشرط و ما المانع ان يجعل الربح مناصفه و الربح أثلاثا أو يدخل أحدهما فى الربح و لا يتحمل شيئا من الخسران فليتدبر.

ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه فى أحكام عقد الشركه لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها

اشاره

للاحاطه بهذا الموضوع من جميع أطرافه

«الأول» ان عقد الشركه جائز كما عرفت

فيجوز لكل منهما الرجوع فيه و المطالبه بالقسمه عروضاً كان المال أو نقداً و ليس لأحدهما المطالبه بإقامه رأس المال بل يقتسمان الأعيان الموجوده إذا لم يتفقا على؟؟؟؟

و لو شرطاً فيه عدم الفسخ إلى مده معينه كان حكمه حكم الشروط فى العقود الجائزه و لا يبعد لزومها كما لو شرط ذلك فى عقد لازم و بعد الأمد لا يتصرف أحدهما بالمال المشترك إلا بإذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم أو عدمه

(الثانى) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتها

أو جنونه أو إغمائه أو فلسه أو سفهه فلا يجوز للآخر التصرف و لكن لا تزول الإشاعه إلا بالقسمه

«الثالث» الشريك المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما ي تلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط

و يقبل قوله بالتلف بسبب خفى أو ظاهر و فى عدم الخيانه و التفريط و فى قصد انه لنفسه أو للشركه بيمينه

«الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد

على مشتر واحد أو متعدد و قبض أحدهما من ثمنه شيئاً فإن كان القابض وكيلاً عن شريكه فى القبض أو مطلقاً فهو لهما بلا اشكال و ان لم يكن وكيلاً فالثمن اما ان يكون عينا شخصيه أو كلياً ففى الأول ان قبض الثانى حصته منها أو أجاز قبض شريكه برئت ذمه الدافع و الا فحصته من العين مضمونه لو تلفت و له الرجوع ببدلها مخيراً بين الرجوع على الدافع أو القابض على قاعده توارد الأيادى، و ان كان الثمن كلياً و لم يكن القابض وكيلاً- حسب الفرض فان دفع الثمن اجمع كان قبض الشريك لحصه شريكه فضولياً فإن أجاز أو قبض فلا- اشكال و الا- فله الرجوع بها على القابض و ان كانت موجوده و على الدافع اما لو تلفت تعين رجوعه على الدافع المديون، و ان دفع حصه القابض فقط فان كان متمرداً ممتنعاً أو جاحداً للآخر تخير الشريك الآخر بين المشاركه فى المقبوض بناء على ان الدين المشترك لا يتعين بتعيين المديون و لا تصح القسمة فيه بل المقبوض لهما و التالف عليهما كما هو الأصح و بين الرجوع على الدافع، و ان لم يكن ممتنعاً بل عازم على الوفاء فهل له المشاركه فى المقبوض أو يختص بالقابض قولان المشهور على الأول و وجهه ما عرفت و خالفهم جماعه بناء على ان بتعيين الغريم يتعين حق كل منهما و الأول أقوى و تخيره غير بعيد- هذا كله عند حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك صاحب الحق المعجل إذا

قبض بلا اشكال، و هذا التفصيل و البيان الوافى المستوعب يجرى فى كل مال مشترك كالدين الموروث و إتلاف المال المشاع و غيرهما و يمكن التخلص بمصالحة كل واحد منهما عن حقه فيختص بما يقبض أو بالإبراء أو الاستيهاب معوضا أو غير ذلك.

الباب السابع فى (حق المضاربه**اشاره**

و يشتمل على ثلاثه فصول)

الفصل الأول

ماده (١٤٠٤) المضاربه نوع شركه على ان رأس المال من طرف و السعى و العمل من الطرف الآخر. يقال لصاحب المال رب المال و للعامل مضارب،، هذا التعريف قاصر معنى و عبارته و الأقرب منه الى حقيقتها انها معامله بين اثنين يكون المال من أحدهما و العمل من الآخر على ان يتجر به و له حصه فى الربح و يتضح من هذا انها عقد إذا فلا بد فيها من إيجاب و قبول و لكن بما انها عقد جائز فلا يلزم فيها صيغه مخصوصه بل يكفى فيها كل ما دل عليها من العبارات كما نصت عليه ماده (١٤٠٥) ركن المضاربه الإيجاب و القبول- الى آخرها.

و الموجب هو رب المال و القابل هو العامل فإن أطلق الموجب و قال خذ هذه الدراهم و اتجر بها بحسب رأيك و كيف شئت فهى المطلقة و ان قيده بنحو مخصوص زمانا أو مكانا أو جنسا و هكذا لزم عليه ان لا يتعدى ذلك فلو تعدى و تلف المال أو بعضه ضمن كما فى ماده

(١٤٠٦) و (١٤٠٧) المضاربه المطلقه هى التى لا- تتقيد بزمان و لا- مكان الى آخرها، ثم ان المضاربه تتقوم بأربعة أركان «١» الصيغه أى الإيجاب و القبول و قد عرفت كفايه كل ما دل عليها و لا- يلزم فيها عباره مخصوصه «٢» المال الذى تقع فيه المضاربه،، و يعتبر ان يكون رأس المال من أحد النقدين فلا يصح بالفلوس و العروض و المال الذى فى الذمم نعم لو و كله على قبض دينه و قال له ضارب به و كان من أحد النقدين أو قال له خذ هذه الحنطه أو الثياب و بعها بأحد النقدين و ضارب به على النصف أو الثلث أو نحو ذلك صح كما فى ماده (١٤٠٩) و يظهر منها صحه المضاربه بالغروش و عندنا لا يصح، و ان يكون ملكا و قدره معلوما و لا- حق فيه للغير كرهن و نحوه و ان يعين حصه العامل من الربح كسرا شائعا نصفاً أو ربعاً و ان أطلق فالمناصفه كما فى ماده «١٤١١» يشترط فى المضاربه كشركه العقد الى آخرها «٣» رب المال و يشترط فيه مضافا الى الشروط العامه ان لا يكون محجورا عليه بفلس أو سفه و ان يكون قادرا على تسليم المال و ان يسلمه «٤» المضارب اى العامل و يشترط فيه مضافا الى تلك الشروط ان يكون قادرا على العامل و لا يكون سفيها اما الفليس فلا يقدر فيه فلو اختل أحد الشروط بطلت المضاربه و لم يستحق العامل الحصه لو عمل و انما يستحق اجره المثل كما فى ماده (١٤١٢) و هذا تمام مواد الفصل الثانى.

الفصل الثاني (في بيان أحكام المضاربه)

(ماده: ١٤١٣) المضارب أمين - رأس المال في يده في حكم الوديعة

و من جهه تصرفه في رأس المال هو و كل رب المال و إذا ربح يكون شريكا فيه، عرفت فيما سبق ان الشركه و المضاربه عقود مستقله أثرها صحه التصرف فهي و ان أفادت فائده الوكاله و لكن لا دخل للوكاله فيها و لا هي متضمنه لها كما انها تختلف عن الوديعة بأن الوديعة قبض متمحض لمصلحه المالك و المضاربه كالإجاره القبض فيها لمصلحه الطرفين و بهذا يختلف حكمها عن الوديعة في بعض الجهات.

ماده (١٤١٤) المضارب في المضاربه المطلقه بمجرد العقد يكون مأذونا في العمل إلخ،،

المضاربه المطلقه الأمر فيها موكول الى المضارب و لكنها بطبيعته الحال عقلا و عرفا مقيد بان لا يعمل ما يوجب الضرر أو ما فيه مظنه الضرر و الخسران و ان لا يتجاوز المتعارف بين التجار و العرف فضلا عن اعتبار التحرز من الغبن الفاحش و غيره،، اما ما عدا ذلك من الشئون فهو مطلق العنان فيها من بيع و شراء بنقد أو نسيئه و الإيداع و الإيضاع و التوكيل و السفر و الحضر كلها جائزه له الا- ان يكون شىء منها خارجا عن متعارف التجار أو فيه مظنه الضرر مظنه عقلائيته فلو خالف و حصل الضرر كان ضامنا و كذا قضيه الرهن و الارتهان و الإيجار و الاستيجار

و غير ذلك حتى خلط مال بمال المضاربه ان لم يكن فيه مظنه ضرر و لم يكن خلاف المتعارف.

ماده (١٤١٨) المال الذى أخذه المضارب بالنسيئته زياده على رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه.

إذا استدانه المضارب صار شركه وجوه و الربح بينهما حسب الاتفاق و إذا استدانه على ذمه رب المال فهو مضاربه.

ماده (١٤٢٣) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضى ذلك الوقت تنفسخ المضاربه،،،

العقود الجائزه لا معنى لتوقيتها فلو جعل لها وقتا و أمدا معيننا جاز لكل منهما فسخها متى شاء حتى لو اشترطها فى ضمن عقدها و لو قلنا بلزوم الشروط فى ضمن العقود الجائزه فإن معنى لزومها وجوب العمل بالشرط ما دام العقد اما إذا فسخ أحدهما فلا عقد و لا شرط خلافا لما يظهر من بعض أساتيدنا، نعم لو شرط بقاء العقد الجائز و عدم فسخه إلى أمد معين فى ضمن عقد لازم كبيع أو إجاره أو غيرهما لزم الشرط و العقد فتدبره جيدا.

ماده (١٤٢٤) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب المواقعه معتبره حتى يقف على العزل - إلخ.

المضاربه فى هذه الجهه كالوكالة فكما ان الوكيل لا تبطل تصرفاته الا بعد بلوغ العزل اليه فكذلك المضارب اما جواز تبديل الأموال بالنقود بعد العزل كما فى هذه ماده فمشكل بل القاعده تقتضى العدم

ماده (١٤٢٦) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له فى المضاربه الفاسده - إلخ:

المضاربه إذا كانت صحيحه استحق العامل من الربح الحصة التي وقع العقد عليها و ان وقعت فاسده و ربح العامل فالربح جميعه لرب المال ثم ان كان العامل يعلم بالفساد و أقدم على العمل لإحراز الاذن و الرضا من رب المال استحق أقل الأمرين من اجره المثل و الحصة التي وقع عليها العقد الفاسد و كذا إذا عمل و هو جاهل بالفساد اما لو لم يحرز الاذن مع علمه بالفساد فهو متبرع و لا شىء له ربح أم لا و كذا لو عمل و لم يربح و كان مأذونا لأنه إنما أقدم على ان يكون له حصة فى الربح و الفرض انه لم يربح فلا شىء له، ماده (١٤٢٧) إذا تلف مقدار من مال المضاربه يحسب فى أول الأمر من الربح و لا يسرى الى رأس المال، و إذا تجاوز الربح و سرى الى رأس المال فلا يضمه المضارب سواء كانت المضاربه صحيحه أو فاسده،، العامل يستحق حصته من الربح بمجرد ظهوره و لكن لا يصح له أخذها إلى انتهاء المعامله لاحتمال ورود خسران بعد فيجبر من الربح فكل خسران يرد يجبر من الربح فان ورد خسران على رأس المال لعدم ربح يجبر منه فالخساره على المالك و لا شىء على العامل فى صوره الإطلاق و صحه عقد المضاربه اما مع الفساد فان كان مأذونا فلا غرامه عليه أصلا و ان لم يكن مأذونا و عالما بالفساد فهو ضامن للخساره كلها و لا يلحق رب المال شىء منها، فما فى هذه ماده من إطلاق عدم ضمان العامل فى غير محله، نظير ما لو خالف الاذن كما تقدم فى ماده (١٤٢١)

ماده (١٤٢٨) على كل حال يكون الضرر و الخسار عائدا على رب المال، و إذا شرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط.

اما كون الضرر و الخسار عائدا على رب المال على كل حال- فقد عرفت ما فيه و انه على إطلاقه غير صحيح، و اما اشتراط كونه بينهما أو على المضارب فقط فالمشهور عندنا كما فى المجله انه باطل و تبطل به المضاربه لأنه شرط مناف لمقتضى العقد، و ناقش فيه السيد الأستاذ قدس سره بأنه مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لذاته فلا مانع منه و إطلاق أدله الشروط يشمله و أنت خير بأن طبيعه عقد المضاربه حسب العرف و السيره الجاريه بين العاملين و أرباب الأموال تقتضى عدم تحميل العامل شيئا من الخساره إلا إذا فرط أو خالف الاذن و الشرط و الشارع امضى هذه المعامله على ما هى عليه عند العرف الا ما قام عليه الدليل و لعل هذا مدرك ما يدعى من الإجماع عندنا على عدم صحه هذا الشرط وفقا لما فى المجله ثم ان عقد المضاربه من العقود الجائزه بلا خلاف من الفريقين و عامه أرباب المذاهب فلو مات أحدهما أو جن مطبقا تنفسخ المضاربه كما فى ماده (١٤٢٩) إذا مات رب المال أو جن جنونا مطبقا تنفسخ المضاربه، لا يختص الانفساخ بموت رب المال بل تنفسخ أيضا بموت العامل و لا بالجنون المطبق بل بجنون أحدهما و لو أدواريا كما تنفسخ بفسخ أحدهما اختيارا أو بسفه أو فلس يوجب الحجر عليهما أو على أحدهما كما تنفسخ

بتلف رأس المال تلفاً سماوياً أما التلف الضمانى فيقوم البدل مقام الأصل و تبقى المضاربه على حالها.

ماده (١٤٣٠) إذا مات المضارب مجهلاً فالضمان فى تركته

يعنى لو مات و لم يبين حال رأس المال أو الربح و كان الحال مجهولاً فان ادعى الورثه الرد يقبل بيمينهم ان المال لبس عندهم و لا- علم لهم به أو انهم يعلمون برده الا- ان يقيم رب المال البيئه ان المال فى تركه المضارب و بالجمله الورثه يقومون مقام المضارب فكما انه أمين يقبل قوله فى الرد و عدم الخيانه و عدم التفريط فكذلك ورثته نعم لو كان المال فى تركته فليس للورثه التصرف فيه بل يكون امانه بيدهم يجب رده الى المالك بعد أخذ حصتهم منه،، و اعلم انه قد بقيت فى المضاربه أبحاث مهمه لم تذكرها المجله و قد ذكر فقهاؤنا بعضها فى مطولاتهم و مختصراتهم و لما كان ذكرها يوجب الإطاله و الحال الراهن العصب يضطرننا الى الاختصار لذلك تركناها و ان عز علينا فوت تلك المحققات الثمينه.

الباب الثامن فى (بيان المزارعه و المسافه)

اشاره

و ينقسم الى فصلين)

الفصل الأول (فى بيان المزارعه)

اشاره

اعلم ان أفضل الأعمال التى يكتسب بها المال هو الزرع و قد ورد من الشارع المقدس فى الحث عليه و الترغيب فيه ما يفوق كل أسباب الكسب و وسائل العيش ففى بعض اخبار أهل البيت سلام الله عليهم:

الزراعون هم كنوز الله فى أرضه و ما فى الأعمال شىء أحب الى الله من الزراعه و ما بعث الله نبيا الا زارعا و سئل النبى «ص»
 أى الأعمال خير قال زرع زرع صاحبه و أصلحه و ادى حقه يوم حصاده و فى بعض الاخبار الكيمياء الأكبر الزراعه، ازرعوا فلا
 و الله ما عمل الناس عملا- أحل و لا أطيّب منه، و انما جعل الزراعين كنوز الله لأنهم يستخرجون كنوز الأرض للناس، ثم ان
 المزارعه تشبه المضاربه من جهه حيث ان الأرض من شخص و العمل فيها من آخر فهى تقوم مقام المال، و تشبه الإجاره من
 جهه أخرى فإن العامل أجير على

العمل و الحصة من الزرع أجرته و صاحب الأرض مستأجر و ان كان العمل و البذر و العوامل من واحد و الأرض فقط من الآخر فالعامل هو مستأجر الأرض و صاحبها مؤجر و كذا الكلام فى المساقاه.

ماده «١٤٣١» المزارعه نوع شركه على كون الأراضى من طرف و العمل من طرف آخر يعنى ان الأراضى تزرع بينهما.

هذا التعريف كسائر تعاريفهم ضعيف فاتر، و أقرب ما يكون إلى حقيقه هذه المعامله ان يقال انها عقد بين مالك الأرض و آخر على ان يزرعها و يكون له حصه شائعه فى العائد منها، و حيث انها عقد فالضروره يكون كما فى ماده «١٤٣٢» ركن المزارعه الإيجاب و القبول- و الظاهر انه لا يلزم فيها عباره خاصه و صيغه معينه بل يكفى فى انعقاده كل عباره تدل عليها و ان كانت عقدا لازما، و يكفى الاستدعاء من الزارع و القبول من صاحب الأرض كما نصت عليه هذه ماده.

ماده «١٤٣٣» كون العاقدين عاقلين فى المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعه.

يعنى إجراء الصيغه يشترط فيه العقل و التمييز فلو كان غير عاقل مجنوناً أو غير مميز فصيغته لغو لان كلا منهما مسلوب العبارة اما لو كان مميزاً غير بالغ فعبارته صحيحه و لكن لا تنفذ عقوده إلا بإذن الولي فإذا كان مأذوناً صحت و نفذت.

«١٤٣٤» يشترط تعيين ما يزرع.

المزارعه كالمضاربه مطلقه و مقيده فإن أطلق المالك أو عمم كان للزارع ان يزرع ما شاء و لكن لا يخرج عن المتعارف فلو كان زرع القطن غير متعارف أو مظنه ضرر و المتعارف كما فى العراق زرع الحنطه أو الشعير أو الرز لم يجز له العدول عنها فلو عدل ضمن، و ان قيد لزم ان لا يتجاوز موضع القيد فلو تجاوز و تضرر ضمن.

ماده «١٤٣٥» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها.

هذا أهم شروط المزارعه يعنى تعيين حصه الزارع من الحاصل كسرا مشاعا نصفاً أو ثلثاً، فلو لم يعيناها عند العقد أو عينا مقدارا من النقود أو العروض أو الطعام بوزن مخصوص منها أو من غيرها بطلت مزارعه و لا تصح اجاره بل له اجره المثل أو أقل الأمرين منها و من الحصه المتعارفه فى تلك الغله، و الأول أصح

ماده «١٤٣٦» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح.

هذا الشرط ضرورى و المزارعه بدونه باطله، و بقى شرطان آخران (أحدهما) استحقاق المزارع للأرض يملك العين أو المنفعه أو حق اختصاص بتحجير أو ولايه أو وصايه أو وقف خاص أو استعاره اما إذا لم يكن له حق فيها أصلا كالموات و مال الغير و غير ذلك فلا يجوز مزارعتها (ثانيهما) تعيين الأرض و تشخيص حدودها بما يرفع الجهاله و الغرر فلو زارعه فى قطعه من أراضيه و لم يعينها أو فى

إحدى القطعتين و لو كانتا متساويتين لم تصح نعم لا يشترط التشخيص و لو قال زارعتك على جريب من هذه الأرض على نحو الكلى فى المعين و كانت متساويه الاجزاء أو على نحو الكلى فى الذمه و وصفها مما يرفع الجهاله و دفع المصداق- صحت.

ثم إذا استجمعت المزارعه شروطها لزممت و استحق الزارع الحصه المشاعه من العائد و إذا اختل شرط من الشروط فسدت و كان الزرع كله لصاحب البذر و للآخر أجره أرضه بتقويم أهل الخبره و للفلاح ان كان أجره المثل كما ان للعوامل من بقر و آلات أجرتها، و الى بعض هذا أشارت ماده «١٤٣٩» تكون كل الحاصلات فى المزارعه الفاسده لصاحب البذر الى آخرها،، ثم انه قد مرت الإشاره الى ان عقد المزارعه بعد صحته يقع لازما و تحرير ذلك انه إذا وقع على مده معينه من سنه أو سنتين أو شهرين أو ثلاث لزم و لكن بشرط ان يكون الأمد صالحا لبلوغ الزرع المعين فى العقد أو مطلقا فلو عين وقتا لا يمكن حصول اى زرع فيه أو الزرع التى تصلح تلك الأرض له بطلت المزارعه طبعاً و ان لم يعين فان كان هناك الذى شىء متعارف و زمان معروف انصرف العقد اليه و تعين و ان لم يكن ذلك فالأصح البطلان للجهاله و ان أمكن الصحه بحمله على زمان يمكن به نضوج الزرع من قمح و نحوه أو خضراوات و نحوها و إذا وقع لازما لم يكن لأحدهما فسخه بغير سبب مشروع من شرط خيار أو عجز أو اتفاق منهما معا بالإقاله و نحو ذلك، اما إذا مات صاحب الأرض فالزارع يبقى على عمله إلى النهايه و يقسم الحاصل بينه و بين الورثه

و لو مات الزارع قام وارثه مقامه إلى نهايه الأمد و لو كان عاجزا حتى عن الاستيجار انفسخت و استحق الوارث عن المده الماضيه من الزرع بالنسبه و لم تذكر المجله بقيه شروط المتعاقدين من الاختيار و الرشد و الحرهيه أما (الفلس) فيقدح فى الملك لا-العامل إذا لم يكن منه مال أو بذر و الا لم يصح و تجوز مزارعه الكافر، كما أنها أهملت ذكر أبحاث مهمه فيها فوائد جمه، حالت بيننا و بين تحقيقها الأحوال بل الأحوال و نحن نشير الى بعضها إشاره إيماء (منها) ان خراج الأرض مع إطلاق العقد على المالك الا- ان يشترطاه على العامل أو عليهما و ما يأخذه المأمورون ظلما زائدا على الخراج فان علم انه على الأرض فعلى المالك أو على الزرع فعلى العامل و ان لم يعلم يوزع.

(منها) كل ما فسدت المزارعه فالزرع لصاحب البذر و للعامل اجره المثل فان كان البذر من المالك فالزرع له و عليه اجره العامل و العوامل و ان كان للزارع فالزرع له و عليه أجره الأرض، و ان كان لهما فالزرع لهما و لكل منهما على الآخر اجره ما يخصه من الأرض و العمل، و ان كان لثالث فالزرع له و عليه أجره الأرض لمالكها و اجره العمل للزارع و لا فرق بين علمهما بالفساد أو جهلهما أو اختلافهما و لا بين زياده الأجره على الحصه المشتركه أو نقصانها و يحتمل أقل الأمرين منها و من الحصه كما انه لو كان الفساد من جهه اشتراط عدم حصه للعامل فلا شىء له لإقدامه على المجانيه.

(منها) إذا صح العقد ثم فسخ بخيار أو تقابل فان كان قبل

العمل فلا اشكال و لو كان بعده قبل ظهور الزرع فالحكم ما سبق فى صوره الفساد، و ان كان بعده قبل الإدراك أو بعده فهل يكون الزرع لصاحب البذر و للأرض أو العمل الأجره كصوره الفساد أو يكون بينهما على الشرط كما لو بقى العقد وجهان أصحهما الأول و للثانى وجه و هو الاستصحاب و على تقدير كونه كالفساد فان تراضيا على البقاء الى البلوغ بأجره أو بدونها فهو و الا فللمالك القسمة و إلزام العامل بأخذ حصته و لا يلزم المالك بالإبقاء و لو بأجره (منها) إذا عرض فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل نضجه ما يفسد العقد لو حصل فى الابتداء كانقطاع الماء أو استيلائه عليها أو نحو ذلك من الأعدار العامه كالثلوج المتراكمه و الموانع المزاحمه فهو كاشف عن فساد العقد من أصله و الصحه كانت ظاهريه و القول بالصحه و ثبوت الخيار لا وجه له.

و بقيت من هذا النظر أبحاث كثيره و ما ذكرناه من قبيل الأنموذج لها

الفصل الثانى فى (فى بيان المساقاه)

ماده (١٤٤١) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيته من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما.

المساقاه كالمزارعه سوى ان المزارعه معامله على زرع الأرض

و المساقاه معامله على تربيته الأشجار و سقيها اما الشروط فتلك الشروط و الاحكام تلك الاحكام عقدا و صحه و فسادا و فسحا و حصه و جوازا و لزوما فالإعاده قليله الإفاده و كلما ذكرناه هناك يجرى هنا

نعم بقى فى المقام معامله ذات شأن دائره بين الملاكين، و عليها يدور عماره الأرضين و جعلها حدائق و بساتين

و هى عقد (المغارسه)

و لم تتعرض لها المجله، و هى شقيقه المزارعه كلاهما معامله على العمل فى الأرض و لكن تلك على زرعها و هذه على غرسها نخيلا و أشجارا و هى من الاعمال الاقتصاديه الحيويه بل الضروريه و لكن الغريب ان المشهور عند فقهاءنا بطلانها بل ربما يدعى الإجماع عليه للأصل بعد كونها على خلاف القاعده و استشكل فيه بعض المتأخرين لأن الأصل مقطوع بالعمومات مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الإجماع غير محقق و الأقوى الصحه و هى عباره عن عقد بين صاحب ارض و آخر على ان يغرسها إلى مده معينه و يكون له حصه فى تلك الغروس مشاعه ربعا أو ثلثا و نحوها سواء جعل له فى الأرض حصه أم لا و المتعارف فى بعض نواحي الفرات ان يكون ثلث لصاحب الأرض ملاكيه و ثلث للفلاح إزاء إيتابه البدنيه و ثلث للمصارف الماليه فإن قام شخص ثالث بها فالثلث له و ان قام بها الفلاح أو صاحب الأرض فله الثلثان و لو وقعت هذه معامله و قلنا بالصحه لزم العمل على ما اتفقا عليه و ان قلنا بالبطلان فالغرس لصاحبه فان كان من صاحب الأرض فعليه اجره عمل الغارس ان كان جاهلا

البطلان بل و ان كان عالما به على الأصح عندنا و ان كان الغرس للعامل فعليه أجره الأرض للمالك مع جهله به بل مطلقا و له الإبقاء بالأجره بل يتعين مع الجهل و له الأمر بقلع الغروس أو قلعه بنفسه مع العلم بالبطلان و ليس عليه أرش النقصان نعم لو قلعها فى صوره الجهل كان عليه ذلك و قيل عليه التفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا، و على الغارس طم الحفر و إصلاح الأرض ثم لو قلنا بعدم صحه هذه المعامله أمكن تصحيحها يجعلها بنحو الإجاره أو المصالحه أو الشركه بأن تكون الأصول مشتركه بينهما اما بشرائهما معا أو تمليك أحدهما للآخر نصفا منها مشاعا فيصالح صاحب الأرض الغارس على ان يشتغل بغرسها و سقيها الى زمان معين بنصف منفعه أرضه أو بنصف عينها أو يستأجره على عمل الغرس و السقى المعين بنصف الأرض أو نصف منفعتها و لو صدرت مغارسه و شك فى صحتها و فسادها بنى على الصحه قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعة فى أواخر شهر صفر سنه احدى و ستين بعد الالف و الثلاثمائه هجرى

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ وَ لَهُ الْحَمْدُ وَ الْمَجْدُ

الكتاب الحادى عشر فى الوكاله

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فى بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالوكاله

اشاره

ماده (١٤٤٩)

الوكاله:

تفويض أحد امره لآخر وإقامته مقامه، هذا التعريف كما ترى من الضعف و القصور فى الغايه و كأنهم نظروا إلى الوكاله بالمعنى العام لا بالمعنى الاصطلاحى عند الفقهاء، فقد عرفها الشهيد قدس سره فى (اللمعه) بأنها استنابه فى التصرف و زاد فيه السيد الأستاذ رضوان الله عليه، فى أمر من الأمور حال حياته، لا خراج الوصايه التى هى استنابه فى التصرف بعد الممات و كلا القيدین لا لزوم فيهما فإن الوصايه ليست استنابه بل نحو ولايه و لذا لا ينعزل إلا بالخيانه، و كيف كان فتعاريف الفريقين لهذه العقود ليست هى الحقيقه بل شبح منها، اما حقيقه الوكاله فهى

عقد يفيد تسليط الغير على التصرف فيما له التصرف فيه فان كان فى حال الحياه فقط فهو الوكاله و ان كان بعد الموت فهو الوصايه و قد تكثر استعمال هذا اللفظ و مشتقاته فى الكتاب الكريم على أنحاء شتى و أساليب مختلفه: لا إله الا هو خالق كل شىء و هو على كل شىء و وكيل حسبنا الله و نعم الوكيل الى كثير من أمثالهما: عليه توكلنا، و كلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين، و الجميع يرجع الى أصل واحد و هو السلطه عامه أو خاصه فله جل شانہ السلطه العامه و فى غيره السلطه الخاصه منه لعباده أو من بعضهم لبعض و اليه يرجع معنى المحامى و الناصر و عليك بتطبيق ذلك فى سائر الموارد بلطف ذوق و قريحه و هى عند المشهور عقد و لكن الأستاذ قوى انها ليست عقدا فقال ما نصه: و الأقوى عدم كونها من العقود فلا يعتبر فيها القبول و لذا ذكروا انه لو قال و كلتك فى بيع دارى فباعه صح بيعه و الظاهر ذلك و ان غفل عن قصد النيابة الى ان قال: و المراد من عدم كونها من العقود انه لا- يشترط فى تحققها القبول و الا- فلو أوقعت بنحو الإيجاب يكون عقدا و يتحصل انها تتحقق بكل من الوجهين، و انتهى أقول ان هذا من المباحث التى استرسل فيها الأصحاب و تساهلوا و التحقيق العميق وراء ما ذكروا و ان حقيقه الوكاله ليست استتابه و لا- اذنا فى التصرف و ان تشابها أو تشاركها فى الأثر و هو حليه التصرف أو نفوذه و لكن تظهر الثمره فى آثار أخرى فإن حاق جوهر الوكاله كما

عرفت هو إعطاء سلطه الغير و من المعلوم ان هذه السلطه لا- تكون للغير قهرا عليه بل انما تكون له إذا قبلها باختياره غايته ان قبولها لا يشترط فيه ان يكون بلفظ خاص بل يكفى كلما دل عليه بل لا يلزم فيه اللفظ أصلا و يكفى العقل فلو قال وكتتك فى بيع دارى فباع صح لانه دل بفعله على قبوله و هنا تتساوى الآثار و تشترك المؤثرات و لكن يظهر الفرق بين الاستتابه و الاذن و بين الوكاله بالمعنى الذى ذكرناه فى مقام الرد فلو قال وكتتك فى بيع دارى فرد و لم يقبل لم يصح بعد ذلك بيعه بخلاف ما لو قال أذنت لك فى بيع دارى أو استنتبتك فى بيعها فرد فان الرد لا اثر له و لو باع بعد ذلك من دون اذن جديد صح و ما ذلك الا- من جهة ان سنخ الوكاله من سنخ العقود و ذوات الأسباب الوضعيه، بخلاف الاستتابه و الاذن و التفويض فإنها من سنخ الجواز و الإباحه اللا-حقه بالأحكام التكليفيه و بينهما بون بعيد،، فتدبره اما الرساله فهى أجنبيه عن الوكاله كليه لأنها من قبيل الآله الصماء الحاكيه لصوت الغير و كلامه من دون حق فى التصرف أصلا فلا داعى لذكرها فى ماده (١٤٥٠) الرساله هى تبليغ أحد كلام الآخر من دون أن يكون له دخل فى التصرف الى الآخر.

الباب الأول فى بيان ركن الوكالة و تقسيمها

ركن التوكيل الإيجاب و القبول

و هو ان يقول الموكل و كلتك بهذا الخصوص فإذا قال الوكيل قبلت أو ما يشعر به تنعقد الوكالة.

كذلك لو لم يقل و تشبث بإجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لأنه يكون قد قبل الوكالة دلالة و لكن لو ردها الوكيل بعد الإيجاب لا يبقى له حكم بناء عليه لو قال الموكل و كلتك ورد الوكيل بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموكل به لا يصح تصرفه- يعنى و يكون ضامنا، و هذه المادة قويه الأسلوب لفظا و معنى و لكن ماده (١٤٥٢) الاذن و الإجازة توكيل قد عرفت منعها و ان المأذن لو رد الاذن و الإجازة ثم عمل صح إذا لم يتجدد منع من الآذن أو المميز بخلاف الوكالة فتدبره جيدا فإنه من معادن التحقيق و كذا الكلام فى الإجازة اللاحقه فإنها لا علاقه لها بالوكالة أصلا و اين

باب الفضولى من باب الوكاله! و اتحاد المسببات لا يقتضى وحده الأسباب فلا وجه لماده (١٤٥٣) و اما- ماده (١٤٥٤) فهى على طولها لا طائل تحتها و هى غنيه عن البيان كوضوح ماده (١٤٥٥) فان أساليب البيان مختلف حسب اختلاف القصود فقد يقصد المتكلم المالك جعلك و كيلا على بيع سلعته أو شراء سلعه له و قد يجعلك واسطه و سمسارا بينه و بين البائع أو المشتري و هما متغايران حكما و موضوعا»

ماده (١٤٥٦) يكون ركن التوكيل مره مطلقا يعنى لا يكون معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مقيدا بقيد و مره يكون معلقا بشرط الى آخرها

بناء على ان الوكاله عقد و قد مر عليك غير مره ان التنجيز شرط فى عامه العقود الا ما خرج بالدليل و ان التعليق يفسد العقد- يتحصل من هاتين المقدمتين ان التعليق يفسد الوكاله فلو علقها على شرط أو وصف كما لو قال أنت و كيل ان جاء زيد من السفر على بيع دارى أو أنت و كيل عند مجىء الحاج بطل نعم لو قيد العمل الموكل فيه بقيد أو شرط صح كما لو قال أنت و كيل على بيع دارى و لكن عند مجىء زيد فهو و كيل مطلق فعلا- و لكن على البيع الخاص و (الضابط) انه ان جعل القيد أو الشرط للهيئه و الإنشاء بطلت و ان جعله للماده و المنشأ صحت و يمكن ان يكون مراد المجله فى جميع ما ذكرته

من الأمثلة في هذه المادة هو القسم الثاني فيكون صحيحا و ان كان خلاف ظاهر قولها: تنعقد الوكالة متعلقه بمجىء التاجر، فإن الوكالة لا تكون معلقه كما عرفت بل التعليق في متعلقها فتدبره

الباب الثاني فى بيان شروط الوكالة

ماده (١٤٥٧) يشترط ان يكون الموكل مقتدرا على إيفاء الموكل به- الى آخرها، لم تحرر (المجله) هذا البحث أعنى بحث شروط الوكالة كما هو حقه، و حق تحريره ان يقال: ان الوكالة تعتمد على أربعة أركان- الموكل- الوكيل- الموكل به- العقد، اما العقد فيعتبر فيه كلما يعتبر فى سائر العقود من إيجاب و قبول و لو بالفعل و تنجيز و مطابقه القبول للإيجاب نعم لا يلزم هنا التوالى فيصح ان يوكل الغائب و يقبل بعد بلوغ الخبر اليه، و اما الوكيل فيعتبر فيه مضافا الى التمييز الاختيار فلا يصح توكيل المكروه و لا المجنون و غير المميز لانه مسلوب العبارة- و ان يكون قادرا على اجراء ما و كل فيه فلو و كل على محاسبه عماله مثلا من لا يعرف الحساب من صغير أو كبير لم يصح نعم يشترط اذن وليه لو كان

صغيرا مميزا إلا- إذا كان العمل خفيفا و ليس فيه مظنه ضرر كاجراء صيغه البيع و نحوه فقط- اما الموكل فيعتبر فيه مضافا الى العقل و التمييز و الاختيار كونه مالكا للصرف فيما و كل فيه فلو كان ممنوعا بمنع طبيعي أو شرعى ذاتى أو عرضى لم ينفذ توكيله فتوكيل الصبى المميز لا- ينفذ إلا- بإجازة الولى و توكيل الراهن على بيع العين المرهونه لا- ينفذ إلا بإجازة المرتهن و توكيل السفیه أو المفلس لا ينفذ إلا بإجازة الولى أو الغرماء و توكيل المجنون أو غير المميز لا ينفذ أصلا و هكذا كل ممنوع من التصرف مطلقا أو مقيدا، نعم فى ما هو معلوم المنفعه يصح للمميز ان يوكل فيه كقبول الهبه أو الصدقه حتى مع عدم اذن الولى كما نصت عليه (المجله) فى هذه ماده، أما الموكل به أى متعلق الوكاله فاعلم انه من أهم مباحث هذا العقد إذ من الضرورى انه ليس كل عمل يصح ان يأتى به الإنسان يصح ان يوكل فيه و كثير من الواجبات بل و المباحث لا تتمشى فيها الوكاله شرعا و عرفا- إذا فلا بد من تحرير ضابطه لما تصح فيه الوكاله تميزه عما لا تصح فيه، و قد ذكروا ان ضابطه ما لا يصح فيه التوكيل هو كل عمل علم من الشارع اعتبار المباشرة فيه على وجه خاص كالواجبات النفسيه العباديه مثل الصوم و الصلاه و الطهاره و الحج الا ما قام عليه الدليل بجواز الاستتابة فيه و كذلك جمله من المستحبات مثل النوافل اليوميه و زياره الاخوان و البدأه بالسلام اما رده فهو أيضا من الواجبات التى لا يصح فيها التوكيل فلو و كل شخصا على رد

سلام من سلم عليه لم يسقط عنه و فعل حراما بتركه و مثل ذلك كثير من الحقوق الواجبه أو المستحبه كحقوق الزوجيه و حقوق العياده و غيرهما و كل عمل علم من الشارع ان الغرض منه نفس وقوعه من دون اعتبار مباشر معين بل و لو وقع من غير مباشر أصلا كالواجبات التوصليه كطهاره الثوب أو البدن أو دفن الميت أو الحرف و الصنائع التى يتوقف نظام البشر و حفظ الهيئه الاجتماعيه عليها كالنجاره و البناء و الحياكه و أمثالها فإنها واجبات كفائيه و توصليه و يصح فيها التوكيل عموما كما يصح فى عامه المعاملات من البيع و الشراء و الإجاره و الصلح و أضرارها و فى كافه أنواع المكاسب كالاختطاب و الاحتشاش و الحيازه و الاحياء و أشباهها (و الخلاصه) ان كل ما علم اعتبار المباشره فيه فلا توكيل فيه و ما علم عدم اعتبارها تصح فيه الوكاله، انما الكلام و الاشكال فيما لو لم يعلم و شك فى انه من أى النوعين فلا بد من تحرير الأصل الذى يرجع اليه عند الشك فقد يقال ان الشك فى صحه الوكاله و عدمها فى بعض الموارد يرجع الى الشك فى اعتبار المباشره و عدمها بناء على الضابطه المتقدمه و أصاله عدم اعتبارها يقتضى بأن الأصل صحه الوكاله فى كل مورد يشك فيه و لكنك خير بأن أصاله عدم اعتبار قيد المباشره انما يجدى أو يجرى حيث يكون هناك عموم أو إطلاق فى المورد الخاص اما مع عدمه فلا مجال لذلك الأصل أصلا

مثلا لو قام الدليل على ان الأم لها حق الحضانه على ولدها الى سنتين أو أكثر و شككنا انه يقبل ان توكل غيرها فى القيام بهذا الحق فإن كان هناك إطلاق و شككنا أجرينا أصاله عدم التقييد بالمباشره و حكمنا بصحه الوكاله و الا فلا مورد لذلك الأصل كما هو ظاهر، اما التمسك للصحه بعموم وجوب الوفاء بالعقود بناء على شمولها للعقود الجائزه فلا يخلو أيضا من اشكال لعدم إحراز صدق العقد على مثل هذا و الدليل لا يحقق موضوعه، و إرجاع الأمر إلى بناء العقلاء فى معاملاتهم و أعمالهم فما كانت المباشره فيه لازمه عندهم لم تصح الوكاله فيه و الا صحت لا يجدى أيضا لحصول الشك فى بناء العقلاء كثيرا، و عدم العلم بأنهم يعتبرون المباشره فيه أم لا مع انه يشبه ان يكون بوجه دائر فمعرفة الصحه موقوفه على معرفه عدم اعتبار المباشره و معرفتها موقوفه على معرفه الصحه،، و التحقيق العميق ان المالىات و ما يتعلق بها نقلا و انتقالا و تحصيلا و كسبا كلها تصح فيها الوكاله لعموم أدله السلطنه و الإباحه و الحليه و نحوها فتصح الوكاله فى عموم المعاملات و الحيازات بل و فى الإيقاعات و كذا فى عموم عقود الأنكحه و توابعها كالطلاق و العتق و الإبراء و نحوها فيمكن ان يقال ان الأصل فيها جميعا الصحه إلا ما خرج بالدليل كما ان الأصل فى العبادات مطلقا واجبها و مندوبها المنع الا ما ورد الدليل بصحته و يلحق بها الشهاده و العهود و النذور و الايمان فلا تجرى الوكاله فيها أصلا لظهور أدلتها فى اعتبار المباشره

بل لا معنى معقول لتوكيل شخص فى ان ينذر بالوكالة عنك أو يحلف كذلك أو يشهد عنك.

اما الحقوق فالنظر فى صحة التوكيل على استيفائها و العمل بها فهو موقوف على مراجعه دليل كل واحد منها و النظر فى إطلاقه و تقييده و عمومه و خصوصه و هل يظهر منه اعتبار المباشرة فيه أم لا- و هذا من خصائص الفقيه المجتهد الذى له ملكه الاستنباط و الغور على دقائق الأحكام و اصابه حكمه التشريع و لا يلقاها الا ذو حظ عظيم،، ثم نعود فنقول أيضا ان هذا البحث من أهم مباحث الوكالة و من العجب ان المجله لم تتعرض له لا بقليل و لا كثير و قد أعطيناك زبدته و صفوته و لله المنه و منه التوفيق، و اتضح بما ذكرنا بقيه موارد هذا الباب:

الباب الثالث فى بيان أحكام الوكالة

إشاره

و يشتمل على ستة فصول

[الفصل الأول]

ماده (١٤٦٠) يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فى الهبه و الإعاره و الرهن و الإيداع و الإقراض و الشركه و المضاربه و الصلح عن إنكار و ان لم يصفه الى موكله فلا يصح.

هذه ماده و التى تليها ماده (١٤٦١) على طولها و تفاصيلها غير وافيه و لا كافيه و تقسيمها غير مستوعب و الحكم فيها بالتفصيل عليل عار من الدليل، و تحرير البحث الذى هو أيضا من المباحث المهمه فى كتاب الوكالة- ان الغالب فى مواقع الوكالة بين البشر هى الإيقاعات و توابعها و العقود و ملحقاتها بل هما القدر المتيقن من الأعمال التى يصح فيها التوكيل بعد البناء على عدم صحته فى العبادات بقول مطلق- الا ما خرج،،، أما الإيقاعات كالطلاق و العتق و الفسخ و الإبراء و غيرها فلا

يشترط فى شىء منها ذكر الموكل فى الصيغه فإذا وكله على عتق عبده.

وقال للعبء أنت حر أو وكله على طلاق زوجته و قال لها أنت طالق صح كما لو قال عبد فلان حر أو زوجه فلان طالق و لا يلزم ان يقول بحسب و كالتى عن فلان و هكذا سائر الإيقاعات، أما العقود فهى نوعان اما عقود الأنكحه فذكر الموكل و الموكله ضرورى فيها لأن الزوجين فى النكاح بمنزله العوضين فى البيع أركانها التى لا يصح الا بذكرهما فلو قالت زوجته نفسك نفسى و قال قبلت وقع الزواج له و له قصد القبول لموكله لم يقع له و لا- لموكله لان العقد لم يطابق القصد فيبطل و اللازم ان تقول زوجت موكلك نفسى فيقول قلت لموكلى و هكذا نظائر ذا فيقول وكيل الزوجه لو كيل الزوج زوجت موكلى من موكلك فيقول قبلت لموكلى، و أما عقود المعاملات فهى أيضا نوعان اما عقود المجانيات كالهبة و العاربه و الوديعه و أمثالها فلا حاجه فيها الى ذكر الوكاله و الموكل فلو قال وهبتك هذه الدابه أو دار زيد و كان وكيلا- عنه فى هبتها صح ذكر الوكاله لفظا أولا، و عقود المغابنات و هى عقود المعاوضات كالبيع و الإجاره و المزارعه و نحوها من العقود اللازمه أو الجائزه فهى اما ان تكون شخصيه أو كلييه يعنى اما ان يكون المبيع أو الثمن كليا فى الذمه أو شخصيا خارجيا فان كان شخصيا كما لو قال له و كلتك على بيع دابتي هذه فقال الوكيل للمشترى بعتك هذه الدابه صح و لو لم يذكر الموكل و الوكاله بل و حتى لو لم يقصد البيع عن الموكل بل و حتى لو قصد البيع لنفسه فان؟؟؟؟

القصد يقع لغوا لما عرفت في أبواب البيوع من ان العوض يدخل في ملك من خرج من ملكه المعوض سواء قصد ذلك أم لا، و اما إذا كان كليا كما لو وكله على ان يشتري له دارا بثمان كلى في ذمه الموكل فان قال البائع للوكيل بعتك الدار و كان عالما و قاصدا انها لموكله و قال الوكيل قبلت قاصدا ذلك أيضا صح و تعلق الثمن بذمه الموكل و ان كان غير عالم و قال الوكيل قبلت قاصدا لموكله و لم يذكره صريحا صح أيضا و لكن للبائع الخيار إذا لم يقبل تعلق الثمن بذمه الموكل فله الفسخ و له الإمضاء بعد العلم، اما لو قال قبلت و لم يقصد القبول لموكله و لم يكن الثمن شخصا حسب الفرض صار البيع له لا لموكله و لزمه دفع الثمن من ماله.

اما ما ذكرته المجله من قضيه حقوق العقد فهي في جميع الصور التي يصح العقد فيها للموكل مع علم الطرف الآخر بائعا أو مشتريا فهي للموكل و للوكيل على مقدار سعه و كالتة و ضيقها فان كانت مطلقه؟؟؟ فله قبض المبيع و اقباض الثمن و الفسخ بالعيب أو أخذ الأرش و يطالبه البائع بالثمن و يدفع له المثلث و هكذا و ان كانت ضيقه محدوده بإجراء الصيغه فقط مثلا أو أوسع بقليل فليس له شىء من تلك الشئون.

(و بالجمله) فحقوق العقد أصاله للموكل و تبعا للوكيل بمقدار ما جعل له الموكل نعم لو أضاف الوكيل العقد الى نفسه و لم يكن الثمن أو المثلث شخصا و ادعى انه قصد الشراء لموكله و البائع لا يعلم

كان له إلزام الوكيل بالثمن و إمضاء البيع عليه كما ان له ان يفسخ و له إمضاء البيع على الموكل حسب ما يرى من صالحه و ثقته بالموكل فى دفع الثمن و عدمها، و عليك بالتدبر و إمعان النظر فيما ذكرنا حتى يظهر لك أنواع الخلل و الضعف بما ذكرته «المجله» فى هاتين المادتين فطابق تعرف و بهذا الطراز، يجب ان تحرر المشاكل و تحل الألغاز، ثم من المعلوم ان الوكيل فى منطقته و كالتة أمين لا- يضمن إلا بالتعدى أو التفريط كما فى ماده (١٤٦٣) المال الذى قبضه الوكيل الى آخرها و كان يجب تقييد عدم الضمان بما إذا كان و كيلا أيضا على القبض اما لو كان و كيلا على البيع فقط فقبض و تلف المال كان ضامنا و ان لم يكن منه تعد أو تفريطا ماده «١٤٦٤» لو أرسل المديون دينه إلى الدائن و قبل الوصول اليه تلف فى يد الرسول فان كان رسول المديون يتلف من ماله و ان كان رسول الدائن تلف منه و براء المديون هذا صحيح إذا لم يكن المرسل إليه أجاز إرساله أو و كله على القبض و الا فالتلف عليه، ماده (١٤٦٥) إذا و كل أحد شخصين على أمر فليس لأحدهما وحده التصرف فى الخصوص الذى و كلا به، و لكن ان كانا و كلا لرد و ديعه أو إيفاء دين فلأحدهما ان يوفى الوكاله وحده، و اما إذا و كل أحد آخر لأمر ثم و كل غيره رأسا على ذلك الأمر فاتفهما أو فى الوكاله حاز هذا البحث كسوابقه

أيضا غير محرر و لا مستوفى و تحريره انه لا إشكال فى جواز تعدد الوكلاء من الموكل الواحد فى أمر واحد و يقع ذلك على صور «١» ان يجعل لكل واحد منهم الاستقلال فكل من سبق تصرفه نفذ و بطل المتأخر و إذا اقترنا بطلا مع التزام كما لو باع أحدهما الدار من زيد و باعها الآخر فى ذلك الوقت من عمر و اما مع عدمه كما لو باعها كل واحد منهما من عمرو و و كيله بثمان واحد صحا معا كما لو باع هو و و كيله فى وقت واحد و لو كانا و كيلين فى دفع الدين فدفعا استرجع من الدائن الزائد مطلقا كما لو دفع نفسه الزائد غلطا أو اشتباها اما لو كانا و كيلين على دفع الحق مع خمس أو زكاه و دفع كل منهما الى فقير نفذ المتقدم و يسترجع من المتأخر ان كانت العين الموجودة و الا- فلا- رجوع و مع التقارن يتخير فان التعيين له «٢» ان يجعلهما و كيلين على الاجتماع فلا يصح تصرف أحدهما مستقلا و فى إجراء الصيغه يوكل أحدهما الآخر أو يؤكلان ثالثا و يمكن ان يجريها كل واحد منهما فيتركب العقد من عقدين و لا مانع منه «٣» ان يجعل الاستقلال لأحدهما و الاجتماع للثانى فيستقل الأول و ينفذ و لا ينفذ تصرف الثانى الا بموافقه الأول «٤» ان يطلق الوكاله و يقتصر على قوله أنتما و كيلان على بيع دارى فإن كان لهذه العبارة ظهور عند العرف فى اجتماع أو استقلال فهو و الا فالإطلاق و أصاله عدم القيد يقتضى الاستقلال و عدم تقيدهما بالاجتماع و مع عدم إحراز الإطلاق أعنى إهمال القضييه و عدم

التفاتة الى هذه الناحية أو الشك فاللازم الاجتماع لانه القدر المتيقن «٥» ان يجعل وكيلا على بيع داره مثلا ثم يجعل وكيلا ثانيا على بيعها من دون تعرض لاجتماعه مع الأول أو استقلاله فان ظهر منه عزل الأول بالثاني فهو و الا كان لكل منهما التصرف مستقلا و ينفذ السابق كما سبق، و لو مات أحدهما في صورته الاستقلال حقيقه أو حكما انحصرت الوكالة بالثاني اما في صورته الاجتماع فتبطل وكاله الثاني أيضا و ليس للحاكم ان يضم بدله إذ لا ولاية له على الحق الموجود نعم لو كان غائبا و خيف على المال تعين النصب أو الاذن للآخر بالتصرف من باب دلالة الحاكم على الغائب و لو عزل أحدهما في صورته الاجتماع لم يصح للآخر أيضا ان يتصرف الا مع القرينه على اراده استقلاله بالوكالة- هذا تمام صور المسألة و لا فرق فيما ذكرنا بين الوكالة على رد الوديعة و إيفاء الدين أو غيرهما و الفرق بينهما و بين غيرها تحاكم بلا دليل و تفصيل بلا وجه

ماده (١٤٦٦) ليس لمن وكل في خصوص أمر ان يوكل غيره به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك أو قال له اعمل برأيك

فعلى هذا الحال للوكيل ان يوكل غيره و يكون وكيلا- للموكل لا للوكيل و لا ينزل الثاني بعزل الوكيل الأول أو بوفاته هذه أيضا محتاجه إلى التحرير و ما ذكر انما يصح في بعض الفروض دون بعض و على بعض التقادير لا على كل تقدير، و توضيح ذلك ان إطلاق الوكالة لا يقتضى جواز أن يوكل الوكيل غيره في العمل

الذى وكل فيه الا ان يصرح له الموكل بذلك أو يجعل له الوكالة العامه فيقول له اعمل برأيك فى كل ما تراه صالحا و ما أشبه ذلك و حين إذ يأذن له أو يفوض الأمر إليه فلا- يخلو اما ان يظهر منه الاذن فى جعل الوكيل عن الموكل أو عن الوكيل أو لا يظهر منه شىء من هذه الناحيه و على الأول يتم ما ذكر فى الماده من انه لا ينزل بعزل الوكيل الأول و لا بموته بل لا يصح للأول عزله و لا محاسبته إلا بإذن جديد من الموكل الأول و على الثانى يكون أمر الثانى للوكيل الأول بعزله كما ينزل بموته و ليس للموكل الأول ان يعزله لانه ليس منصوبا منه نعم لو عزل الأول سقط الثانى لأنه فزع منه و تبع له، و على الثالث حيث لا ظهور فى كلامه على أحد الأمرين أو لم يكن ملتفتا الى هذه الجهه كما لعله الغالب فالمرجع إلى الأصول فلا ينزل الا بعزلها معادلا ينزل بموت الوكيل استصحابا لبقاء وكالته فى الحالين و هكذا

(١٤٦٧) إذا اشترطت الأجره فى الوكالة و أوفاهها الوكيل يستحقها و ان لم تشترط و لم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجره يكون متبرعا ليس له اجره

إطلاق الوكالة يقتضى عدم الأجره و لو شرطها لزممت و انقلب عقد الوكالة إلى عقد إجاره فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الإجاره و تعيين العمل و المده و مقدار الأجره فلو حصلت الجهاله فى شىء من ذلك بطلت و كان له اجره المثل لو قام بالعمل و مع اجتماع شروط الإجاره

تنقلب من الجواز الى اللزوم كما هو حكم الإجاره، اما مع الإطلاق و عدم الشرط فلا- حق له بالأجره سواء كان ممن يخدم بالأجره أم لا، فالتقييد فى المجله لا وجه له

الفصل الثانى فى الوكاله بالشراء

ماده (١٤٦٨) يلزم ان يكون الموكل به معلوما

بمرتبه يكون إيفاء الوكاله قابلا على حكم الفقره الأخيره من ماده (١٤٥٩) يعنى اعتبار المعلوميه فى ما وكل به من بيع أو شراء أو نحوه و خلاصه تحرير هذا البحث كما هو حقه ان المعلوميه المعتبره ليست كالمعلوميه فى باب البيع و الإجاره و نحوه بل يكفى المعلوميه فى الجملة فلو قال و كلتك فى شراء فرس لى كفى و صح ان يشتري له اى فرس بنظره و لكن لا يصح فى البيع ان يقول بعتك فرسا ما لم يعينها و صفا أو خارجا نعم لو عين الموكل فرسا معينه بوصف أو بإشاره لزم الوكيل ان لا يتعدى الى غيرها فلو تعدى كان فضوليا و مع عدم الإجازه يضمن الثمن فالضابطه الكليه فى هذا الباب ان الموكل إذا ذكر الموكل به من بيع أو شراء أو زواج أو طلاق و جب تعيينه

بنحو يمكن القيام به للوكيل ثم ان قيد بعد ذلك بقيود وجب اتباعها و الا كان الخيار للوكيل مثلا لو قال أنت وكيل على ان تزوجني من امرأه كان له تزويجه من أى امرأه يختارها و لا تبطل الوكالة بعدم تعيين المرأه اما لو قال له أنت وكيل تزوجني من امرأه بغداديه تعين ذلك و لا يصح تزويجه بغيرها و هكذا لو وكله على شراء حنطه أو حنطه المزرعه الفلانيه و على هذا القياس فى جميع الموارد.

و من هنا ظهر انه لا مانع من صحه الوكالة لو قال اشترى لى دابه أو ثيابا أو قال حريرا و لم يعين نوعه أو ثمنه فتصبح خلافا للمجله نعم لو قيده الموكل بنوع مخصوص أو ثمن محدود تعين اما مع الإطلاق فالاختيار للوكيل الا ان يكون عرف خاص أو عام فيحمل الإطلاق عليه و يكون بمنزله القيد إما الأثمان فمع تعيين الموكل لها تتعين و مع عدمه تتصرف الى ثمن المثل فما دونه فلو اشترى بأكثر من ثمن المثل أو باع بأقل منه كان فضوليا و لعل بهذا البيان اتضحت جميع مواد هذا الفصل و امتاز الصحيح منها من القيم على ان بعضها واضح غير محتاج الى البيان و بعضها تكرر مستدرك و الكثير غير مستقيم، و لو عين له ثمنا لزمه ان لا يأخذ بالأزيد قطعا اما الأخذ بالأنقص فهو جائز حسب المتعارف الا ان يعلم بان له غرضا خاصا بذلك المقدار فلا يجوز التخطى عنه مطلقا و مثله الكلام فى النقد و النسيئه فما ذكر فى ماده (١٤٧٩) على إطلاقه غير صحيح إذ قد يكون للموكل غرض معقول فى الشراء

نقدا ولا يرضى بالنسيئه فتجاوز الوكيل عن النقد إلى النسيئه يجعله فضوليا أو باطلا فليتدبر

ماده «١٤٨٥» ليس للوكيل ان يشتري الشىء الذى وكل بشرائه لنفسه الى آخرها

أليس هذا من الجزاف! وما وجه منع الوكيل من شراء الشىء لنفسه مع ان البائع حر فى بيع ماله لمن شاء والمشتري وكيلا أو غيره كذلك والوكاله عقد جائز والشراء لنفسه فى الحقيقه رفض للوكاله وعزل لنفسه عنها ولا يلزمه اعلام الموكل بخلاف العكس نعم فى بعض المقامات قد يكون ذلك خلاف المروه وشبه الخيانه ولكن لا على وجه يجعله حراما وممنوعا بل له ان يشتري لنفسه ولموكله كما نصت عليه ماده (١٤٨٦) لو قال أحد اشترى لى فرس فلان الى آخرها ويشبه ان يكون بين هذه الماده و التى قبلها تهافت، كما ان عدم تصديقه لو قال بعد تلف الفرس أو حدوث العيب اشتريتها لموكلى محل نظر بل يصدق يمينه لاین الوكيل أمين و هو أدرى بقصده ولا يعلم الا من قبله ماده (١٤٨٨) لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح هذا أيضا لا وجه له الا ان يصرح الموكل بذلك أو تقوم قرينه أو عرف عليه ماده (١٤٩٢) إذا تلف المال المشتري فى يد الوكيل بالشراء أو ضاع قضاء بتلف من مال الموكل ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف فى ذلك الحال أوضاع يلزم على الوكيل أداء ثمنه

و لكن يرجع به على الموكل لان حبسه كان بوجه مشروع نعم لو كان الثمن مؤجلا و حبسه ثم تلف فى يده كانت الغرامه عليه لانه حبس غير مشروع يزول به الامانه و تكون يده يد ضمان لا ائتمان

ماده (١٤٩٣) ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل

إلا إذا كان مطلقا بالبيع و الشراء حسب ما يراه

الفصل الثالث فى الوكاله بالبيع

خلاصه مواد هذا الفصل بأجمعها ان الوكيل المطلق على البيع من دون تعيين ثمن أو وقت أو غيرهما يبيع كيف شاء قليلا أو كثيرا و إذا عين الموكل له ثمنا أو وقتا بان قال له مثلا بع فرسى على فلان بالمبلغ المعين و جب عليه ذلك فلو باع بأقل أو على غير من عينه الموكل كان فضوليا و لو سلم المبيع فى هذا الحال كان ضامنا، و لو اشتراه لنفسه مع الإطلاق و بثمان المثل أو أكثر صح عندنا خلافا لماده «١٤٦» إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح.

نعم يصح هذا لو منعه صريحا أو قامت قرينه اما بدونهما فلا

و كذا الكلام فى النقد و النسيئه و المده ان قيد الموكل بشىء منها لا يجوز للوكيل تعديده و الا فإن كان عرف عام أو خاص فهو المبتع و الا أخذ بالقدر المتيقن و هو النقد و أقل مده فى النسيئه و هكذا.

الفصل الرابع فى (بيان المسائل المتعلقة بالمأمور)

ماده (١٥٠٦) إذا أمر أحد غيره بأداء دينه و أداء من ماله يرجع ذلك الى الأمر شرط الأمر رجوعه أم لا- يعنى قال على ان أوديه لك أو خذه منى أو لم يقل غير أد دينى فقط،، هذه المعامله غريبه الشكل فى المعاملات إذ ليست هى وكالة لا محضه إذ الوكالة انما هى فى مال الموكل لا- مال الوكيل و لا- هى قرض إذا القرض يحتاج الى قبض و لا هى حواله إذ المفروض ان المأمور برىء، و أغرب منها ما لو تبرع وادى الدين بدون أمر حيث يسقط الدين و لا رجوع على المديون فكيف يسقط دين شخص بماله غيره و هذه مواضع جاربه عند العرف متفق عليها ظاهرا و تطبيقها على القواعد و الأصول العامه مشكل، و قد صبهها السيد الأستاذ قدس سره بقالب آخر فقال: يجوز ان يوكل غيره فى أداء دينه من ماله تبرعا أو مع الرجوع عليه بعوض ما أداء و لكنك عرفت ان هذا لا يتفق مع أصول الوكالة فإن التوكيل

انما يصح للإنسان على ماله لا على مال الغير ثم زاد (قده) في الغرابه و الاشتمار عن القواعد فقال: و لا يصير المدفوع ملكا للموكل قبل دفعه بل ينتقل إلى الدائن و هو ملك للوكيل (انتهى) و كيف يعقل ان يكون مال شخص عوض ما في ذمه شخص آخر و قد مر عليك غير ان العوض لا بد و ان يخرج ممن دخل المعوض في ملكه، اللهم الا ان ترفع اليد عن هذه القاعده كما في (خذ مالى هذا و اشتر به طعاما لك) و قد فرغ السيد (ره) على ما ذكره ما لو كان مديونا لذمى فوكل ذميا آخر على وفاته فدفع له خمرا أو خنزيرا فعلى الانتقال الى ملك الدائن لا- يصح و عليه يصح قال! و يجوز ان يوكل غيره في أداء ما عليه من الخمس أو الزكاه تبرعا أو بعوض إذ لا- يلزم ان يكون أداء الخمس أو زكاه من مال من عليه بناء على المختار من جواز الشراء لنفسه بمال غيره مع اذنه و عدم منافاته لحقيقه البيع و الشراء و دعوى لزوم دخول المعوض في ملك من خرج عن ملكه العوض ممنوعه إذ ليست حقيقه البيع إلا- مبادله المالكين، انتهى و لا يذهبن عنك ان المبادله التي اعترف انها هي حقيقه البيع لو تأملتها تجدها إلا- القاعده المزبوره التي منعها مع ان ظاهرهم الاتفاق عليها لأنها نفس حقيقه البيع إذ أى معنى للمبادله بين المالكين الا كون هذا في موضع ذاك اى يدخل أحدهما إلى المحل الذى خرج منه الآخر فيملاً ذلك الفراغ و يشغل ذلك الشاغر، و الا فما معنى المبادله لو لا ذلك! و بما ذا

التحقق! وهذا هو معنى العوضيه أيضا فتأمله تجده جليا واضحا و مصاص التحقيق فى هذا المجال ان التوكيل فى التبرع لا معنى له أصلا إذ المتبرع يعمل باختياره و حرته سواء اذن له المتبرع عنه أم لم يأذن و كله أم لم يوكله بل لو منعه لم يؤثر المنع فى صحته و ترتب أثره و لكن لا بد لتصحيحه من انه بقصده وفاء دينه ينتقل المال الى المتبرع عنه اناما و لكن بقيد انه لوفاء الدين ثم يدفعه للوفاء كما لو اشترى له بماله اى بمال المشتري طعاما، و اما التوكيل مع شرط الرجوع فلا بد لتصحيحه من درجه اما فى الضمان بناء على توسيع دائرته أو فى الافتراض و التوكيل على قبضه عنه و دفعه لوفاء دينه و لو قال للمديون خذ دينك من فلان و انا أدفع له فهى حواله على البرين، و على كل فلا محيص من تخريج وجه لهذه المعاملات كى تندرج فى الأصول العامه و القواعد المسلمه التى لا يصح هدمها و الشذوذ عنها فاغتنم هذا و بالله التوفيق.

و لعل من أجل تضمنه للوكاله أدرجته المجله فى مباحثها، ثم ان أكثر مواد هذا الفصل واضحه، و قد يحتاج بعضها الى يسير من التوضيح مثل ماده (١٥٠٨) فإن المراد انه إذا أمره بالصرف على عياله أو بناء داره ينصرف المتعارف من المصرف حسب شأنهم و عاداتهم فلو كان من شأنهم الألف فى الشهر فصرف ألفين لا يرجع إلا بألف و هكذا الدار حسب شأن الأمر ان لم يعين و ان لم يشترط لما عرفت مكررا من ان مال المسلم محرم لا يسقط الا بالتصريح

بالتبرع و تأويل الرجوع هنا اما الى إرادته اصرف و انا أضمن لك البدل و اما أقرضنى و اصرفه على عيالى، ماده (١٥٠٩) لو أمر أحد آخر بقوله أعط فلانا،، محصل هذه ان أمر الأمر من حيث الرجوع و عدمه بدور مدار القرائن و الأمارات من حال و مقال فمثل أعط هذا الفقير و لم يقل و انا أدفع لك ظاهر فى ان يدفع له من ماله اى مال الدافع بخلاف ادفع الى عيالى فإنه ظاهر فى الضمان و ان لم يشترط و هكذا، ماده (١٥١٠) لا يجرى أمر أحد إلا فى حق مكه،، مبنيه على قضيته السبب و المباشر، و المباشر هنا أقوى من السبب فيكون الضمان عليه اى على ملقى المال فى البحر لا على الأمر ماده (١٥١١) لو أمر أحد آخر،، كل و عد لا يجب الوفاء به بل يستحب استحبابا كالوجوب خصوصا عند أهل الشرف و الغيره فلو طلبت من شخص وفاء دينك و وعدك بذلك لا يلزم به له و ما عقديا و لكنه يجب أشد الوجوب و جوبا اخلاقيا (و وعد الحر دين) كما يقولون، نعم لا يجبر عليه إذا لم تجبره شهامته و كرم طبعه- كما يجبر لو كان له عليه دين و قال له ادفع دينى الى غربى فلان كما فى ماده (١٥١٢) و بقيه المواد واصله المراد و المدرك

الفصل الخامس فى (حق الوكاله بالخصومه)

قد استبان لك من مجموع فروع الوكاله أنها تدور مدار ما يعطى الموكل للوكيل من السلطه صراحه أو دلاله بحال أو مقال أو عرف أو عاده و التوكيل فى الخصومه من أخصب حقولها، و مهابط سيولها، و لا- سيما فى هذه الأعصار التى كشرت فيها الخصومات فاستوجب كثره الوكلاء و المحامين العارفين بالقوانين مضافا الى انه لا يليق بأهل الشرف و الكرامات الوقوف فى المحاكم و المزاوله كالخصومه المزربه بذوى الشئون، و لكن الوكيل فيها كالوكيل فى غيرها لا يتعدى حدود ما و كل فيه صراحه أو دلاله فإذا و كل على الدفاع فقط لم يجز له الاعتراف و لا الصلح و لا التنازل نعم لو أعطاه وكاله عامه حسب ما يراه جاز له ذلك سوى الإقرار فلا- يجوز له الا- بالنص عليه بالخصوص ان قلنا بأنه مما تصح فيه الوكاله على تأمل أما العموم فهو منصرف عنه اى عن الإقرار و لا فرق فى قبول إقرار الوكيل عن الموكل و عدم قبوله بين وقوعه بحضور الحاكم أو غير حضوره و إذا قلنا بصحته و لو فى بعض خصوصيات الدعوى أو كان مقدمه

لكسب الدعوى و صيروره الحق له فلا- ينعزل و إذا قلنا بعدم صحته يقع لغوا و لا ينعزل الا بعزل من الموكل أو ظهور الخيانه الموجه للانعزال قهرا فليتدبر.

الفصل السادس فى (بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل)

حيث ان الوكاله كما عرفت قد جائز فللموكل ان يعزل الوكيل كما للوكيل ان يعزل نفسه مطلقا سواء تعلق بالوكاله حق الغير أم لا- غايته ان الموكل فيما لو عزل الوكيل على بيع الرهن عند حلول الأجل يجب عليه بيع الرهن بنفسه أو لوكيل آخر أو يدفع الدين و لا- يبيع الرهن و صرف تعلق الحق على الموكل لا يوجب عليه إبقاء الوكيل مع إمكان خروجه من الحق بوسائل أخرى كثيره كما ان تعلق الحق على الموكل لا يسلب حريته فى عزل نفسه الا ان يكون مستأجرا أو شرط ذلك عليه فى عقد لازم و هو خروج عن محل البحث لاین الكلام فى الوكاله المجرده من حيث هى و من هنا ظهر ضعف أو فساد ما فى ماده (١٥٢١) و ماده (١٥٢٢) و فيها: و لكن لو تعلق به حق الغير يكون مجبوراً بإيفاء الوكاله

إذ لا وجه لجبره مع ان الوكالة عقد جائز و لا ملزم فى البين و كذلك لو وكل على الخصومه بطلب المدعى و غاب الموكل فان له عزله فى غيابه و توكيل غيره و لا يتعين عليه إبقاء ذلك الوكيل و كل هذا واضح و لا اعرف وجهها معقولا لما ذكرته (المجله) نعم لا- إشكال فى ان اثر الوكالة و نفوذها يبقى الى ان يبلغه خبر العزل فلو باع قبل بلوغ خبر العزل اليه كان بيعه نافذا على الموكل و ليس له رده، كما فى ماده «١٥٢٣» و هذا لدليله الخاص و الا فالقاعده لا تقتضى ذلك فى الخبر المعتبر قال سلام الله عليه من وكل رجلا على أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج عنها كما أعلمه بالدخول فيها، اما لو عزل الوكيل نفسه فلا- يبقى على وكالته إلى إعلام الموكل و لا- معنى لبقائها فى عهده و قد عزل نفسه و لا يجب عليه الاعلام أيضا كل ذلك لعدم الدليل و بطلان القياس عندنا التى تبتنى عليه ماده (١٥٢٤) إذا عزل الوكيل نفسه يلزم ان يعلم الموكل بعزله و تبقى الوكالة فى عهده الى ان يعلم الموكل نعم ما ذكر فى ماده (١٥٢٥) من قضيه لزوم اعلام المديون بعزل الوكيل على قبض الدين فلو لم يعلمه الموكل أى الدائن و دفع الى الوكيل برأت ذمته بلا إشكال لأنه معذور بعدم العلم ثم ذكرت «المجله» بقيه أسباب العزل فى المواد الباقية و هى [١] موتهما أو موت أحدهما، [٢] و جنونهما أو جنون أحدهما [٣] انتهاء العمل الذى وكل به، وبقى أسباب أخرى لم

تذكرها المجله (منها) زوال موضوع الوكاله كما لو ماتت الدابه الموكل على بيعها «و منها» الحجر على الموكل فيبطل توكيله على تصرفاته الماليه «و منها» عروض الرق أو الرده الموجهه لقسمه أمواله لأنها بحكم الموت (و منها) عروض الفسق فيما لو كان وكيلا- على أموال الأيتام أو الوقف أو كان مقيدا بالعداله (و منها) عروض الإغماء و قد بقيت فى الوكاله مباحث مهمه و تحقيقات واسعه لم تتعرض لها «المجله» و لا- تسمح لنا الأ-حوال الراهنه بذكرها و نشرها، منها مباحث النزاع بين الوكيل و الموكل:

الكتاب الثاني عشر (في الصلح و الإبراء)

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعة أبواب:

المقدمه في بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بالصلح و الإبراء

اشاره

الصلح:

هو العقد الذى يرفع النزاع بالتراضى هذا التعريف كسائر تعاريفهم قاصر بعيد عن حقيقه هذا العقد، و حقه ان يقال: انه عقد شرع لحسم الخصومه محققه فعلا أو مقدره فرضا، و هو من اسمى التشريعات الإسلاميه و أشرف مؤسساتها و قد وردت فى القرآن المجيد آيات كريمه فى التنويه عنه و الحث عليه (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ) و هذه الجملة؟؟؟؟ (نجمه الصباح) فى أفق التشريع و مثلها، فلا جناح ان يصلحا بينهما صلحا، و الصلح خير، ثم تعقبها السنه النبويه و زادته وضوحا بالحديث النبوى المشهور (الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا أو حلل حراما) و قد سبق بعض الكلام فيه فى مباحث الشروط و يأتى نبذه

منه

الكتابة و لا-الإشارة من القادر على الكلام و تلزم فيه سائر ما يلزم فى العقود من الرضا و الاختيار و القصد و التوالى و التطابق و هو عقد لازم لا- يفسخ الا بالقابل أو شرط الفسخ أو أحد الخيارات العامه كالغبن و العيب و نحوهما، و يصح مع الإنكار و الإقرار و السكوت كما فى ماده (١٥٣٥) الصلح ثلاثه أقسام إلى آخرها نعم يختلف عن سائر العقود اللازمه بتحمل مقدار من الجهاله لا تتحمل فى سائرهما كما سيأتى، و أركان الصلح خمس- العقد، المصالح المصالح له، المصالح عنه، المصالح به، و لكل واحد شروط، اما شروط العقد فما عرفت، و لفظه الصريح صالحت أو صالحتك و مشتقاتها، و صحته بمثل تراضينا و اتفقنا و القرار بيننا و أمثال ذلك مع قصد تلك الحقيقه غير بعيدة (و حقيقته) ليست هى صرف التسالم كما يقال بل هى الالتزام بالتسالم و التعهد برفع الخصومه الموجوده أو المفروضه كما عرفت و لا يلزم تصور المتصالحين كل هذه الخصوصيات بل هى معان ارتكازيه يكفى قصدها الإجمالى بقصد حقيقه الصلح و يصح الإيجاب و القبول من كل منهما فلا يختص الإيجاب من واحد و القبول من آخر كما فى بعض العقود. و قد أهملت المجله هذا البحث اعنى البحث فى صيغه هذا العقد و ألفاظه كما أهمله كثير من أصحابنا اما المصالح و المصالح له فلا يعتبر فيهما أكثر من الشرائط العامه فى المتعاقدين سوى ان البلوغ يمكن ان يكتفى عنه هنا بالتمييز و لكن مع اذن الولى و كفايه صدور الصيغه منه مع الرشد و عدم الحجر

و أمثالها كما فى ماده (١٥٣٩) يشترط ان يكون المصالح عاقلا الى آخرها و اما المصالح عنه فهو أعم من العين و الدين و الحق و المنفعه و الدعوى أو تقرير أمر بينهما، و هو اعنى المصالح عنه ركن فى عقد الصلح إذ لا بد ان يصلحه عن شىء أو على شىء، اما المصالح به فغير لازم و يمكن تحقق الصلح بدونه كما فى الصلح المفيد فائده العاريه أو الهبه، و هو اى الصلح عقد مستقل و ان أفاد فائده البيع أو الإجاره أو الهبه أو الإبراء و انفرد الشيخ الطوسى أعلى الله مقامه بكونه تابعا لمفاده فإن أفاد فائده البيع فهو بيع و ان أفاد فائده الهبه فهو هبه و هكذا و تظهر الثمره فى ترتيب احكام البيع عليه و عدمها و من خيار مجلس و غيره و فساده بالجهاله و نحوها بخلافه على المشهور و فى الهبه بلزوم القبض أو عدمه و لكن من المعلوم ان افاده عقد فائده الآخر لا يقتضى وحدتهما يعنى ان وحده المسبب لا تستلزم وحده السبب، و على كل فيلزم فى المصالح به المعلوميه و عدم الجهاله و لو فى الجملة فالجهاله المفسده فى البيع لا تفسد الصلح و انما تفسده الجهاله المطلقه كما يلزم كونه صالحا للملكيه و مملوكا للمصالح أو مما له الولايه عليه بنحو و تجرى فيه الفضوليه و يقف على الإجاره اما المصالح عنه فلا تقدر فيه أيضا الجهاله و يصح حتى عن اليمين و عن الدعوى و ان كانت مجهوله نعم يعتبر فى صلح الولى عن الصغير حصول الغبطه له بذلك فلو خلا عن مصلحه الصغير بطل كما فى ماده «١٥٤٠» إذا

صالح ولى الصبى عن دعواه الى آخرها، و اما- ماده (١٥٤٣) فقد سبق فى مباحث الوكالة ما يغنى عنها فان الصلح كالبيع من بعض الجهات فان صالح للموكل كان العوض عليه ان صرح بذلك إلا إذا كان كفيلا عنه و ان قصده و لم يصرح كان للمشتري أو المصالح إلزامه بالعوض و يرجع به على الموكل و ان لم يقصده كان متبرعا، هذا كله مع ثبوت الوكالة و تحققها اما مع عدمها فهو فضولى أو متبرع كما فى ماده «١٥٤٤» و تحرير هذه ماده ان من صالح عن دعوى بين اثنين بغير اذن و لا طلب من المدعى عليه فان صرح ان عوض الصلح فى ذمته أو فى عين خارجيه من أمواله فهو متبرع و يلزمه دفع العوض لان الصلح صحيح و لازم و ان عينه فى مال المدعى عليه فهو فضولى موقوف على اجازته و ان أطلق و لم يعين حتى فى القصد كان أيضا بحكم الفضولى و ان كان الإطلاق يقتضى ان العوض عليه فليتأمل.

الباب الثانى فى (بيان بعض أحوال المصالح عليه و المصالح عنه و بعض شروطهما)

ماده «١٥٤٥» ان كان المصالح عليه عينا الى آخرها.

يمكن ان يعطى قاعده كلييه و هى ان كلما يصح ثمننا فى البيع يصح الصلح به و عليه و لا- عكس فان المجهول فى الجمله لا يصح ثمننا فى البيع و يصح عوضا فى الصلح فنقول صالحتك عن دعواك بما فى قبضه يدي و لا يصح مثله فى البيع.

ماده «١٥٤٦» يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح ..

هذا الشرط طبيعى فى جميع عقود المعاوضات بل و غيرها و لكن هو شرط فى نفوذها و ترتب آثارها فورا لا شرط فى صحتها فهى من غير الملك صحيحه و لكنها موقوفه على اجازة المالك، و عليه فلا يصح قول المجله هنا: لو اعطى المصالح مال غيره بدل الصلح لا يصح صلحه

ماده «١٥٤٧» يلزم ان يكون المصالح عليه و المصالح عنه معلومين ..

قد عرفت ان المعلوميه و لو فى الجملة كافيه فى صحه الصلح فى المصالح عليه و المصالح عنه سواء كانا محتاجين للقبض و التسليم أم لا- نعم الجهاله المطلقه مانعه فلو صالحه على ان يعطيه و لم يعين جنسه أو مقداره بطل لان الصلح شرع لحسم ماده النزاع و مثل هذا الصلح مما يمدها و يزيدها، و لكن لو قال بدراهم بين العشره و العشرين صح و ان كانت لا تصح فى البيع و نحوه.

الباب الثالث في (المصالح عنه

اشاره

و يشتمل على فصلين)

الفصل الأول في (الصلح عن الأعيان)

ماده (١٥٤٨) ان وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع

فكما يجرى فيه خيار العيب و الرؤيه و الشرط تجرى دعوى الشفعه ..

عرفت ان الأصح هو ان الصلح عقد مستقل حتى في الموضوع الذي يفيد فائده البيع أو الإجاره و اشتراك عقدين في نتيجه واحده لا- يقتضى تساويهما في الاحكام و كان حق المقام بناء على كون المصالحه بين المالين بيعا ان تقول المجله انه يجرى خيار المجلس و نحوه مما يختص بالبيع اما خيار العيب و الشرط فهي من الخيارات العامه و تجرى في الصلح سواء كان بيعا أو مستقلا و على كل فالحق ان الاحكام الخاصه بالبيع كالشفعه و خيار المجلس لا تجرى

فى الصلح و لا ینافى هذا انه لو ظهر البدل مستحقا یرجع المصالح له على المصالح بعوضه ان كان کلیا فإنه من الأحكام العامه و یبطل الصلح ان كان العوض شخصا فتدبره جيدا، و من هنا تعرف وجه النظر فى ماده (١٥٤٩) ان وقع الصلح عن الإقرار على المنفعه فى دعوى المال فهو فى حکم الإجاره،، یعنی لو ادعى علیه مالا و أقر به ثم صالحه عنه على سكنى سنه مثلا فى داره كانت اجاره و لكن لا- ثمره هنا بین الإجاره و الصلح فافهم ماده (١٥٥٠) الصلح عن الإنكار أو السكوت هو فى حق المدعى معاوضه و فى حق المدعى علیه خلاص من اليمين و فداء،، الأصح أنه معاوضه فى حقهما معا غايته ان المعوض من جهه المدعى هو حق اليمين و الاستحلاف و العوض من جهه المدعى علیه مال أو عقار يدفع به اليمين عن نفسه، بناء علیه لا تجرى الشفعه فيه مطلقا اما لو ظهر مستحقا فالحکم ما عرفت من البطلان فى الشخصى و الرجوع فى الكلى فتدبره جيدا

ماده (١٥٥١) لو ادعى أحد مالا معينا كالروضه و صالح على مقدار منها،،

هذا من الموارد التى يكون الصلح فيها مفيدا فائده الإبراء و الإسقاط یعنی ان المدعى أسقط دعوى بعضها، و رضى ببعض منها و صالحه على ذلك و هو أيضا من قبيل الصلح بلا عوض مالى أو مادى و منه يعلم تمام الكلام فى المواد الأربع المذكوره فى.

الفصل الثانى فى بيان الصلح عن الدين اى الطلب و سائر الحقوق

فان جميعها مبنيه على قضيه الإسقاط و الإبراء و الصلح بلا عوض خارجى

الباب الرابع فى بيان احكام الصلح و الإبراء

اشاره

و يشتمل على فصلين

الفصل الأول فى بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصلح

ماده «١٥٥٦» إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع،، عرفت ان الصلح عقد لازم حتى فيما لو أفاد فائده العقود الجائزه كما لو صالحه على العاربه أو المضاربه أو الهبه لم يكن لأحدهما

الفسخ نعم يصح فيه التقييل برضاهما كما يصح في البيع لأن الحق لهما و لكن الصلح في موضع الاسقاط و الإبراء لا معنى للتقييل فيه كما نبهت عليه ماده «١٥٥٨» ان كان الصلح في حكم المعاوضه إلى آخرها ثم ان من شأن العقود اللانزمه عدم البطلان بالموت كما في ماده (١٥٥٧) كما ان مقتضى اللزوم انه لو صالحه عن دعواه سقط حق المطالبه باليمين طبعاً و عليه ماده (١٥٥٩) و قد ظهر مما سبق تمام الكلام في ماده (١٥٦٠) و حاصلها ان المال المصالح به إذا ظهر مستحقاً فان كان كلياً في الذمه و دفع المصداق فظهر انه مستحق فلا يدخل على الصلح خلل بل يبدله بمصداق آخر و ان كان شخصياً متعينا بطل.

الفصل الثاني في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الإبراء

ماده (١٥٦١) إذا قال أحد ليس لى مع فلان نزاع و لا دعوى الى آخرها،،، حقيقه الإبراء هو إسقاط مال أو حق مالى لشخص على آخر و هو إيقاع لا عقد فلا يحتاج إلى إيجاب و قبول إلا إذا كان بطريق الصلح فإذا سقط لا يعود فلا موضع فيه للفسخ و الإقاله كما في ماده

(١٥٦٢) إذا أبرأ أحد آخر الى آخرها و هو انما يتعلق بحق ثابت فلا يشتمل ما يثبت بعد ذلك كما فى ماده (١٥٦٣) ليس للإبراء شمول لما بعده،، ثم ان إسقاط الدعوى انما يصح لأنها حق مالى اما لو لم ترجع الى مال كدعوى حق القذف أو حق الغيبه فيشكل سقوطه بالإسقاط كما يشكل المصالحه عليه بالمال نعم يظهر من بعض الاخبار سقوط حق الغيبه بالإسقاط و براءه ذمه المستغيب بإبراء المستغاب فليراجع، و لا ريب ان الإبراء يكون عاما و يكون خاصا على حسب تقييد المبرئ كما فى ماده (١٥٦٥) و التى قبلها (١٥٦٤) و باقى مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فيها سوى ماده (١٥٧٠) إذا أبرأ الذى فى مرض الموت أحد ورثته من دينه فلا- يكون صحيحا و نافذا و اما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله فإنه عجيب و غريب و حكم معكوس فان القريب و هو الوارث اولى من الأ-جنبى بالاحتساب عليه من الثلث هذا لو قلنا بان منجزات المريض من الثلث اما لو قلنا بأنها من الأصل فلا- إشكال فى الصحه و النفوذ مطلقا (و الخلاصه) انه لو أبرأ المريض مدينه وارثا أو غيره صح من الأصل مطلقا على القول بان منجزاته من الأصل و يصح من الثلث على القول الآخر مطلقا أيضا بل فى الصوره الأولى أولى.

ص: ٤٦

الكتاب الثالث عشر (فى الإقرار)

أشاره

الباب الأول فى (بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه)

اشاره

ماده (١٥٧٢)

الإقرار:

هو اخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، عرف فقهاؤنا الإقرار بأنه اخبار عن حق سابق لا يقتضى تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه و أخصر منه انه اخبار عن حق ثابت- لإخراج الاخبار عن حق يثبت كالأخبار بأنه سوف يملكه فإنه وعد لا يجب الوفاء به فقها و ان وجب أخلاقا، ثم ان من أحكام الإسلام الضروريه نفوذ الإقرار و لزومه على المقر و لكن بعد استجماع الشرائط فى المقر، و المقر له، و المقر به، و صيغه الإقرار و يتضح أكثر هذه الاعتبارات و الملاحظات من المواد الآتية، أما شرائط المقر فهى كما فى ماده (١٥٧٣) يشترط ان يكون عاقلا- بالغا- الى قولها: و لكن الصغير المميز المأذون فى حكم البالغ فى الخصوصيات المأذون بها:

الوصيه و الصدقه و نحوها من أبواب المعروف و ان لم يكن مأذونا و لازم هذا نفوذ إقراره فيها لقاعده (من ملك شيئا ملك الإقرار به) كما انه لو كان مأذونا من الولي في بيع أو شراء و نحوهما نفذ إقراره فيها أيضا و اليه إشاره (المجله) و أقوى شروط نفوذ الإقرار كونه صادرا عن رغبه و اختيار، فلو كان مكرها على إقراره لم يكن له اثر كما نصت عليه ماده (١٥٧٥) يشترط في الإقرار رضا المقر،، و ان لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس كما في ماده (١٥٧٦) ان لا يكون المقر محجورا الي آخرها.

و كذا يشترط ان يكون المقر به محتمل الوقوع عاده فلو قال الفقير المعدم استقرض من مثله الف دينار بطل هذا الإقرار، و مثله ما لو أقر بالبلوغ و جسده لا يساعد على ذلك كما في ماده (١٥٧٧) يشترط ان لا يكذب ظاهر الحال الإقرار،، و لم تتعرض المجله لبقية أحكام الإقرار بالبلوغ كما لم تتعرض لشيء من أحكام الإقرار بالنسب مع انهما من أمهات مباحث الإقرار و قد استوفى فقهاؤنا أحكام كل منهما مفصلا و نحن نتعرض لكل واحد منهما موجزا فنقول: ذكر بعض فقهاءنا ان الصبي أو الصبيه لو أقر بأنه بالغ فان ادعاه بالاحتلام قبل منه بلا يمين و الا لزم الدور، و دفعه بان البلوغ موقوف على اليمين و اليمين موقوف على إمكان البلوغ غير تام، و ان ادعاه بالإنبات توقف على الاختبار و ان ادعاه بالسن توقف على البيئه (و تحرير) هذا البحث بما هو امتن و ارضن يستدعى تمهيد

مقدمتين قبلا (الاولى) ان الدليل الذى يعتمد عليه فى أصل حجيه الإقرار هو النبوى المشهور (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) مضافا الى إشعار جمله من الآيات المجيده: كونوا قوامين بالقسط شهداء بالحق و لو على أنفسكم) و مقتضى إطلاق النبوى المزبور ان المدار فى الإقرار هو العقل لا- البلوغ فلو أقر العاقل اى الرشيد المميز بشىء نفذ إقراره و ان لم يكن بالغاً و نسبه الدليل المزبور إلى أدله رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ و عدم ترتيب اثر على تصرفاته و ان كان هى العموم من وجه فيتعارضان فى الصبى العاقل و لكن لا- يبعد ان الترجيح لدليل الإقرار فيخصص به عموم رفع القلم و ذلك لوجوه أقواها ان تعليق الجواز على العقل بأنه هو الملاك فان العاقل لا يعترف بما يضره كاذبا فيكون له مثل نظر الحكومه على الأدله و مفاده ان إقرار العاقل نافذ عليه بالغاً كان أو غير بالغ (الثانيه) ان الاحكام التى تنفذ بالإقرار على المقر هى التى على لا التى له فلو أقر الصبى بالبلوغ ترتب عليه وجوب الصوم و الصلاه و النفقات و الزكاه و نحوها دون التى له كأخذ أمواله من الولى و صحه نكاحه و بيعه و شرائه و نحوها فان البلوغ بالنسبه الى هذه الآثار دعوى منه تحتاج إلى إثبات و لا فرق فى ذلك بين الاستناد الى الاحتلام أو السن أو الإنبات، نعم فى دعوى البلوغ بالاحتلام يمكن ان لا- يكلف بالبينه لأنه من الأمور التى يعسر اطلاع الغير عليها و لكن يجرى مثل هذا فى السن أيضا فإنه يعسر إقامة البينه عليه

غالباً فيلزم تصديقه أيضاً و لكن التصديق بمجرد الدعوى مشكل و اليمين دورى، و الأولى إناطه قبول مثل هذا الإقرار أو الدعوى الى نظر حاكم الشرع فى القضايا الشخصية و ما يستنبطه من قرائن الأحوال فتدبره و اغتمه (أما الإقرار بالنسب) فيعتبر فيه مضافاً الى الشرائط العامه فى مطلق الإقرار عده أمور (١) ان يكون ما أقر به ممكناً عاده و لا يكذبه الحس فلو أقر بولد هو أكبر سناً منه أو مساوياً أو أقل بمقدار لا يمكن تولده منه لغا الإقرار (٢) ان لا يكذبه الشرع فلو أقر بولد ثابت تولده من غيره ببينه أو شياح أو نحو ذلك لغا أيضاً (٣) ان لا يدعيه من يمكن لحوقه به فان الولد لا يلحق بأحدهما إلا بالبينه و مع التعارض فالقرعه (٤) تصديق المقر به ان كان بالغاً عاقلاً حياً، و يسقط فى الصغير و المجنون و الميت فلو أقر ببنيه واحد منهم ثبت فى حق المقر و حق أقربائه و لا يسمع إنكاره بعد البلوغ و لا المجنون بعد صحته على المشهور نعم الحكم مقصور على ولد الصلب فلا يسرى الى ولد الولد و الى الأب فلا يتعدى الى الأم و كل إقرار بنسب يلزم فيه التصديق سوى الثلاثه المتقدمه و لو تصادق كبيران على نسب صح و توارثا و لا يتعدى الى غيرهما إلا فى الولد الكبير فيتعدى إلى أقاربه على المشهور، ثم ان الأصحاب فرعوا على الإقرار بالنسب فروعاً خطيره و كثيره لا مجال لذكرها هنا فلتطلب من مواضعها

ماده (١٥٧٨) يشترط ان لا يكون المقر به مجهولاً بجهاله فاحشه إلخ.

□

هذا باب الإقرار بالمجهول و المبهم و فقهاؤنا رضوان الله عليهم حرروها أحسن تحرير، و خلاصته بتقريح منا أن الإبهام اما ان يكون فى المقر له أو فى المقر به و على «الأول» فاما ان يكون مرددا بين افراد محصوره فيلزم المقر بالتعيين فان عين و الا بحبس حتى يعين، و اما ان يتردد بين افراد غير محصوره كما لو قال لأحد أهالى هذه البلده على دين و فيها خلق كثير لغا هذا الإقرار و لم يكن له أى أثر (و فى الثانى) يلزم بالتفسير أيضا فإن فسره بما له مالىه يقبل منه و لو قليلا و الا بحبس حتى يعين، و لو أبهم المقر له ثم عينه فى شخص دفع له المال المقر به فان ادعاه آخر حلف المقر و الا أخذه المدعى بنكول المقر أو بالبينه، و لو عينه فى شخصين اقتسماه و ان ادعى أحدهما اختصاصه به حلف المقر انه لهما و ان نكل أخذه مدعى الاختصاص كما لو أقام البينه و ان أقر به لهما و اختلفا فادعى كل منهما الاختصاص و انه له حلف المقر انه ليس له فان نكل عن يمين أحدهما اختص؟؟؟؟ حلف لهما معا اى حلف بأنه غير مختص بأحدهما اقتسماه و من هنا يستبين لك الخلل فيما ذكرته المجله فى آخر هذه ماده بقولها: و ان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فان نكل عن يمين الاثنين يكون المال مشتركاً بينهما و ان نكل عن يمين أحدهما يكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه و ان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما و يبقى المال المقر به فى يده (انتهى) و وجه الفساد فيه واضح فإنه إذا حلف للاثنين فاما ان

يحلّف انه غير مختص بأحدهما بل مشترك فاللازم ان يقتسماه كما ذكرنا و ان حلّف انه ليس لهذا حق فيه و لا للآخر فهذا إنكار بعد الإقرار و من قبيل تعقيب الإقرار بما ينافيه فيلزم بإقراره الأول انه لهما و على كل تقديره فلا وجه للحكم بإبقائه في يده بل ان حلّف لهما أو نكل فالمال مشترك بينهما أخذا بإقراره المتقدم نعم لو حلّف لأحدهما و نكل عن الآخر اختص به الذي لم يحلّف له على تأمل فيه أيضا

الباب الثانى فى (بيان وجوه صحه الإقرار)

(١٥٧٩) كما يصح إقرار المعلوم كذلك يصح إقرار المجهول أيضا و لكن كون المقر به مجهولا الى آخرها،،

الإقرار بمجهول لا- تصح الجهالة فيه كالبيع و الإجاره و نحوهما هو أيضا من افراد الإقرار بمبهم يلزم المقر بتفسيره لا انه يلغو تماما كما تقول المجله، فلو قال اشتريت هذه الدار من زيد بثمان لم أدفعه ألزمه الحاكم ببيان مقدار الثمن أو يأتى البائع بينه على المقدار الذى يدعيه فيلزم المقر به فان لم تكن بينه و امتنع عن البيان بحبس أو تنزع الدار من يده كل ذلك بمراجعته الحاكم الشرعى و تقريره، و ما أدرى إذا أقر بالبيع و الشراء لما ذا لا يجبر على بيان الثمن و إذا أقر بالسرقه أو الأمانه يجبر على بيان الامانه المجهوله و المال المسروق؟ و لما ذا اختلف الحكم مع وحده الملاك؟ و اما لو قال بعت لفلان شيئا أو استأجرت

منه فإنما لا يصح إقراره و يلغو حيث لا تكون خصومه اما إذا ادعاء المقر له فاللازم ان يلزمه الحاكم بتفسيره أيضا لا محاله

ماده (١٥٨٠) لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له و لكن يكون مردودا برده الى الآخر،،

الإقرار اما ان يكون بعين أو بدين اى كلى فى الذمه فإن كان بعين و لم ينكرها المقر له أخذها طبعاً و ان أنكرها لم تدخل فى ملكه و تنزع من يد المقر لا-عترافه بأنها ليست له و تصير مجهوله المالك مرجعها الحاكم الشرع، و ان أقر بدين لشخص فان صدقه أخذه و ان أكذبه سقط الدين و لم يكن لإقراره أثر نعم إذا كان المقر يعتقد فيما بينه و بين ربه انه مديون لذلك الشخص و انما أنكره لجهله أو نسيانه فالواجب عليه ان يدسه فى أمواله فان لم يوصله فى حياته دفعه الى ورثته بعد مماته و لو دفعه لحاكم الشرع مع شرح الحال له برأت ذمته، و قول المجله انه مردود برده على إطلاقه غير صحيح

ماده (١٥٨١) إذا اختلف المقر و المقر له فى سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعا لصحة الإقرار) إلخ،،

يختلف الحكم هنا باختلاف عباره المقر و أسلوب البيان فيها فلو قال لك على الف هى ثمن المبيع فقال المقر له بل هى قرض لى عليك لزمه الالف و لا يقدرح الاختلاف فى السبب بينهما، اما لو قال ابتعت منك كتابا و فى ذمتى لك ألف هى ثمنه فقال لا ما بعتك شيئا و لكنى أقرضتك ألفا فيمكن ان يقال هنا ان المقر له لا حق له فى

إلزام المقر بالألف- فان الألف التي اعترف بها المقر أنكراها و القرض بالألف دعوى يدعيها يحتاج إلى إثباتها غاية ان المقر ملزوم فيما بينه و بين ربه ان يدفع الألف إلى حسب اعتقاده و لو بان يدسها في أمواله أو يدفعها له بعنوان الهدية ظاهرا! فقول المجله:

فلا- يكون اختلافهما هذا مانعا من صحه الإقرار- على إطلاقه غير صحيح (١٥٨٢) طلب الصلح عن مال يكون بمعنى الإقرار بذلك المال و اما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون بمعنى الإقرار بذلك المال الى آخرها،، ما ذكر في هذه المادة قوى متين كالمتكرر في ماده (١٥٨٣) إذا طلب أحد شراء المال في يده من آخر- يكون قد أقر بعدم كون المال له،، فإنه و ان لم يصرح بان المال ليس له و لكنه من قبيل ما يقال: الكنايه أبلغ من التصريح و قد تكون الدلاله على الشىء بلازمه أدل عليه من الدلاله عليه بنفسه فليتدبر،، ماده (١٥٨٤) الإقرار الذى علق بالشرط باطل الى آخرها،، ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم انه لو علق الإقرار على شرط بطل فلو قال لك في ذمتى ألف ان شئت أو ان شاء زيد أو ان شاء الله كان الإقرار فى الجميع لغوا إلا فى الأخير إذا قصد محض التبرك و العاده، ثم اختلفوا فى مثل: لك على الف ان شهد زيد، أو ان شهد زيد بالألف فهو صادق، و الأقوال فى مثل هذا الفرع أو الفرض ثلاثه (١) الصحه مطلقا نظرا الى ان الإقرار إخبار جازم عن حق لازم فى السابق و الحق

لو لم يكن ثابتاً في السابق لا تصيره شهادته زيد ثابتاً فهو إذا ثابت باعترافه شاهد زيد أم لم يشهد و حاصله الأخذ بالإقرار و إلغاء قيده نظير تعقيب الإقرار بما ينافيه كما سيأتى (٢) يلزم بإقراره ان شاهد زيد لأنه إقرار على هذا التقدير و فساده واضح يظهر من سابقه (٣) البطلان مطلقاً و لعله الأصح ضروره ان الإقرار إخبار جازم و مع التعليق لا جزم فلا إقرار و لعله قصد بتلك الجملة شبه التعليق على المحال لا اعتقاده ان زيدا لا يشهد ابداً و لا يقدر بهذا شهادته بعد لو شهد فتدبره ثم يظهر من بعضهم الاتفاق على صحة الإقرار لو علقه على أمر محقق الوقوع كأول الشهر و طلوع الشمس غداً و أمثال ذلك و لعل وجهه عندهم انه باعتبار كونه محقق الوقوع فلا تعليق حقيقه إذ التعليق الحقيقى انما يكون على أمر يحتمل وقوعه و يحتمل عدمه لا على الأمر الواقع لا محاله، و يندفع هذا بان تحقق الوقوع لا ينافى التعليق ضروره انه من الأمور القصديه فلو قصد ان اعترافى بالحق معلق على هذا الأمر المحقق اى عند وقوعه أكون مقرا اما فعلا- فلست بمقر كان هذا هو التعليق بعينه و حقيقته، نعم لو ظهر منه بقرينه حال أو مقال يريد انه معترف فعلا بألف له مثلاً و لكن وقت استحقاقها و دفعها أول الشهر أو عند طلوع الشمس صح ذلك و الزم بأدائه فى ذلك الوقت اما لو خلا- من القرينه فهو باطل، و على فرض قيام القرينه و الحكم بالصحة فإنما يصح فى مثل له على الف أول الشهر لا فى المثال الذى ذكرته المجله و هو: ان اتى ابتداء الشهر الفلانى فإنى مديون لك بكذا

فإنه باطل لا محاله لأن المديونيه لا معنى لتأجيلها إلى أول الشهر بل المعقول ان تكون المديونيه فعلا و استحقاق الدفع يكون أول الشهر اما لو نصبت قرينه على اراده ذلك فالعبره حينئذ بها لا بهذا اللفظ فإنه مبائن لذلك المعنى و أجنبى عنه تماما فإنه إقرار فاسد و لفظ مختل فتدبره و اغتتمه.

ماده «١٥٨٥» الإقرار بالمشاع صحيح الى آخرها.

لا ريب أن الإشاعه لا تمنع من صحه الإقرار و لكن قيد: ثم توفى المقر قبل الإقرار و التسليم- قيد توضيحي و محقق للموضوع إذ بعد الإقرار و التسليم قد انتهى كل شىء فتدبره

ماده (١٥٨٦) إقرار الأخرس بإشارته المعهوده معتبر

و لكن إقرار الناطق بإشارته لا تعتبر مثلا لو قال للناطق الى آخرها.

إما إشاره الأخرس فلا إشكال فى أنها تقوم مقام كلامه فى كل مقام مع الإفهام، إما إشاره المتمكن من الكلام فظاهر أصحابنا عدم الاكتفاء بها فى العقود و لا سيما فى عقود المعاوضات أو المغابنات و كذا فى الإيقاعات كالطلاق و العتق و نحوهما، أما الإقرار فحيث انه خارج عن القسمين لانه من نوع الاخبار لا الإنشاء و لذا صرح بعض فقهاءنا الأساطين بأنه لا يختص بلفظ و يصح بالإشاره المعلومه و يظهر منه الاتفاق عليه عندنا و وجهه واضح فإنه لو سئل هل لفلان عليك دين بألف فخفض رأسه مشيرا به عن قوله نعم بحيث علم ذلك منه أو حصل الاطمئنان العادى صدق عرفا انه أقر بألف و يشمله

عموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و العجب من أرباب المجله حيث اکتفوا بالإشاره و الكتابه فى جمله من العقود كما مر عليك الأجزاء المتقدمه و لم يكتفوا بها هنا مع أنها أولى بالصحه و أحق لوجه لا تختفى على المتأمل فليتدبر.

الباب الثالث فى بيان أحكام الإقرار،

إشاره

و يشتمل على ثلاثه فصول

الفصل الأول فى بيان الأحكام العموميه

ماده (١٥٨٧) يلزم الرجل بإقراره

- و لكن إذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لإقراره حكم و هو انه إلى آخرها.

هذه ماده مضافا الى تعقيدها عباره مختلفه معنى و حكما، و حاصلها ان إقرار المرء نافذ عليه الا إذا حكم الحاكم بما يخالف إقراره فلو ان إنسانا بيده عين أقر أنه اشتراها من زيد و هى له فادعاها شخص و اثبت عند الحاكم انها له دفعت الى الشخص المحكوم له و رجع

على البائع بئمنه و لا- يلزم بإقرار انها له لأن إقراره بطل بحكم الحاكم،، و هاهنا موضع الوهم فان المرء مؤاخذ بإقراره و حكم الحاكم لا ينفذ عليه لانه خارج عن الدعوى فلا هو مدع و لا مدعى عليه و هو يعتقد بعدم صحه حكم الحاكم فالواجب عليه ظاهرا و واقعا ان بمضى على اعتقاده و لا يرجع بالثمن على البائع كما لو غصب العين منه غاصب أو تلفت بأحد أنواع التلف و البائع قد خرج عن العقده بتسليم العين إلى المشتري المقر انها ملك البائع و ان الحاكم قد اشتبه في حكمه فما معنى الرجوع! نعم لو حكم الحاكم و أخذت من البائع قبل تسليمها إلى المشتري يفسخ البيع قهرا لعدم قدره البائع على التسليم قهرا و المانع الشرعى كالمانع العقلى و كذا لو سلمها و قصر في الدفاع عنها أو اعترف للمدعى انها له لانه قد سبب الإتلاف و لكنه هنا يضمن البدل مثلا أو قيمه لا الثمن فتدبره جيدا فإنه من التحقيقات الثمينه.

ماده (١٥٨٨) لا يصح الرجوع عن الإقرار فى حقوق العباد،،،

هذا غنى عن البيان إذ لا- معنى لنفوذ الإقرار إلا- عدم قبول الإنكار و الا كان وجوده كعدمه نعم لو أبدى المقر وجهاً معقولاً لإقراره و انه أخبر بخلاف الواقع لغرض مقبول يحلف على ذلك و يبطل اقرأه، كما لو أقر بالبيع و قبض الثمن لأجل تسجيل الشهود فى الورقه (و هو المعوف برسم القبالة) و كان إقراره قبل القبض لا تمام

الورقه و قبض الثمن بعد دفعها ففى مثل هذا لا يلزم بإقراره و يقبل إنكاره بيمينه و نظيره ما فى ماده (١٥٨٩) إذا ادعى أحد كونه كاذبا فى إقراره- يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا الى آخرها.

و لكن المتجه يمين المقر لا المقر له ضروره ان المقر له هو يدعى التسليم و الإقباض لما تضمنه السند من الدين و المقر منكر فعليه اليمين على القاعده المشهوره من ان اليمين على من أنكر فليتدبر.

ماده (١٥٩٠) إذا أقر أحد لآخر الى آخرها،،

وجهها واضح فان المقر الأول أقر للثانى لا الثالث فلا سبيل للثالث الذى أقر له الثانى على المقر الأول.

الفصل الثانى فى بيان فى الملك المستعار

ماده «١٥٩١» إذا أضاف المقر به الى نفسه فى إقراره يكون قد وهبه للمقر له الى آخرها، هذه ماده على ما فيها من التطويل الممل و التعقيد المخل، واهيه المعنى و المبنى، و حاصلها- ان المقر إذا قال أموالى التى بيدى هى لفلان يحمل كلامه هذا على إرادته هبه أمواله إلى فلان و يلزمه تسليمها له و ان قال كافه الأموال المنسوبه لى هى

لفلان كان ذلك إقراراً بأنها لفلان يختص ذلك بالأموال الموجوده لا المتجدده فى الصورتين هذا كل ما هذه المادة التى تزيد على صفحه و كلها تكرير أمثله لا حاجه إليها، و تحرير هذا الموضوع و ما يتشعب على أصله من الفروع - انه لو أقر لغيره بعين أو بمال و لم يصفه الى نفسه فهو إقرار صحيح اتفاقاً و لا حاجه الى ذكره و التعرض له أصلاً إنما الكلام و البحث فيما لو أقر لغيره بعين أضافها إلى نفسه فقال دارى أو أموالى لفلان و هذا الفرع محرر فى كلمات فقهاءنا رضوان الله عليهم و يظهر من الشهيد الثانى فى روضته نسبه بطلان مثل هذا الإقرار إلى المشهور لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين على مال واحد و الإقرار يقتضى سبق ملك المقر له على وقت الإقرار فيجتمع النقيضان ثم قال: و الأقوى الصحة لأن التناقض انما يتحقق مع ثبوت الملك لهما فى نفس الأمر اما ثبوت أحدهما ظاهراً و الآخر فى نفس الأمر فلا و نسبته الى نفسه يحمل على الظاهر فإنه المطابق لحكم الإقرار إذ لا - بدّ فيه من كون المقر به تحت يد المقر و يقتضى ظاهراً كونه ملكاً لهو الإضافة يكفى فيها أدنى ملبسه مثل لا تخرجوهن من بيوتهن و كوكب الخرقاء و لا - ينافية إقراره بأنه للغير واقعا و الحمل على الإقرار الصحيح يقتضى ذلك و يكون قرينه عليه لو لم يكن الكلام دالا عليه بنفسه انتهى ملخصاً، و هذه المناظره كما تراها قويه جدا و القول بالصحة من جهتها متعين.

اما - ما ذكرته المجله من انه هبه فهو من التخاليط أو الاغاليط

المتوفره فى هذا الكتاب فإن الهبه إنشاء و الإقرار اخبار، و الإنشاء و الاخبار على طرفى نقيض و حينئذ فحق الكلام فى المقام ان يقال انه إذا قال دارى أو مالى لفلان فإن ظهر منه بقرينه الحال أو المقال انه يريد إنشاء الهبه و التمليك كان هبه و هى متفرعه على ملكيته أى ملكيه الواهب الحقيقه لا- الصوريه كما فى الإقرار الذى هو ضد الهبه و إذا صار هبه فالتسليم غير لازم بل بعد التسليم تصير لازمه كما عرفت فى محله من ان الهبه قبل القبض ليس لها أى أثر، و ان لم يظهر انه فى مقام الإنشاء يحمل الكلام على الإقرار بالمعنى الذى سبق و بالتوجيه الذى أفاده الشهيد قدس سره و نسب الى الشهيد الأول أعلى الله درجته الفرق بين قوله ملكى لفلان و دارى لفلان فحكم بالبطلان فى الأول و توقف فى الثانى و قوى عدم الفرق و هو الحق فتدبره، و بقيه مواد هذا الفصل واضحه.

الفصل الثالث فى بيان إقرار المريض

إشاره

يعنى المريض بمرض الموت و هو الذى مات فيه المقر أو الموصى مطلقا فلو أقر أو اوصى فى مرض يموت الإنسان فيه غالبا ثم برئ و لم يمت به لم يجر عليه شىء من تلك الاحكام كما فى ماده (١٥٩٧)

إذا فلا- صححه لتعريفه بما فى المجله ماده (١٥٩٥) مرض الموت هو الذى يخاف فيه الموت فى الأكثر الذى يعجز المريض فيه عن رؤيه مصالحه الخارجه عن داره ان كان من الذكور و يعجز عن رؤيه المصالح الداخله فيداره ان كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنه الى آخرها.

و كل هذه القيود و البنود لا- حاجه إليها و لا عبره بها بل المراد بمرض الموت كما عرفت- المرض الذى مات فيه قبل سنه أو بعدها عجز عن مصالحي بيته أو لم يعجز مات قبل سنه أو بعدها، و على كل فالتصرفات الماليه من المريض لو مات فى مرضه لا يخلو اما ان تكون منجزه أو معلقه على الموت فالمعلقه على الموت هى الوصيه فإن حقيقتها انها تمليك مجاني بعد الموت و لا تنفذ الا- بمقدار الثلث فلو زادت توقفت على اجازة الورثه اما المنجزه فنوعان (معاوضه بضمن المثل) كبيع شىء بضمنه أو إجاره كذلك و هو نافذ إجماعا (و محاباتي) كهبه أو وقف أو عتق أو بيع أو إجاره بأقل من ثمن المثل و هذا أيضا لا إشكال فى نفوذه انما الخلاف فى انه ينفذ من الأصل و يخرج الثلث من الباقي أو انه يخرج من الثلث فان زاد توقف على الإجازة كالوصيه،، المشهور بين المتقدمين هو الثانى و انعقدت الشهره بين المتأخرين على الأول و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار و لا يبعد ترجيح الأصل المتضمنه ان الإنسان أحق بماله ما دام فى بدنه روح، هذا كله فيتصرفات المريض من بيع و عتق و هبه يعنى عقود

المجانيات أو المغابنات اما اقرارات المريض بمرض الموت كما لو أقر انه باع داره قبلا أو انه مديون أريد بألف و أمثال ذلك لأجنى أو وارث ففيه أقوال أصحابها عند جماعه انه مع التهمه اى غلبه الظن بأن إقرار خلاف الواقع و انه انما يريد تخصيص المقر له بالمال المقر به حيث تشهد قرائن الأحوال بذلك كما لو أقر لزوجته الحظيه عنده أو ولده العزيز و أمثال هذا فحيث يخرج من الثلث و الا فمن الأصل و موضع الخدشه فيه لا يخفى فان حمله على الوصيه التى هى إنشاء تمليك و الإقرار إخبار حمل للكلام على ضد معناه و لو قيل ان فرض الكلام فيما لو قامت القرينه قلنا ان القرينه لو قامت فإنما تقوم على اراده التمليك الحالى المنجز لا-المعلق على الموت فى الثلث فجعله منجزا فى الثلث قول بلا دليل فاما وجه له و لا فرق فى هذا بين ان يكون له وارث غير الزوجه أو لها وارث غير الزوج أو لا يكون فلا وجه لما فى ماده (١٥٩٦) إقرار من لم يكن له وارث الى قولها: يعتبر انه نوع وصيه، و قد عرفت تبين الوصيه مع الإقرار فكيف يحمل أحدهما على الآخر و قول أصحابنا أقرب الى التعقل حيث حملوه على الوصيه و انه يخرج من الثلث مع التهمه فجعلوا التهمه كقرينه على اراده التمليك المجانى المنجز و لكن حيث ان منجزات المريض المحاباته تخرج عندهم من الثلث كانت كالوصيه و يدل على هذا اى الخروج من الثلث مع التهمه اخبار تصلح للحجيه (و الخلاصه)

على هذا ان الإقرار مع التهمه من الثلث و بدونها من الأصل و لا- ينافيه اختيار ان المنجزات من الأصل إذ لا مانع من ان يكون للإقرار حكم خاص فى مرض الموت.

ماده «١٥٩٨» إذا أقر أحد فى مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفا على إجازة باقى الورثه.

قد ظهر لك مما سبق انه لا توقف على الإجازة إلا مع زياده المقر به على الثلث و تحقق التهمه اما لو نقصت عن الثلث أو زادت و لا- تهمه فلا حاجه الى اجازة الورثه بل يلزم العمل بإقراره أجازوا أم لا و لا فرق فى هذا بين كون الإقرار للوارث أو لغيره و لا بين الامانه و غيرها و لا- بين أمانته عند الوارث أو أمانه الوارث و كل ما ذكر فى هذه الماده فضله من الكلام نعم الجديد أو المفيد فيها ان الورثه إذا صدقوا فى حياه المقر ليس لهم الرجوع و هذا صحيح و لكن التقييد فى الحياه لا- وجه له فإنهم لو صدقوه بعد موته أيضا لا رجوع لهم.

ماده «١٥٩٩» المراد من الوارث فى هذا المبحث هو الذى كان وارثا للمريض وقت وفاته- الى آخرها.

حاصله ان المدار فى الوارث على الوارث وقت الإقرار لا- وقت الموت فإذا أقر فى مرضه لأجنيبه ثم تزوجها قبل الموت يكون إقراره لها نافذا لأنها لم تكن وارثه وقت الإقرار، اما لو كان سبب الإرث قديما كما لو أقر لأخيه فى المرض و للمقر اين مات قبل أبيه و صار الميراث للأخ لا ينفذ الإقرار لأن سبب الإرث و هو الاخوه قديم اى

حاصل وقت الإقرار، و كل هذا تحكم و تحرض لا دليل عليه و لكن حيث ان هذا الحكم اعنى عدم نفوذ الإقرار للوارث إلا بإجازة باقى الورثه ساقط عندنا من أصله فلا داعى لإطاله البحث فيه و الأصح فى نظائره على الوارث حال الموت لا حال الإقرار فليتدبر.

و على هذا الملاك بنى ما فى ماده «١٦٠٠» إقرار المريض حال مرض موته بالإسناد إلى زمان الصحة فى حكم الإقرار فى زمان المرض الى آخرها.

فان المدار فى الإقرار ملاحظه حاله لا حال الصحة و هو هنا صحيح و فى الأول عليل.

ماده (١٦٠١) إقرار المريض بعين أو دين لأجنبى يعنى لمن لم يكن وارثه فى مرض موته صحيح الى آخرها.

عرفت ان هذا على إطلاقه ممنوع و انما يصح حيث لا- تهمة أما معها فلا، اما حمل إقراره على الهبه أو الوصيه فقد عرفت ان صيغه الإقرار تأباه لأنه اخبار و هما إنشاء نعم لو قامت القرائن القطعيه على إرادته ذلك نفذ إقراره و لكن من الثلث أو الأصل كل فريق على مختاره.

ماده (١٦٠٢) ديون الصحة مقدمه على ديون المرض

يعنى تقدم الديون التى تعلقت بدمه من كانت تركه غريمه فى حال صحته على الديون التى تعلقت بدمته فى مرض موته بإقراره و هو انه تستوفى ديون الصحة منترکه المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت

فضله- الى آخرها.

موضوع البحث فى هذه المادة هو المدين الذى استغرقت ديونه تركته أو زادت، و حق التحرير فيه انتقال ان من استغرقت ديونه تركته اما ان يكون مفلساً اى حكم الحاكم بحجر أمواله ثم مرض مرض الموت و أقر بعين أو دين أو استقرض بعد الفلاس و مات فلا- إشكال فى ان الغرماء المتقدمين على الحجر يختصون بوفاء ديونهم من التركة فإن زاد شىء فهو للمتأخرين و لا اثر لمرض الموت فى هذا الحكم بل يجرى حتى فى الصحيح إذا حجر عليه و مات أو اقتسم الغرماء أمواله فى حياته فان ديونه المتجدده تبقى فى ذمته و على أمواله المتجدده و لا- يشاركون الغرماء السابقين و اما إذا لم يحجر عليه بحكم الحاكم فتقديم ديون الصحه على ديون المرض الثابته المحققه استحسان محض لا- دليل عليه سواء كان الثبوت بإقراره الخالى من التهمه أو بسبب آخر و سواء كان الإقرار فى زمن الصحه أو المرض و فى مرض الموت أو غيره و سواء كان الإقرار بعين أو دين و بالجمله فالديون بتة كلها سواء فى مرتبه واحده لا فرق بين ما كان منها فى زمن الصحه أو فى زمن المرض بإقرار أو بحجه اخرى، كلها تخرج من التركة ان وقت بها و ان لم تف وزعت على الغرماء بالنسبه كما فى المفلس و لا يخرج من ذلك إلا الإقرار بعين أو دين مع التهمه فتدبره و اغتنامه.

و على الأصل الذى اعتمدوا عليه فى هذه المادة بنوا

ماده «١٦٠٣» إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمه أجنبي

ينظر الى ان هذا الطلب تعلق بذمه الأجنبي حال المرض أو حال الصحة- إلى آخرها.

تحرير هذا البحث ان من أقر بوصول حق له ثبت بتصرف مالى على غيره فلا- يخلو اما ان يكون تصرفه كبيع أو قرض و إقراره معا فى حال الصحة و اما ان يكونا معا حال المرض أو يكون التصرف حال الصحة و الإقرار حال المرض أو العكس أما (الأولى) فلا إشكال فى نفوذ إقراره و لا يتوقف على اجازة الغرماء لو كان له غرماء و لا على غيرهم و اما (الثانية) فقد حكمت المجله فى هذه المادة بأنه يصح إقراره و لكن لا ينفذ فى حق غرماء الصحة ثم فرقت بين هذه و بين الصورة الثالثة فحكمت فيها بصحة الإقرار على كل حال و ان كان له غرماء صحة و ليس لهم ان يقولوا لا نلزم بإقراره هذا، و لعل وجه الفرق عندهم بين الصورتين ان الغرماء عند مرض المديون يتعلق لهم حق فى أمواله فتصرفه بالبيع أو القرض و نحوهما يكون فى متعلق حقهم و إقراره بوصول عوضه اليه موقوف نفوذه على تصديقهم أو قبولهم فلهم ان لا يلتزموا بهذا الإقرار بخلاف الصورة الأولى فإن حق الغرماء فى حال الصحة فى ذمه المديون لا- فى أمواله فينفذ إقراره و لعلك تفتنت الى وجه الخدشه فيه فان المرض إذا كان يوجب تعلق الغرماء فى أموال المديون فاللازم تعلق حقهم حتى لو كان التصرف حال الصحة فإن المدار على الإقرار لا على التصرف بإقراره بوصول الحق

إليه في حال مرضه يوجب النقص عليهم حيث لا- يكون موجودا معلوما و على كل فالتفرقة لا- تخلو من نظر أما (الرابعة) فهي كالأولى واضحة قطعية الصحة لأن التصرف حال المرض المتعقب بالصحة لا يبقى له اثر و ينفذ تصرفه و إقراره إذ المرض الموجب للحجر أو لتعلق حق الغرماء هو مرض الموت لا الذى تعقبته الصحة فليتدبر.

ماده (١٦٠٤) ليس لأحد ان يؤدي دين غرمائه في مرض موته و يبطل حقوق باقيهم،،،

يريدون بهذه المادة معنى قصرت العبارة عن أدائه و هو انه إذا قصرت أموال المريض عن ديونه فليس له ان يدفع لواحد منهم تمام دينه و يجعل النقص و الخسران على الباقيين بل لا بدّ من توزيع النقص على الجميع نعم لو كان في أمواله عين اشتراها و لم يدفع ثمنها فصاحبها أحق بها و له ان يختص فيها كما سبق في محله، اما قولهم في هذه المادة: و لكن له ان يؤدي ثمن المال الذى اشتراه أو القرض الذى استقرضه حال كونه مريضا فهو واضح الضعف لأن الأموال ان كان فيها سعه فله دفع هذا الدين و غيره و ان كانت قاصره تساوى الجميع بها فتدبرها بإمعان و بالله المستعان.

ماده (١٦٠٥) الكفاله بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصلي إلى آخرها.

هذا مبنى على ما تقدم منهم من الحكم الغريب المجازف و هو ان الإقرار للوارث في المرض لا ينفذ و الإقرار للأجنبي نافذ من الثلث

و قد قلنا انه إذا كان النفوذ من الثلث فنفوذه للوارث أولى و الأقربون أولى بالمعروف و الأصل فى هذا عند فقهاء الجمهور النبوى المشهور فى كتاب الوصايا و الفرائض: ان الله قد فرض لكل ذى حق حقه ألا لا وصيه لوارث، و المراد منه على فرض صحته رفع الوجوب لا الجواز كما سيأتى فى محله ان شاء الله.

الباب الرابع فى (بيان الإقرار بالكتابة)

ماده (١٦٠٦) الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان

انظر ماده (٦٩) الكتابه اما ان يحص العلم منها للحاكم أو الشاهد أولا ففى صورته عدم حصول العلم أو الظن المتأخم لا عبره بها قطعا و فى صورته حصول العلم اما ان يحصل العلم بأنها خط فلان و توقيعه فقط من دون ان يحصل العلم بما اشتملت عليه من بيع أو إقرار بدين أو عين أو نحو ذلك أو يحصل العلم بأنها خطه و ان ما فيها حق مطابق للواقع ففى الصوره الأولى أيضا لا عبره بها كالتى قبلها كما لا إشكال فى اعتبارها و العمل عليها فى الصوره الأخيره و من هنا ظهر ان شهاده

الشهود ان هذا خط فلان و توقعه لا تجدى ما لم يشهدوا على نفس الواقعة التى تضمنتها الكتابه و ظهر أيضا عدم صحه إطلاق المجله ان الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان و الفرق بينهما عند أرباب القرائح جدا واضح، فتأمله تجده ان كنت من اهله و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (١٦٠٧) إذا أمر أحد كاتبها هو إقرار حكما بناء عليه لو أمر أحد كاتبها بقوله: اكتب لى سندا- الى آخرها.

هذا خارج عن الإقرار بالكتابه و خلط فى الموضوع فإن الإقرار بالكتابه هو الخالى من لفظ أصلا اما الفرض المذكور فهو إقرار باللسان حقيقه لا- حكما فإنه قال انى مديون (غايته) انه سجل إقراره و أمر بكتبه و هذا لا يخرج عن الإقرار القولى كما هو واضح.

ماده «١٦٠٨» القيود التى هى فى دفاتر التجار المعتمد بها هى من قبيل الإقرار بالكتابه أيضا مثلا لو كان أحد التجار قد قيد فى دفتره إلخ.

هذا ثابت فى المعاملات التجاريه و فى عرف التجار اما عند الشرع و حكام الشرع فالممدار على ما ذكرنا من ان الكتابه إذا لم يحصل منها العلم فلا- اعتماد عليها نعم لا مانع من إرجاع مثل هذه القضايا الى عرف التجار ليحكموا بها فيما بينهم على سبيل التراضى من دون تدخل الشرع فيها، و مما ذكرنا يظهر الحق الصريح و الحكم و الصحيح فى ماده (١٦١٠) إذا أنكر من كتب سندا أو استكتبه و أعطاه ممضى أو محتوما الدين الذى حواه فلا يعتبر إنكاره إلى آخرها.

فإنه انما لا- يعتبر إنكاره إذا كان خطبه و ختمه مشهورا متعارفا لو حصل العلم من خطه بوقوع ما اشتمل عليه الخط اما لو قطعنا بأنه خطه لكن لم يحصل لنا العلم بوقوع البيع منه واقعا مثلا فلا وجه لرد إنكاره ضروره ان الإنسان قد يكتب معامله قبل وقوعها ثم يعدل عنها و ملاك القضييه هنا و فى نظائرها ان الأصل فى المعاملات عندنا انها لا تنعقد إلا بالإشياء اللفظى فلو أنشأ البيع بالكتابة من دون لفظ لم ينعقد البيع و كذا سائر العقود بل و الإيقاعات و مثلها الإقرار غايته انه فى العاجز عن التكلم يكفى الإشاره و كذا غير العاجز فى بعض الموارد التى يصدق عرفا انه أقر كما سبق ذكره اما الكتابه فلم يعتبرها الشرع عندنا و لا العرف، هذا كله مع الأمن من التصنع و التزوير فكيف مع عدمه و إذا لم يثبت الحق بالكتابة رجعت القضييه طبعا الى باب المدعى و المنكر فتدبره و اغتمه، و مما ذكرنا يتضح الكلام فى ماده «١٦١١» إذا اعطى أحد سند دين حال كونه مرسوما الى آخرها، بل هى من قبيل سابقتها و ذكرها تكرر لا فائده فيه كما انك عرفت الحكم فى ماده «١٦١٣» إذا ظهر كيس مملو بالنقود فى تركه أحد محرر عليه بخط الميث ان هذا الكيس مال فلان و هو عندى امانه يأخذه ذلك الرجل من التركه و لا يحتاج إلى إثبات بوجه آخر،، فإنما لا يحتاج إلى الإثبات إذا حصل العلم بالواقع أو الاطمئنان بصحة ما كتب بخطه اما لو لم يحصل العلم بذلك فلا أثر للكتابة و لو علمنا بكونها بخطه و توقيعه و لا سيما مع التهمه،

و الى هنا انتهت مواد

المجمله المتضمنه لأحكام الإقرار الجديره بالاعتبار،

و لكن بقى من مباحثه المهمه بحثان مهمان

اشاره

لم تتعرض المجمله لشيء منها و نحن استيعابا للفائده نذكر موجزا من الباحثين

[البحث الأول] فى الإقرار بالمبهم

اشاره

و هو نوعان-

الإقرار بلفظ مبهم

مثل له على مال أو شىء أو عين أو مال حقير أو خطير أو يسير و إضراب ذلك من المفاهيم العامه المتردده بين القليل و الكثير، و حكم هذا النوع انه يلزم بالتغير فان فسر له بما له ماله و لو قليله قبل منه و ان امتنع عن التفسير أو فسر له بما لا ماله له حبس حتى يبين و لو قال له على حق ثم فسر به بحق العياده أو حق الجوار و نحو ذلك قيل يقبل منه و قيل لا- لان تلك الوجوه و ان أطلق عليها فى الشرع انها حقوق لكن المتبادر عرفا من الحق الحقوق الماليه و الأولى أو الأحوط رعايه المقامات فإنها تختلف باختلاف الأشخاص و الزمان و قرائن الأحوال و المرجع فى أمثال ذلك الى حاكم الشرع الخبير بالعرف و أساليب البيان،

[الثانى] الإقرار بالعدد المبهم

كما لو قال له على كذا درهم بالجر أو بالرفع أو بالنصب أو السكون الزم بواحد فالجر على الإضاافه البيانيه و الرفع على البدليه و النصب على التمييز و السكون على واحد من هذه الوجوه و أشكال باحتمال اراده الجزء فعلى الجر جزء درهم و هكذا فى بقية الحركات و يلزم بتعيين الجزء، و مثل هذا لو قال كذا و كذا درهما، و كذا كذا درهما و قيل فى هذين الإقرارين يلزم بأقل ما يوازنها من الاعداد أيضاً ففى المثال الأول يلزم بواحد و عشرين

درهما و فى الثانى أحد عشر درهما، و يحصل من ضرب صور الإقرارات الثلاثة بأنواع الحركات الأربع اثنى عشر صوراً و الأقوال فيها ثلاثة الحمل على الدرهم أو جزء منه فى الجميع أو الحمل على أقل ما يوازنه من الأعداد كذلك أو إلزامه بالتفسير فيها اجمع، اما حملة على أقل ما يوازنه من الأعداد فهو و ان كان موافقاً لقواعد العربية و لكن العرف لا يعرف ذلك و لا يلتزم به فى استعمالته، فالإزامه بالتفسير فى جميع الإقرارات المبهمة عدداً أو غيره أسد و أسلم.

البحث الثانى (فى تعقيب الإقرار بما ينافيه)

و هو أيضاً نوعان [الأول] التعقيب بالاستثناء و له صورتان - استثناء من الجنس، و آخر من غير الجنس فان كان مستوعباً بطل مطلقاً و الأصح الإقرار بالباقى و لو كان هو الأقل ان اتصل به عرفاً و هو من النفى إثبات و من الإثبات نفى و عليه فلو قال له على مائه إلا تسعين لزمه عشره لانه نفى التسعين من المائه المثبتة و لو قال الا تسعون لزمه المائه لأن [إلا] هنا وصفية بمعنى غير لا استثنائية يعنى مائه موصوفه بأنها غير تسعين و هى صفة مؤكده مثل نفخه واحده و لا تختص الا الوصفية بالجمع المنكر كما قيل بل تصح فى غيره على

الأصح و ورودها بقوله تعالى (لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا) لا يقتضى الاختصاص.

و لو قال ليس له على مائه إلا تسعون يلزمه التسعون لانه استثناء من المنفى و هو بمنزله ليس له على الا تسعون و لو قال مائه إلا تسعين لم يثبت شىء لأن النصب لا يكون الا- من الموجب و حيث لا إيجاب تعين كون النفى مسلطا على تمام الجمله يعنى ليس له على مائه خرج منها التسعون اى ليس له على عشره فلم يعترف بشىء و لا أقل من الاحتمال و الأصل البراءه فلا شىء عليه و لو تعدد الاستثناء فان كان بعاطف كما لو قال له عشره إلا أربعه و الا ثلاثه فالجميع الى المستثنى عنه فيلزمه الباقي سواء كان الثانى أقل من الأول أو أكثر أو مساويا نعم لو استوعب الجميع بطل ما به الاستيعاب كما لو قال له على عشره الا خمسه و الا خمسه بطلت الأخيره و لزمه خمسه و مثله لو قال له؟؟؟؟

الا خمسه و الا سبعة أو إلا سبعة و الا خمسه.

و ان لم يكن بعاطف و لا مساويا لما قبله و لا أزيد رجع كل تال الى ما قبله مثل له على عشره الا خمسه إلا ثلاثه فيلزمه ثمانيه و المرجع فى كل أمثله هذا الباب هى القاعدة المتقدمه- الاستثناء من الإثبات نفى و من النفى إثبات فإنه أثبت العشره أولا فى المثال ثم نفى بالاستثناء منها خمسه ثم اثبت بالاستثناء الثانى منها ثلاثه فلزمه ثمانيه خمسه بالإثبات الأول و ثلاثه بالإثبات الثانى و هكذا مهما تعاقبت الاستثناءات بشرط ان لا يستوعب و لا ينفى شىء فيبطل المبطل منها الأخير

أو الذى قبله و الضابط ان كل زوج و إثبات و كل فرد نفى فتجمع الأزواج و تطرح منها الافراد أو بحسب الزائد كما لو قال له على عشره إلا تسعه إلا ثمانية إلا سبعة إلا ثلاثة فيلزمه خمسه و عليك بالتطبيق و التحقيق فإنه رشيق و ليس بغامض و لا دقيق و بالله التوفيق.

هذا كله فى الاستثناء بالجنس اما الاستثناء بغير الجنس كما لو قال له على عشره دراهم الا ثوب فاللازم ان يطالب بتفسير الثوب و تعيين قيمته فان عينه بقيمه مستوعبه لم يقبل و ان فسر به بما دون العشره قبل منه و الزم بالباقي.

هذا كله فى تعقيب الإقرار بالاستثناء اما تعقيبه بالإضراب بلفظ [بل] أو بغيرها كما لو قال له على مائه بل تسعون فإنه يلزم بالمائه و المرجع فى هذا الباب الى القواعد العربيه المتبعه فى هذه الأداه [بل] فإنها ان كانت بعد إيجاب جعلت الحكم لما بعدها و نفى ما قبلها مسكوتا عنه و حيث ان الإقرار فى المثال المتقدم و أضرابه قد تحقق و يكون الإضراب شبه إنكار و لا يقبل الإنكار بعد الإقرار لذلك تعين الأخذ بالأول و هو المائه و نفى ما بعدها و هو التسعون و الضابطه ان ما بعدها ان كان داخلا فيما قبلها أو كان أكثر منه لزم الأكثر كما فى المثال المتقدم و مثله له على قفيز بل قفيزان أو درهم بل درهمان و ان كان مغايراً له بالتشخص أو الطبيعه كما لو قال له على درهم بل ثوب أو هذا الدرهم بل هذا الدرهم لزمه الثوب و الدرهم فى الأول و الدرهمان و هكذا فى كل متباينين فى المقر به أو المقر له كما لو قال

هذه الدار لزيد بل لعمر و فان الدار تدفع لزيد و يغرم قيمتها لعمر و ان تغايرا بالإطلاق و التقييد كما لو قال له على درهم بل هذا الدرهم لزمه المعين و لو قال له على هذا الدرهم بل درهم لزمه المطلق اي درهم لعدم المنافاه بين المطلق و المقييد ففي الأول عين بعد الإطلاق فيتبع و فى الثانى أطلق بعد التعيين و ليس هو إنكار حتى يلغو بل عدول الى ما ينطبق عليه فلا يلزم بالمعين.

كل هذا اتباعاً لأصول العربية فى الاستثناء و فى الإضراب ففي الأول لا- يعتبر إنكاراً ما لم يستوعب بخلاف الثانى و ان لم يستوعب فقول القائل له على مائه إلا تسعين صحيح و يلزمه عشره و قوله له على مائه بل عشره باطل و يلزمه بالمائه لا بالعشره و الفرق بينهما من جهة الفرق بين الاداتين الا و بل لغه فتدبره، اما الإضراب بغير [بل] كما لو قال له على عشره ثمن مبيع لم أقبضه أو له على عشره دفعتها له فالمشهور إلزامه بالعشره و سقوط دعواه الدفع أو عدم قبض المبيع و لهم فى ذلك بحث و خصام، و نقض و إبرام، ينتهى إلى أنه يؤخذ بإقراره و تطلب منه البيئه على الدفع أو على انه ثمن مبيع إذ كلامه يتضمن إقراره و دعوى عين من أموال المقر له فيلزمه إثباتها و عندى فيه نظر نظراً إلى القاعده المسلمه من ان للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء و ان الكلام لا- ينعقد له ظهور حتى ينتهى المتكلم منه أو يعرف انتهاؤه بالسكوت الطويل أو الانتقال الى موضوع آخر و على هذا جرت قضيته الاستثناء و صح الإخراج سواء جعلناه قبل أو بعده و لا

ينقص بالإضراب فإنه يعد لغة و عرفاً استيناف كلام و انتهاء من الكلام السابق و لذا لم يصححوا الإخراج فيه كالأستثناء فى له على مائه بل عشره كما صححوه له على مائه إلا تسعين و جعلوه إنكاراً بعد الإقرار، و عليه فيمكن منع كونه إقراراً يتضمن دعوى تحتاج إلى إثبات بل هو كلام واحد فاما ان يقبل كله أو برد كله و المسأله دقيقه تحتاج الى مزيد تأمل و تتبع.

الكتاب الرابع عشر (في الدعوى)

اشاره

(و يشتمل على مقدمه و بايين)

المقدمه (في بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه بالدعوى)

كان الاولى على طريقه الفقهاء ان يعنون هذا الكتاب بكتاب (القضاء و الحكم) و هو التشريع السماوى الذى شرعه الحق لفصل الخصومات بين الخلق و حفظاً لنظام الهيئه الاجتماعيه. إذ لما كان من طبيعه هذا النوع أو سائر الأنواع الحيه تنازع البقاء المؤدى بالطبع غالباً على الحرص و الأثره مضافاً الى غريزه الجهل و النسيان و الغلط المستلزم كل ذلك تعادى البشر، و تمادى الشر و الضرر، صار من الختم الضرورى ان تشرع قوانين لحسم تلك المشاجرات، و تخفيف تلك الويلات، و لا بد لتلك القوانين من مهيمن عليها و مضطلع بأعباء تطبيق كلياتها

على مصاديقها و أنواعها على افرادها و جزئياتها، فالقوانين هي أحكام الدعوى و المضطلع بها المسيطر عليها هو الحاكم و القرآن المجيد هو الأصل فى تعيين الحكم و الحاكم و إلزام العمل بحكمه و الرجوع اليه:

يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ. و هذه الوظيفة هي خلافه الله فى أرضه، و إذ قال ربك إِنِّي جَاءِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً، ثم قال جل شأنه إلزاماً و خضوعاً و التزاماً بالعمل بحكم ذلك الخليفة: فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا، حَٰضِرًا مَّانِ بَعِي بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَ أَهْدِنَا إِلَىٰ سَوَاءِ الصِّرَاطِ - إلى كثير من أمثالها و البحث فى هذا الكتاب يقع فى أركان الحكم و مقوماته و مقدماته و شروطه، و أركانه أربعة. الدعوى. و المدعى. و المدعى عليه. و الحاكم، و الحكم نتيجة كل ذلك، و حيث ان الدعوى هي؟؟؟ المقدمات لذلك بدأت بها المجله فقالت

الباب الأول في (شروط الدعوى و أحكامها و دفعها

اشاره

و يشتمل على أربعة فصول)

الفصل الأول في (بيان شروط الدعوى)

ماده (١٦١٦) يشترط ان يكون المدعى و المدعى عليه عاقلين.

هذا خروج عن العنوان فان العنوان لبيان شرائط الدعوى لا شرائط المتداعيين، و إنما شرائط الدعوى كونها معلومه لا مجهوله و جزميه لا احتماليه و أمثال ذلك نعم لا اشكال ان شرائط المتداعيين أصالةً تكون شروطاً للدعوى تبعاً و يظهر من هذه الماده عدم اعتبار البلوغ في قبول الدعوى و يكفي كون المدعى مميزاً و هو محل نظر و ظاهر أصحابنا الاتفاق على اعتبار البلوغ فلا تسمع دعوى غير البالغ مطلقاً و لكن بعد أن استدل السيد الأستاذ (قده) لذلك بما دل من الاخبار على ان

أمر الصبى لا- يجوز حتى يبلغ و بالإجماع قال: و لكن القدر المتيقن من الإجماع و غيره عدم سماع دعوى الصبى فيما يوجب تصرفاً فى مال أو غيره مما هو ممنوع منه و الا- فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل و القسط و نحوهما سماعها فى غير التصرفات كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما فى يده و أتى بشهود فلا دليل على عدم سماع دعواه انتهى، و هو كما ترى قوى متين و يتفق مع ما ذكرته (المجله) و لكنها أخلت ذكر باقى شرائط المدعى أو الدعوى مثل اشتراط كونه رشيداً فلا- تسمع دعوى للسفيه و إن كان بالغاً و لكن قيدها بعضهم بالمال اما لو تعلقت دعواه بغير المال كحق القذف و الجنايه و الزواج بل ترقى السيد رضوان الله عليه إلى سماع دعواه بالمال أيضاً لأن المسلم منعه من التصرف بالمال لا دعوى المال فإن أثبتته دفعه الحاكم لوليه لا له و هو وجيه أيضاً (الشرط الثالث) و كون ما يدعيه لنفسه أو لموكله أو لمن له عليه ولايه أو كونه متعلق حصه من رهانه أو أمانه أو اعاره أو التقاط فلا تسمع الدعوى عن؟؟؟؟ بدون شىء من تلك العلاقات نعم يجوز للأجنبى من باب الحسبه اقامه الدعوى كما لو ادعى شخص على صغار بدين على أبيهم بعد موته و الأجنبى يعلم بأن الأب قد دفع له دينه و له شهود على ذلك فله المدافعه كما له اقامه الدعوى فى صوره العكس و علمه أن لأب الأيتام ديناً على شخص إذ لا قصور فى العمومات عن شمولها لمثل ذلك (الشرط الرابع) ان يكون ما يدعيه امراً ممكناً فلا تسمع دعوى المحال عقلاً

أو عرفاً أو عادةً أو شرعاً (الخامس) ان يكون ملزماً بشىء فلو ادعى عليه وقفاً أو هبة بلا قبض لم تسمع ضروره ان الوقف بلا قبض ليس له اثر يلزم به لو ثبت (السادس) ان يكون ما يدعيه مما يصح ملكه فلا تصح دعوى المسلم خمرأ أو خنزيراً إلا فى مقام دعوى الاختصاص (السابع) أن يكون متعلق الدعوى معلوماً جنساً و نوعاً و وصفاً و قدراً فى المشهور فلو ادعى عليه ثوباً أو فرساً أو كتاباً لم تسمع و علوه بعدم الفائدة لو اعترف به و خالفهم جماعه فألزموا المدعى عليه بعد الثبوت بالتعين و الحلف على عدم الأعلى منه أو عدم العلم بما زاد و إلا يؤخذ منه القدر المتيقن مقداراً أو فرداً من حيث الوصف أو القيمة و لو كان مردداً بين ما له قيمه و ما ليس له قيمه و فسره بالثانى قبل منه مع اليمين (الثامن) صراحه الدعوى فى استحقاق المدعى فلو قال هذه الدار كانت لى و هذا التمر من نخلى لم تسمع حتى يضم إليها و هو الآن لى و مثله لو قال هذه الأمة التى بيدك بنت أمتى، قالوا و لذا لو أقر شخص بيده جاريه بأنها بنت أمتك لم يكن إقراراً له بالجاريه بخلاف ما لو أقر له بان هذا الدقيق من حنطته و هذا الغزل من صوفه و عليه فلو أقر له بذلك لزمه الإقرار و وجه الفرق بين النوع الأول من الدعوى فلا يسمع و بين الثانى فيسمع و كذا الإقرار يظهر بالتأمل و بعد معرفه وجه الفرق بين المقامين على حقيقته يندفع إيراد السيد الأستاذ على ما ذكره فليتدبر (التاسع) ان يكون للمدعى طرف توجه إليه المخاصمه فلو لم

يكن طرف موجود فعلاً و أراد إثبات موضوع بإصدار الحكم له من الحاكم ليكون دافعاً لدعوى محتمله لم يجب على الحاكم سماعها فلو سمعها لم ترتب على حكمه فلو ادعى المدعى تعاد الدعوى من رأس و استتقرب السيد (قده) سماعها و ترتب الأثر على حكمه لو حكم و انه لا- يجوز و هو محل نظر و لا- يقاس هذا على الحكم بالهلال و الحدود التي لا خصومه فيها فليتدبر (العاشر) الجزم في الدعوى فلا تسمع الدعوى الظنية و الوهميه على المشهور و خالفهم جماعه فأجازوا سماع الاحتماليه فضلاً عن الظنيه و فصل آخرون بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقة و نحوهما و عن بعض تخصيص السماع بصوره احتمال الإقرار أو وجود البينه إذا ادعى المدعى أحدهما فإن حصل أحدهما نظرهما الحاكم و إلا سقطت طبعاً و قد تمادى الجدل و تدافع بينهم الاستدلال في هذا المجال، و الأوجه عندي في أمثال هذه القضايا أن ترد الى نظر الحاكم فإن ظهر له من الخصوصيات المقاميه و القرائن الحاليه ان في ردها تضييع حق أو مشايعه باطل لزمه سماعها و إن وجدها واهيه بحد ذاتها و إنها لا تنتهي إلى غايه تركها، و قد ورد في حمله من أحاديث أهل البيت سلام الله عليهم ما يدل على جواز الاستحلاف على التهمه كخبر بكر بن حبيب قلت لأبي عبد الله عليه السلام أعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه فقال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه و في خبر آخر لا يضمن القصار الا ما جنت يده و إن اتهمته أحلفته، نعم لا يمكن هنا رد اليمين على المدعى لعدم جزمه فيقضى

بمجرد النكول أو توقف الدعوى و لا يقدر في تعميم حكمها ورودها في مورد اليد المقتضيه لوحده الملاك و للأصحاب، هنا بحوث عريضه طويله فليراجعها من أرادها.

(الحادى عشر) تعيين المدعى عليه فلو ادعى على أحد الشخصين أو الأشخاص مرددا و لم تسمع كما لو قال لى كذا على زيد أو على عمرو على التردد لم تسمع لعدم الفائده بذلك لو ثبت اعترافهما بان قالوا نعم أخذ عليه ذلك الدين و لا يعلم التعيين فإنه لا- يثبت الحق على أحدهما لجريان الأصل فى جعل كل واحد منهما و يمكن ان يقال بالسماع و الرجوع الى القرعه أو التوزيع بينهما لدفع الضرر أو المصالحه جمعا بين الحقوق نعم لو كانت الدعوى على غير محصورين سقطت قطعا و مثله الكلام مع التردد فى المدعى بان قال شخصان ان لأحدنا حقا عليك.

(الثانى عشر) يشترط فى سماع الدعوى حضور المدعى عليه فلا تحسم الدعوى بالحكم القطعى نعم يجوز سماع الدعوى على الغائب فى سفر أو غيره قريبا أو بعيدا و لكن لو قامت الحجه لا يحكم حكما قطعيا بل الغائب على حجه كما سيأتى فى محله إن شاء الله.

و فى خبر جميل الغائب يقتضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله و يقتضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم و لا- يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء إذا لم يكن مليا نعم فى خبر آخر لا يقضى على غائب و المراد به لا يقضى عليه قضاء قطعيا

حاسما لان الدعوى عليه لا تسمع و البينه لا تقبل.

هذا ذرو من القول أو ذروه من ذروه مما ذكره فقهاؤنا فى شرائط صحه سماع الدعوى ذكرناها موجزه كراءوس أقلام و قد أخلت (المجله) بأكثرها و منه تجد الفرق بين الفقاهتين أو الثقافتين و الله ولى توفيق الجميع،، و الى الشرط الحادى عشر أشارت المجله فى ماده (١٦١٧) يشترط ان يكون المدعى عليه معلوما الى آخرها.

و الى الثانى عشر أشارت بماده (١٦١٨) يشترط حضور الخصم حين الدعوى الى آخرها و الى السابع بماده (١٦١٩) يشترط ان يكون المدعى به معلوما و لا تصح الدعوى إذا كان مجهولا،، و الى الرابع بماده (١٦٢٩) يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت الى آخرها،، و الى الخامس بماده (١٦٣٠) اما ماده (١٦٢١) إذا كان المدعى به عينا منقولاً و حاضرا بالمجلس يدعيه المدعى بقوله هذا لى مشيرا اليه،، و ما بعدها من المواد إلى ماده (١٦٢٧) فجميعها لبيان مقدار المعلوميه اللازمه فى الدعوى و حدودها حسب اختلاف المواضع و الأعيان التى يدعى بها فإن جمله من الأشياء يكفى فيها المشاهده و ان لم يعلم المدعى قيمتها أو كيلها و وزنها كخاتم الزمرد و نحوه فلو كانت

حاضره كفت الإشاره إليها و ان كانت غاييه كفى الوصف و بالجمله فالظاهر المستفاد من النصوص و الفتاوى أن المعلوماتيه المعتمبره فى الدعوى أوسع دائره من المعلوماتيه المعتمبره فى البيع فتكفى المشاهده أو الوصف حتى فى المكيل و الموزون الذى لا يكفى فى البيع و فى الأراضى و البساتين يكفى ذكر الحدود و الجهات بل لا بد من ذكر الحدود سواء فى الدعوى أو البيع إلا إذا كانت حدوده مشهوره معلومه بحيث تغنى شهرتها عن ذكرها و لا يلزم ذكر مساحته أو عدد نخيله و أشجاره و لا عدد غرف الدار و مرافقها كل ذلك لكفاله المعلوماتيه فى الجمله فى أمثال هذه الموارد حتى فى البيع الذى هو أضيق العقود فضلا عن غيره و قد أشار الى بعض هذا فى ماده «١٦٢٣» إذا كان المدعى به عقارا الى آخرها.

(اما المديون) فهى مبنيه على المعلوماتيه التامه لأنها حق فى الذمه لا فى الخارج فلا بد من بيانه بما يرفع الإبهام كما أشارت إليه ماده «١٦٢٦» إذا كان المدعى به دينا يلزم المدعى بيان جنسه و نوعه و وصفه و مقداره مثلا يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهبا أو فضه و نوعه بقوله سكه آل عثمان أو الانكليز و وصفه بقوله سكه خالصه أو مغشوشه و مقداره بقوله ألفا،، إلى آخرها.

ماده «١٦٢٧» إذا كان المدعى به عينا فلا يلزم بيان سبب الملكيه

بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لى و اما إذا كان دينا فيسئل عن سببه الى آخرها.

فالفرق بين المقامين غير واضح و الأصح انه لا يلزم بيان السبب لا فى الدين و لا فى العين فتدبره.

ماده «١٦٢٨» حكم الإقرار هو ظهور المقر به و ليس حدوثه بداءه

و لهذا لا يكون الإقرار سببا للملك بناء عليه لو ادعى شيئا و جعل سببه إقراره فقط لا يسمع دعواه مثلا لو ادعى ان هذا المال لى و ان هذا الرجل الذى هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالى تسمع دعواه و اما إذا ادعى بقوله ان هذا المال لى لأن هذا الرجل الذى هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالى فلا تسمع دعواه،، الفرق بين المثالين دخول اللام فى الثانى فلم يصح لانه ظاهر فى التعليل و عدم دخوله فى الأول فتكون الدعوى مركبه أو متعلقه بأمرين الحق و انه قد أقر به، و لكن لا تذهبن عنك الخدشه فى هذه التفرقه و انما تبطل الدعوى لو صرح ان سبب ثبوت الحق هو إقراره فإن الإقرار لا يكون سببا اما لو كان مراده من اللام ان الإقرار سبب الإثبات لا الثبوت كان متجها و وجب ان تسمع الدعوى فى المقامين (توضيح) هذا انك ربما لا تكون عالما بان لك حقا على فلان و لكن هو قد اعترف به فتقول ان لى عليه هذا الحق لأنه هو أقر به و هذه دعوى صحيحه و جيهه فتدبره جيدا فإنه جيد ثمين و متين.

الفصل الثانى (فى دفع الدعوى)

ماده «١٦٣١» الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى الى آخرها.

أتقن و أحسن من هذا التطويل القاصر و البيان الفاتر ان يقال ان جواب المدعى عليه اما إقرار أو إنكار أو سكوت، أما الأمثله التى ذكرت فى هذه المادة فكلها من قبيل الإقرار و دعوى الدفع فتنقلب الدعوى و يصير المدعى مدعى عليه و المدعى عليه مدعى و عليه إثبات الدعوى اى دفع الدفع أو التحويل أو غيرهما و (بالجمله) فالمدعى عليه إذا أقر حكم عليه فلو ادعى الإيصال أو نحوه لزمه الإثبات و الا نفذ الحكم عليه و إذا أنكر فعليه اليمين ان لم يكن للمدعى بينه «اما السكوت» فان كان لعذر مشروع لصمم أو خرس أو مرض توصلوا الى إفهامه بالإشاره و ان كان لعذر مانع فعلا أمهل إلى زوال عذره و ان كان بلا عذر الزم بالجواب أو لا- بالرفق و اللين ثم يتدرج الحاكم إليه بالشده و الغلظه من مرتبه إلى أشد منها حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

فإن بقى مصرا على عدم الجواب فرارا من الحق و تماديا فى الباطل فقد اختلفوا بين قائل بلزوم حبسه حتى يجيب، و قائل بأنه

يجبر عليه بالضرب و الإهانه و قيل ان الحاكم يقول له ثلاثا ان أجبت و الا جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى فان أصر رد اليمين و حكم عليه و قيل بتخير الحاكم و ينبغي ان يكون هذا هو الأصح فيكون امره راجعا الى الحاكم فان نفسيات الأشخاص مختلفه و درجاتهم متفاوتة و لكل مقام مقال و لكل رجل حال «و الغايه» انه إذا أصر على عدم الجواب بغير عذر و لم يتمكن الحاكم من التوصل إلى وسيله لتحصيل جوابه رد اليمين على المدعى ثم يحكم على الساكت لانه اما ان يجيب بالإقرار و هو مثبت للحق و اما بالإنكار و حكم اليمين و حيث لم يحلف رد اليمين على المدعى و حكم له، اما المواد الثلاث المذكوره فى هذا الفصل فكلها كما عرفت من قبيل الإقرار و دفع الدعوى بالدعوى و من قبيل الانقلاب الذى عرفت حكمه

الفصل الثالث (فى بيان من كان خصما و من لم يكن)

ماده (١٦٣٤) إذا ادعى أحد شيئا و كان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره يكون إنكاره فى الدعوى و اقامه البيئه خصما.

و ان كان لم يترتب حكم على إقرار المدعى عليه إذا أقر لم يكن خصما بإنكاره مثلا-،،، تشويه البيان و سوء التعبير و شدة التعقيد أمر الفناه و عرفناه فى هذا الكتاب و لكن الأمر الثقيل على الطبع

اللطف هو التطويل بلا- فائده و الظاهر ان المراد بهذه ماده هو تعريف الخصم بأنه هو الذى يلزمه لو أقر حكم اى هو الذى يحكم عليه بشىء لو أقر، و أنت خير بان تعريف الخصم لا فائده أصلا و لا ثمره تترتب عليه ابدأ فان كل واحد من المتداعيين خصم للآخر لا يمتاز أحدهما عن الآخر من ناحيه الخصومه و أيضا لم يرد لفظ الخصم فى كتاب و لا سنه حتى يلزمنا معرفته أو تعريفه و انما المهم و اللازم معرفه المدعى و المنكر و تمييز أحدهما عن الآخر حتى يلزم كل واحد منهما بوظيفته من البيه و اليمين حسب ما ورد فى النبوى المشهور البيه لمن ادعى و اليمين على من أنكر، على اختلاف اساليبه الوارده فى كتب الفقه و الحديث و هذه المسأله أعنى قضيه الضابطه لتمييز المدعى من المنكر هى من أمهات أو معضلات كتاب القضاء و قد اختلفت كلمات فقهاءنا الاعلام فى هذا المقام أشد الاختلاف و كثرت التعاريف و الضوابط بما يجتمع بعضها مع بعض تاره و يفرق أخرى فى مورد دون مورد و محل دون آخر و المشهور من تلك الضوابط ثلاثه أو أربعه.

(١) المدعى هو من يخالف قوله الأصل و المنكر هو من يوافق قوله الأصل.

«٢» المدعى من يخالف قوله الظاهر، و المنكر من يوافقه.

«٣» المدعى هو الذى لو ترك يترك، و المنكر هو الذى لا يترك لو ترك.

(٤) المدعى من لا يلزمه شىء بإقراره و المنكر من يلزمه شىء لو أقر و كان أصحاب المجله أراد و هذا الوجه الأخير فقصرت عباراتهم عن القصد الصحيح حيث جعلوه ضابطه للخصم؟؟؟؟ لا يتعلق به غرض أصلا و انما المهم هو المدعى و المنكر فساء البيان و اختل الميزان و تنافرت الإطاعه و العصيان ثم ان تلك التعاريف قد تنطبق على مورد واحد متصادقه عليه و قد تنافر فى موارد اخرى (مثلا) لو ادعى زيد على شخص من غير أهل بلاده و لم نعرف له علاقه به و لا صلته معه بدين فأنكر الآخر فزيد هو المدعى على جميع التقادير المتقدمه و الشخص منكر على كل تقدير منها، و لكن لو ادعت الزوجه التى تسكن مع زوجها مع يساره و صلاحه انه لا- ينفق عليها فهى منكره على الأول و الأخير مدعيه على الثانى و الثالث و ربما يتحصل فرض يختلف فيه كل فرض مع الآخر، و التحقيق المهم هنا ليس ترجيح احدى هذه الضوابط على سائرها و انما المهم شىء أدق و أحق بالبحث و هو ان هذين اللفظين اعنى (المدعى) (و المنكر) ليس للشارع فيهما اصطلاح خاص و لا له فيهما حقيقه شرعيه حتى نبحت عن ذلك المعنى المجعول و هو ما يسميه بعض (بالموضوعات المستنبطه) كالكر و المسافه و الزكاه و الصلاه و نظائرها و انما المراد به المعنى اللغوى أو العرفى و التعاريف كلها طالت أو قصرت كلها لتحديد ذلك المعنى و الكشف عنه بجمله جامع مانعه و لننظر أولا إلى تصاريف هذه ماده اعنى المدعى و لا خفاء فى أنها مأخوذه من

الدعوى و هى مصدر أو اسم مصدر من دعا يدعو دعاه و دعوى و يرجع أصلها إلى الطلب و دعاه طلبه أو طلب منه و اليه يرجع المضاعف و هو ادعاه دعوى اى تطلب منه حقا أو شيئا إذا فالمدعى هو الذى يطلب منه غيره شيئا سواء كان طلبه موافقا للأصل أم لا- موافقا للظاهر أو مخالفا فالزوجه مدعيه لأنها تطلب من الزوج و ان كان فى دعواها عدم الإنفاق مخالفه للظاهر من جهه يساره و سكنها معه و هذا و ان اختل فى جملة من الموارد و هى باب الأمانة كالمستأجر و الودعى و المرتهن و العامل فى المضاربه فإن أحد هؤلاء لو ادعى رد العين أو تلفها بغير تفريط فهو مدع قطعاً مع انه لا يطلب شيئا من خصمه بل خصمه و هو الموجر و المودع يطلب شيئا منه و هو العين و لكن يمكن أيضا إرجاع هؤلاء الى ذلك الأصل فإن كل واحد من هؤلاء يطلب شيئا و هو سقوط ضمان اليد عنه لما عرفت فى محله من هذا الكتاب ان عموم قاعده تقتضى ضمان كل من تلف مال غيره فى يده و لهذا الضمان مسقطات منها الرد و منها التلف بغير تفريط و غير ذلك فالمستأجر يطلب سقوط ضمان العين التى كانت بيده بحصول المسقط فهو المدعى حقيقه و الموجر منكر و هكذا «و بالمجمله» فلو رجعنا الى العرف فى معنى المدعى لوجدناه مفهوما بسيطا و فى غايه البساطه و ليس هو أكثر من انه هو المطالب غيره بشىء نعم قد يقع الاشتباه كثيرا فى مصاديقه أو تمييز المطالب من المطالب منه و هذا جار فى أكثر المفاهيم العرفيه التى لا يزال يحصل الاشتباه و الشك فى جملة

أفراد انه من مصاديقها أم لا- وهنا تظهر فطانه الفقيه و لباقة المجتهد و فراسه الحاكم، و كل وظيفه الحاكم هي تطبيق الكليات على مصاديقها و استخراج أحكامها من أدلتها، فالمقتضى يعطى احكام الكليات و الحاكم يطبقها على الجزئيات،، فتدبر هذا و انتفع به،، اما الأمثلة التي ذكرتها المجله فى هذه المادة فالفرق بين المثالين لعله مبنى على حقوق العقد و حيث ان حقوق عقد الرسول للمرسل فيكون هو الخصم للمدعى و تسمع دعواه و بيته لانه لو أقر للزمه دفع الثمن بخلاف الوكيل فان حقوق العقد له لا لموكله و لو أقر لم يلزمه بإقراره شىء فلذا لا تسمع الدعوى عليه و لا البينه،، هذا خلاصه ما اعتمده المجله فى الفرق و لا يخفى على الشادى فضلا عن الفاضل ضعفه و ان الوكيل إذا اشترى لموكله كانت حقوق العقد لموكله أيضا كالمرسل [و بالمجله] فالوكيل و الرسول ان اشترى لأنفسهما كان المرسل و الموكل أجنيين و لا تتوجه الدعوى الى واحد منهما أصلا و ان اشترى للموكل و المرسل توجهت الدعوى إليهما و سمعت بينه المدعى عليهما، اما الوصى و الولى و المتولى فحقوق العقد لهم و إقرارهم نافذ فى كل ما يعود الى ما لهم الولاية عليه بعد فرض أمانتهم و عنايتهم [ماده: ١٦٣٥] الخصم فى دعوى العين هو ذو اليد فقط،، الدعوى اما ان تتعلق بعين أو دين أو منفعة أو حق اما الدعوى على العين فان كانت تعلقت الدعوى على من هي فى يده فعلا فلو كان ذو اليد قد اشترىها من آخر لعله غاصب لها أو متغلب عليها اشتباها لم تتوجه على ذلك

الغاصب البالغ بل على المشتري المستولى على العين فعلا فإذا أثبت المدعى أنها له انتزاعها منه و يرجع بالثمن على بائعها و ان كانت بالغه تخير فى الرجوع بقيمتها على البائع أو على المشتري و يرجع هو على البائع و تجد تفصيل هذه النواحي فى توارد الأيادى على العين إذا تلفت فى يد أحدهم و مما ذكرنا يظهر الخلل فى ماده (١٦٣٦) إذا خرج مستحق للمال المشتري و ادعاه نظر الى ان المشتري،، فان الدعوى على كل حال تتوجه إلى ذى اليد بايعا كان أو مشتريا فإذا كانت لا تزال عند البائع كان هو الخصم لا يلزم حضور المشتري لأنه لم يعلم كونه مالكا و ملكيته على ملكيه البائع و هى الأصل فإذا زال الفرع تبعاً قهراً.

ماده (١٦٣٧) يشترط حضور الوديع و المودع و المستعير و المعير

و المستأجر و المؤجر و المرتهن و الراهن معا عند دعوى الوديعه على الوديع الى آخرها،، العين فى يد هؤلاء أمانه مالكيه فلو ادعاه مدع فالدعوى على المالك لا على المؤمن بل و لا يشترط حضوره أصلا بل لو أراد ان يدفع الدعوى من نفسه كان متبرعا و لا- تنحسم الدعوى بدفاعه بل لا- بد من دفاع المالك و الحكم له أو عليه اما لو غصبها غاصب من المستعير أو من المرتهن أو المستأجر فلكل واحد منهم الدفاع بما انه أمين و الأمين وظيفته المحافظه على الامانه و الدفاع عنها بل لو لم يدافع لكان مقصرا أو ضامنا فمن هنا صح دفاعهم عن الامانه و تحققت الخصومه كما انها تصح من المالك و هو فى ذلك

الأصل الذى اليه و به تنتهى القضييه اما أولئك اعنى الوعى و المستعير و المرتهن فيشكل انسجام الدعوى بدفاعهم بحيث لو صار الحكم عليهم لا يبقى مجال دفاع للمالك و تجديد النظر فيها كما لو كان الحكم عليه رأسا فتدبره فإنه جدير بذلك.

(١٦٣٨) لا يكون لوديع خصما للمشتري

و هو انه إذا ادعى أحد تسليم الدار المودعه عند شخص بقوله انى اشتريت هذه الدار الى آخرها.

الفرق بين المثالين ان المدعى فى المثال الأول لم يدع الوكاله فلو ادعاها فرضا لم يثبتها و فى الثانى ادعاها و إثباتها، و لكن لا يذهبن عنك ان يقول و كلتك بتسليمها و إقباضها إذ لا معنى ان يوكل الإنسان على قبض ما انتقل اليه و ما صار ملكه نعم انما يصح ان يوكل الوديع فى الإقباض و التسليم فتدبره.

(١٦٣٩) لا يكون الوديع خصما لدائن المودع

بناء عليه إذا أثبت الدائن طلبه الذى هو فى ذمه المودع فى مواجهه الوديع فليس ان يستوفى الدين من الوديعه التى عنده،، هذا صحيح و لكن قيد (فى مواجهه الوديع) لا محل له بل إذا أثبت الدين فى مواجهه الوديع أو غيبته لم يكن له الاستيفاء مطلقا كما ان أخذ النفقه من الدراهم المودعه للغائب لا يصح على إطلاقه بل انما يصح بحكم الحاكم مع مطالبه الزوجه مثلا و عدم باذل عنه لا مطلقا، فالأول يجب إطلاقه و الثانى يجب تقييده و هو واضح، و ماده [٧٨٩] أيضا لا تنفى

بالبيان فراجعها.

«١٦٤٠» لا يكون مديون المديون خصما للدائن،،،

هذا مما لا- اشكال فيه و لا- ريب و لا- حجه الى بيانه فإنه من توضيح الواضحات و مثله ماده (١٦٤١) لا- يكون المشتري من المشتري خصما للبائع مثلا- لو باع أحد ماله لآخر و بعد القبض باعه المشتري لآخر أيضا فليس للبائع الأول ان يطلب الثمن من المشتري الثاني-،،، نعم هذا صحيح و لكن للبائع ان يفسخ بخيار تأخير الثمن و إذا انحل العقد الأول انحل الثاني طبعاً فيسترجع البائع العين من المشتري الثاني و هو واضح.

ماده «١٦٤٢» يصح ان يكون أحد الورثة خصما في الدعوى التي تقام على الميت أو له،،، الى آخرها.

هذا الموضوع متشعب الجهات متسع النواحي و لم توفه المجلة حقه، فنقول في تشريحه و توضيحه من جميع أطرافه- ان واحدا من جماعه لو ادعى على آخر بعين في يده أو دين في ذمته، أو ادعى شخص على واحد من جماعه كذلك فاما ان يكون السبب في الدعوى واحدا أو متعددا فإذا كان لكل واحد سبب يدعى به فلا إشكال في ان الواحد لو ادعى بسبب و اثبت لم يثبت حق الآخر الذي يدعى حصته في العين بسبب آخر مثلا لو ادعى جماعه ان العين التي بيد زيد هي لهم اجمع و لكن ملكيه أحدهم بالهبة و الآخر بالشراء

و هكذا فإذا أثبت المدعى بالهبة حقه فيها يحتاج مدعى البيع إلى إقامة دعوى مستقلة و إثبات آخر، و اما إذا اتحد السبب فاما ان يكون هو الإرث أو يكون غيره، اما الإرث فلو ادعى أحد الورثة عينا لميتهم في يد الغير فاما ان يقر صاحب اليد له بحصه فقط أو يقر بأنها لمورثه و على الثاني يشترك الورثة فيها بأجمعهم و لكن لا يجوز له دفع حصصهم لواحد منهم الا بتوكيل منهم و الا فاللازم ان يدفع لكل واحد حصته، و لو أقر للمدعى بحصته فقط لم يثبت حق الآخرين الا بدعوى منهم مستقلة و إثبات جديد و ان لم يقر و اثبت الوارث المدعى حقه بالبينه فإن شهدت البينه بحقه فقط لم يثبت حق الآخرين و ان شهدت بالسبب بان قالت ان هذه العين لمورثهم يثبت حق الجميع و لكن لا يدفع حق كل واحد الا له أو لو كيله و لا فرق في هذا بين دعوى الدين أو العين، اما إذا كانت الدعوى على الميت بدين أو بعين هي في يد واحد منهم فإن أقر له صاحب اليد نفذ إقراره في حصته فقط و لا ينفذ على الباقيين بل يحتاج المدعى الى إقامة الدعوى على كل واحد منهم مستقلا، و ان أثبتها بالبينه فقد يقال انه يمشى الحكم على الجميع و هو الذى صرحت به المجله في هذه ماده حيث يقول: و إذا لم يقرروا ثبت المدعى دعواه في حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثه و إذا أراد ان يأخذ طلبه الذى أثبته من التركة فليس للورثه ان يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا أيضا- الى قوله: و ان أنكر الوارث الذى هو ذو اليد و أثبت المدعى دعواه

يحكم على جميع الورثة انظر ماده «٧٨» و هى البيئه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره.

و لكن هذا الكلام مختل الدعام، منحل النظام، أما (أولا) فيمكن ان يقال ان البيئه و الحكم إذا قام على أحد الورثة لم يكن وجه لسريانه إلى باقى الورثة مع عدم حضورهم إذ لعل لهم دفاعا غير الذى دافع به ذلك الوارث المحكوم فلا بد اما من حضورهم فى الدعوى أو تحديدها بالنسبه إليهم (و ثانيا) لو فرض سريان الحكم و البيئه إليهم فما الوجه فى قول المجله و لكن لهم صلاحيه دفع دعوى المدعى فان معنى نفوذ الحكم ان ليس لهم بعد الحكم حق الدفع فهذه الجملة تشبه ان تكون متناقضه مع ما تقدمها و ما تأخر عنها، و الأقرب ان الحكم على أحد الورثة لا يسرى الى الباقين الذين لم يحضروا و لم يوكلوا و لهم المطالبه بإعادة الدعوى بحضورهم أما ماده (٧٨) فهى أجنبيه عن هذا المعنى فراجع الجزء الأول من التحرير هذا كله فى الدعوى على الميت و الورثة، و اما لو كانت الدعوى لهم على شخص فإن أقر للجميع فلا اشكال و ان أقر لواحد اختص الإقرار به و ان اثبت الحق بالبيئه لزمه الحق للجميع ان شهدت البيئه و الحكم به كذلك و الا اختص الحق بمن اختصت به و بالضروره فإن الحكم انما يصدر على وزان البيئه سعه و ضيقا، و مثله الكلام فى دعوى واحد من جماعه بسبب واحد غير الإرث كالاتهاب و الشراء و أمثالها فإنه أيضا يدور مدار الإقرار و البيئه سعه و ضيقا و من جميع ذلك

يتضح لك ان الإقرار و البيئه متساويان من هذه الجهات و ان اختلفا بالنظر الى بعض الخصوصيات كما تقدم فى محله و هذا كله مما لا ينبغى الإشكال فيه انما الاشكال و العقده العسره الانحلال، ان الواحد الذى يدعى بالسبب المشترك إرثا كان أو غيره إذا أقر له المدعى عليه بخصوصه أو قامت البيئه عليه كذلك إرثا كان السبب أو غيره كما لو ادعى ان هذه الثياب التى بيد زيد هى له و لإخوته إرثا أو شراء فاعترف له صاحب اليد بان له ثوبا منها و دفعه اليه فهل يشترك معه اخوته حسب دعواه و اعترافه أو يختص حسب إقرار صاحب اليد مسأله مشكله و لأصحابنا فيها خلاف يطلب من مظانه و الاشتراك أقرب عينا كان أو دينا و ليس من هذا القبيل اعتراف أحد الإخوه بأن زيدا المجهول النسب أخوهم و يشاركهم فى الميراث فإنه لا يضى إقراره إلا فى حصته و لا يسرى الى إخوته الباقين اما لو اقام زيد البيئه على انه أخوهم فإنه يشاركهم جميعا و ذاك لأن الإقرار حجه قاصره و البيئه حجه متعديه كما مضى فى القاعده التى مرت الإشارة إليها و هذا هو المعنى الصحيح للقاعده لا ما تخيله أصحاب المجله فتدبره ثم ان المجله نبهت على القسم الثانى من أسباب الدعوى المشتركه و هو السبب غير الإرث فى ماده (١٦٤٣) ليس لأحد الشركاء فى عين ملكوه بسبب غير الإرث ان يكون فى الدعوى خصما للمدعى فى حصه الآخر- و لكنها ناقصه غير مستوفاه فان الإثبات على أحدهم بحضورهم بالبيئه فإنها تضى عليهم جميعا ان شهدت البيئه عليهم بنحو

عام و ان شهدت بنحو خاص أو كانوا غير حاضرين فالحكم لا يسرى إليهم نعم لو أقر أحدهم بحق المدعى فهو مقصور على حصه ذلك المقر مطلقا.

ماده (١٦٤٤) تسمع دعوى واحد من العامه إذا صار مدعيا

و يحكم على المدعى عليه فى دعوى المحال التى يعود نفعها الى العموم كالطريق العام.

يعنى لو ان أحدا ادعى ان هذا الشخص قد أخذ من الطريق العام لداره أو يجلس فيه للبيع و يضر بالماره تسمع دعواه و إذا أثبتها يحكم على المدعى بما يراه الحاكم من غرامه و غيرها ماده «١٦٤٥» و اضحه ماده «١٦٤٦» أهالى القريه الذين يزيد عددهم على المائه يعدون غير محصورين.

الأصح إرجاع المحصور و غيره الى العرف و الظاهر ان ملاك غير المحصور ان يبلغ من الكثره إلى مقدار يعسر عده و هذا يختلف باختلاف الأحوال و المواقع فقد تكون المائه فى حال محصوره و قد تكون فى حال آخر غير محصوره.

الفصل الرابع في (بيان التناقض)**اشاره**

هذا المبحث لا- عين له في كتب أصحابنا و لا- اثر و لم يذكر في متون الفقه، و إهماله هو المتعين فان التناقض خصوصيه في جريان المرافعه و الخصومه و يرجع حكمها الى الحاكم و يختلف ذلك باختلاف المقامات و الأحوال فقد يكون التناقض بإقرار بعد إنكار أو إنكار بعد إقرار فهو و ان تناقض و لكن الحكم يكون على إقراره في المقامين و لا أثر للإنكاره تقدم أو تأخر، و على هذا النسق الأمثله التي ذكرتها «المجله»: مثلا لو أراد أحد ان يشتري مالا ثم قبل الاشترء ادعى انه ملكه لا تسمع دعواه- فان هذا ممنوع على إطلاقه بل يمكن القول بصحة سماع دعواه إذا أبدى وجهها مشروعا معقولا يظهر عليه الصدق حسب المقامات مثل انه أراد شراءه تفاديا من خسه الخصومه و حفظا للكرامه ثم رأى غلاء الثمن فعدل عن ذلك و ما أشبه هذا من الوجوه الكثيره و المعاذير المعقوله و مثل هذا ما يليه من الأمثله فالجميع يمكن في بعض المواقع قبول الدعوى لوجه مشروع يرتفع به التناقض

إذا فالتناقض ليس بأمر ذى شأن يقتضى أن يعقد له عنوان، بل من خصوصيات جريان المرافعات و ليس له قاعده كلييه و حكم مطرد بل يكون مانعا تاره و غير مانع اخرى و أوضح من هذا خلا و ضعفا ماده «١٦٤٨» كما انه لا يصح لأحد ان يدعى المال الذى أقر بكونه لغيره بقوله هذا مالى كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكاله أو الوصايه عن آخر.

إذ أى مانع ان يكون كما أقر به للغير باعتبار الزمن السابق ثم انتقل الى المقر بعد ذلك غايته انه ملزم بالإثبات و هذا هو عين سماع الدعوى (فاسمعها جيدا) كما انه اى مانع من إقراره بأنه مال الغير و هو ولى عليه أو وصى عن آخر، فأين التناقض و لو صورته فضلا عن التناقض حقيقه، و هكذا ماده «١٦٤٩» إذا أبرأ أحد آخر من جميع الدعاوى لا يصح له ان يدعى بعد ذلك مالا لنفسه و لكن يصح له ان يدعى بالوكاله.

فإنها أيضا قاصره ببراء فإن الإبراء عما مضى من الحقوق فى الزمان فلا مانع من دعوى حق له جديد متأخر عن وقت الإبراء و ان كان عن السابق و اللاحق فهو إبراء غير صحيح لانه من قبيل إسقاط ما لم يجب فله ان يدعى حقا جديدا بعد الإبراء و هكذا ماده «١٦٥٠» إذا ادعى أحد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعى به لنفسه،، بل يصح ان يدعيه لنفسه بدعوى انه اشتراه منه أو وهبه له

المالك و ما أشبهه، فلأى شىء لا تسمع دعواه؟ بل لعله قد ادعاه لآخر لغرض صحيح - كالغرض صح به ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوكيل بالدعوى يضيف الملك الى نفسه فى بعض الأحيان، و لا فرق فى ذلك بين ان يكون عند الخصومه أو غيرها فافهمه.

ماده (١٦٥١) كما ان الحق الواحد لا يستوفى من كل واحد من الشخصين على حده بتمامه. كذلك لا يدعى الحق الواحد الذى ترتب من جهه واحده على رجلين.

يعنى كما ان الحق الذى ثبت على شخص معين لا يعقل ان يطالب غيره و لا يستوفى إلا منه كذلك الحق الذى يدعى به على شخص من جهه واحده لا يمكن ان يدعى به من تلك الجهه على شخص آخر، و التقييد بوحده الجهه احترازا عما لو تعددت فان الكفيل يطالب و يدعى عليه بما تكفل به مع صحه مطالبه المكفول أيضا لنفس ذلك الحق و لكن الجهه متعدده و ان كان الحق واحدا فإن أحدهما عهدده لنسبه و الأخرى عهدده لغيره و هذا و ان كان صحيحا بادى الرأى و لكن يمكن نقضه بالضمان على مذهب الجمهور من انه ضم ذمه إلى ذمه فكل واحد يصح مطالبه على البدل بحق واحد و من جهه واحده فليتدبر.

ماده (١٦٥٢) يتحقق التناقض فى كلام الشخصين اللذان هما فى حكم المتكلم الواحد كالوكيل و الموكل و الوارث و المورث الى آخرها.

كما لو ادعى الموكل ثمن مبيع و الوكيل غرامه إتلاف و نظائر ذلك و لكن قد يرتفع عند الحاكم تناقضهما ببعض الوجوه المعقوله.

ماده (١٦٥٣) يرتفع التناقض بتصديق الخصم

مثلا- بعد ان ادعى أحد على آخر ألفا من جهه القرض ثم لو ادعى ان المبلغ المذكور من جهه الكفاله و صدقه المدعى عليه يرتفع التناقض.

لعله لا تناقض أصلا فإن الكفاله اشتغال الذمه فهو أيضا قرض بمعناه العام نعم لو ادعى انه أخذ منه المبلغ قرضا ثم قال أخذته من غيره و قد كفله كان تدهانا فتدبره. و مثله ماده «١٦٥٤» و يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم مثلا لو ادعى المال الذى هو فى يد غيره انه مالى و أنكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان و انا اشتريته منه و اقام المدعى البيئه و حكم بذلك يرجع المحكوم بثمن المال على البائع، و التناقض الذى رفع بين إقراره يكون المال للبائع و بين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم إقراره.

فإنه لا تناقض أصلا ضروره ان قوله هذا المال لفلان و ما اشتريته منه مبنى على ظاهر اليد و قد ارتفع هذا بالبيئه قبل ان يحكم الحاكم لما عرفت من ان البيئه لها نظر الى الواقع و متعلقها منزل منزله الواقع فلذلك هى حاكمه على اليد و على الإقرار و على سائر الأمارات فتدبره.

ماده (١٦٥٥) يعفى التناقض إذا ظهرت مقدره المدعى و كان محل خفاه مثلا إذا ادعى المستأجر على المؤجر إلى آخرها،،

هذه بعض المعاذير التي يرتفع بها التناقض الظاهري و هناك وجوه أخرى كثيرة تجرى حتى في ماده (١٦٥٦) الابتدار الى تقسيم التركة إقرار بكون المقسام مشتركاً بناء عليه لو ادعى أحد إلى آخرها،، و وجه الارتفاع في الأول فضلا عن الثاني غير خفى فافهمه و تكثير الأمثلة و ان كان فيه فائده التمرين أحيانا و لكنها قد توجب من الملل و الضجر أكثر من التمرين بالتمرين فما في ماده (١٦٥٧) لو أمكن توفيق الكلام الذى يرى متناقضا و أوفقه المدعى أيضا يرتفع التناقض مثلا- الى آخرها.

جميل من حيث التنبيه على اختلاف التفاسير و أساليب الدعوى التي يختلف الحكم باختلافها من حيث التناقض و عدمه مع تقاربها بل وحدتها فى بادية الرأى، فإذا قال لم تودع عندي شيئا كان مناقضا لقوله رددتها عليك اما لو قال ليس لك عندي فعلا- لم يكن تناقضا و هكذا حال الأمثلة المتقدمة و هو باب جميل و ان كان فيه شىء من التطويل و من هذا القبيل ماده [١٦٥٨] فإنه بإقراره و كتابه للوثيقه و السند على نفسه فقد تم هذا الأمر من جهه فلو سعى فى نقضه كان سعيه مردودا عليه،، اما- ماده (١٦٥٩) إذا باع أحد مالا فى حضور آخر لشخص على انه ملكه و سلمه ثم ادعى

الحاضر بأنه ملكه مع انه كان حاضرا فى مجلس البيع و سكت بلا عذر ينظر الى ان الحاضر هل كان من أقارب البائع أم لا- الى آخرها، فإنها مع ما فيها من التعقيد الشديد و سوء البيان، غير متجه ما فيها من التفصيل بين الأقارب و الأجانب فإن السكوت بغير عذر ظاهر فى عدم علاقته به و انه ملك البائع و ربما كان السكوت كلاما فدعواه الملكيه بعد ذلك يناقض اعترافه بملكه البائع التى دل عليها سكوته الذى هو بمنزله الكلام و هذا الوجه يجرى فى البعيد و القريب و لا اعرف للتفصيل وجها معقولا فتدبره.

الباب الثانى فى (حق مرور الزمان)

اعلم أصلحك الله ان فقهاء الإماميه رضوان الله عليهم لا- يبحثون عن حكم واقعه الا من حيث دليلها الشرعى و ما يستفاد من نصوص الكتاب و السنه و احكام العقل الضرورى يعنى أنهم يبحثون عن أحكام الوقائع من حيث جعل الشارع الحكيم لا من حيث جعل البشرى و الاستحسانات الاعتباريه، و جعل القوانين الدوليه، فان فقه

الإماميه بمعزل عن هذا بل هو شرعى محض لا يتعدى عن حدود الفرقان المجيد و السنه النبويه و الاحكام العقليه القطعيه لا الظنيه أو الاستحسانيه، و حيث ان قضيه مرور الزمان لا ترجع الى كتاب و لا سنه بل و لا الى عقل و لا استحسان و لا قياس، و انما هو جعل جزافى محض، و احكام اقتراحيه صرفه، لذلك لا تجد لهذا البحث اعنى بحث (مرور الزمان) فى كتب أصحابنا عينا و لا أثرا لا فى المختصرات و لا المطولات، و لعمر الحق ان عدم سماع الدعوى لقضيه [مرور الزمان] لحكم جزافى جائز إذ ما المانع من سماع الحاكم دعوى قد مضى عليها مائه سنه لا ثلاثون فينظر فيها فان كانت حقا حكم بالحق و ان كانت باطلا ردها، اما التعليل بان تركه المطالبه بحقه طيله المده من غير عذر دليل على سقوطه و الا لطالب به فهو مدفوع بان هذا لا يقضى بعدم السماع بل اللازم ان يسمعها الحاكم ثم يسأله عن سبب تركه المطالبه فى تلك البرهه فان أبدى عذرا معقولا فذاك و الا جعله بعض القرائن على بطلان حقه فإن عارضه بما هو أقوى حكم له و الا حكم عليه، (و الخلاصه) ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان يجحف بالحقوق و يروج دوله الباطل، و ما أكثر ما تكون للناس اعذار خفيه، و موانع سريره، توجب عليهم تأخير المطالبه غير الموانع العامه كالصغر و الجنون و المرض و السفر فلو اوجدنا باب سماع الدعوى عليهم كنا قد ذهبنا بحقوقهم ظلما و عدوانا أ فليس من الظلم الفاحش ان لا تسمع دعواه و لعله محق فيها و من هذا البيان و ما

طويناه من أمثاله يظهر لك ان قضيه مرور الزمان و سد باب الدعوى من اجله حكم جزافى لا يطابقه كتاب و لا سنه، و لا يوافق عقل و لا قياس، و من هنا تعرف رصانه فقه الإماميه و بعد نظرهم و قوه مداركهم، إذا فلنطو هذا البحث على علامته و لنوصد بابه لأننا لا نبحت فى مسأله الا من حيث دليلها الشرعى اما إذا خلت عن الدليل و كانت جعلاً جزافياً، فلا نأقه لنا فيها و لا جمل و لسنا منها فى حل و لا -خمر. و كان الواجب على أرباب (المجله) بما انها فقه إسلامى مأخوذ من أئمه المذاهب الأربعة ان لا يذكروا شيئاً من هذا الباب فى مجلتهم و اللازم على من يرغب فى تحرير المجله حذفه و اللّهُ الموفق و به المستعان.

الكتاب الخامس عشر (فى البينات و التحليف)

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعة أبواب

(المقدمه فى بيان بعض الاصطلاحات الفقيهيه المتعلقه) بالينات و التحليف

اشاره

المقدمه ماده «١٦٧٦»

البينه:

هى الحججه القويه.

هذا تعريف باللام الأعم كما يقولون «سعدانه بنت».

فان الشيعاء أيضا حججه قويه و التواتر حججه قويه بل و ما دون البينه أيضا حججه قويه كخبر العدل الواحد بناء على حججته فى الجملة و كل هذه الأمارات حججه قويه فيما إذا تمتاز البينه إذا فالأصح

فى تعريفها ان يقال انها- الشاهدان العادلان فى أمر يترتب عليه حكم شرعى.

ماده «١٦٧٧»

التواتر:

خبر جماعه لا يجوز العقل اتفاهم على الكذب، و يعتبر ان يكون ذلك فى جميع الطبقات فلو انتهى خبرهم الى واحد لا يكون الخبر متواتر بل الخبر عنه متواتر فيسقط و عليك بتدبره كى لا تسقط.

ماده (١٦٧٨) واضحه «١٦٧٩»

ذو اليد:

هو الذى وضع يده على عين بالفعل أو الذى يثبت تصرفه تصرف الملا-ك، ان كان المراد باليد- العضو الخاص و يراد من الوضع القبض بها صح العطف و لكن لا يعتبر هذا المعنى فى اليد التى هى محل تعلق الأحكام من ضمان و دلالة على الملكيه- و ان كان المراد بها الاستيلاء صح التفسير و لغا العطف فتدبره- و باقى المواد واضحه.

الباب الأول فى (الشهادة)

إشاره

و يشتمل على ثمانية فصول)

الفصل الأول فى (بيان تعريف الشهاده و نصابها)

ماده «١٦٨٤» الشهاده هى الأخبار بلفظ الشهاده

يعنى يقول اشهد بإثبات حق أحد الذى هو ذمه الآخر،، الا تعجبوا من شكاسه هذا التعبير و سوء هذا التفسير الذى هو كتفسير الشىء بنفسه على حد قوله: كأننا و الماء من حولنا إلخ فإن النتيجة بعد تلك التعقيدات ان الشهاده هى قول أشهد بأن هذا له حق فى ذمه هذا- مع ان الشهاده لا تنحصر بقضيه الحق فى الذمه بل تشمل الشهاده على العين أيضا و لا يعتبر فى تحقق معناها حضور الحاكم و لا مواجهه الخصمين و انما هذه الخصوصيات معتبره فى مقام اعتبارها فى الخصومه و حكم الحاكم بها لا فى مقام اعتبارها بذاتها.

ماده (١٦٨٥) نصاب الشهاده فى حقوق العباد رجلان أو رجل و امرأتان

و تقبل شهاده النساء فقط فى حق المال فى المحال الذى لا يمكن اطلاع الرجال عليها،، اعلم ان هذا البحث من أهم مباحث الشهاده بل هو فى الدرجه الأولى، فإن حكم الحاكم بالشهاده موقوف على معرفه نصابها و هو يختلف حسب اختلاف الحقوق كما يختلف اشتراط الذكوره فى بعض و عدم اشتراطها فى بعض آخر و ما ذكرته (المجله) فى هذه الماده ناقص و مع نقصه مختل مضطرب و يعلم هذا من البيان الذى ننشره عليك و ذلك ان فقهاء الإماميه قسموا الحقوق قسمين (حقوق الخالق) جل شأنه «و حقوق المخلوق» و أظهر حقوق الله سبحانه هى العقوبات و الحدود التى فرضها على مرتكبي الكبائر المحرمه فى الإسلام بل فى عامه الشرائع و هو على قسمين قسم لا- يثبت إلا- بأربعة رجال أو ثلاثه و امرأتين و هو زنى المحصن الموجب للرجم و رجلين و اربع نساء و هو زنى غيره الموجب للجلد و اعتبار الأربعة منصوص فى كتاب الله المجيد فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهُ مِنْكُمْ - لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ و قيام النساء مقام الشاهدين، و الشاهد ثبت بالسنه و قد علل بعضهم اعتبار الأربعة بأنه شهاده على اثنين الزانى و المزنى بها و الخدشه فيه واضحه، و فى بعض الأحاديث أنه تعبد خاص و إيماء إلى بطلان القياس و الا فالقتل أعظم جريمه عند الله تعالى و أضر فى المجتمع مع انه لم يعتبر فى إثباته الأربعة و عندنا مع ذلك فى هذا

الحكم حكمه دقيقه لا مجال لذكرها فى هذا المقام و يلحق بالزنا أخواه.

اللواط و السحق و فى إتيان البهائم خلاف (القسم الثانى) مالا- يثبت الا- بشاهدين من الرجال و هو ما عدا ما تقدم من باقى الجرائم و الجنائيات كالقتل و السرقة قطعاً لا مالا و شرب الخمر و الارتداد،، و هذا مجمل حقوق الخالق اما حقوق المخلوق فهى أيضاً أنواع «فمنها ما لا يثبت الا بشاهدين أيضاً» و هو ما لا يقصد منه المال أصاله و ان استلزمه أحياناً تبعاً كالطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه العهديه أى الوصيه إليه لا- له و الأهل و النسب اما العتق و النكاح و القصاص ففيه خلاف «و منها» ما يثبت أيضاً بشاهد و امرأتين و شاهد و يمين و هو كل ما يقصد منه المال أصاله كالديون من القرض أو القراض و الغصب و عقود المعاوضات كأنواع البيوع و الإجازات و الرهن و الوصيه التمليكيه و الجنائيات الموجهه للديه و الوقف على الأصح (و منها) ما يثبت بالرجال منفردين و بالنساء منفردات أو منضمات و ضابطته كلما يعسر اطلاع الرجال عليه من أحوال النساء كالولاده و الاستهلال و عيوب النساء الخاصه و كل مورد يثبت به الحق بشهاده النساء منفردات فلا يكفى فيه أقل من اربع و إذ لم يكمل النصاب كانت شهادتهن لغوا لا- اثر لها إلا فى موردين «الوصيه» التمليكيه فإنه يثبت بالواحد ربع و بالاثنتين نصف و بالثلاث ثلاثه أرباع و بالأربعه الكل «و الثانى» الاستهلال أى الشهاده بولاده الجنين حياً فيثبت بالواحد ربع الميراث و هكذا، ثم ان الشهاده

لا تجب فى شىء من العقود و الإيقاعات لا وضعا و لا تكليفا إلا فى الطلاق فإنه لا يصح بدون حضور الشاهدين العدلين و يستحب فيما عدا ذلك و يتأكد فى عقود النكاح و الرجعه و لا يثبت شىء منها عند الخصومه إلا بالبينه أو الإقرار أو الشاهد و اليمين الى آخر ما مر و يأتى إن شاء الله،، و قد ظهر لك من هذا البيان الموجز ما فى هذه المادة من الفتور و القصور أما «أولا» فالنصاب فى حقوق العباد لا ينحصر فى الرجلين أو الرجل و المرأتين بل يحصل بالواحد مع اليمين اى يمين المدعى «و ثانيا» فإن شهاده النساء فى الجملة تقبل فى المال و غيره فى حقوق العباد و غيرها فى ما يمكن اطلاع الرجال عليه و غيره و اما «ثالثا» فان التعبير بالمال ثم تقييده بالمحال التى لا يمكن اطلاع الرجال عليها يشبه ان يكون تهافتا فان كثيرا من المحال التى لا يمكن الاطلاع عليها لا تعلق لها بالمال أصلا كعيوب النساء الموجه لفسخ عقد النكاح و اما «رابعا» فليس المدار فى صحة شهاده النساء عدم إمكان اطلاع الرجال فان جميع موارد قبول شهادتهن كالولاده و عيوب النساء يمكن اطلاع الرجال عليها و لكن يعسر ذلك فى الغالب على الرجال لانه لا يمكن فتدبره جيدا و اغتنم هذا البحث فإنه ثمين و متين نافع.

الفصل الثانى فى (بيان كيفية الشهاده)

ماده [١٦٨٧] لا تعتبر الشهاده التى تقع فى خارج مجلس المحكمه

يعنى لا- تعتبر فى حكم الحاكم بل لا بد فى حكمه من استناده إلى الشهاده التى يسمعها فى مجلس الخصومه امام الخصم و الحاكم، لأنها لا تعتبر مطلقا فان الحق أن البينه حجه مطلقه يجوز لكل من قامت عنده ان يعول عليها أو يجب، فمن شهدت عنده البينه ان الدار التى فى يد زيد هى غضب لا يسوغ ان يشتريها منه و لا يجوز ان يدخلها باذنه و هكذا فى سائر الموارد.

ماده (١٦٨٨) يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به الى آخرها.

هذه ماده أيضا من المواد المختله المبعثره التى أضع فهم المقصود منها لسوء بيانها، و تعقيد لسانها، و تشويه عبارتها، و هى أيضا من المباحث المهمه، و ما ضابطه ما يصير به الإنسان شاهداً و قد ذكر أصحابنا «رض» ان الضابط هو العلم الجازم بالمشهود به فقد قال جل شأنه «وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» و قال صلى الله عليه و آله

على مثل هذه اى الشمس فاشهد أودع فإن كان المشهود به فعلا من الأفعال التى لا تدركها حاسه السمع و تدركها حاسه البصر غالبا كالقتل و السرقة و الرضاع و الولاده و نحوها لم تقبل فيه الا الشهاده المستنده إلى الرؤيه عيانا و تقبل فيه شهادته الأصم، و ان كان من الأمور التى لا يدرك بحاسه البصر غالبا كالنسب و الملك المطلق و الموت و الوقف و نحوهما كفى فيه السماع المفيد للعلم من تواتر أو شياح أو استفاضه و يتحقق كل واحد من هذه الأسباب أو المسببات بتوالى اخبار جماعه لا يضمهم قيد التواطى و هى مندرجه فى مراتب العلم من العلم القطعى الى الاطمئنانى العادى إلى الظن المتأخم و قال شيخ الطائفه «قده» لو شهد عندك عدلان فصاعدا صرت متحملا و شاهد أصل لا شاهدا على شهادتهما لأن ثمره الاستفاضه الظن و هو حاصل من شهادتهما و هو يشبه القياس مع وضوح المنع فى المقيس و المقيس عليه فتدبره.

و ان كان المشهود به من الأقوال لزم السماع و العيان معا كصدور صيغه البيع من زيد أو القبول من عمرو أو وقوع صيغه الطلاق أو الوقف من شخص معين و هكذا أمثالها فلا بد فى هذا النوع من اشتراك حاستى السمع و البصر بان يرى زيدا قد أجرى صيغه البيع أو النكاح بنفسه أو من وكله فيراه بعينه و يسمع الصيغه منه باذنه نعم لو شهد على الملكيه أو كون الزوجه مطلقه أو الدار وقفا كفى السماع و الاستفاضه فتلخص ان المشهود به اما فعلا فالرؤيه بالبصر و اما نسبه و اضافه فالاستفاضه و نحوها بالسمع، و اما قولاً فالسمع و البصر

و مما ذكرنا يظهر لك ما فى هذه ماده من القلق و الاضطراب.

ماده (١٦٨٩) إذا لم يقل الشاهد اشهد و قال انا أعرف الخصوص الفلانى هكذا أو أخبر بذا لا يكون قد أدى الشهاده

- إلى آخرها. يظهر من هذه ماده إن أرباب المجله يعتبرون فى قبول الشهاده التلفظ بهذه ماده أو بما يشق منها مثل اشهدوا انا شاهد و شهادتى كذا و الاقتصار على ذلك و عدم كفايه غيرها من الألفاظ التى تؤدى مؤداها و ان كان هو الموافق للاحتياط لورودها فى الكتاب و السنه بهذه ماده و مشتقاتها و لكن لزومها على نحو البت و إلغاء قول الشاهد أنا اعلم ان هذه الدار ملك زيد أو ان هذا الولد ابن عمرو و عدم اعتداد الحاكم بها مشكل أما فقهاؤنا فلم أعثر على تصريح منهم باعتبار تلك الصيغه الخاصه و ان تكثر التعبير بها فى كلماتهم، و الحق عدم الانحصار و ان كان هو الأحوط و الشهاده من الشهود و هو الحضور و حيث ان الحضور يستلزم العيان و الرؤيه و العيان يستلزم العلم فأطلق الملزوم و أريد به اللازم و هو العلم، و يطلق الشهاده أيضا بهذا الاعتبار أيضا على الحس و منه عالم الغيب و الشهاده و لو فرضنا اعتبار هذه الصيغه الخاصه أعنى الشهاده و ما يشق منها فالتفصيل بين الإفادات الواقعه لمجرد استكشاف الحال و غيرها لا وجه له لان تقويم أهل الخبره و الرجوع الى أرباب المهن و الحرف فى أعمالهم و أحوالهم لا- وجه لقبوله الا من باب الشهاده فاما ان يعتبر اللفظ الخاص فى الجميع و اما ان يسقط اعتباره فى الجميع و تفصيل (المجله) لا وجه له.

ماده «١٦٩٠» تكفى إشاره الشاهد عند الشهاده الى كل من المشهود له و المشهود عليه و المشهود به إذا كانوا حاضرين

- الى آخرها.

يراد بهذه ماده بيان انه يعتبر فى الشهاده عدم الإجمال و الإبهام فى شىء من المشهود به و المشهود عليه و المشهود له فان كانت جميعها أو بعضها حاضرا فى مجلس الشهاده كفت الإشاره إليها و ان كانت فلا بد من تعيينها بما يرفع الإبهام و لا ضابطه لهذا بل يختلف باختلاف المقامات فقد يحتاج الى ذكر الأب و الجد و القبيله و قد يكفى ذكر اسم الشخص وحده لمعرفيته و شهرته و كذلك فى المشهود به من حيث ذكر الحدود كما فى العقار و المنازل و نحوها و كل ذلك منوط الى نظر الحاكم و استيضاحه من الشاهد حتى يحصل له اليقين بموضوع الشهاده التى يتوقف عليها الحكم الحاسم و كل ما بعد هذه من مواد هذا الفصل تبتنى على هذا الأصل أعنى أصل التعيين و وضوح موضوع الشهاده عند الحاكم بجميع شئونها نعم ماده (١٦٩٥) إذا ادعى أحد على آخر طلبا فان شهدت الشهود بان المدعى عليه مديون للمدعى بما ادعى به يكفى و لكن إذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء و قالت الشهود لا ندرى ترد شهادتهم.

فيها منع رد شهادتهم بل تقبل شهادتهم و يستصحب بقاء الدين فى ذمه المدعى عليه الا أن يثبت سقوطه من ذمته بالأداء أو الإبراء أو نحو ذلك.

الفصل الثالث فى (بيان شروط الشهاده الاساسيه)**اشاره**

جعل هذه ماده اساسيه و التى قبلها المذكوره فى [الفصل الثانى] غير اساسيه لا يبتنى على وجه معقول بل الجميع سواء فى الاعتبار فكما لا عبره بالشهاده التى تقع خارج مجلس المحاكمه المذكوره فى أول ذلك الفصل كذلك لا عبره بالشهاده فى حقوق الناس بدون سبق الدعوى المذكوره أول هذا الفصل.

ماده (١٦٩٦) مضافا الى ما أشرنا إليه قبلا من ان هذه شروط الحكم حقيقه لا شروط الشهاده فإن البينه حجه مطلقا

سواء قامت عند الحاكم أو غيره، فمن قامت عنده البينه ان هذه الدار ملك زيد صح له شراؤها منه و لو لم يحكم الحاكم بذلك و كانت فى يد غيره و عليه فليست هى شروط اساسيه نعم هى شروط اساسيه فى الحكم و المخاصمه لا مطلقا، كما ان من العبث المستدرک ما فى ماده «١٦٩٧» فإن من الواضح الضرورى ان البينه انما هى حجه فى ما هو مشكوك و مجهول الحال لا فيما هو معلوم ففى مواضع العلم لا حجيه لها أصلا سواء خالفت

العلم أو وافقته فضلا عن سقوطها فيما خالف المشاهد المحسوس فما ذكرته المجله فى هذه الماده من عدم قبول البيئه إذا قامت على موت من حياته مشاهدته أو خراب دار عمارتها مشاهدته- فى غاية السخافه و كذا ماده (١٦٩٨) لا تقبل البيئه التى قامت على خلاف التواتر ضروره أن التواتر يفيد العلم فلا تعارضه البيئه بالضروره و كل هذا غنى عن البيان فيلزم حذف هذه المواد من المجله لأنها من الأصول الموضوعه فتدبرها.

ماده [١٦٩٩] إنما جعلت البيئه مشروعاً لإظهار الحق

بناء عليه لا- تقبل الشهاده بالنفى الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الأمر و الشىء الفلانى ليس لفلان و فلان ليس بمديون لفلان الى آخرها.

هذه الماده متداعيه البناء من جميع أطرافها، ساقطه من كل نواحيها، فإن النفى الصرف اى المحض هو الذى لا متعلق له أصلا و هذا مما لا- يعقل الشهاده عليه كالوجود الصرف اى الوجود المطلق (و ثانيا) فإن الأمثله المزبوره ليس شىء منها مثلا للنفى الصرف بل كلها نفى مقيد و سلب خاص ضروره انه نفى فعل خاص عن فاعل خاص، و معلوم ان العدم و الوجود انما يخرج كل واحد منهما عن كونه محضاً أو صرفاً بتقيده و إضافته فالوجود انما يخرج عن الإطلاق و المحوضه بإضافته الى زيد و كذلك العدم، فما معنى جعل تلك الأمور و هى إعدام خاصه أمثله للنفى الصرف و العدم المطلق؟ (و ثالثا) لا معنى لمقابله النفى الصرف بالتواتر بل المقابل للنفى الصرف هو النفى المضاف

أى المقيد، و اى ربط للتواتر هنا، و هل هذا الا نظير تقسيم الشىء إلى الأعم منه و الأخص فتدبره.

و كان حق التعبير ان يقال ان النفى الخاص مثل ان فلانا غير مديون لفلان و لم يسقترض منه فى الوقت الفلانى لأنى كنت معه فى ذلك الوقت فإن أثبت ذلك بالبينه اى بشاهدين عدلين انه فى الوقت الفلانى لم يستقرض أو أثبتته بالتواتر حكم الحاكم بأنه غير مديون و الا- فلا- و من هنا تعرف الاشكال «رابعاً» و هو انه لا ينحصر إثبات ذلك بالتواتر بل تكفى البينه أيضا فتقبل بينه العدلين كما تقبل بينه التواتر.

ماده (١٧٠٠) يشترط ان لا يكون فى الشهاده دفع مغرم أو جر مغنم الى آخرها.

هذه ماده أيضا مختله جدا، بل ان هذا الباب اعنى باب قدح التهمه بالشهاده لجر مغنم أو دفع مغرم يلزم سده تماما إذ لا موقع له أصلا بعد اعتبار العداله فى الشاهد و كون العداله هى تقوى الله عز شأنه التى تمنع صاحبها من ارتكاب الكبيره و أى كبيره أعظم من شهاده الزور فان كان الشاهد عادلا لم يشهد بالباطل و لو كان له الف مغنم أو دفع الف مغرم و الا فلا تقبل شهادته لعدم عدالته لا لقضيه التهمه نعم ذكر أصحابنا اشترط عدم التهمه فى الشاهد و لكنهم لم يتسعوا فيه بهذه التوسعه التى ذكرتها «المجله».

و هذه أيضا من المسائل التى لم يحسن تحريرها لا فقهاؤنا و لا فقهاء

الجمهور فبقيت مقنعه بقناع الإبهام و التخليط و منشأ الوهم عندنا انه ورد عده اخبار عن أهل البيت سلام الله عليهم ان المتهم و الظنين لا تقبل شهادته مثل خبر ابن سنان قلت لأبي عبد الله اى الصادق عليه السلام ما يرد من الشهود قال الظنين و المتهم قلت فالفاسق و الخائن قال كل هذا يدخل فى الظنين، و بهذا البيان عده اخبار فجعلوا ارتفاع التهمه شرطا مستقلا غير العداله مع ان المتدبر فى تلك الاخبار يجدها صريحه فى ان المتهم هو الفاسق أو أعم منه و خلاصه ما تستفاد منها ان الظنين ترد شهادته و المراد بالظنين هو الذى يظن به السوء اما لظهور فسقه و خيانتة أو لأنه غير محرز العداله و هو مجهول الحال و لا يظن الخير فيه فليس المقصود منه الا- بيان شرطيه العداله لا- شرط آخر فى قبالها فكان اللازم حسب متانه التحرير و حسن البيان ان يقال: ان العداله شرط قبول الشاهد فلا تقبل شهاده الفاسق و هو مرتكب الكبائر المعروفة و لا الخائن و لا مجهول الحال المتهم بجر مغنم أو دفع مغرم بشهادته، و هذا هو مفاد تلك الطائفه من الاخبار، اما عدم قبول شهاده الشريك لشريكه فإنها ان كانت فى المال المشترك العائد له و لشريكه فعدم قبولها لأنها من قبيل شهاده الإنسان لنفسه و هى باطله قطعا و التبعض غير صحيح أو غير ممكن و ان كان فى مال آخر يختص بالشريك فهى مقبوله مع استجماع الشرائط من عداله و غيرها و يلحق به شهاده الوكيل لموكله لان الوكيل كالأصيل، و مثله الوصى على مال لموصيه أو القيم على مال لليتيم و انما ترد شهاده هؤلاء بناء على انهم

فرع بمنزله الأصل و ان كان فيه للمناقشه مجال خصوصا فى الوصى و القيم و منه أيضا شهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنايه فإنه يدفع عن نفسه ضررا فهو من قبيل شهاده المرء لنفسه و شهود بعض القافله على قاطع الطريق عليهم أو اللصوص الناهبين لأموالهم إلا- إذا كان ممن لم يؤخذ منه شىء فهؤلاء لا تقبل شهادتهم و ان كانوا عدولا لاتحاد الشاهد و المشهود له و لو بالضميمه،، أما النسب فغير قادح أصلا فى الشهاده بعد إحراز العداله و كذلك السبب فتقبل شهاده الزوج لزوجته و عليها كالعكس كما تقبل شهاده الأرحام بعضهم لبعض مطلقا حتى الأب على ولده و له اما شهاده الولد على أبيه فقد اختلف فيها أصحابنا فطائفه ذهبت الى القبول على العموم و اخرى إلى عدمه لأخبار خاصه تدل على ذلك، ففى بعض الاخبار لا تقبل شهاده الولد على والده و لعل أكثر أصحابنا على هذا، و لكن ذلك الخبر معارض مضافا الى العمومات بأخبار أقوى منه سندا و أكثر عددا، ففى خبر داود بن الحصين انه سمع الصادق سلام الله عليه يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين و الولد و لا تقيموها على الأخ فى الدين بالضرر قلت و ما الضر قال إذا تعدى صاحب الحق خلاف ما أمر الله و رسوله و مثل ذلك ان يكون لرجل على آخر دين و هو معسر و قد أمر الله بإنظاره حتى يتيسر قال فنظره الى ميسره و يسألك أن تقيم الشهاده و أنت تعرفه بالعسر فلا يحل لك ان تقيم الشهاده، و مثله خبر ابن سويد أقم الشهاده و لو على نفسك أو الوالدين و الأقربين فإن خفت على أخيك ضيما فلا، و فوق

هذا كله قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ، و مناقشات صاحب الجواهر «ره» في هذه الوجوه ضعيفه ليست بشىء، نعم ان كان شىء يتأبد به خبر عدم القبول- فهو الوجه الاعتبارى و هو ان شهاده الولد على أبيه توجب حزازه فى نفس الأب و قد تنجر إلى النفرة الموجهه لانحلال النظام العائلى و حدوث الفتن و المفساد و كل ذلك مما يعلم حرص الشارع الحكيم على عدم وقوعه، و من المعلوم ان الشهاده انما يجب أداؤها حيث لا يستلزم ضررا على الشاهد و حيث ان الغالب فى شهاده الولد على أبيه هو ترتب شىء من الإضرار و المفساد و لا سيما مع حاجه الولد لأبيه فى الغالب فلعل الشارع منع تلك الشهاده درء لتلك المفساد و يكون كتخصيص عقلى و شرعى لعموم الآيه و الروايات فتدبره جيدا و لا- تتسرع إلى المناقشه فيه قبل تدبره، و مما ذكرنا ظهر لك ان جميع الأنواع التى ذكرتها المجمله فى هذه ماده و حكمت بعدم قبول شهادتهم- هم مقبولو الشهاده عندنا مع عدالتهم حتى شهاده الصديق لصديقه مهما بلغت الصداقه بينهما لا كما فى ماده (١٧٠١) من عدم قبولها إذا وصلت صداقتهما إلى مرتبه تصرف أحدهما فى مال الآخر،، نعم لا تقبل الشهاده كما عرفت حيث تكون من قبيل شهاده الإنسان لنفسه أو الفرع لأصله الموجب لاتحاد الشاهد و المشهود له حقيقه أو حكما و يكون شاهدا و مدعيا كما فى ماده «١٧٠٣»

و ماده «١٧٠٤»،،، اما- ما ذكره فى هذه ماده من عدم صحه شهاده الحاكم المنفصل عن بلده على الحكم الصادر منه قبل العزل و اما إذا شهد بعد العزل على إقرار من أقر فى حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته- فلعل وجهه ان الشهاده فى الصوره الأولى شهاده لنفسه أو إقرار منه و فى الصوره الثانيه شهاده على فعل الغير و إقراره فيقبل و أنت خير بان اعتراف الحاكم بحكمه لا تنطبق عليه أوصاف الشهاده و شروطها و لا صفات الإقرار و انما هو اخبار صرف عن أمر وقع منه فلا خصومه حتى يكون شهاده و لا يلزمه بذلك حق حتى يكون إقرارا فتدبره.

بقى فى المقام شىء و هو قضيه العداوه المذكوره فى ماده (١٧٠٢) يشترط ان لا يكون بين الشاهد و المشهود عليه عداوه دنيويه

و تعرف العداوه الدنيويه بالعرف،،، و ذكرها أيضا جماعه من أصحابنا فى جمله شروط الشاهد و ذكروا أن العداوه الدنيه لا تقدر فالمسلم تقبل شهادته على غيره و غيره لا تقبل شهادته لأن الإسلام شرط عام فى الشاهد. اما العداوه الدنيويه فذكروا فى ضابطتها- ان يعلم من حال أحدهما سروره بمساءه الآخر و مساءته بسروره أو يكون قد وقع بينهما تقاذف، و غير خفى أن سرور الرجل بمساءه الآخر و بالعكس دليل على البغضاء و الشحناء الكاشف عن الحقد و الحسد بينهما و هو من أكبر الكبائر و أعظم المحرمات التى تطاردها الشريعه الإسلاميه بكل حول و قوه فأين تكون العداله حينئذ؟ اما .. تقييد بعضهم بأنها حيث

لا تنافى العدالة فهو افتراض محض لا حقيقه له فى التحصل و الخارج و على كل فالركن الأعظم و الشرط الأهم فى الشاهد هو العدالة المذكوره فى ماده «١٧٠٥» يشترط فى الشاهد ان يكون عادلا- الى آخرها و كان حق هذا الشرط تقديمه على سائر الشروط و لكن المهم فى المقام تعريف العدالة فقد اختلف فى حقيقتها و التعريف عنها فقهاؤنا أشد الاختلاف و ألقوا فيها بالخصوص رسائل مستقلة فبين قائل انها ملكه نفسانيه تمنع من ارتكاب الكبائر و الإصرار على الصغائر، و هذا هو تعريفها المعروف و ينكشف ذلك بطول المعاشره و المزاوله معه فيستدل عليها بآثارها كما يستدل على سائر الملكيات النفسانيه من الشجاعه و الكرم و أصدادها بآثارها، و لما كان الوقوف على ذلك من أشق الأمور و أصعبها عدل عنه آخرون و عرفوها بحسن الظاهر يعنى ان لا تجده قد ارتكب المعصيه فى وقت اى يكون متسترا ظاهر الصلاح سواء كانت عنده تلك الملكه النفسانيه أم لا، اما (المجله) فقد جاءتنا بتعريف غريب لا يتحصل الا للبارى جل شأنه و ملائكته المقربين و هو ان تكون حسناته غالبه على سيئاته و لا يخفى ان هذا لا ينكشف تماما الا يوم القيامه يوم تنصب الموازين و تنشر الدواوين و يقوم الناس للحساب بين يدى رب العالمين،، و الا فأى شخص يستطيع أن يحصى أعمال الآخر و يميز بين حسناته و سيئاته و يزنها وزنا صحيحا فيعرف أنها متساويه أو إحداهما تزيد على الأخرى، «هذا أولا» و «ثانيا» ان التفريع المذكور

فى المجله لا- ينطبق على هذا التعريف حيث قالت: بناء عليه لا- تقبل شهاده من اعتاد حالا- و حرکه تخل بالناموس و المروه كالرقاص و المسخره و لا تقبل شهاده المعروفين بالكذب،،، و بهذه الأمثله قد خرجت القضيه عن مسأله الحسنات و السيئات و صار الناس كلهم عدولا الا افرادا معدوده و هم الرقاصون و المضحكون و المعروفون بالكذب فأين الحسنات و السيئات إذا و ربما أرادوا بهذا جعل الضابطه حسن الظاهر فقصرت عبارتهم أو عربيتهم عن ذلك، و يظهر الفرق فى مجهول الحال، فإنه عادل بمقتضى التفریع و ليس بعادل على حسن، الظاهر و هنا يجىء حدیث الواسطه و هل هما ضدان وجودیان أو نقيضان يتقابلان بالسلب و الإيجاب و الأول أرجح أو أصح، و خلاصه التحقيق عندنا ان فقهاء الفريقين رضوان الله عليهم لو تركوا الخوض فى هذه المواضع الى العرف فهو اعرف بها و أوصل إليها من تعاريفهم الفنيه و صناعاتهم العلميه التى تبعد الطريق إلى معرفه هذه الموضوعات الا ترى ان العرف فى كل بلد اعنى أهالى كل بلده يعرفون أهل الصلاح فيهم و التقوى كما يعرفون الفسقه الفجره المتجاهرين بالمعاصى نعم يبقى فى البين مجهولو الحال فيلزم الحاكم البحث عن حالهم بشهود التزكيه و التعريف حتى يحصل له الاطمئنان بأنه رجل صادق اللهجه لا يتعمد ارتكاب المعصيه و لا يتهاون بحرمات الله عز شأنه و على كل فان بعض الفقهاء فى باب العدالة قد ضيقوا واسعا ففى كثير من الأحاديث النبويه و اخبار

□
 أئمتنا صلوات الله عليهم جميعا ما معناه أو لفظه تقريبا: من حدثكم فلم يكذبكم و وعدكم فلم يخلفكم و عاملكم فلم يظلمكم و ائتمتموه فلم يخنكم فقد ظهرت مروته و حرمت غيبته و وجبت عدالته، و فى هذا القدر من البحث فى العدالة كفايه نسأله تعالى ان يجعلنا و حكامنا من أهل العدل و العدالة فإن عداله الحكام و الوكلاء أهم من عداله الشهود، و هى اليوم فيهم أو فى العموم على أوسع معانيها أعز من الإكسير، و لا يحصل القليل منها فى الكثير، و لا حول و لا قوة إلا بالله

الفصل الرابع فى (موافقه الشهاده للدعوى)

ماده (١٧٠٦) تقبل الشهاده ان وافقت الدعوى و الا- فلا،، هذا مما لا- ريب فيه، و لكن ربما يأتى المناقشه فى بعض الأمثله المذكوره هنا كالمثال الأخير فإن المديون إذا ادعى انه قد ادعى الدين و شهد الشهود أن الدائن قد أبرأه فقد اختلفت الشهاده عن الدعوى ضروره أن الأداء غير الإبراء (و بالجمله) اللازم مطابقه الشهاده للدعوى تماما نعم لا يضر اختلاف التعبير مع وحده المفاد و وضوح الحال كما

لو ادعى ان الدار لى و شهد الشهود انها ملكه أو ادعى ان هذه دابتي اغتصبها فلان و شهد الشهود أنه أخذها منه قهرا و هكذا، اما لو اختلف الموضوع فى الشهاده و الدعوى و لو بالعموم و الخصوص و القله و الكثيره ففى قبولها مجال للتأمل، و منه يظهر وجه الإشكال فى ماده (١٧٠٧) فإن الاختلاف بالسنة و السنتين و الالف و الخمسمائه ليس اختلافا فى التعبير فقط بل اختلاف فى الموضوع فتدبره.

و لعل هذا الاختلاف لا يقدر فى بعض ظروف الدعوى و تشخيص ذلك منوط بنظر الحاكم الذكى و على هذا الأساس بيتنى ما فى ماده [١٧٠٨] من كون الدعوى أقل مما شهدت به الشهود فان تشخيص المقبول من المردود و إمكان التوفيق و عدمه كله منوط الى لباقة الحاكم و لودعيته أو تخلص المدعى أو وكيله من ورطه الاختلاف و مثله الكلام فى اختلاف الشهاده و الدعوى بالإطلاق و التقييد المذكور فى ماده «١٧٠٩» من دعوى المدعى الملك المطلق و شهاده الشهود الملك المقيد و لا يجب على الحاكم السؤال عن السبب و لو سأل فاختلف و قال ملكته بسبب آخر غير ما ذكرته الشهود أمكن الصحه فى مقام كما يمكن الرد فى آخر و هو أيضا موكول الى بعد نظر الحاكم و دقته و لذا كان القضاء من أصعب الأشياء (و القاضى على شفا) و مما ذكرنا يظهر أيضا وضوح المناقشه فى ماده (١٧١٠) التى خلاصتها ان المدعى إذا ادعى الملك المقيد و شهدت الشهود بالمطلق تقبل شهادتهم، و لكن لو صرح البائع بقوله اشتريته من فلان و شهد

الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم، فإن الأصح القبول و ما ذكروه من التعليل لعدم القبول عليل إلى الغايه ضروره أن مصب الدعوى تختلف فتاره يكون الموضوع ملك البستان و عدمه من غير نظر الى قضيه المنافع و الزوائد أصلا، فهذا لا يضر فيه قضيه تقدم التاريخ و عدمه أو الإطلاق و التقييد من هذه الجبهه نعم لو كان مصب الدعوى هو النماء اى نماء السنه السابقه أو الستين فالمشترى يدعى تقدم البيع ليكون نماء تلك السنه له و البائع يدعى تأخره كى يكون له و هنا لو اختلفت الشهاده عن الدعوى بالإطلاق و التقييد لم تقبل و لم تنفع فتدبره جيدا، نعم ما فى ماده «١٧١١» من الاختلاف فى السبب قادح قطعاً لاختلاف الموضوع بين الشهاده و الدعوى بالتباين.

الفصل الخامس فى (بيان اختلاف الشهود)

كما يلزم اتفاق الشهاده و مطابقتها للدعوى كذلك يلزم اتفاق شهاده الشهود فى أنفسهم بالنسبه إلى شهادتهم فلو اختلفوا فشهد أحدهم بألف من الذهب و الآخر بألف من الفضة لم تقبل كما فى ماده

(١٧١٣) أو اختلفا فى نوع المشهود به أو مقداره أو وصف من أوصافه المحسوسه كاللون لم تقبل أيضا كما فى ماده «١٧١٤» و ماده «١٧١٥» المتضمنتين اختلافهما فى اللون أو المقدار، أما- ماده «١٧١٣» المطوله فليس لها حقيقه محصله، فان الفعل و القول سواء فى إمكان أن يكررا، و كما لا معنى لتكرير الفعل كأداء الدين الواحد و الغصب و نحوه فكذلك لا معنى لتكرير بيع الشىء الواحد مره فى الدار و اخرى فى الحانوت، فالأصح ان كل هذه الاختلافات سواء فى الفعل أو القول قادحه فى الشهاده و لا يتم النصاب بالشاهدين المختلفين فى خصوصيات الشهاده إلا ما يعود الى اختلاف التعبير أو الإطلاق و التقييد كما لو شهد انه باع و شهد الآخر انه باع فى الحانوت اما الخصوصيات المتباينه فلا تقبل معها الشهاده مطلقا الا إذا حصل للحاكم اليقين بالوحده من بعض قرائن الأحوال التى لا تنضبط بضابطه و ليس لها قاعده عامه.

الفصل السادس فى (تزكیه الشهود)

ماده «١٧١٦» إذا شهدت الشهود و سأل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول فى شهاده هذين أهما صادقان أم لا

- الى آخرها.

تحرير هذا البحث كما يحق له و يستوفى عامه نواحيه. ان البينه إذا شهدت عند الحاكم فاما ان يكون عالما بعد التهما أو عالما بفسقهما أو مجهولى الحال عنده فان كان عالما عمل بمقتضى علمه قبولاً أو رداً و لا حاجه الى السؤال و المراجعة لأنه مكلف بالعمل بعلمه نعم لو كان مستند علمه الاستصحاب فللمدعى أو المدعى عليه ان يراجع الحاكم فى إثبات تبدل الحال السابق من فسق إلى عداله أو من عداله إلى فسق فيطلب الحاكم البينه على ذلك و ان كان جاهلاً بحالهما سأل من المدعى عليه فان اعترف بصدقهما فهو إقرار بتعبير آخر و ان اعترف بعدالتهما فقط فهو أيضاً كالا- اعتراف اما لو اعترف بعدالتهما و ادعى انهما أخطئا أو نسيا فإن أثبت ذلك أبطلها الحاكم و الا أمضاها، و ان قال هما شاهدا زور طلب من المدعى تزكيتهما فان زكاهما كان على

الحاكم ان يعرف المدعى عليه ان له حق الجرح فان جاء بينه على الجرح تقدمت على بينه التعديل على المشهور لان الجراح يقول اعلم و المعدل يقول لا اعلم و أنت خبير بان هذا غير مطرد فان المعدل قد يشهد أيضا بالإيجاب و نفى ما يقوله الجراح فلو قال الجراح رأيت يشرب الخمره بالأمس فى المحل الفلانى و المعدل يقول انه فى هذا الوقت كان عندى و فى بيتى، و الحاصل لا طائل فى هذا البحث أصلا فإنه يختلف باختلاف الخصوصيات الزمانيه و المكانيه و الأشخاص و غير ذلك فإرجاعه إلى نظر الحاكم ان كان من أهل النظر أصح و أصلح،، اما طريقه التزكيه فهى كما فى ماده «١٧١٧».

تزكى الشهود من الجانب الذى ينسبون إليه يعنى ان كانوا من طلبه العلوم يزكون من مدرس المدرسه و من معتمد أهاليها إلى آخرها لعل الأصل فى هذا ما روى فى بعض الاخبار من ان النبى صلى الله عليه و آله كان إذا شهد عنده شاهد يرسل شخصين لا يعلم أحدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فان جاء بمدح و ثناء حكم و ان جاءا بشين ستر عليهما و دعا الخصمين الى الصلح و ان لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عن الشاهدين فان زكاهما حكم و إلا - طرحهما، و من المعلوم ان سؤال القبيله و مدرس المدرسه و معتبرى التجار و نحو ذلك انما هو من جهه انه هو الطريق المتعارف و لأ-نهم هم المطلعون على حاله فى الغالب لا ان طريق التزكيه منحصر فيه كيف و قد يتفق بل كثيرا ما يتفق ان يكون للشاهد أصدقاء مختصون به لازموا فى

سفر أو حضر فاطلعوا على دخيله أمره، و خفى سره، بما لم يطلع عليه مدرسه و لا قبيلته، و بالجمله فهذا أمر موكول الى المدعى و هو الملزوم بإثبات تزكيته بأى نحو كان، و اللازم عندنا تزكيته مطلقا سواء كانت فى السر أو العلن نعم تزكيه السر اولى صيانته عن هتك الذمه و أوقع فى براءه المزكى من المراعاة لحاله الخجل و الحياء فاللازم الاكتفاء اما تطلبهما معا فهو لمزيد الاحتياط و التوثق و لو كانت لازمه فهى موكوله إلى نظر الحاكم فله أو عليه ان يتحرى أحد الطرق الموصله إلى حصول الثقه بهما سواء كان بالنحو المذكور فى ماده «١٧١٨» من الورقه المستوره أو غيرها و كلما ذكر فى هذه ماده و ما بعدها ليس فيه أمر محتم لازم و لا شىء منصوص عليه و انما هى أمور غالبه و طرق متعارفه فقد يرى الحاكم أو المدعى فى إثبات التزكيه أو المدعى عليه فى إثبات الجرح طريقا غير هذه الأوضاع المحرره فى هذه المواد فلا داعى لإطاله البحث فيها، نعم ما فى ماده «١٧٢٤» لا يشتغل الحاكم بتزكيه الشهود الثابته عدالتهم فى ضمن خصوص عنده الى آخرها.

و محصلها ان الحاكم إذا ثبت عنده عداله شاهدين ثم شهدا عنده بأمر مخصوص غير ذلك المورد فلا حاجه الى تزكيه ثانيه إلى سته أشهر و يحتاج إليها بعد المده المزبوره، و لكنك خيرير بأنه لا حاجه الى التزكيه الجديده عنده مطلقا لمكان الاستصحاب نعم للمدعى عليه حق الجرح و إثبات عروض الفسق إذا ادعاه و هذا أمر آخر غير

قضيه التزكيه، نعم لو رفعت خصومه إلى حاكم آخر و شهد أحدهم عنده و هو لا يعرفه احتاج الى تعديله، و كل هذا واضح كوضوح ماده (١٧٢٤) إذا طعن المشهود عليه قبل التزكيه أو بعدها الى آخرها.

ماده «١٧٢٥» إذا عدل بعض المزكين الشهود و جرحهم بعض لم يحكم الحاكم بشهاده أولئك الشهود لانه يرجح طرف الجرح.

مرت الإشارة الى ان المشهور ان الجرح مقدم على التعديل لأن التزكيه ترجع الى انى لا ادري و الجرح يرجع الى أنه يدري و من يعلم حجه على من لا يعلم و قد عرفت المناقشه فيه و انه على إطلاقه غير مسلم.

ماده «١٧٢٦» إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهاده فى المعاملات فللحاكم ان يزكيهم و يحكم بشهادتهم.

لعل وجهه استصحاب وجوب العمل بشهادتهما و هو فى صورته موتهما لا يخلو من نظر و الإطلاقات منصرفه عن الأموات، و لكن أصحابنا أرسلوا هذا الحكم إرسال المسلمات فى (الشرائع) ما نصه:

لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما و كذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت و كذا قال رحمه الله فيما لو شهدا عادلين ثم فسقا قبل الحكم فإن العبره بعد التهما حال الشهاده لا حال الحكم.

تذنيب في (تحليف الشهود)

ماده «١٧٢٧» إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا كاذبين و كان هناك لزوم لتقويه الشهاده باليمين فللحاكم ان يحلف الشهود و له ان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم و الا فلا.

هذا الحكم استحسانى جزافى و الشاهد لا يمين عليه أصلا فإنه اما ان يكون عادلا فعدالته كافيه فى حصانته و مناعته عن تطرق الكذب، و اما ان يكون فاسقا و الفاسق كما لا يتخرج عن الكذب لا يتخرج عن اليمين الكاذبه و اما ان يكون مجهول الحال فهو غير مقبول الشهاده أصلا، فأين موضع فائده اليمين؟ فليتدبر.

الفصل السابع فى (رجوع الشهود عن الشهاده)

تحرير هذا البحث ان الرجوع عن الشهاده اما قبل الحكم أو بعده قبل الاجراء أو بعده و بعد الاجراء و التنفيذ، ثم الحكم فى صورته الرجوع اما ان يكون متعلقا بمال أو نكاح أو طلاق أو حد أو ديه أو قصاص فى نفس أو طرف، فان كان الرجوع قبل الحكم سقطت الشهاده و لا سبيل للحكم لأن الشهاده قتلت نفسها و لا يدري أ صدقوا فى الأولى أو الثانيه، و هو المصرح به فى ماده (١٧٢٨) إلى قوله و يعزرون و التعزير هنا غير معلوم الوجوب نعم لو كان فيها قذف كشهود الجرح أقيم عليهم الحد، و ان كان الرجوع بعد الحكم قبل الاجراء، و كان المتعلق مالا أو نكاحا و طلاقا نفذ الحكم و غرما المال و ان كان قصاصا أو حدا سقط لان الحدود تدرأ بالشبهات و الرجوع يوجب الشبهه قطعاً، و يعزر الشاهد أو يحد طبعاً، و الى بعض هذه النواحي أشارت (المجله) ماده «١٧٢٩» و التى أحالت عليها و هى ماده (٨٠) فقد أشارت الى

عدم نقض الحكم و هذا انما هو فى المال فقط إجماعا و فى الطلاق و النكاح على الأشهر، اما فى الحدود و القصاص فلا نفوذ إجماعا أيضا اما لو كان الرجوع بعد الحكم و الاجراء فإن كان المحكوم به مالا فالغرامه بلا اشكال عينا أو دينا، و ان كان نكاحا أو طلاقا نفذ فلو شهدا ان زيدا طلق زوجته و حكم الحاكم و تزوجت نفذ فان كان بعد دخول الأول بها فلا غرامه لأن المهر قد استقر بالدخول و ان كان قبل الدخول غرم للأول نصف المهر الذى دفعه للزوجه، و قيل بل يبطل الثانى و تعود إلى الأول و يغرم الشاهدان برجوعهما ما دفعه الثانى من مهر و غيره و هو قوى، و ان كان قصاصا أو حدا و رجعا بعد استيفائه فإن قالوا تعمدنا اقتص منهما ان رجعا معا و يرد الفاضل كما لو اشتركا فى قتله و ان كان الراجع واحدا اقتص منه و يرد الفاضل إلى أوليائه و ان قالوا- أخطأنا يؤخذ منهما الديه و من أحدهما النصف و لو كانوا ثلاثة فمن كل واحد الثلث و هكذا لو شهدوا بالزنا و رجم المحكوم ثم رجعوا فان كان عمدا تخير بين قتلهم و رد فاضل الديه و ان كانوا فالديه و ان اختلفوا فى الإقرار بالعمد و الخطأ جرى على كل حكمه،، و مما ذكرنا يظهر لك ان الأصح فيما لو زاد الشهود على النصاب اشتراكهم فى الغرامه لو رجعوا أو رجع أحدهم خلافا لماده (١٧٣٠) إذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور أيضا فإن كان باقيهم بالغين نصاب الشهاده إلى آخرها،، فان الحكم فعلا قد استند إليهم اجمع و ان كان الحق يثبت بما دونهم.

الفصل الثامن في (التواتر)

ماده «١٧٣٢» لا اعتبار لكثرة الشهود يعنى لا يلزم ترجيح شهود الطرفين لكثرتهم بالنسبه إلى شهود الطرف الآخر الا ان تكون كثرتهم بلغت درجه التواتر، التواتر الذى هو عباره عن اخبار جماعه يمتنع تواطؤهم على الكذب عاده مفيد للعلم بالضروره و بعد العلم لا موضع للشهاده مهما كثر الشهود كما فى ماده (١٧٣٣) إذ الظن لا- يزاحم العلم بل لا يعقل حصول الظن بما يخالف العلم بل الظن الشخصى لا يعقل مزاحمته لظن آخر بخلافه نعم الظنيان يتعارضان كما فى تعرض البيتين و نحوه و قد يكون من بعض المرجحات الترجيح بالكثرة كما لعله يأتى قريبا إن شاء الله. و باقى مواد هذا الفصل اتضحت مما ذكرنا.

الباب الثاني في (الحجج الخطيه و القرينه القاطعه

اشاره

و فيه فصلان)

الفصل الأول في (الحجج الخطيه)

ملا-ك هذا الفصل حصول العلم و اليقين فان حصل القطع من الخط أو من دفاتر الحكومه لزم العمل بها و الا فلا. و منه يعلم حكم-

الفصل الثاني (القرينه القاطعه)

فان القرينه إذا أفادت العلم و اليقين فهو الحجج و الا فلا اثر لها و خروج شخص من الدار مدهوشا و بيده سكين ملوثه بالدم و وجد

فى الدار شخص مذبوح فى الوقت كل ذلك لا يفيد اليقين بأنه القاتل و انما هو الظن و العلم البدوى لا المستقر و الا فكثيرا ما تأتى الصدف بالغرائب و العجائب و على كل حال فما ذكره من المثال لا يجوز فيه المبادره إلى الحكم بكونه قاتلا كما يظهر من «المجله» و لا إهماله و إرساله فيطل دم المسلم بل يلزم توقيفه مع مزيد التحرى و التحقيق حتى تنجلي الحقيقه و ليس هذا من العبره بالوهم كما فى ماده «٧٤» بل الأخذ بالورع و الاحتياط فى قضيه الدماء فليتدبر.

الباب الثالث فى (بيان التحليف)

ماده «١٧٤٣» أحد أسباب الحكم اليمين أو النكول عنه الى آخرها.

سند هذا النبوى المشهور إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان و أحاديث أخرى قريبه منه مما يدل على ان فصل الخصومات اما بالبينه من المدعى أو اليمين من المنكر اما قول المجله هنا: و لكن إذا ادعى أحد على آخر بقوله أنت وكيل فلان و أنكروا الوكاله فلا يلزم تحليفه

فلا ربط له بالمقام ضروره ان أصل الدعوى هنا غير مسموعه لأنها لا تلزم حقا للمدعى على المدعى عليه و قد سبق ان هذا أهم الشروط فى سماع الدعوى و من هنا يتضح عدم صحه ما ذكره فى المثال الثانى و هو ما إذا ادعى شخصان مالا فى يد آخر بان كلا منهما قد اشتراه و أقر المدعى عليه بأنه باعه لأحدهما و أنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين، فان عدم توجه اليمين هنا ممنوع و ليست هى إلا كدعوى شخص على آخر انه قد اشترى ماله الذى بيده و أنكره صاحب اليد و ليس للمدعى بينه أ فلا يلزمه اليمين؟ و هكذا لو ادعى اثنان و اعترف لواحد و أنكر الآخر فان لمن أنكره ان يطالبه ضروره أنه يدعيه بحق لازم و هو تملك العين المخصوصه فاللازم ان يدفعه بحجه شرعيه و ليس الا اليمين و كذا الاستيجار و الارتهان و أمثالها.

□
ماده «١٧٤٣» إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف بالله تعالى بقوله و الله و بالله مره واحده،

□
 لعل من المتفق عليه فى جميع مذاهب المسلمين ان اليمين بغير الله عز شأنه لا اثر له فلا تنحسم به خصومه و لا تجب فيه كفاره بل هو فوق ذلك محرم ذاتا عند جمع من الفقهاء و هو ظاهر جمله من الاخبار التى تنهى عن الحلف بغير الله بل المنع من الحلف بغيره [اما ان تحلف بالله و الا- فدع] كما لا إشكال فى كفايه المره الواحده نعم قد يترجح فى نظر الحاكم فى بعض الخصومات تغليظ اليمين زمانا أو مكانا أو ألفاظا بصيغته مخصوصه فيها تهويل على المنكر

عساه يعترف بالحق تفاديا من تلك اليمين كما ان له تحليف اليهود و النصارى بتوراتهم و انجيلهم و مقدساتهم و كنائسهم و نحو ذلك.

ماده «١٧٤٥» تجرى النيابة فى التحليف و لكن لا تجرى فى اليمين.

تقدم فى باب الوكاله ان اليمين و النذر و العهد من الأمور التى لا- يتحقق فيه الوكاله فلا- يصح ان يوكل وكيلا فى استماع الدعوى عنه أو الحكم عوضا منه نعم له ان يوكل فى التحليف وكيلا- عنه فيحلف المنكر بحضوره و يبلغ الحاكم بذلك حتى يحكم إذا تمت بقيه الموازين و لكن ليس للحاكم ان يحلف الا بطلب المدعى تحليف خصمه لانه حق له نعم له التحليف بغير طلب فى موارد ذكرت (المجله) أنها أربعة.

ماده «١٧٤٦» الأول. اليمين المعروفه بيمين الاستظهار

و هى الدعوى على الميت بدين إذا أثبتته المدعى بشهود و يلزم الحاكم تحليف المدعى الذى أقام البيئه انه لم يستوف ذلك الحق بنفسه أو بوكيله من الميت و لا- أبرأه و لا- احاله و لا- رهن عليه (الثانى) إذا ظهر لمال مستحق و اثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد (الثالث) إذا أراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم انه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة بتصرف كتصرف الملاك (الرابع) تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعه بأنه لم يسقط حق شفعتة بوجه من الوجوه، هذا ما ذكرته (المجله) من الموارد التى

يصح أو يلزم على الحاكم التحليف من دون طلب أحد و لكن لا صحه لشيء منها عند الإماميه و لا يلزم اليمين فى شىء من هذه الموارد الا اليمين الاستظهاريه فى الدعوى على الميت بدين أو عين للنص الخاص و ربما يتسرى الحكم بتنقيح المناط أو منصوص العله الى كل من هو كالميت كالدعوى على الطفل أو المجنون أو الغائب غيبه منقطعه على تأمل فى الشمول أيضا و هل يسرى وجوب ضم اليمين الى المدعى على الميت إذا كان هو أحد الورثه و الى المدعى إذا كان وصيا أو قيما على الصغير و هل تجب حتى مع العلم بعدم الوفاء و الإبراء أو حتى مع شهاده البينه ببقاء الدين الى موته و هل تجب يمين ثانيه فى مورد ثبوت الحق بالشاهد و اليمين و هل تقبل الإسقاط أم لا و هل تجب مع إقرار الميت و هل تجب مع دعوى الوصيه العهديه أو التمليكيه بعد إقامه البينه أم لا،، كل هذه مسائل معضله و مباحث مشكله لم تتعرض المجله لشيء منها مع اهميتها، اما المواضع الثلاثه المذكوره فى هذه ماده فلا نص و لا قاعده تقتضى لزوم اليمين فيها و لا سيما فى الموضع الثانى الذى أثبت المدعى دعواه فما وجه لزوم اليمين عليه بعد الإثبات؟

و انما اليمين حسب القاعده العامه على المنكر لا على المدعى الا ما خرج بالنص و مثله الموضعان فان الرد بالعيب حق للمشتري و إذا ادعى البائع رضاه بالعيب فعليه الإثبات و ان عجز كان له طلب اليمين لا- للحاكم على حد سائر الخصومات و كذلك الشفيع له حق الشفعه فإذا ادعى المشتري انه أسقط حقه لم يقبل منه الا بإثبات ذلك فإذا تكونت بينهما

خصومه كان حالها حال سائر الخصومات و لا شىء هنا مخالف للقواعد العامه كما فى يمين الاستظهار فتدبرها جيدا.

ماده «١٧٤٧» إذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه،،

حق اليمين كما عرفت للمدعى و لكن بشرط ان يطلب من الحاكم تحليف المدعى عليه فلو حلفه مباشرة لم تكن اليمين حاسمه للدعوى الا ان يجرى بينهما عقد صلح على ان يسقط المدعى دعواه بيمين المدعى عليه فتسقط الدعوى و تكون اليمين حاسمه قهرا،، ثم ان من احكام اليمين انها لا- تجوز الا على المعلوم المتيقن فان كان المحلوف عليه من فعله أو تركه امكنه اليمين لانه معلوم له لو كان من فعل غيره فان كان معلوما له جاز الحلف عليه أيضا و إذا لم يكن معلوما فلا يسوغ الحلف الا على عدم العلم بذلك الفعل لا على عدمه واقعا، و مما ذكرنا يظهر لك القصور فى ماده «١٧٤٨» إذا حلف أحد على فعله الى آخرها.

ماده «١٧٤٩» اليمين اما بالسبب أو بالحاصل،،

هذا الاصطلاح و التقسيم لا اثر له و لا فائده فيه نعم اليمين تارة تتعلق بالسبب مثل الحلف على وقوع عقد البيع أو الهبة و اخرى تتعلق بالنتيجة كالحلف على ان هذه الدار ملك زيد و لا شك ان هذه أقوى فلو تعارضتا كان نظير تعارض بينه السبب مع بينه النتيجة حيث تقدم الثانية على الاولى قطعا كما يأتى فى محله إن شاء الله.

ماده «١٧٥٠» إذا اجتمعت دعاوى مختلفه يكفى فيها يمين واحده و لا يلزم التحليف لكل واحده على حده،،

عرفت ان اليمين حق المدعى فإذا تعددت دعاويه أو تعدد المدعون.

على شخص واحد فإن رضى أو رضوا جميعهم بيمين واحده فهو و الا فلكل واحد ان يلزمه بيمين مستقلة كم له إلزامه عن كل دعوى بيمين

ماده «١٧٥٢» إذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين - و نكل عنها صراحة إلى آخرها،،

النكول يحصل بقوله لا احلف فيقال له:

رد اليمين على المدعى فان قال لا أرد أو سكت بلا عذر صارنا كلا و صح الحكم عليه.

لاحقه

ماده «١٧٥٣» إذا قال المدعى ليس لى شاهد ثم أراد ان يأتى بشهود أو قال ليس شاهد سوى فلان و فلان ثم قال لى شهود آخر لا يقبل قوله.

انما لا يقبل إذا لم يبد وجهها معقولا و عذرا مقبولا اما لو أبدى ذلك فاللزام القبول و هو واضح.

الباب الرابع فى (بيان ترجيح البينات و التحالف

اشاره

و يشتمل على أربعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان التنازع بالأيدى)

ماده «١٧٥٤» يلزم إثبات وضع اليد بالبينه فى العقار المتنازع فيه و لا- يحكم بتصادق الطرفين،،، اعلم ان هذه المباحث اعنى مباحث اختلاف الأيدى و تعارض البينات من أهم و أعضل مباحث القضاء، و مواد «المجله» فيها مع أنها ناقصه بتراء غير مستوفيه مشوشه غير منقحه و لا موضحه، و تحرير

هذه المشكلات بأسلوب جلي و مستوعب يستدعى «أولاً» تمهيد مقدمه و هى ان اليد التى هى اماره على الملكيه شرعا و عرفا- عباره عن السلطنه و الاستيلاء على العين الخارجيه و تعرف هذه السلطنه و الاستيلاء بآثارها و هى تختلف أشد الاختلاف باختلاف الأعيان و الأجناس و الزمان و المكان و الأوضاع فاليد على الدراهم اى السلطنه و الاستيلاء يحصل بوضعها فى جيبه أو كيسه أو صندوقه أو محفظته و أمثالها و اليد على الدابه يحصل بركوبه عليها و وضعها فى اصطلبه و ندوده، و اليد على الدار بسكناه فيها و إيجارها و عمارتها، و اليد على العقار بزرقه و استغلال عائده و هكذا كل شىء بحسبه فان علم ذلك حكما بملكيه صاحب اليد و صح لنا ان نشترى منه و لا يجوز لنا التصرف إلا باذنه و ان لم يعلم انه هو صاحب اليد كالدابه فى الطريق أو الثوب الملقى فان ادعاه شخص و لم يعارضه آخر فهو محكوم بأنه له لقاعده المدعى بلا معارضه المستفاده من جمله من الاخبار و ان عارضه معارض فسيأتى حكمه فى المقاصد، إذا تمهدت هذه المقدمه و عرفت معنى حقيقه اليد الداله على الملكيه- فاعلم انه لو تنازع اثنان أو أكثر فى عين يدعى كل واحد منهم انها له فلا يخلو من اربع صور «الاولى» ان تكون فى يدهما معا اى ان كل واحد منهما له الاستيلاء و هى تحت سلطتهما و تصرفهما معا كدار يسكنانها معا أو دابه فى اصطلبهما و هكذا و النزاع فى هذه الصوره يتصور على نوعين «الأول» ان يدعى أحدهما الاختصاص بها اجمع و الثانى ان يتعرف له بنصف منها و ان له

النصف الثانى فقط، و هذا من أوضح موارد المدعى و المنكر فان اتى مدعى الكل بينه حكم له بالكل و لا فيحلف الثانى و تكون العين بينهما على المناصفه (الثانى) ان يدعى كل منهما الاختصاص بها اجمع و هذا القسم من المشكلات فقد يجعل من باب التداعى فاما ان تقوم البينه لأحدهما فيحكم له بالكل أو لا بينه لكل منهما فيتخالفان و تكون العين لهما بالمناصفه أو تكون لكل واحد منهما بينه فيتعارضان، ثم اما ان يتخالفا و تبقى العين لهما أيضا مناصفه أو تنصف بلا تحالف و الأول أصح و أحوط، و قد يجعل من باب المدعى و المنكر فإن أقام مدعى الكل البينه حكم له بالعين اجمع و الا حلف المعترف على ان النصف له و حكم له به و هذا هو الأقوى، و الضابط الفارق بين باب التداعى و باب المدعى و المنكر أن المتنازع عليه ان كان فى يد أحدهما فهو المنكر و الآخر مدع و ان لم يكن فى يد أحدهما أو لا يد عليه فهو باب التداعى و التحالف و تظهر الثمره فى عدم لزوم حلف مدعى الكل و تقديم بينته مع التعارض على القول بتقديم بينه الخارج (الصوره الثانيه) ان تكون فى يد أحدهما فقط و الآخر يدعى الكل أو النصف و هذا أيضا باب المدعى و المنكر و حكمه واضح (الثالثه) ان لا يكون لأحدهما يد عليها بل هى فى يد ثالث و لا- يخلو اما ان يقر بان العين لهما أو مختصه بأحدهما المعين أو غير المعين أو يقربها لشخص ثالث أو يقول لا ادرى، و فى الاولى ان كان كل منهما يدعى الاختصاص و كانت لأحدهما بينه حكم له بالكل و ان لم يكن بينه أو كانت

لكل منهما فهو من باب التداعى اما على الكل أو على النصف ان كان أحدهما يدعيه فقط و حيثذ فللمدعى الكل تحليف صاحب اليد ثم يتحالفان و تكون العين لهما معا بالمناصفه كما لو كانت فى يدهما معا.

(و فى الثانيه) يصير المقر له هو صاحب اليد و تجرى بينه و بين الآخر أحكام المدعى و المنكر و مع عدم البيئه له تحليفهما معا كما لو أقربها لشخص ثالث فيصير هو صاحب اليد و هما مدعيان عليه،، اما لو أقر لواحد منهما غير معين أو قال لا ادرى فلهما تحليفه على عدم العلم فان بينه منفرده حكم منفرده و الا تحالفا و تكون لهما بالمناصفه و هذا هو المورد الذى لا تثبت اليد فيه الا بالبيئه اعنى المورد الذى لا تعلم اليد فيه لأحدهما و لا يعترف بها صاحب اليد لواحد منهما أو لكليهما فيحتاج الحكم باليد إلى البيئه أو اعتراف الخصم له بذلك من غير فرق بين العقار و غيره بل هو مطرد فى جميع الخصومات على جميع الأعيان و لا يظهر وجه معقول للفرق بين تصادق الخصمين فلا- يقبل و لا- يصير الآخر صاحب اليد باعتراف خصمه له و بين ما لو قال له اشتريته منك أو غصبته منى ضروره عدم الفرق بين الاعتراف بأنه صاحب اليد رأسا أو باللازم كما فى المثالين فتدبره (الصوره الرابعه) ان لا- تكون لأحدهما يد عليها و لا- لغيرهما كالشاه فى الفلاه و الشرب فى الطريق و هذا أيضا من أوضح أمثله باب التداعى فالبيئه إن اختصت بأحدهما فهى له و الا فالتحالف و التنصيف، و مما ذكرنا ظهر تمام ما فى ماده (١٧٥٥)- مع القصور

عدم استيفاء جميع الصور فتدبرها.

الفصل الثانى فى (ترجيح البيئات)

اشاره

هذا هو المبحث الثانى من مهمات مباحث القضاء و تجرى فيه الصور الأربيع المتقدمه فى المبحث السابق و من المعلوم اختلاف اللحاظين فى المبحثين فان الملحوظ هناك إثبات صاحب اليد بالبينه و الملحوظ هنا إثبات الملكيه بها فالبحث هناك عن إثبات الطريق و هاهنا عن إثبات غايه الطريق و ليس ثبوت اليد حاسما للدعوى بل لا بدّ من إثبات كونها يد ملك لا يد عدوان (و بالجمله) فالبحث عن الاماره غير البحث عن ذى الاماره، و حيث ان قضيه تعارض البيئات من مشكلات القضاء و أهم مباحثه فلا بد من تمهيد مقدمه أيضا تشتمل على أمرين مهمين.

(الأول) ان أصحابنا اختلفوا فى ان الأصل و القاعده فى الحجيتين المتعارضتين هل هو التسايط و الرجوع الى الأصول فى مورد هما أو الى حجه أخرى فى مورد هما ان كانت؟، أم القاعده

تقتضى عدم السقوط عن الحجية إلا بالمقدار الذى لا يمكن العمل بهما فاللازم بعد تعذر العمل بهما بتمام مؤداهما أما التبعض أو التخيير لانه عمل بهما فى الجملة بقدر الإمكان- وجهان بل قولان- و لعل التسايط بعد التكافؤ و عدم المرجح من جميع الوجوه هو الال- وجه لانصراف أدله الحجية عن المتصادمين «أولاً» و لزوم التهافت للتمانع بينهما ثانياً و التبعض و التخيير يحتاج الى دليل غير دليل نفس الحجية كما ورد فى الخبرين المتعارضين بعد تكافئهما من جميع الوجوه الأمر بالتخيير فى المعتره المستفيضه القائله: إذا فتخير. اما مع وجود المرجحات فلا إشكال فى حجية الراجح و سقوط المرجوح فان حجية البينه كحجيه خبر العدل ليس من باب الموضوعيه و السببيه بل من باب الطريقيه فالراجح أقرب الى الواقع فيتعين «الثانى» هل وظيفه المنكر خصوص اليمين كما ان وظيفه المدعى ابتداء هى البينه يعنى لو طلب المنكر تقديم بينه تفاديا من اليمين هل يقبل منه أم لا يقبل منه الال- اليمين- وجهان بل قولان من ان ظاهر أدله «البينه على المدعى. و اليمين على من أنكر» هو انحصار وظيفته باليمين فكما ان المدعى لا- يقبل منه الال- البينه فكذلك المنكر لا- يقبل منه الال اليمين و التفصيل قاطع للشركه مضافا الى جملة من الاخبار صريحه بذلك كخبر منصور: رجل فى يده شاه فجاء رجل فادعاها فأقام البينه انها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع و جاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يهب و لم يبع فقال عليه السلام حقها للمدعى و لا

□
 اقبل من الذى فى يده بينه لان الله تعالى أمر ان يطلب البينه من المدعى فان كانت له بينه و الا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر الله عز و جل،، و قريب منه الرضوى و غيره،، و من ان المنكر لما كان هو صاحب اليد غالبا و قوله موافق للأصل أيضا اكتفى منه باليمين تسهيلا و رخصه لا- عزيمه بخلاف المدعى و لذا تعينت عليه البينه مضافا الى عمومات إذا شهد عندك العادلان فصدقهما و أمثالها و خبر منصور و الرضوى و غيرهما لضعف أسانيدها و اعراض الأ-كثر عنها لا- يصلح لتخصيص تلك العمومات مضافا الى معارضتها بأخبار اخرى صريحه فى قبول بينه المنكر و هذا هو الأصح،، إذا تمهد هذان الأمران فلنشرع فى حكم تعارض البينتين فى كل واحده من الصور الأربع فنقول (١) ما إذا كانت العين فى يد رجل و ادعاها آخر و اقام كل منهما البينه انها له و قد اختلف فقهاؤنا فى تقديم اى البينتين على الأخرى أشد الاختلاف حتى انتهت الأقوال إلى تسعه أو أكثر و منشأ ذلك اختلاف الاخبار فبين قائل بتقديم بينه الداخلى اى صاحب اليد و قائل بتقديم بينه الخارج و بين قائل بالتفصيل بين التى ذكرت السبب فتقدم الى غير ذلك من التفصيلات المبسوطه فى الموسوعات و الذى يستفاد من مجموع الأدله فى هذه الصوره بعد الجمع بين الاخبار هو لزوم الرجوع الى المرجحات المنصوصه و هى الأكثرية و الأعدليه و ما يلحق بها من متانه الشاهدين و شده حفظهما و نحو ذلك مما له مدخلية فى قوه الظن بأن الحق معهما لا بقضيه

ذكر السبب و عدمه مما لا مدخلية له بقوه الظن فان تساويا من جميع تلك الجهات فالترجيح لبينه صاحب اليد و يدل على ذلك صريح جملة من الاخبار كخبر غياث ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلاين في دابه كلاهما أقام البينه أنه أنتجها فقضى بها للذى هي في يده و قال لو لم يكن في يده جعلتها نصفين و مثله خبر جابر ان رجلين تداعيا دابه و اقام كل منهما بينه انها دابته أنتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله للذى في يده و لكن في آخر خبر إسحاق ابن عمار فان كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا بينه قال اقضى بها للحالف الذى هو في يده، و القاعده تقتضى تقييدا لا و اين بهذا الخبر فتكون العين المتنازع فيها لمن هي في يده بعد يمينه و هذا يوافق ما اخترناه من ان القاعده تقتضى تساقط البينتين المتعارضتين و يتوجه على صاحب اليد و هو المنكر اليمين و يحكم له بها و لكن هذا مع تساوى البينتين فى العدد و درجة العدالة اما مع تفوق احدى البينتين على الأخرى عددا أو عداله فلا يبعد الترجيح بالأكثرية و الأعدليه كما صرحت به بعض الاخبار بل و فى بعضها الترجيح بذكر السبب مثل ان الدابه نتجت على مذوده أو انه تملكه بالشراء الا ان الاعتداء بهذا مشكل كما ان بعض الاخبار قد اشتمل على ذكر القرعه ففى صحيحه الحلبي فى شاهدين شهدا على أمر واحد و شهد آخران على غير الذى شهدا قال عليه السلام يقرع بينهما فأيهما قرع فعليه اليمين و مثلها أخبار أخرى و هذا أيضا طرح للبينات و رجوع الى اليمين و القرعه

و الظاهر عدم لزومها معه بل هي لمزيد التوثق و الاحتياط و كيف كان فالأصح ما ذكرنا من انهما مع التكافؤ يسقطان و يحلف من في يده العين و يأخذها، اما- ما ذكره الشهيد «قده» في اللمعه من انه لو كانت احدى البينتين أقدم قدمت و علله في (الروضه) بقوله لثبوت الملك بها سابقا فيستصحب و على هذا جرت (المجله) ماده «١٧٦٠» بينه من تاريخه مقدم اولى مثلا إذا ادعى على العرصه إلى الآخر، فهو انما يصح على المبنى الذى ذكرناه من سقوط البينتين مع التعارض و يرجع الى الاستصحاب و هذا انما يتم حيث لا يد لأحدهما اما مع اليد فلا حاجه الى الاستصحاب بل لا يجرى الاستصحاب مع اليد معارضا لها أو موافقا لأنها اماره و لا مجرى للأصل مع الأماره أصلا كما حقق في محله و كيف كان فتعبير الشهيد كعباره المجله لا يلائم ما اخترناه من السقوط بل هو ظاهر أو صريح في ان الاستصحاب مرجح للبينه الموافقه على الأخرى و هذا يتسق على الأصول القديم اما على ما حققه فلاسفه الأصوليين من سقوط الأصل كليه مع الاماره بينه أو غيرها مخالفا أو موافقا بل يموت تماما نعم إذا تعارضت فسقطت يحيا و يلزم الرجوع اليه كما ذكرنا فهو مرجح لا- مرجح فتدبره،، هذا كله إذا كان المتنازع عليه في يد أحدهما اما لو كان في يدهما معا كما في ماده «١٧٥٦» فقد عرفت انه على نوعين لان كلا- منهما اما ان يدعى الكل و اما ان يكون أحدهما الذى يدعى ذلك و الآخر يعترف بالاشتراك يعنى انه يدعى النصف فالباب في كلا

الصورتين باب التداعى لا باب المدعى و المنكر، اما الاولى فواضح ضروره ان كلا منهما يدعى الكل و الكل فى يده حسب الفرض و هو ممكن ببعض الاعتبارات و اما «الثانيه» فالنصف متفق عليه بينهما أنه لمدعى الكل انما النزاع فى النصف الثانى فمدعى الكل يدعى انه له مع ذلك النصف و الآخر يدعى انه له و المفروض انه فى يدهما و قد عرفت ان المائز لباب التداعى عن باب المدعى و المنكر هو كون المتنازع فى يدهما أو لا- يد لأحدهما عليه فهو باب التداعى و ان كان فى يد أحدهما بالخصوص فهو باب المدعى و المنكر و عليه فلا- وجه لتقديم بينه الاستقلال اى بينه مدعى الكل كما فى «المجله» و لا للاشتراك إذا ادعى أحدهما النصف بل اللازم «أولا» الرجوع الى المرجحات من الأكثرية و الأعدليه و غيرهما فيعمل بالراجحه منهما فان تكافأتا من جميع الوجوه سقطتا فان كان هناك أصل من استصحاب أو غيره عمل به و الا- فالتحالف فان حلف أحدهما و نكل الآخر فهى للحالف و ان حلفا معا اشتركا فيها مناصفه فى الصورة الاولى و قسم النصف بينهما فى الثانيه، و هكذا الكلام فيما لو لم تكن عليها يد أصلا لا لهما و لا لغيرهما و أقام كل منهما البينه، و هى «الثالثه» و كذلك ظهر حكم الصورة «الرابعه» و هى ما لو كانت فى يد ثالث فإنه إن أقربها لهما كانا كما لو كانت فى يدهما معا، و ان أقربها لواحد فهو صاحب اليد و عليه اليمين للآخر مضافا الى يمين من صارت له اليد حديدا و ان أنكرهما كان لهما عليه اليمين فإن أقربها لثالث فهو

صاحب اليد و يختصمان معه و ان قال لا ادري فحكمها كما لو لم يكن لا حديد عليها أصلاً، هذا خلاصه التحقيق في هذا المقام، و هذا هو العلم المشذب و الفقه المحرر و لو رجعت الى موسوعات الفريقين في هذه المباحث و مؤلفاتهم لما زادتك الا حيره و ارتباكاً، و لارجع الى التعليق على بقيه مواد هذا الفصل.

ماده «١٧٥٧» بينه الخارج أولى في دعوى الملك المطلق الذى لم يبين فيها تاريخ-،،

و مثاله ما لو ادعى ان الدار التى فى يد زيد هى له- يعنى و اقام كل منهما بينه ترجح بينه الخارج و تنتزع الدار من يد زيد، و هذا مبنى على ما عرفت من ان الخارج وظيفته البينه و ذو اليد وظيفته اليمين و لا تسمع بينته و أوضحنا لك ان الحق خلاف هذا و ان بينه الداخل أحق بالتقديم لاعتضادها باليد و العمل بالامارتين المتفقين اولى من العمل بأماره واحده مخالفه و انما جعلت البينه حجه من جهه كونها طريقاً الى الواقع لا- من باب التعبد و الموضوعيه و لا- شك ان اليد اماره على الواقع و الأمارتان المتعاضدتان أقرب الى الواقع من الأماره الواحده المخالفه، و ان شئت ان تقول بناء على تساقط الحججتين المتعارضتين ان البينتين تساقطتا بالتعارض و بقيت اليد حجه بلا معارض و احتترزت «المجله» بقيد الدعوى فى الملك المطلق و الذى لم يبين فيها تاريخ عن ذات السبب و المؤرخه فإنهما مقدمتان عندهم كما أوضحت ذلك فى ماده (١٧٥٨) ترجح بينه الخارج أيضاً على بينه

ذى اليد فى دعاوى الملكيه المقيده بسبب قابل للتكرار و هى التى لم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها فى حكم دعوى الملك المطلق و لكن إذا ادعى كلاهما بأنهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينه ذى اليد. ثم ذكرت المثال و خلاصته انه الخارج لو ادعى حانوتا فى يد شخص و قال اشتريته من زيد فان قال ذو اليد انا اشتريته من بكر قدمت بينه الخارج و ان قال انا اشتريته من زيد قدمت بينته و لا اعرف لهذا التفصيل وجها مقبولا، بل اللازم النظر إلى أقوى البيتين كثره و وثاقه فترجح، و إذا تكافأتا من جميع الوجوه فان قلنا بأن القاعده التساقط ترجح قول ذى اليد بيمينه لانه منكر و المدعى لا حجه عنده لسقوط بينته بالتعارض، و الا فالترجح لبينه الداخلى لاعتضادها باليد فتكون أمارتان فى مقابل واحده و لا حاجة الى اليمين لان العمل استند إلى البينه و اليد مرجح لا مرجع فتدبره.

و مثله الكلام فى ماده (١٧٥٩) بينه ذى اليد أولى فى دعاوى الملكيه المقيده بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج- فلو تنازع الخارج و ذو اليد فى مهر و اقام كل منهما بينه انه مولود من فرسه ترجح بينه ذى اليد.

قد عرفت ان ترجيح ذى اليد لانه ذو يد لا لأن بينته شهدت بالسبب و الا فكلاهما قد شهدتا بالسبب فليس ترجيح ذى اليد الا ليديه فيطرد فى كل ذى يد سواء شهدت بالسبب أم لا و مثله ما لو شهدت إحداهما بالمطلق و الأخرى مقيده بالسبب فان الترجيح لذى

اليد الا- ان تكون بينه الخارج أكثر عددا و أقوى وثاقه فإنها تقدم على اليد و يعرف وجهه بالتدبر فيما ذكرناه، نعم قد يكون لإحدى البيتين شبه الحكومه على الأخرى و كالتفسير لها كما لو شهدت بينه ذى اليد انه ورثها من أبيه و شهدت الأخرى بأن أباه اغتصبها من المدعى أو من أبيه أو اشتراها و لم يدفع ثمنها فلا إشكال حينئذ بتقديم بينه الخارج كما نص عليه خبر أبى بصير.

ماده «١٧٦٠» بينه من تاريخه مقدم أولى - إلى آخرها.

تقدم الكلام فيها و انه لا وجه للترجيح هنا الا الاستصحاب و هو لا يصلح مرجحا للبينه كما لا يصلح معارضا،،

ماده «١٧٦١» لا يعتبر تاريخ الدعوى فى النتاج

و ترجح بينه ذى اليد كما ذكر آنفا. الا انه إذا لم يوافق من المدعى به تاريخ ذى اليد و وافق تاريخ الخارج ترجح بينه الخارج- و هذا غنى عن البيان فان بينه ذى اليد على هذا التقدير تصبح معلومه الكذب بالوجدان فالخارج كذبتها و صدق بينه الخارج و كذلك لو خالف تاريخ كليهما فان الوجدان حينئذ قد كذبهما معا و تبقى اليد سليمه عن المعارض فيحلف لانه منكر و يحكم له باليمين و عليه بالنكول اما لو لم يكن التاريخ معلوما فقد حكمت المجله أيضا بتهاتر البيتين و تبقى العين فى يد ذى اليد، و هذا غير موافق لما حكمت فى المواد السابقه من ان بينه الخارج مقدمه فى دعوى الملك المطلق و هذا الفرض يرجع اليه بعد سقوط التاريخ و عدم العلم بتاريخ النتاج

و الأصح ان كان ترجيح لإحدى البيئتين فهو و الا فالترجيح لبينه ذى اليد و الاولى ان يحلف أيضا.

ماده «١٧٦٢» بينه الزيادة أولى فلو اختلف البائع و المشتري فى مقدار الثمن أو المبيع ترجح بينه مدعى الزيادة،،،

و هذا واضح بناء على تقديم بينه الخارج اما على العكس فالأمر بالعكس فتدبره.

ماده «١٧٦٣» ترجح بينه التمليك على بينه العاربه،

فلو قال أعطيته لك عاربه و قال بل بعته لى أو وهبته ترجح بينه البيع أو الهبه،،، هذا المسأله ذات شقوق و شعوب و هى مسأله مشكله و سياله ذات أشباه و نظائر و فيها فقاهاه و فن، و تحريرها كما يجب- ان التنازع فى العاربه و البيع اما ان يكون بعد تلف العين عند مدعى البيع أو مع وجودها فى يده فان كان بعد التلف فاما ان يكون مع دعوى تسليم الثمن من مدعى البيع أو مع اعترافه بعدم التسليم و على كلا التقديرين يلزمه التسليم لأصالة عدمه فى الأول و لاعترافه بأنه لازم عليه فى الثانى و لكن مدعى العاربه لا يستحقه من جهه إنكاره للبيع و العاربه غير مضمونه إلا بالتعدى و الأصل عدمه فلا يجوز له أخذ الثمن نعم على مدعى البيع ان يدسه فى أمواله أو يدفعه الى حاكم الشرع ان لم يتمكن من إيصاله اليه و يشبه ان يكون كمجهول المالك (و بالجمله) فأصالة عدم الضمان و أصالة عدم البيع تقضى بعدم استحقاق مدعى العاربه عوض العين التالفه و لكن اعتراف مدعى البيع يقضى

بوجوب تسليمه الثمن و ان كان الآخر لا يستحقه حسب اعترافه و مثل هذا كثير فى الفقه، اما مع وجود العين فى يد مدعى البيع و عدم تلفها فأصح ما يجرى من الأصول هنا هو استصحاب ملكيه مدعى العاربه الذى يعترف مدعى البيع انها كانت له و يدعى انتقالها منه اليه و الأصل عدم الانتقال و بقاء تلك الملكيه فيجب عليه ردها اليه لا- يقال ان يد مدعى البيع الفعلية تعارض الاستصحاب و هى مقدمه عليه لأنها اماره و الاستصحاب أصل لأننا نقول ان هذه اليد الفعلية لا اثر لها لأنها فرع عن يد سابقه باعتراف المدعى أى مدعى البيع فيكون أصاله بقاء الأصل حاكم على الفرع فتدبره.

هذا من حيث مجارى الأصول و حيث لا بينه أصلا،، اما لو كانت فاما ان تكون لواحد منهما فقط فلا اشكال ان العمل عليها و ان كانت لكل واحد بينه فان كان لواحد منهما مرجح فالعمل عليها و ان تكافأتا و قلنا بالتساقط فالمرجع هو الأصل الذى عرفته و يصبح مدعى البيع هو المدعى و عليه الإثبات و حيث سقطت بينته بالتعارض فالآخر هو المنكر و يحكم له بالعين بعد يمينه و إذا قلنا بعدم التساقط فان جعلنا المدار فى الداخل و الخارج على اليد الفعلية فمدعى البيع هو الداخل و تقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الداخل كما هو الأصح لاجتماع أمارتين البينه و اليد فى قبال اماره واحده، و الخارج هو مدعى العاربه فتقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الخارج، كأصحاب المجله و ان قلنا بان المدار على اليد السابقه و هى يد مدعى العاربه انعكست

القضية و انقلب الحكم فتدبر.

كل هذا التحقيق و اغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب.

ماده (١٧٦٤) ترجح بينه البيع على بينه الهبه و الرهن و الإجاره و بينه الإجاره على بينه الرهن

- الى آخرها.

هذا أيضا فرع على الأصل الذى اعتمدوا عليه من تقديم بينه الخارج و حيث ان مدعى البيع قوله مخالف للأصل أعنى أصاله عدم الانتقال أو أصاله عدم استحقاق الثمن على المدعى عليه فهو الخارج بناء على ان كل من يخالف قوله الأصل خارج فتقدم بينته، و لكن التحقيق ان هذا الفرع و نظائره مما يتفق فيه المتداعيان على كون العين كانت لأحدهما و انتقلت الى الآخر لكن تنازعا فى أنها انتقلت.

بعوض أو بغير عوض كالبيع و الهبه أو اتفقا على انتقال المنافع و تخصصا هل انتقالها مع العين أو مستقلة كالبيع و الإجاره أو البيع و العاريه على القول بأنها تملك المنافع نعم الحق ان المرجع فى كل هذه الفروض الى ان قاعده احترام مال المسلم هل مقتضى انه لا ينتقل الا بعوض الا ما خرج أو انها لا افتضاء لها من هذه الجبهه و لا يستفاد منها الا ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا ينتقل عنه و لا يتصرف فيه أحد إلا برضاه فلا تفيد أكثر من أمثال قولهم عليهم السلام لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه من الكتاب و السنه فان قلنا ان الأصل هو عدم الانتقال بالعوض فالقول لمن يدعى البيع و الا فالقول لمن يدعى الهبه اما النزاع فى البيع أو الرهن فلا ريب ان الأصل عدم الانتقال فيكون

القول مع منكره و كذا فى البيع و الإجاره فإن مدعى البيع يدعى انتقال العين و المنفعه و المنافع متفق على انتقالها و الأصل عدم انتقال العين فقول مدعى الإجاره موافق للأصل و بمعرفه الموافق للأصل من المخالف يعرف الداخلى و الخارج و منه يعلم حكم النزاع فى انه رهن أو إجاره فإن الأصل عدم انتقال المنافع فالقول مع مدعى الرهن و من كل هذا ظهر ان المجله فى ماده «١٧٦٥» شذت أو اشتبهت فى القاعده التى بنوا عليها من تقديم بينه الخارج ضروره أن المعير الذى يدعى التقييد و التعيين باستعماله أربعة أيام فقط يخالف قول الأصل أعنى أصاله عدم التقييد فىكون هو الخارج و تقدم بينته و لكنهم حكموا بتقديم بينه المستعير الموافق للأصل و دعوى ان القول قول المعير فى نوع ما يملكه من المنافع لغيره فىكون قوله موافقا للأصل - مردوده بأن الأصل و ان اقتضى الرجوع إليه فى تعيين قصده و لكن ذاك حيث لا يكون دليل اجتهادى كظواهر الألفاظ من إطلاق و تقييد يعين بهما المراد فتدبره جيدا و لا- تغفل كغفلتهم فى هذه الماده و مادتى «١٧٦٦» و «١٧٦٧» فان الأصل لما كان هو الصحه و العقل فمدعيهما موافق للأصل فىكون داخلا و اللازم على قاعدتهم ان ترجح بينه الخارج و هو مدعى المرض و الجنون،،

ماده «١٧٦٨» إذا اجتمع بينه الحدوث و القدم

- الى آخرها إذا تنازع اثنان فى ان المسيل حدث منذ خمسين سنه أو عشر سنين فقد مر عليك غير مره ان أصاله تأخر الحادث تقتضى الحدوث

و بناء على تقديم بينه الخارج تقدم بينه القدم المخالفه للأصل فحكم المجله بتقديم بينه الحدوث فيه خروج عن قاعدتهم فتدبره جيداً و لا تغفل.

ماده «١٧٦٩» إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البينه

- لعله يريد بالطرف الراجح من يوافق قوله الأصل أو العكس و على كل حال فالأمر فيهما واضح.

الفصل الثالث في (القول لمن. و تحكيم الحال)

ماده «١٧٧١» إذا اختلف الزوج و الزوجه في أمتعه الدار التي سكنها - الى آخرها.

هذه المسأله أيضا من مهمات مسائل الخصومات و هي قضيه تنازع الزوج و الزوجه في أمتعه البيت و هي و ان كانت معنونه بعنوان الزوج و الزوجه و لكنها كثيره الاشتباه و النظائر كثيره الدوران و عامه البلوى، و ربما يطرد حكمها في كل شريكين أو أكثر في محل

لو تنازعا على ما فى ذلك المحل من متاع أو آلات أو نحو ذلك كالنجار و الحداد لو اشتركا فى العمل فى حانوت واحد و تنازعا على بعض آلات مختصه أو مشتركه و قد تكثرت الأقوال و تضاربت الأفكار فى تنازع الزوجين على الأمتعه فبين قائل بأن لكل واحد منهما ما يخصه و المشترك يقسم بينهما بعد التحالف و قيل الكل للزوج و قيل الكل للزوجه و قيل المرجع الى العرف مطلقا و قيل هما فيه سواء مطلقا فان حلف أحدهما فهو له و ان حلفا أو نكلا قسم بينهما و نسب الى الصدوق «قده» القول بان ما يختص الرجل له و ما يخص المرأه و المشترك لها فهذه خمس أقوال،، و سر هذا الخلاف و ملاك الارتباك هو ان متاع البيت لما كان تحت استيلاء الزوجه و الزوج معا فيكون الجميع فى يد كل منهما فلو تنازعا كان من قبيل تعارض اليدين و تدخل فى قضيه تنازع اثنين على مال بأيديهما فإذا سقطت اليد بالتعارض فان كانت لأحدهما بينه فلا ريب فى ان العمل يكون عليها و ان كانت لكل منهما بينه يرجع الى المرجحات فيعمل بالراجحه و ان تكافأتا لم يكن مجال لتقديم بينه الداخلى أو الخارج بعد فرض ان كل واحد له يد على المجموع فكلاهما داخلان فتشكل المسأله و كذا لو لم يكن بينه أصلا،، اما اخبار أهل البيت سلام الله عليهم فى هذه العقده فهى كثيره و مختلفه المفاد ظاهرا و من طريقها أو ظريفها حديث ابن «١» الحجاج البجلي قال سألتنى أبو عبد الله اى الصادق «ع» «١» عبد الرحمن بن الحجاج البجلي الكوفى سكن بغداد و هو-

كيف قضاء ابن أبي ليلى «١» قلت قضى فى مسأله واحده بأربعه وجوه فى التى يتوفى عنها زوجها فىجىء أهله و أهلها فى متاع البيت فقضى فيه بقول إبراهيم النخعى ما كان من متاع الرجل فللرجل و ما كان من متاع النساء فللمرأه و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأه قسمه بينهما نصفين. ثم ترك هذا القول فقال المرأه بمنزله الضيف فى منزل الرجل، لو ان رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البيه كذلك المرأه تكلف البيه و الا فالمتاع للرجل و رجع الى قول آخر فقال القضاء ان المتاع للمرأه الا ان يقيم الرجل البيه على ما أحدث فى بيته ثم ترك هذا القول و رجع الى قول إبراهيم الأول فقال عليه السلام القضاء هو الأخير و ان كان قد رجع عنه المتاع متاع المرأه الا ان يقيم الرجل البيه قد علم من بين لا بيتها يعنى جلى متى ان المرأه تزف الى بيت زوجها بمتاع و مثله صحيحته الأخرى و بينهما تغيير يسير و فى آخرها: أ رأيت إن أقامت بيته كم كانت تحتاج فقلت شاهدين- من خواص أصحاب الإمام الصادق و ولده موسى الكاظم [ع] و كان راويا لهما و وكلا عنهما سلام الله عليهما و أدرك الإمام الرضا عليه السلام و مات فى أيامه أى بعد المائتين و هو من أجل رواتنا رضوان الله عليهم «١» محمد بن عبد الرحمن الأنصارى قاضى الكوفه أيام بنى أميه و بنى العباس و كان يفتى بالرأى قبل أبى حنيفه و له معه مناظرات و منافرات و كان أبوه من أكابر التابعين و جده أبو ليلى من الصحابه اسمه يسار من ولد احيه ابن الجلاح توفى سنة ١٤٨.

فقال لو سألت بين لابتيها يعنى الجليلين و نحن يومئذ بمكه لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به و هذا المدعى ان زعم انه أحدث فيه شيئاً فليات عليه باليينه، و فى صدرها استثناء الميزان و انه للرجل، و فى جملة من الاخبار ان لكل منهما ما يخصه و المشترك بينهما يقسم، هذا موجز ما فى المسأله من الأقوال و الاخبار الوارده فيها.

□
و الذى ارى ان الفقهاء رضوان الله عليهم و ان أظنوا فى هذا البحث و لكنهم لم يوفوا هذا الموضوع حقه من التحرير و التحقيق و نحن بلطفه تعالى نوضحها لك بأسلوب بكر من البيان يتجسم به روح الحقيقه حتى تلمسها بيدك و تبصرها بعينك مجردة عن كل غطاء و غشاوه و ذلك بعد مقدمتين «الاولى» ان كل أحد يعلم باختلاف التقاليد و العادات بين طبقات البشر فى قضيه الزوج و الزوجه من حيث الجهاز و المتاع و ما تأتى به معها من بيت أبيها إلى بيتها الجديد فيين طائفه تأتى الزوجه و لا شىء معها سوى ثياب بدننها التى عليها مظلومه محرومه من كل شىء حتى من مهرها الذى يستهلكه لنفسه أبوها أو أخوها الذى يتولى أمرها و هؤلاء يرون ان البنت كالبهيمة المملوكه تباع و تشتري و لا شىء لها من الحقوق المدينه و تزويجها عباره عندهم عن بيعها كما تباع البقره فتورث هى كسائر الأموال المنقوله و لا تعطى من الإرث شيئاً و هؤلاء هم أكثر الأعراب من أهل القرى و الرساتيق و سكان الصحراء البوادي و هذا هو الظلم الفظيع

و الشنشنة الخبيثة التي جاء الإسلام لمحوها و تكرر في الكتاب الكريم تفتيدها و التوبيخ عليها و لكن على رغم العدل و الانصاف ما أجدى كل ذلك شيئاً و لا يزال القوم الى اليوم متمادين في ذلك الضلال و سوء الحال و لا تزال نبذل جهودنا معهم في الوعظ و الإرشاد و لا سامع و لا مجيب إلا في القليل النادر، و حيث ان أوضاع هذا الكون اعنى عالم الكون و الفساد في الغالب على طرفي نقيض بين الإفراط و التفريط- فهناك طائفة أخرى و لا سيما في المدن و العواصم على ضد ذلك تحمل الزوجه معها من بيت أبيها اداره بيت كامله من العرش و الفرش و الأواني و القدور الى الخيط و الإبره و قد يتفق انها تكتسح بيت أبيها و لا- تترك فيه شيئاً بل تتركه فقيراً، لا يملك دانقاً و لا قطميراً و بين هذين الطرفين طبقات مختلفه العادات و الحالات و للفقر و الغنى دخل شديد و يد قويه في ذلك، فاحتفظ بهذا و اجعله على بالك «الثانيه» ان محور قضيه تنازع الزوج و الزوجه و نظائرها تدور في الحقيقه و بعد دقه النظر على قضيه اليد فقط لا على المختص بالرجال و المختص بالنساء، فمعرفة صاحب اليد هنا في الدرجه الاولى و معرفه الاختصاص في الدرجه الثانيه، و معرفه صاحب اليد في الغالب سهله التناول قريبه المأخذ فان كلا من الزوجه و الزوج على الأ-كثر لا بدّ و ان يكون له في البيت شىء يختص به من غرفه أو صندوق أو خزانه يضع فيها ثيابه أو أوراقه أو نقوده أو كل ذلك و كذلك الزوجه و هذا جد واضح كما لإشكال أيضا في ان في البيت

متاعا كثيرا لا يختص بأحدهما و لا يد لأحدهما عليه كالفراش و السجاد و الأوانى و نحو ذلك إذا تمهد هذا- اتضح لك ان اللازم على الحاكم حين ترفع إليه حادثه من هذه المشاجرات ان ينظر أولا الى ان المتنازع فيه هل هو فى يد الزوج أو الزوجه و فى تصرف اى واحد منهما فيحكم بأنه هو المنكر و على الآخر إقامه البينه سواء كان ذلك الشىء من مختصاته أو مختصات الطرف الآخر فان الحلى كالسوار و القلابه التى لا- شك ان من مختصات النساء قد يصوغها الزوج من ماله و يضعهما فى صندوقه أو فى خزائنه أو يدفعها أحيانا للزوجه للزينة ثم يسترجعهما منها فكونه من مختصات الزوجه لا يلزمه ان يكون ذلك ملكها أو فى يدها كما ان بعض مختصات الرجل كالسيف أو الدرع فيكون ملكاً للمرأة و خزائنها إما بالارث من أبيها أو غير ذلك من الأسباب فإذا عرف الحاكم انه فى يدها و تحت استيلائها و تصرفها يحكم على الآخر بإقامه البينه فإن عجز عن الإثبات حكم لصاحب اليد بيمينه بل ينبغى ان يكون هذا النحو خارجا عن موضوع البحث و ان كانت كلماتهم فى قضيه الاختصاص مطلقه فإن عجز الحاكم عن معرفه صاحب اليد المالكه لاشتراك تصرفهما فيه أو لكونه فى يدهما معا أو فى خزائنتهما المشتركه بينهما كمكينه الخياطه الموجوده فى غرفتهما المشتركه و كل منهما يستعملها أحيانا أو نحو ذلك من الآلات حتى المصاغ كالمنطقه و الخاتم سواء كان من صياغه الزوج أم لا فهنا تأتى قضيه النظر فى المختص و المشترك

فان كان من مختصات الرجل كالسيف و الرمح و نحوهما جعلنا الاختصاص اماره على انه له و انه هو صاحب اليد المالكه و كذلك ما إذا كان من مختصات المرأه كالأقراط و الأسوره فإن اختصاص النساء بشىء اماره على انه ملك الزوجه و فى يدها و ان كان من صياغه الزوج و هذه اليد الانتفاعيه أو الاستعماليه دليل على اليد المالكه فان لم يكن هناك اختصاص بل هو فى حيازه كل منهما و كل منهما له اليد الانتفاعيه به و هو صالح للنساء و الرجال كالافرشه و التخوت و الصناديق و الأوانى فاللازم النظر هناك إلى قضيه ما ذكرنا من العادات و التقاليد فى جهاز المرأه و ما تحمله من بيت أبيها إلى بيت زوجها كما أشارت إليه روايه البجلي من ان القضاء هو الأخير و لعل عاده أهل الحرمين مكه و المدينه كعاده بغداد و ما يلحقها ان الزوجه تأتي فى الغالب بإداره كامله كما ذكرنا و هذه هى (المرحله الثالثه) فى سير نظر الحاكم و تحريه دقه نظره لاصابه الحق و إذا لم ينجح كل ذلك اى لم يكن يد و لا اختصاص و لا عاده و تقاليد و كان الشىء فى يدهما الاستعماليه معا من دون يد مالكيه لأحدهما و تأتي «المرحله الرابعه» و تكون القضيه من باب التداعى مثل تداعى شخصين ما بيدهما أو بيد ثالث أو لا يد لأحد عليه أصلا يتحالفان فيأخذنه الحالف فان حلفا أو نكلا قسم بينهما هذا كله حيث لا بنيه أو قبل النظر إلى البينه يعنى حيث يراد تعيين المدعى من المنكر و تمييز الخارج من الداخل و تشخيص أن القضيه من باب المدعى أو من باب التداعى

و على هذه المراحل الأربع تنزل الأخبار المختلفه و كل واحد منها ناظر إلى جهه فالتقسيم للتداعى و كل المتاع للرجل حيث لا بد للزوجه و لا عاده و هو للمرأة كله فيما هنالك عاده كما استشهد الامام عليه بمن بين لابتها فكل واحد له ما يختص به حيث لا بد و لا عاده و هذه هى الوجوه الأربعة التى تقلب فيها رأى القاضى ابن أبى الى و ارتبك منها و لم يستقر على واحد منها و لو ساعدته العنايه لعرف ان لكل واحد من تلك الوجوه موضوعا يخصه لانه يفتى به بقول مطلق و فى جميع الأنحاء إذ لا شك انه لا وجه للرجوع الى الاختصاص مطلقا حتى فى مقام كون اليد و الاستيلاء لأحدهما كما لا وجه له أيضا فيما إذا كانت العاده أنها تأتى بجميع الإناث من بيت أبيها فإنها تكون حينئذ هى صاحبه اليد على كل ما فى البيت و الزوج هو المدعى و عليه البينه كما قال الامام عليه السلام و هذه هى الظهورات العرفيه المتبعه أعنى ظهور الأحوال و الأفعال الذى هو كظهور الأقوال فتدبره جيدا و اغتتمه، اما لو كان فى البين بينه فان كانت لأحدهما فقط زوجا أو زوجه حكم له بها مطلقا فى جميع الوجوه المتقدمه مع الاختصاص و عدمه و مع اليد و عدمها الى آخر ما سبق و ان كانت لكل واحد منهما بينه فان كان لأحدهما يد و استيلاء أقوى من الآخر على ما عرفت من كونه فى صندوقه أو فى خزائنه الخاصه به أو اختصاص أو عاده كان بالضروره هو المنكر اى الداخل و الآخر هو المدعى أى الخارج و هنا يجىء الارتباك و اختلاف المذاهب و الآراء فأصحاب المجله

يقدمون بينه الخارج ففي مختصات النساء يحكمون بها للرجل و العكس بالعكس كما نصت عليه هذه المادة التي نحن فيها، اما عندنا فالأصح كما سبق مفصلاً تقديم بينه الداخل لاعتضادها باليد ففي مختصات الزوجه تقدم بيبتها و تحكم لها و فى مختصات الرجل تقدم بيته و ان لم تكن يد و لا اختصاص و لا عاده يعرف بها الداخل من الخارج و المدعى من المنكر فان كان لإحدى البيتين ترجيح بكثره أو وثاقه قدمنا الراجحه و ان تكافأتا من جميع الجهات فان حلف أحدهما فقط فللحالف و ان حلفا معا أو نكلا فالتقسيم،، هذه هى الحقيقه الناصعه، و الطريقه الجامعه، التى تمنعت على أفكار فطاحل العلماء و القضاء من الصدر الأول إلى اليوم و المنه لله وحده.

ماده (١٧٧٣) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبه و ادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين.

لا وجه له بل كل من يكون القول له فإنما يحكم له بعد يمينه و يمكن إعطاء قاعده كليه و هى ان كل من يكون القول قوله فلا بد معه من اليمين بل يمكن ان يقال فى هذا الفرع ان القول ليس له بل للواهب لان قوله يوافق أصاله عدم التلف و استصحاب بقاء العين و كل من يدعى خلاف الأصل فعليه الإثبات بالبينه، و ليس هو بأمين كالودعى حتى يقبل قوله و ان خالف الأصل كما فى «١٧٧٤»، (١٧٧٥) إذا اعطى من له ديون مختلفه لدائته مقداراً من الدين فالقول قوله فى

كونه أعطاه محسوباً من باقى الدين.

هذه المادة بظاها لا محصل لها و لعل مرادهم انه إذا كان عليه ديون مختلفه اى بعضها عليها رهن و بعضها بلا رهن فادعى المديون انه قصد دفع الدين الذى عليه رهن يصدق لأنه أعلم بقصده و هو من الأمور التى لا تعلم الا من قبله و هو صحيح متجه، (١٧٧٦) إذا انقضت مده إجاره الرحى و أراد المستأجر حط حصته من الأجره مده انقطاع الماء- و وقع بين الآخر و المستأجر اختلاف و لم تكن هناك بينه الى- آخرها.

هذا أيضا من المواضع التى اشتبهت المجله فيه حيث جعلت القول قول المستأجر ان المده عشره لا المؤجر القائل أنها خمسه فان المرجع هنا استصحاب بقاء الماء الا بالمقدار المتعين انقطاعه فيها و هو الخمسه فقول المؤجر هو الموافق للأصل و مدعى الزيادة عليه الإثبات و هكذا إذا كان الاختلاف فى أصل الانقطاع فان القول قول منكره مطلقا سواء كان موجودا حال الخصومه أو منقطعا بعد ان كان حال الإيجار موجودا فيستصحب الى زمن اليقين بانقطاعه فتعود المسأله الأولى نعم لو لم يكن موجودا حال الإيجار انعكس الحكم فتدبره و منه يعلم ماده «١٧٧٧» و هو ما إذا اختلفا فى طريق الماء انه قديم أو حادث فان المرجع إلى أصاله تأخر الحادث اى استصحاب عدمه الى زمن اليقين بحدوثه من غير فرق بين وجود الماء فى المسيل حال الخصومه أو عدم وجوده بعد العلم بوجوده سابقا و انما الشك فى قدمه

و حدوثه نعم لو كان للحدوث أثر شرعى بعنوانه الخاص يشكل إثبات ذلك الأثر باستصحاب عدمه الا على القول بالأصول المثبتة فتدبره.

الفصل الرابع فى (التحالف)

باب التحالف هو باب التداعى على عين ليس لأحدهما يد عليها و لا يكون قول أحدهما موافقا بل الكل مخالف و حينئذ فإن اختص أحدهما بالبينه حكم له بها و ان كان لكل واحد بينه و لم يكن مرجح لأحدهما فاما ان يحلف أحدهما فقط فيحكم له أو يحلفان معا فان كان النزاع على عين قسمت بينهما و ان كان على عقد يحكم بفسخه و يترادان هذا هو القاعده العامه فى باب التداعى و لكن تنازع البائع و المشتري فى مقدار الثمن ليس من هذا القبيل فان من يدعى الزيادة مدع و خصمه منكر فهو باب المدعى و المنكر و الأول يخالف قوله الأصل بخلاف الثانى فذكره هنا وضع للشىء فى غير محله و فى غير بابه نعم لو تنازعا فى الجنس و ان المبيع فرس أو شاه و الثمن فضه أو ذهب و العقد بيع أو صلح و هكذا كان من باب التداعى و بعد التحالف

الفسخ كما عرفت- هذا كله فى البيع اما لو كان النزاع فى الإجاره ففى ماده «١٧٧٩» إذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف فى المأجور الى آخرها.

و ماده «١٧٨٠» و حاصلهما ان المؤجر و المستأجر لو تنازعا فى قدر الأ-جره فاما ان يكون قبل التصرف فى العين المأجوره أو بعده فإن أقام أحدهما البيئه حكم له بها و ان أقاما البيئه حكم بيئه الخارج عندهم و هو المؤجر المدعى للزياده المخالف قوله للأصل و ان لم يكن بيئه أصلا حلف المستأجر أى منكر الزياده و ان نكل حكم عليه و ليس هذا من باب التداعى و التحالف فذكره هنا لا وجه له أصلا كما لا وجه لقولها: يحلفان معا- بل يحلف المنكر فقط أى منكر الزياده كما عرفت و لا مجال للفسخ هنا أصلا و قد اشتبهت المجله هنا اشتباها مربيا و مثله ما لو اختلفا فى المده أو المسافه و قول المجله: و يبدأ بتحليف المؤجر فى صورته التحالف اشتباه واضح، إذ لا- تحالف فى المقام أصلا، و لا فرق فى كل ما ذكرنا بين كون النزاع بعد التصرف أو قبله فتدبره، و منه ظهر حكم مادتي «١٧٨١: ١٧٨٢» نعم أصابت المجله شاكلة الصواب فى ماده «١٧٨٣» ليس فى دعوى الأجل يعنى كونه مؤجلا- أولا- و فى شرط الخيار و فى قبض كل الثمن أو بعضه تحالف، و فى هذه الصور الثلاث يحلف المنكر،، و لكن أوضح من هذه الصور كلها النزاع فى المقدار من حيث الأقل و الأ-كثر لا- فى البيع و الإجاره فقط بل فى جميع العقود و المعاملات القائل بالزياده

مدعى و النافى لها منكر نعم لو كان النزاع فى ان المبيع أو المأجور الدابه أو الدار مثلا أو الثمن دراهم أو دنانير و نحو ذلك فهو باب التداعى و التحالف و ما ادرى كيف اشتبه هذا الأمر الواضح على أصحاب المجله فخلطوا بل غلطوا هذا الغلط الذى لا يخفى على واسط الطلب فضلا عن أفاضلهم و العصمه لله وحده و منه التوفيق.

و تحصل من جميع الذى تلوناه انه كلما كان النزاع فى الأقل و الأكثر أو الإطلاق و التقييد أو النفى و الإثبات فهو باب المدعى و المنكر- ان أثبتته المدعى حكم له و الا حلف المنكر و انتهت الخصومه و كلما كانت الخصومه بين متباينين فهو باب التداعى و التحالف فتدبره و اغتممه.

الكتاب السادس عشر (فى القضاء)

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعة أبواب)

المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالقضاء)

اشاره

ماده «١٧٨٤»

القضاء:

يأتى بمعنى الحكم و الحاكميه.

الفرق بين الحكم و الحاكميه جهه اعتباريه فان الحاكميه أهليه الشخص لإصدار الحكم و الحكم هو القول الصادر لحسم الخصومه و لا اثر يترتب على هذا فى مقام العمل أصلا.

ماده «١٧٨٥»

الحاكم:

هو الذات الذى تعين و نصب من قبل السلطان لحسم الدعاوى و المخاصمات- إلى آخرها.

هذا عند جمهور المذاهب على الظاهر اما عند الإماميه فهو منصب الهى و صفه نفسانيه كماليه تخوله تلك الأهليه اى أهليه الحكم و القضاء بين الناس و لا دخل للسلطان فيه أصلا، لا نصبا و لا عزلا، تنصبه الفضيله و الامانه، و تعزله الرذيله و الخيانه، يا داؤد إنا جعلناك خليفه في الأرض فاحكم بين الناس بالحق. و لا تتبع الهوى.

ماده «١٧٨٦»

الحكم:

عباره عن قطع الحاكم المخاصمه- إلى آخرها.

هذا اصطلاح لا- اثر له عملى لا- عندهم و لا عندنا، اما بقيه المواد هنا فهى أشبه بالمهزله و الفضول مثل ان المحكوم عليه هو الذى حكم عليه و هلم سحلا.

الباب الأول فى (الحكام)

اشاره

و يحتوى على أربعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان أوصاف الحاكم)

ماده (١٧٩٢) يلزم ان يكون الحاكم حكيما فيهما مستقيما و أمينا مكينا متينا.

ماده «١٧٩٣» يلزم ان يكون الحاكم عالما بالمسائل الفقيهيه واقفا عليها و على أصول المحاكمه مقتدرا على حسم الدعاوى الواقعه تطبيقا لها.

هذه الأوصاف على الجملة معتبره فى الحاكم و لكن لو امعنا النظر فى كثير منها لم يجد لها معنى محصلا و لا تجدها الا فارغه جوفاء مثلا

لزوم كون الحاكم حكيما، فما المراد بالحكيم هنا هل هو العالم بعلم الحكمة التي هي معرفه حقائق الأشياء على ما هي عليه على حسب الطاقه البشريه كما يقول أربابها، أو الحكمة بمعنى وضع كل شىء فى محله كما هو عند أهل العرف و اللغه، أو الحكمة بمعنى الطب كما هو عند العوام حيث يطلقون الحكيم على الطبيب، كل هذا ليس بلازم فى الحاكم الشرعى إذا فما هو المراد، و مثله- كونه مكيئا و متينا.

«و بالجمله» فما ذكرته المجله من أوصاف الحاكم أكثرها فارغه لا محصل لها، و انما الأوصاف المفهومه المعلومه اللازمه فيه إجماعا هي سته «١ و ٢» البلوغ و العقل- فلا يصح قضاء الصبى و ان كان مميزا و جامعا للشرائط الأخر، و لا المجنون مطلقا و لو فى حال إفاقته على الأصح و لو كان جامعا أيضا «٣ و ٤» الإسلام و الايمان «٥ و ٦» الوصفان الركنيان بل و أهم أوصاف الحاكم و هما- الاجتهاد- و هو كما مرت الإشاره إليه ملكه استنباط الأحكام الفرعيه من أدلتها الشرعيه التفصيليه، و هو مقام الفتوى و استخراج الحكم الإلهى الكلى من الأدله العامه و الخاصه، و القضاء أصعب منه بكثير فإنه مقام تطبيق تلك الأحكام الكليه على مصاديقها الجزئيه حسب الحوادث و الوقائع المتجدده و هذا الشرط الذى هو أعظم الشروط و أهم الأوصاف ألغاه و أهمله الجمهور من اتباع أرباب المذاهب و منهم أصحاب (المجله) و لعل ذلك من جهه انسداد باب الاجتهاد عندهم و لم يكتفوا بإهمال هذا الشرط فقط بل أهملوا ما هو أهم

و الزم منه و هو الوصف (السادس) الذى هو الركن الأعظم من أوصاف القاضى و الحاكم الا و هو العدالة التى عرفت انها ملكه نفسانيه تردع صاحبها عن ارتكاب الكبيره و الإصرار على الصغيره و الإتيان بشىء من منافيات المروه و قد اعتبر القرآن المجيد بالعدالة فى الحاكم و الشاهد فى عده آيات: يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ، اِنَّ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ، وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ،، نعم و لكن القوم و لا سيما فى هذه العصور قد أهملوا هذين الشرطين و من أجل إهمال هذين الشرطين المهمين فى القضاء الذى هو من أهم المناصب و أشقها بل و أشقاها بل هو المجلس الذى لا يحل إلا نبي أو وصى أو شقى، نعم من أجل إهمال هذين الركنين صار يتولى القضاء و الحاكميه فى هذه العصور- الصبيه و الولدان من الناشئين الذين لم يخوضوا بعد غمار الحياه و تحنكهم التجارب و لا نصيب لهم من العلم الا ما عرفوه من بعض الكليات التى تلقنوها فى بعض مدارس الحقوق فأين الاجتهاد و اين العدالة و اين الحنكه و التجارب و الممارسه فى معرفه التشخيص و التطبيق؟

و كيف يؤتمن أمثال هؤلاء على اعراض الناس و أموالهم و حقوقهم بل و دمائهم فلا حول و لا قوه و لا شهامه و لا فتوه نسئله تعالى تسديدا أولياء الأمور و إصلاحهم فإذا صلحوا صلح كل شىء إن شاء الله،، و قد أشارت المجله الى الوصفين الأولين من الأوصاف الستة المتقدمه فى ماده (١٧٩٤) يلزم الحاكم ان يكون مقتدرا على تمييز الناس بناء عليه لا- يجوز قضاء الصغير و المعتوه و الأعمى و الأصم الذى لا يسمع

صوت الطرفين القوى.

اما العمى و الصمم فلم يتفق أصحابنا على اعتبار خلو الحاكم منهما و لعل الأشهر عدم اشتراط ذلك إذ رب بصيره تغنى عن الف بصر كما هو الغالب فى العميان و قد شاهدنا و شاهد غيرنا منهم العجائب نعم اعتبر جماعه من أصحابنا شرائط و أوصاف آخر فى الحاكم منها «ان يكون ذكرا» فلا يصح قضاء المرأه و ان جمعت بقيه الشرائط و الظاهر هو انه اتفاقى عند عامه المسلمين و لعل المجله لم تصرح به لوضوحه (و منها) ان لا يكون أمياً أى يلزم ان يكون كاتباً «و منها» طهاره المولد فلا يصح قضاء ولد الزنا و ان كان مجتهدا عادلا «و منها» الحرية فلا يصح قضاء العبد و ان اذن له المولى و كان جامعا للشرائط و هو محل نظر «و منها» زياده تضلعه فى أحكام القضاء و طول ممارسته بها بالبحث و التدريس، و لا ماس بهذا الشرط «و منها» ان يكون حافظا اى لا يكون كثير السهو و النسيان، و يغنى عن هذا ان يكون له كاتب عدل ثقة أمين، و هو اليوم فى نفس الحكام نادر فكيف بكتابهم.

الفصل الثانى فى (بيان آداب الحاكم)

هذه الأوصاف المذكوره فى هذا الفصل كلها قد ذكرها أيضا فقهاؤنا و التزموا بأشده من ذلك فى أدب الحاكم و لكن كل واحد منها أدب مستحسن و اخبار أهل البيت فى حث الحاكم على التزام العفه و النزاهه و العدل كثيره و لكن كل واحد منها ليس بحيث لو أخل به يكون حكمه باطلا إذا كان جامعا للشرائط الركنيه المتقدمه، و أهم ما فى هذه الأوصاف متانه الحاكم و رزائته فى سائر أحواله فضلا عن مجلس الحكم و يليه فى الأهميه عدم قبول الهديه و الدعوه، فإنها قد تكون فى حقيقتها رشوه، و هى من أعظم الكبائر على الدافع و الآخذ و هى من السحت الذى ذكره البارى عز شأنه فى كتابه المجيد بأسوأ الذكر، و يتسق بهذه الآداب أدب التسويه بين الخصمين فى كل الأحوال و الملاحظات حتى بالسمع و البصر و الوجه و اللسان بل و بالميل القلبي ان كان مستطاعا فلا يسمى أحدهما باسمه و الآخر بكنيته و ان كان أحدهما من الشرف فى أعلى الطبقات و الآخر فى أدنى

الطبقات فان جميع الناس إمام الحق سواء و الله الموفق و به المستعان

الفصل الثالث في (بيان وظائف الحاكم)

ماده (١٨٠٠) الحاكم وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمه و الحكم،،،

عرفت من مطاوى أبحاثنا السابقه ان القضاء و الحاكميه عندنا معشر الإماميه منصب الهى لا دخل له بالسلطان و لا بغيره ينصبه العدل و جامعيه الشرائط و يعزله زوال بعض الصفات الركنيه من العقل و العداله و الاجتهاد فلا يتقيد بزمان و لا مكان بل له الحكم فى كل مكان و كل زمان و حكمه لا يرد إلا إذا تبين عنده أو عند حاكم آخر خطوه أو تقصيره فينقض حكمه، نعم من الواجبات على السلطان العادل فى زمن سلطانه و نفوذ أمره أن ينصب قاضيا حاكم لحسم الخصومات فى كل بلد و لكن ليس معنى ذلك انه إذا نصب حاكما فى بلد لا يجوز الترافع عند حاكم آخر جامع للشرائط نعم لو منع السلطان من الرجوع الى غير منصوبه لمصلحه سياسيه جاز ذلك و حرم الرجوع الى غيره لانه حسب الفرض امام مفترض الطاعه، و يترتب

على ما ذكرنا ان الحاكم ليس له ان يستنيب فى الحكم اى يجعل نائبا عنه قريبا أو بعيدا لعذر أو لغير عذر إذا كان النائب غير جامع للشرائط اما لو كان جامعا فلا- حازه الى النيابة لأهليته بذاته نعم له ان يوكل غيره ممن يعتمد عليه فى بعض مقدمات الحكم مثل سماع شهاده الشاهدين الذين يعرفهما الحاكم و يعرف عدالتهما فينقل له نص شهادتهما و يعمل هو اى الحاكم بما تقتضيه الموازين، و عليه فأكثر مواد هذا الفصل لا محل لها على حسب أصول الإماميه و قواعدهم فإنه لا نصب و لا عزل و لا نائب و لا- منوب و لا- مجال للبحث فى جمله منها خصوصا مثل ما فى ماده «١٨١١» يجوز ان يستفتى الحاكم من غيره عند الحاجة.

إذ ما وجه استفتاءه من الغير بعد اعتبار كونه مجتهدا.

اما لو تنازع الخصمان فيمن يرجعون اليه لحل خصومتهم فى بلد يتعدد حكامه فقد رجحت المجله ماده «١٨٠٣» الحاكم الذى اختاره المدعى عليه،، و لكن المشهور عند فقهاءنا ترجيح من يختاره المدعى و ربما يدعى عليه الإجماع عندنا لكونه هو صاحب الحق الذى له ان يدعى و له ان يترك، و ناقش السيد الأستاذ (قده) فيه بأن للمدعى عليه ان يسبق الى حاكم آخر بعد الدعوى و يطلب منه ان يخلصه من دعوى المدعى، و هى مناقشه واضحه الضعف، و اى معنى لطلب ان يخلصه من الدعوى قبل ان يدعى صاحب الحق و يشكل الدعوى عند حاكم و اما إذا شكلها المدعى عند أحد الحكام

فقد صار هو الأسبق و لزم على المدعى عليه الموافقه الا ان يرفضها الحاكم الأول و هو خارج عن الفرض، و التحقيق عندنا فى هذا ان المدعى إذا سبق الى حاكم و رفع اليه دعواه فان وافقه المدعى عليه فهو و ان خالفه و اختار غيره فان كانا متساويين أو من اختاره المدعى اعلم و أشهر فلا إشكال فى ان الترجيح لمن اختاره المدعى و ان انعكس الأمر لا يبعد ترجيح من يختاره المدعى عليه- هذا إذا سبق المدعى اما لو تنازعا قبل سبقه أو كانا متداعيين فمع تساوى الحاكمين يتعين الرجوع الى القرعه و الا فالترجيح للأعلم الأشهر فتدبره فإنه ثمين و متين.

ماده [١٨٠٨] يشترط ان لا يكون المحكوم له أحد أصول الحاكم

أو أحد فروعه أو زوجته أو شريكه فى المال الذى سيحكم به أو أجيده الخاص أو متعلقه الذى يتعيش بنفقتة، بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى أحد هؤلاء و يحكم له، اعلم أولاً انه لا إشكال فى ان الحاكم لو كان هو أحد الخصمين لم يكن معنى لإرجاع الخصومه اليه ليحكم فيها له أو عليه حتى بتوكل غيره للمرافعه فإنه مع مخالفته للذوق و الاعتبار خلاف الأدله فإنها ظاهره بل بعضها صريح فى لزوم الرجوع الى الغير فلو كان هو شريكاً فى المال المتنازع عليه و جب الرجوع الى حاكم آخر، اما أصوله و فروعه اعنى آباءه و أولاده صاعدين و نازلين و زوجته و أجيده الخاص و من يتعيش بنفقتة فالاعتبار و الذوق بل و الدليل يساعد أيضاً على عدم صحه الرجوع اليه فيما لو كانت للغير مع

أحدهم خصومه إذا كان له ولاية خاصة شرعية كولاية على الصغار من فروعه أو عرفيه كولاية على زوجته و أجيده لأنه يرجع ذلك الى نفسه اما لو كانت له ولاية عامه كولاية حاكم الشرع على الأيتام و المجانين الذين لا ولى لهم و الغائبين الذين لا وكيل لهم و الأوقاف المنحله التولية ففيه لفقهاءنا قولان- نفوذ حكمه لهم لما فى الحديث من ان كل قاض ولى الأيتام، و ظاهر ولايته عليهم نفوذ حكمه لهم و قيل لا ينفذ لانه هو الخصم و الخصم لا يكون حكما، و فصل آخرون بين ما إذا كان هو الخصم فلا- أو كان القيم أو الوكيل على شؤنهم قبل الخصومه غيره و لو من ذلك الحاكم فيجوز و القول بالنفوذ مطلقا قوى و التفصيل لا- بأس به و هو أحوط، أما فروعه الكبار و أصوله و زوجته الذين لا- ولاية له عليهم فلا دليل على عدم صحه الرجوع اليه لو كانت لهم أو عليهم خصومه سوى ما عرفت من الذوق و الاعتبار، ثم لو حكم لشريكه قالوا نفذ فى حصه شريكه دون حصته و هو مشكل.

ماده (١٨١٢) يلزم على الحاكم ان لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بما يمنع صحه التفكير كالغم و الغصه و الجوع و غلبه النوم.

هذا الشرط و ان لم يذكره فى عداد الشروط الركنيه و لكنه مثلها فى الأهميه و لو صدر منه حكم فى حال من هذه الأحوال و جب عليه اعاده النظر فيه، كما انه لا يجوز التأخير فى الحكم أو فى النظر فى الخصومه إلا لعذر مشروع كإعطاء القضييه حقها من التأمل و الفحص

و لكن بنحو لا يؤدي الى الإخلال بالحقوق بالتأجيلات المتتابعه الموجه لتضييع العمر و تعطيل اشتغال المتخاصمين كما نشاهده في هذه الأزمنه التعيسه، و كل ذلك تابع لمقدار المروه و الانصاف في الحكام و هما قليلان في الكثير منهم بل معدومان.

الفصل الرابع (فيما يتعلق بصوره المحاكمه)

ماده (١٨١٥) يجرى الحاكم المحاكمه علنا و لكن لا يفشى الوجه الذى يحكم فيه قبل الحكم، هذا راجع الى نظر الحاكم ان وجد مصلحه في الإفشاء أفسى و الا فلا، ثم ان باقى مواد هذا الفصل بعضها تقدم ذكرها و الباقي واضح لا تعليق عليه و كذلك مواد الفصل الأول من الباب الثانى و لا سيما ماده (١٨٣٢) للحاكم ان يحكم بالبينه التى أقيمت في مواجهه أحد الورثه إذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذى أحضر في الدعوى التى توجه خصومتها الى جميع الورثه و لا- حاجه الى إعاده البينه،، فإنها مع أنها مشوهه الصوره معقده التعبير إلى الغايه قد تقدمت في المباحث السابقه فراجعها،،

الفصل الخامس فى (بيان الحكم الغيابى)

ملخص المواد المذكوره فى هذا الفصل ان المدعى إذا استدعى من الحاكم إحضار المدعى عليه طلب حضوره ان كان فى البلد أو قريباً منه بان يحضر بنفسه أو بوكيل عنه فان امتنع يجبر و لو بتوسط السلطان على الحضور أو إرسال الوكيل فان لم يمكن إجباره ينذر ثلاث مرات بورقه دعوه مخصوصه فان لم يجب أفهمه الحاكم انه سينصب و كيلا عنه و ينظر ثم يحكم ثم ينصب الوكيل و ينظر فى الدعوى و يحافظ الوكيل على حقوق من وكل عنه و يدافع عنه حسب ما يستطيع ثم يحكم الحاكم له أو عليه حسب الموازين و لكنه لا يخرج عن كونه حكماً غيابياً له الاعتراض عليه و نقضه إذا حضر قبل تنفيذه هذا عند أرباب «المجله» أما أصحابنا فبمجرد امتناعه و إصراره بعد الإنذار يسقطون حق حضوره و لا يلتزمون بنصب وكيل عنه بل ينظرها الحاكم و يحكم عليه بالحكم الغيابى و لكن ما ذكره من نصب وكيل عنه حسن و موافق للاحتياط ثم يبلغ الحكم إليه فإن اعترض سمع و الا نفذ عليه الحكم ان لم يكن له دعوى صالحه لدفع الدعوى.

الباب الثالث فى (رؤيه الدعوى بعد الحكم)

ماده «١٨٣٧» الدعوى التى حكم بها و اعلم بها موافقا لأصولها المشروعه- لا تجوز رؤيتها و سماعها تكرارا.

يعنى لا يجوز طلب تجديد المرافعه لا عند ذلك الحاكم و لا عند غيره و لعل هذا متفق عليه فى الجمله إنما الكلام فى جوازه مع اتفاق الطرفين بين مجوز و مانع و الجواز أقرب لأن الحرام رد حكم الحاكم و تجديد النظر فيها ليس يرد، و لو ترافعا عند غيره لم يجب عليه البحث عن صحه ذلك الحكم و لكن يجوز له ذلك فان وجده صوابا أو لم يتبين خطؤه أمضاه ان كان يعتقد أهليته كما يجوز له إمضاؤه من غير فحص و لا- يجوز له الا- إذا علم علما قطعيا بفساده لمخالفته إجماعا أو نص أیه أو خبراً متواترا صريح الدلاله و لا يجوز له نقضه فى غير هذا و ان كان مخالفا لرأيه فى المسائل الاجتهاديه النظرية بل و ان كان مخالفا لدليل قطعى نظرى كإجماع على طريقه الكشف أو خبر محفوف بالقرائن و الأمارات إذ مثل هذا يختلف باختلاف الانظار فرب شخص يستفيد العلم من اماره لا يستفيد الظن منها غيره فالحكم

استند إلى أمثال هذا لا يجوز نقضه، و منه يعلم ماده «١٧٣٨» إذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم ليس موافقا لأصوله المشروعه- و طلب استيناف الدعوى بحق الحكم فان كان موافقا- يصدق و لا يستأنف و مثلها (١٨٣٩)- يدقق الإعلام فإن كان موافقا- يصدق و الا ينقض.

و تحرير هذا البحث ان الأصل المستفاد من العمومات و الأدله القطعيه ان حكم الحاكم الجامع للشرائط لا يرد و ان الراد عليه راد على الله عز شأنه فيجب العمل به مهما أمكن حتى على الحكام الآخريين فضلا عن سائر المكلفين إلا- إذا علم فساده و عدم مطابقته للأصول الشرعيه فلو ادعى المحكوم عليه ان الحكم الذى عليه هو من هذا القبيل لا محيص من إجابته و رفع القضية إلى حاكم أو حكام آخريين لينظروا فيه و يفحصوه و يحصوه فان كان موافقا يعذروه و الا نقضوه، و لعل الأول من قبل ما يسمى اليوم بالاستئناف و الثانى بالتمييز و كذلك لو ادعى المحكوم عدم أهليه الحاكم للحكم بفسق أو عدم اجتهاد أو تقصير فى مقدمات النظر فى الدعوى أو فسق الشهود فى كل هذه الصور يصح المحكوم مدعيا و عموم البيئه على المدعى يقتضى سماع دعواه فاما ان يثبتها فبنقض الحكم أو يعجز فيبقى الحكم على ما كان، هذا هو مقتضى القواعد و لكن منع بعضهم من سماع هذه الدعوى استناداً الى ان فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكام فيحصل فتق يعسر رتقه فى الإسلام و هو معارض بان سده

أيضا قد يوجب غدرا في الحقوق و حيفا لا يمكن تلافيه و على تقدير السماع ففى دعوى عدم الأهليه يكون المحكوم له مدعيا و عليه إثبات الأهليه، و فى دعوى الفسق أو الجور أو الخطأ و فسق الشهود فالمحكوم عليه هو المدعى و عليه الإثبات الا- ان يكون هو الذى اختار ذلك الحاكم للمرافعه فيلزمه الالتزام بحكمه و حملة على الصحه كما انه لو دفع الدعوى قبل الحكم أو بعده و أثبت امرا يوجب سقوط تلك الدعوى يبطل الحكم طبعاً كما فى ماده (١٨٤٠) يصح دفع الدعوى قبل الحكم و بعده الى آخرها.

و بقى فى المقام أمر مهم لم تتعرض له المجله و هو ما يترتب على تبين بطلان حكم الحاكم فنقول: انه إذا تبين بطلان الحكم فاما ان يكون قبل العمل به فلا شىء و اما ان يكون بعده فان كان فى حد من قتل أو قطع أو غيرهما أو فى مال أو فى عقد أو حل عقد (ففى الأول) إذا لم يكن مقصرا فلا قصاص عليه و يلزم الديه من بيت المال لتخير المشهود: ما أخطأت القضاء فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين الا- ان المحكوم عليه لو كان عالما بفساد دعواه و أغرى الحاكم بالحكم كان عليه القصاص للتسبب الذى هو هنا أقوى من المباشر، و فى [الثانى] ان كان المال موجودا استرد و ان كان تالفا فان كان المحكوم له قد استهلكه ضمن، و ان كان غيره فمع علمه يضمن أيضا للتسبب أيضا و الا ففيل ان ضمانه على بيت المال و هو مشكل لاختصاص الخبير المتقدم بالدم و نحوه نظراً لقاعده لا يطل دم امرء مسلم، و حينئذ لا ضمان

على المحكوم له ولا- على الحاكم لعدم تقصيره حسب الفرض و هو مأذون شرعاً، و خبر عبد الرحمن بن الحجاج فى قضيه ربيعه الرأى و قول الأعرابى له انه فى عنقك و تصديق الامام الصادق سلام الله عليه للأعرابى و قوله «ع» كل مفت ضامن غير صريح بما نحن فيه بل لعل المراد منه المفتى المقصر كربيعة الرأى و الحاصل هو قضيه فى واقعه لا يمكن إطراء العمل به، و منه ظهر انه لو ثبت كون الحاكم مقصراً أو جائراً متعمداً فى القضاء أو مقدماته كان الضمان عليه نفساً أو مالا- إلا إذا كان المحكوم له هو المباشر مع علمه فان الضمان عليه لان المباشر هنا أقوى من السبب، اما العقد فيفسخ و لو كان نكاحاً فهو شبهه و الطلاق و نحوه يبطل و تعود الحاله الاولى اما لو كان الحكم فى مال و كان مقصراً فمع وجوده يسترد و مع تلفه يتخير المحكوم عليه بين الرجوع على الحاكم لانه مسبب و على المحكوم له ان كان هو المتلف و على المتلف ان كان غيره.

الباب الرابع فى (بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم)

ماده «١٨٤١» يجوز التحكيم فى دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس،،، قاضى التحكيم هو خصوص الحاكم الذى تراضى الخصمان على

حكمه مطلقا و تخصيصه بالمال لا وجه له بل لو تراضيا عليه فى دعوى قتل أو عرض أو نكاح أو طلاق جاز بل أصل تشريعه فى الكتاب المجيد فى تخصم الزوجين و نشوز كل منهما أو أحدهما على الآخر فابعثوا حكما من أهلها و حكما من أهله،، و قد اعتبر أصحابنا رضوان الله عليهم فى قاضى التحكيم جميع الشروط فى مطلق القاضى النافذ الحكم سوى التولية من الامام فى أيام حضوره بسط يده حتى قال بعض اعلام علمائنا ما نصه: و اعلم ان قاضى التحكيم لا يتصور فى حال الغيبه لأنه ان كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم و الا- لم ينفذ حكمه مطلقا إجماعا و انما يتحقق مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام و عدم نصبه- و قد تحرر من ذلك ان الاجتهاد شرط فى القاضى فى جميع الأزمان و الأحوال و هو موضع وفاق. و هل يشترط فى نفوذ حكمه تراضى الخصمين به بعده قولان أجودهما العدم عملا بإطلاق النصوص انتهى.

و أقول ان هذا الكلام الأخير موضع عجب إذ بعد فرضه مجتهدا جامعا للشرائط فما معنى اعتبار رضاهما بحكمه بعد الحكم؟ فان حكم المجتهد نافذ على كل أحد و ان لم يتراضيا و يلتزما بالانقياد لحكمه فكيف و قد رضيا به و التزما بتحكيمة و لا معنى لتحكيمة الا- التزامهما بالعمل بحكمه فتدبره و ان كان واضحا، و مما ذكرنا ظهر انه لا وجه على أصولنا لما فى ماده (١٨٤٢) حكم المحكم لا يجوز و لا ينفذ إلا فى حق الخصمين اللذين حكما- الى آخرها، بل لازم

فرضه مجتهدا جامعا فحكمه نفوذ حكمه على كل أحد كسائر أحكامه اما بقيه مواد هذا الباب فهي صحيحه و واضحه،، و اعلم ان ما ذكرناه فى القضاء من المباحث تبعا للمجله أو استدراكا عليها و ان كانت واسعه و جامعها و لكنها من باب التمثيل بالنسبه الى ما ذكره فقهاؤنا فى المبسوط من مؤلفاتهم كقطره من نهر، أو جره من بحر، و قد بقيت أبحاث مهمه فى الحكم و القضاء و الحاكم كقضيه جواز أخذ الأجر له أو الارتزاق من بيت المال، و احكام الشهاده و الشهود كشهاده الفرع و نحو ذلك لم نتعرض لها تبعا لإهمال المجله لها، كما أنها أهملت بعض الكتب المهمه من المعاملات مثل كتاب القرض اى الدين، و غير المهمه مثل السبق و الربيه، و كان عزمنا عند الشروع فى تأليف هذه المجموعه ان نتوسع فى مباحثها و نستدرك ما فات المجله على وجه مبسوط بحيث يكون مجموعته ستة أجزاء أو ثمانية و لكن ظروف الحرب القاسيه، و أزمة الورق العانيه بل أزمة كل شىء هى التى حالت بيننا و بين ذلك العزم فقصرناه على أربعة أجزاء و قد عزمنا بتوقيه تعالى و معونته ان تجعل لهذا الجزء الأخير ملحقا نستدرك به ما فان (المجله) من الكتب المهمه العامه البلوى التى يحتاجها القضاء و المحامون و الحكام أشد الحاجة، و هى ما يسمونها اليوم «بالأحوال الشخصيه» و ان لم يتضح وجه التسميه و لكنها جد جديره بالعنايه لعموم الابتلاء بها لعامه البشر و هى النكاح و ما ينضم فيه من الهور و العيوب و الأولاد و النفقات و غيرها و الطلاق

و ما يلتحق به من الخلع و المبارأه و الظهار و الإيلاء و العدد و غيرها و الوصيه و الدين و الوقف كل ذلك على سبيل الإيجاز
فى مواد و فصول على نهج ترتيب المجله- و هذا فراغ واسع كان فى ثقافتنا و فقهائنا لعل البارى أراد ان يوفقنا لسده و القيام بما
فيه الكفايه منه إن شاء الله و ما توفيقى إلا بالله عليه توكلت و اليه أنيب

(استدراك) تقدم فى ماده (١٧٨٤) صفحه (١٧٩) من هذا الجزء و ماده (١٧٨٤) ان الحكم عبارته عن قطع الحاكم المخاصمه و ذكرنا فيما سبق هذه ماده ان الحكم هو القول الصادر لحسم الخصومه و كلا التعبيرين غير سديد لأنهما يشعان بان الحكم

مخصوص بما تسبقه خصومه مع ان الحكم أعم من ذلك و لا- يلزم في حقيقه تحقق خصومه معه كما في الحكم بالأهله و النسب و الوقف في بعض فروضه و كثير من أمثال ذلك، فالأصح في الإشاره إلى حقيقه الحكم و جوهر معناه العام انه تشخيص موضوع أو وصف ذى أثر شرعى ممن له أهليه ذلك شرعا، فالحكم بالهلال مثلا تشخيص موضوع ذى أثر شرعى و هو ان اليوم المعين هو أول يوم من شهر رمضان فيجب على الناس صيامه أو انه أول يوم من شهر شوال فيجب عليهم إفتاره و يحرم صيامه، و كذا الحكم بان الشخص المعين هو ابن فلان فيرث كل منهما الآخر الى كثير من أمثال هذا مما لا خصومه فيه أصلا، و كذلك الحكم في موارد الخصومه كما لو حكم عن هذا المال لزيد و الدار لعمر و بعد التخاصم أو ان خالد مشغول الذمه لفلان بألف دينار و هكذا سائر موارد الخصومه و الحكومه فإن مرجع الجميع الى تعيين موضوع أو وصف موضوع سواء قارنه أو سبقته خصومه أم لا فتدبره جيداً

[المدخل]

الحمد لله و كفى و سلام على عباده الذين اصطفى «و بعد» فهذا هو [الجزء الخامس] الذى عزمنا بتوفيقه تعالى ان نلحقه بالاجزاء الأربعة التى استوفينا بها (تحرير المجله) و يتكفل هذا الجزء أيضا بما لم تذكره المجله أصلا و يستدرک ما فاتها من عقود الأنکحة و الطلاق و اقسامه و احكامه و العدد و النفقات و أنواعه و توابعه كالظهار و اللعان و الإيلاء ثم الوصيه و الدين و الوقف، إذأ فهو يشتمل على خمسة كتب «١» النکاح «٢» الطلاق و أنواعه و توابعه «٣» الدين «٤» الوصيه «٥» الوقف

كتاب النکاح**اشاره**

تمهيد و مقدمه فى مبدأ الحياه العائليه و تكوين الأسره من المعلوم لكل ذى لب ان مبدأ الحياه الزوجيه هو اقتران الرجل بالمرأه و به تتكون الأسره بالاسره تتكون الأمه و بالأمم

تتكون القافله البشريه.

و حذراً من الانتشار و الفوضى و ضياع الغرض المقصود منه جعلت له الشرائع السماويه حدوداً و قيوداً كى لا- يكون ذلك الاقتران عطلا كقران البهائم تضيع فيه الأنساب و لا تتكون الأسر منه و العائلات فاللازم «أولاً» معرفه حقيقه هذا القران و جوهر معنى الزواج بأسلوب بكر لم يسبق اليه، فنقول: لعل أصح تعبير و أقربه إلى الكشف عن هذه الحقيقه الغامضه و العلاقه الخاصه ان يقال: انها كمال ثانوى طبيعى للإنسان، و إيضاح هذا يحتاج الى فضل بيان- هو ان الإنسان ذكرا كان أو أنثى يكاد يكون بالنظر الى وجوده الشخصى و هيكله المحسوس قد خلق ناقصاً فى حد ذاته يعنى خلق نصفاً خداجاً، و شقاً محتاجاً، فهو لأجل الغايه التى خلق من أجلها فى حاجه ماسه إلى شق آخر يستكمل به و يعتدل بانضمامه إليه كى يحصل له بذلك الاعتدال و التوازن فهو مثل كفه الميزان واحد مصراعى الباب ما لم يقترن بالكفه الثانيه و المصراع الآخر لا- ينال حظه من التوازن و الاستقامه، و لا- يترتب عليه الفائده و الثمره المقصوده منه فاعتداله و توازنه منوط بضم عدله اليه و اقتران شقه الثانى به حتى يكمل وجوده، و يعتدل وزنه، و الابقى شقاً مائلاً، و نصفاً عاطلاً، و لأجل أن يندفع الى طلب استكماله و يرغب و يجتهد فى تحصيل اعتداله- أودع الصانع الحكيم فى غريزه نوعه تلك الحاله الغريبه بل الجدوه الملتهيه الى القران الجنسى

المودع فى غريزه كل حيوان بل كل حى فضلا عن الإنسان، و لكن الإنسان بالأخص لا- يكمل و لا- يتم الا بتلك العلاقه و الإضافه التى هى من مقوله (الجده) من المقولات العشر المعروفه و ليست الحكمه و الغايه من الاقتران للإنسان هى حفظ النوع و بقاء النسل فقط كما يقال بل هو أحد الغايات كما فى سائر الحيوانات بل هنا ما لا يقل عن هذه الغايه- نعم هنا غايه ساميه اخرى و هى ان الإنسان الذى يقولون انه مدنى بالطبع- لشد ما يحتاج الى التعاون طلبا للحياه السعيده و لا يحصل ذلك الا بالاسره و العائله إذا فالزوجيه سعادته الحياه، و كمال طبيعى للإنسان، و من هنا تجد عامه الشرائع السماويه فضلا عن اندفاع عامه البشر بطباعها اليه- قد نذبت اليه و جعلته ناموسا من نواميسها و أصلا من أصولها بين مغال جعله واجبا كما عن الموسويه، و متساهل به كما ترى من المسيحيه التى جعلت الرهبانيه و التبتل و عزله أحد الجنسين عن الآ-خر عبادته و زلفى و حفظ الله الشريعه الإسلاميه المقدسه فقد جاءت وسطا بين هاتيك الشريعتين كما هو شأنها فى كل تشريعاتها و أحكامها فلم تجعل له حكما عاما باتا بل أعطت كل فرد حريته حسب ظروفه و أحواله الشخصيه فقد يكون راجحا فى حق واحد الى حد الوجوب و فى حق آخر مرجوحا الى حد الحرمة و قد يكون لآخرين مستحبا أو مكروها، و لا تحسب ان حرمة أو وجوبه أو رجحانه تثبت له من حيث ذاته و حسب صرف طبيعته فان حكمه من هذه الناحيه الرجحان

ابدا، و انما تتعاور عليه تلك الاحكام من حيث العوارض و الأحوال المكتنفة بالشخص الخاص فلا يحرم الا على العاجز الذى لا يقدر على اعاشه عياله و هو مع ذلك غير شديد الرغبة، أو المريض بالأمراض الساريه الذى قد تنشأ منه أسره تضر بالمجتمع فيمنع من التوالد دفعا للضرر العام، كما انه لا يجب الا على الشخص الصحيح المتمكن الذى يخشى لو ترك عقد النكاح ان يقع فى السفاح، و هناك البلاء المبرم عليه و على الأمه به، [عافى الله شبابنا من ذلك البلاء، و حرسهم من تلك الأدواء] اما إذا تجرد من تلك الخصوصيات فهو راجح شرعا و عقلا- بأعلى مراتب الرجحان، و من هنا تعرف ان الزواج يقع برزخا بين المعاملات و العبادات فمن حيث انه محبوب لله عز شأنه و قد حث عليه بل أمر به الكتاب العزيز و السنه النبويه التى تقول: من تزوج حفظ نصف دينه بعد قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ، وَ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ، فهو عباده و من حيث لزوم العقد فيه و جواز الفسخ بالعيوب و لزوم المهر و النفقه و حليه الاستمتاع بإزاء ذلك أشبه المعاوضات و المعاملات و ان لم يكن منها تماما، و ظهر أيضا من كل هذا ان عقد النكاح و الطلاق الذى هو حلّ له متعاكسان من حيث ذاتهما حكما فذاك محبوب ابدا و هذا مبغوض ابدا و لا- يقع شىء منهما مباح ابدا اى لا يقع واحد منهما بحد الوسط بل كل منهما اما راجح واجبا أو مستحبا، أو مرجوح حراما أو مكروها، و فرض التعادل بالكسر و الانكسار نادر بل معرفته مستحيله

عاده، و عله الحدوث عله البقاء طبعاً فافهم و ما ذكرناه فى التعبير عن تلك النسبه الخاصه بأنها كمال طبيعى للإنسان لم نجده لأحد مع انه حقيقه ارتكازيه، و قد عرفت ان الشرائع السماويه جعلت لحدوث تلك العلاقه أسباباً خاصه إذا لم تنتظم بحدود و قيود جاءت الفوضى و انحلت روابط الهيئه الاجتماعيه و تداعت دعائمها من اسها، و عاد الإنسان بهيمه و الشرائع تريد ان تجعله ملاكاً، فلا- بد إذاً لحصول تلك العلاقه الخاصه التى يصير بها الفرد زوجاً، و الإنسان الناقص كاملاً- من أسباب خاصه تكون كالعله الموجوده كما ان لها بعد تحققها و وجودها أحكاماً تترتب عليها تكون كالعله المبقية لها، و لا تحصل تلك الإضافه الخاصه بين الحر و الحره إلا بالزواج و عقد النكاح اما بين غيرهما فتحصل به و بسبب آخر و هو ملك اليمين إذا فحليه الوطاء لا تحصل شرعاً إلا بأمرين الزواج- و الملك: و الحافظون فزوجهم الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم، و لكل واحد منهما مرتبه قويه. و اخرى ضعيفه، فمرتبه النكاح الضعيفه- العقد المنقطع، و مرتبه الملك الضعيفه التحليل و كل منهما ثابت بالدليل، و قد أقمنا فى مؤلفاتنا الشهيره المنشوره البراهين القاطعه على مشروعيه العقد المنقطع بآيه: فما استمتعتم به منهن و عدم نسخها لا بكتاب و لا سنه، نعم و مرتبه النكاح القويه هو العقد الدائم كما ان مرتبه الملك القويه هو ملك الرقبه، و حيث ان ملك اليمين موقوف على الرق و قد أبطلوه فى هذه العصور و لا يقع

الا نادراً و كان فى زمن التشريع كثيراً و من اجله كثر يومئذ اتخاذ الإمام و الجوارى، و اقتناء أمهات الأولاد و السرارى، و اتسع ذلك باتساع الفتوح الإسلاميه، و بالطبع ان كثره الابتلاء تستدعى كثره الاحكام و من هنا تكثرت الفروع فى الشرع و توفرت الاحكام للعبيد و الجوارى و عقد الفقهاء لذلك أبواباً و كتباً مطوله و أبحاثاً مفصله، مثل كتاب نكاح الإمام و العقد عليهن و الوطى بملك اليمين و التحليل و احكام أمهات الأولاد و كتاب التدبير و العتق و المكاتبه و ما الى ذلك من مهمات كتب الفقه التى لا- موضوع لها اليوم الا من ناحيه علميه، لا تصل إلى ناحيه عمليه، و أصبح البحث عنها أشبه بالفقه التاريخى و حيث اننا لا نريد بكتابتنا الا ما يحتاج إليه فى مقام العمل لم نتعرض لذكر شىء منها الا ما يجىء عفواً و يأتى استطراداً إذأ فالمهم من كتاب النكاح نوعاه الدائم- و المنقطع فهاهنا ثلاث مراحل

المرحله الاولى (فى الأحكام المشتركه بين النوعين و لا بد من تمهيد مقدمه)

اشاره

اعلم ان لفظ الزواج و النكاح صار كل واحد منهما عند الشرع و المتشرعه اسماً للعقد الذى تحدث منه تلك العلقه الخاصه التى يعبر عنها بالزوجيه، و من هنا قيل ان كل ما ورد فى القرآن لفظ

النكاح و ما يشتق منه فالمراد به العقد الا فى قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فان المراد منه الوطى عن عقد، و معنى هذا ان النكاح صارت له حقيقه شرعيه فى العقد بحيث متى أطلق أو وجد مستعملا فى الكتاب و السنه يحمل على العقد الا- ان تقوم قرينه على خلافه من آيه أو روايه أو إجماع كما فى الآيه المتقدمه و القرينه أعم من المتصله و المنفصله، و سواء صحت تلك الكليه أم لا فقد وهم بعض أهل العصر فى محاضرات له فجعل المراد من النكاح فى قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ هُوَ الوطء و المراد منه فى قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ هُوَ العقد- مع ان القضييه معكوسه اتفاقا ..

و حيث اتضح ان النكاح هو العقد فاللازم ذكر صيغته و ألفاظه و شروطه و اقسامه و احكامه و ما يترتب عليه من الآثار المشتركه بين نوعيه اعنى العلاقه المرسله المطلقه و هى الزوجيه الدائمه و العلاقه المفيده المحدوده و هى الزوجيه المنقطعه أى المتمتع بها و استيعاب البحث فى العقد يستدعى النظر فى أركانه العاقد و المعقوده و المعقود له اما المهر فليس من أركان العقد بل فى حاشيته و من لوازمه ففى هذه المرحله فصول.

الفصل الأول (فى العقد)

«١» عقد النكاح عبارته عن الإيجاب من طرف الزوجه و القبول من طرف الزوج

و صيغته المتفق عليها زوجت أو أنكحت و يصح عند الإماميه بصيغته تمتعت و يشترط فيها وقوعها بهيئته الماضى و مع قصد الإنشاء و التنجيز و المطابقيه بين الإيجاب و القبول و الموالاه بينهما و الاختيار

«٢» لا يقع عقد النكاح بالمعاطاه قطعاً

بل هو الزنا المحض

«٣» تقوم إشارته الأخرى مقام العقد

إذا كانت مفهمه عن مراده

«٤» لا ينعقد عقد النكاح بالهبه و التملك و الإباحه

و الإجاره و لا بشىء من العقود مهما كانت.

«٥» لا يلزم تقدم الزوجه بالإيجاب

أو من يقوم مقامها بل يصح ان يقول تزوجتك بكذا فتقول قبلت

«٦» المشهور اعتبار العرييه فى العقد

فلا تكفى ترجمه مهما كانت و هذا هو الأحوط و ان كان الأقوى صحه عقد كل قوم بلسانهم.

الفصل الثانى (فى العاقد)

«٧» يشترط فى طرفى العقد [البلوغ و العقل]

ان يکون کل واحد منهما

سواء كان موجبا أو قابلا لنفسه أو لغيره عاقلا بالغاً قاصدا مختاراً ان كان لنفسه غير محرم ولا عابث ولا هازل

«٨» لا يعتبر في العاقد من حيث أجزاء صيغه العقد رشد و لا اختيار و لا حرمة و لا ذكوريه

فيصح عقد السفية لغيره مطلقاً و لنفسه بإجازة الولي كما يصح عقد المكره على اجراء العقد لغيره و كذلك عقد العبد اما عقده لنفسه فموقوف على اجازة المالك، و للمرأه ان تعقد لنفسها و لغيرها

«٩» للموجب ان يرجع عن إيجابه قبل لحوق القبول

فلو رجع فلا اثر للقبول بعده و كذا لو جن أو أغمى عليه، و الإيجاب قبل اتصال القبول به كالعقد الجائر بعد تمامه يجوز نقضه اختياراً و ينتقض بالجنون و الإغماء قهراً و بالنوم و الغفلة على الأحوط، كما ان الأحوط بقاؤهما معا على الشروط إلى تمام العقد.

ثم ان العاقد ان عقد لنفسه فتلك الشروط كافيه و ان عقد لغيره فاما ان يكون ولياً أو وكيلاً أو أجنبياً ففي هذا الفصل ثلاثه مقاصد

(الأول في أولياء العقد)

(١٠) أولياء العقد في الدرجة الأولى الأب و الجد للأب معا

ان كانا موجودين و الا فالموجود منهما و في الدرجة الثانيه منصوبهما و في الثالثه أى عند فقد الجميع فحاكم الشرع.

(١١) الأب و الجد ولي إجباري بجعل الهى

و لكن بشرط ان يكونا عاقلين رشيدين مسلمين حرين فلو كان أحدهما سفياً أو مجنوناً أو كافراً اختصت الولاية بالآخر و لو كان أحد الموانع فى كل واحد

منهما فالولاية لحاكم الشرع.

(١٢) ولاية الأب و الجد انما هي على الصغيرين مطلقا

فلو بلغ الصبي عاقلا- رشيدا زالت ولايتهما عنه و لو عرضه الجنون بعد ذلك أو السفه كانت الولاية عليه لحاكم الشرع و كذا الصبيه.

[١٣] الكبيره إذا كانت عاقله رشیده

فإن كانت ثيبا فلا ولاية لأحد عليها و ان كانت بكرا فأقوال الفقهاء فيها كثيره من حيث زوال ولاية الأب و الجد عليها و عدم زوالها و أصحها ان صحه العقد موقوف على رضاها و رضا وليها فلا يصح الا برضاها معا و لو تشاحا فحاكم الشرع.
«لا يجوز للولى أن يعضل الكبيره مطلقا اى يمنعها من التزويج بالكفو نعم له منعها من المتعه ان كان غير لائق بشأنه».

«١٥» ولاية كل من الأب و الجد مستقلة

فلو سبق أحدهما بالعقد الصحيح نفذ و ليس للآخر فسخه و لو اقترنا بطلا معا مع التنافى

«١٦» ولاية الأب و الجد أشبه بالحكم فلا تسقط بالإسقاط

و لا- تقبل الانتقال بالمصالحه عليها بمال نعم يصح فيها التوكيل من كل واحد منهما فى حياته كما يصح نصب قيم عليه بعد وفاتهما فان عدل ثبت و الا عزله الحاكم و نصب غيره.

«١٧» حاكم الشرع هو الولى على الصغيرين حيث لا ولى إجبارى و لا منصوبه

فان شاء الحاكم ان يتولى أمرهما بنفسه جاز و الا نصب قيما عليهما و إذا وجد الغبطه فى العقد لهما صح.

«١٨» المشهور عند الفقهاء ان عقد الولى للصغير لازم

فإذا بلغ ليس له فسخه مطلقاً و عندنا انه انما يلزم مع الغبطه للصغير فلو بلغ أو بلغت و وجدت عدم المصلحه له أو لها فى ذلك العقد رفعت أمرها إلى الولى العام فإن أثبتت ذلك كان لها أو له الفسخ و لا مهر لانه فسخ لإطلاق.

(ولاية المولى على مملوكه)

«١٩» المالك له الولاية على مملوكه عبداً أو جاريه

و ولايته مقدمه حتى على ولاية الأب و الجد و الحاكم من غير فرق بين الذكر و الأنثى و هى ولاية سلطنه و قهر اما بقيه الأولياء فولايتهم ولاية غبطه و مصلحه و رعايه و حسبه حتى الأبوين فليس لهم التزويج الا بمهر المثل فما زاد من طرف الزوجه أو نقص من طرف الزوج مع رعايه الغبطه و المصلحه بخلاف المولى مع مملوكه.

«المقصد الثانى فى الوكيل»**[٢٠] يصح للذكر و الأنثى أو وليهما ان يوكلهما أو أحدهما أجنبيا على العقد**

فان عينا شخصاً أو مهراً أو وقتاً أو شرطاً تعين عليه ما عيناه و لو أدخل بشىء منه وقع فضولياً، و ان كانت الوكاله مطلقه و الأمر مفوض اليه لزم عقده كيف ما أوقعه و ليس للموكل نقضه إلا إذا كان بدون مهر المثل أو خلاف المصلحه لأن الإطلاق

ينصرف الى الصالح.

«٢١» يلزم على الوكيل هنا تعيين الزوج و الزوجه فى متن العقد

لأنهما الركنان كما يلزم تعيين الثمن و المثلن فى البيع اما المهر فان عينه أحدهما أو كلاهما تعيين ذكره فى العقد أيضا و الا فله ان يعينه حسب ما يرى إذا لم ينقص عن مهر المثل

«٢٢» صيغه العقد بالوكاله

أن يقول الوكيل عن الزوجه للزوج زوجتك موكلتى فلانه على مهر كذا فيقول قبلت الزواج لنفسى بالمهر المذكور و ان كان العقد مع وكيل الزوج يقول زوجت موكلتى فلانه من موكلتك فلان على مهر كذا فيقول قبلت لموكلتى فلان بالمهر المزبور و لو قال قبلت و قصد لموكله و لم يذكره لفظا فالأقرب الصحه.

«٢١» للموكل زوجا أو زوجه أن يعزل الوكيل

قبل ان يوقع العقد اما بعد وقوعه فلا اثر للعزل

«٢٢» لو وكل أحدهما على العقد من شخص معين

ثم عقد الموكل نفسه على غيره صح و بطلت الوكاله طبعاً

«٢٣» لا يجوز فى الوكاله المطلقه ان يتزوجها الوكيل الا مع القرينه على الرضا

أو عموم فى اللفظ و الا فهو فضولى موقوف على الإجازة و يجوز هنا اتحاد الموجب و القابل كما فى غيره من العقود

«٢٤» إذا زوجها أحد الوكيلين من شخص و الآخر من آخر صح السابق

و ان اقترنا بطلا مع التنافى و الا تأكد و مع الشك فليل بالبطلان و قيل بالقرعه، و الطلاق ثم تجديد العقد هو الأحوط:

(المقصد الثالث) (في الفضولي)

«٢٥» كل عقد صدر من غير الزوج و الزوجه و لا من وليهما أو وكيلهما فهو فضولي

يتوقف على اجازة المعقود له فإن أجاز صح و الا بطل

«٢٦» يشترط التطابق بين العقد و الإجازة

فلو وقع العقد على مهر و الإجازة على مهر آخر أو وقع على شرط فأجازة بشرط آخر أو بغير شرط لم يصح

«٢٧» يشترط في العاقد الفضولي جميع الشروط المتقدمه في مطلق العاقد

من البلوغ و القصد و العقل و غيرها فلو فقد واحداً منها لم يصح و لم تنفع الإجازة

«٢٨» لو زوج بزعم كونه وكيلاً أو ولياً

و لم يكن كذلك واقعاً لم ينفذ عقده إلا بالإجازة و لو عقد بزعم كونه فضولياً فأنكشف انه ولي أو وكيل نفذ بلا اجازة

الفصل الثالث (في المعقود له)

«٢٩» المعقود له زوجاً أو زوجة ان كان كبيراً اعتبرت فيه بقية الشرائط

من الغفل و الرضا و الاختيار و غيرها و ان كان صغيراً و الولي يعقد له لم يعتبر فيه شيء بل يكفي اجتماع الشروط

فى الولى و العاقد نعم يعبر فى الزوجين مطلقا شروط اخرى

«٣٠» أهم الشروط بين الزوجين عدم وجود سبب من أسباب الحرمة بينهما

و أسباب التحريم كثيره أعظمها و أهمها ثلاثه- النسب- المصاهره الرضاع إذاً فهاهنا ثلاثه مقاصد.

(المقصد الأول) (فى النسب)

اشاره

قال جل شأنه. وَ هُوَ الَّذِى خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا وَ النَّسَبَ عَلاَقَهُ تَحَدَّثَ بَيْنَ اثْنَيْنِ بِسَبَبٍ تَوْلَدَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ أَوْ تَوْلَدَهُمَا مِنْ ثَالِثٍ وَ الْمَحْرَمُ مِنْهُ هُوَ الْعِنَاوِينُ السَّبْعَةُ الْمَذْكُورَةُ فِى كَرِيمِهِ قَوْلِهِ تَعَالَى. حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ وَ عَمَّاتُكُمْ وَ خَالَاتُكُمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأُخْتِ.

«٣١» الام كل امرأه ولدتك أو ولدت من ولدك

فتدخل الجدات من الطرفين و ان علون «البنات» كل أنثى ولدتها و ان نزلت (الأخت) كل أنثى ولدها من ولدك بلا واسطه،، (العمه) أخت كل ذكر ولدك و ان علا «الخاله» أخت كل أنثى ولدتك و ان علت، و (بنات الأخ و بنات الأخت) الإناث اللاتى ولدن ممن ولد معك و ان نزل، و الضابطه المختصره الجامعه لهذه العناوين ان تقول: يحرم على الإنسان كل قريب له الا بنات العمومه و الخؤوله

«٣٢» يكفى فى تحقق النسب هنا أى فى باب التحريم مجرد الولاده

و لو عن زنا فلو ولدت بنت من الزنا حرمت عليه كنبته من الحلال لأنها خلقت من مائه و كذا سائر العناوين المتقدمه و لا يثبت بالزنا شىء من آثار النسب غير هذا.

«المقصد الثانى» (فى المصاهره)

«٣٣» المصاهره علاقته تحدث بين شخص و جماعه آخرين بسبب العقد فقط

أو هو و الدخول و يحرم به مؤيداً دواما و انقطاعا ثلاثه أصناف «١» زوجه الأب و ان علا لأم أو أب على الابن و ان نزل لابن أو بنت «٢» زوجه الابن على أبيه (وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) أى دون من يتبناه الرجل من أولاد غيره- العاده التى أبطلها الإسلام «٣» أم الزوجه و ان علت لأب أو أم.

«٣٤» يحرم مؤيداً بالعقد مع الدخول صنف واحد و هو الربيبه

أى بنت زوجته من غيره فلو عقد على الام و فارقتها قبل الدخول لم تحرم عليه بنتها لقوله تعالى وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

«٣٥» يلحق بالمصاهره الوطء فتحرم أم الموطوءه و بنتها على الواطئ و لو بالزنا

فمن وطئ امرأه بشبهه أو زنا فليس له ان يتزوج أمها أو بنتها و ليس لابنه و لا لأبيه ان يتزوجها، اما مملوكه الأب فلا تحرم على الابن و كذا العكس إذا لم يكن قد وطأ أو لمس أو

نظر بشهوه بنحو الاستفراش

(٣٦) انما يحرم الوطء إذا سبق العقد

اما لو لحقه فلا- اثر له فمن تزوج امرأه ثم زنى بها أبوه أو ابنه أو زنى هو بأُمها أو بنتها أو وطأ أباها اثم إثمًا فظيعة و لكن لا تحرم زوجته عليه لقاعده (الحرام لا يحرم الحلال) بخلاف الرضاع كما سيأتى و سر الفرق دقيق

(٣٧) لا فرق فى الوطء المحرم هنا بين الوطء فى القبل أو الدبر

و فى النوم أو اليقظه و الاختيار أو الاضطراب حلاله أو حرامه كالوطى فى الحيض أو الإحرام مع بلوغها و عدمه.

«المقصد الثالث» (فى الرضاع)

(٣٨) المذكور من الرضاع فى الكتاب الكريم نوعان

﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ و لكن السنه النبويه ضربت فى الرضاع قاعده كلييه و هى من جوامع الكلم.

(الرضاع لحمه كلحمه النسب) و أوضحته بفریده اخرى.

(يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) فالأول ناظر الى جعل الموضوع و الثانى إلى الحكم فتدبره.

«٣٩» اختلف أرباب المذاهب فى المقدار المحرم من الرضاع

أى الذى يحصل به العنوان الرضاعى المماثل للعنوان النسبى من

العناوين السبعه- بين مقل و مكتر فيين من اكتفى بالمسمى و قدره بما يفطر به الصائم و لكن لا قائل بهذا من الإماميه نعم ينسب إلى الإسكافي من قدماء أصحابنا المتوفى سنة ٣٨١ الاكتفاء فى التحريم برضعه واحده و فى أخبارنا ما يشهد له بل للأعم و لكن انعقد الاجتماع على عدم نشر الحرمة بأقل من العشر فقيل عشر رضعات كاملات متواليات و قيل خمسة عشر رضعه و قيل غير ذلك

«٤٠» الشارح الحكيم جعل للرضاع المحرم ثلاث علامات

«الكم» و هو العدد الخاص عشره و هو الأحوط و خمسة عشر رضعه و هو الأصح (الكيف) و هو ما شد العظم و أنبت اللحم و تشخيصه موكول الى العرف (الزمان) و هو يوم و ليله- فمتى حصل احدى هذه الحالات انتشرت الحرمة و لكن بشروط خاصه

«٤١» يلزم ان يكون اللبن عن حمل من نكاح صحيح

فلو در اللبن من غير حمل أو عن حمل من نكاح غير صحيح شرعا فلا حرمة

«٤٢» ان يمتصه الرضيع من الثدي مباشرة

فلو شربه من غير الثدي فلا اثر له مهما كان

«٤٣» ان يكون الرضاع فى حولى المرتضع

فلا اثر له بعد الحولين أصلا، اما ولد المرضعه فلا يعتبر فيه ذلك و فى النبوى: لا رضاع بعد فطام و لا يتم بعد احتلام

«٤٤» اتحاد الفحل

فلو رضع من امرأه واحده مقدارا و أكمل النصاب منها من لبن فحل آخر لم يحرم

«٤٥» اتحاد المرضعه

فلو ارتضع من مرضعتين و لو كان من لبن فحل واحد فلا حرمة

«٤٦» توالى الرضعات

ان لا يفصل بين رضعه

و اخرى رضاعه من امرأه أخرى و لا يقدر الفصل بالأكل و الشرب

«٤٧» ان تكون كل رضعه كامله يرتوى بها الصبي

و ان تكون خالصه لم يمتزج معها شىء فلو مازجها مائع آخر حال الارتضاع لم يؤثر

(٤٨) إذا تحققت الشرائط المزبوره تحقق الموضوع و هو العناوين الرضاعيه

المطابقه للعناوين النسبيه فصار الفحل أبا و المرضعه اما و بناتها أخوات و أولادهم أخوه إلى آخر ما تقدم فى النسب من العم و العمه و غيرهما ثم تجىء الأحكام و هى حرمة النكاح كما فى النسب

(٤٩) يترتب أيضا حكم آخر لا من جهة العنوان النسبى بل لدليله الخاص و هو انه يحرم على أب المرتضع جميع بنات صاحب اللبن

و هو غير أب لهن بل أب لأخيهن و ليس هو من العناوين النسبيه و فى بعض الاخبار التعليل بأنهم صاروا بمنزله ولدك، و كذا لا ينكح أب المرتضع فى أولاد المرضعه و ولاده على الأصح و رضاعا على قول

(٥٠) لا يحرم على اخوه المرتضع نسبا اخوته الرضاعيون

إذ لا أخوه بينهم و انما هم إخوة أخيهم و ليس هو بعنوان نسبى الا على عموم المنزله

(٥٢) لو رضع غلام من لبن فحل الرضاع المحرم و ارتضع آخر منها من لبن فحل آخر

حرم كل من الرضيعين على المرأه و أصولها و حواشى نسبها و على الفحل الذى رضع من لبنه كذلك لكن لا يحرم أحد الرضيعين على الآخر لعدم اتحاد الفحل فالإخوه من الام الرضاعيه لا توجب التحريم و ان أوجبته من ناحيه الأب الرضاعى فلو ارتضعا من لبن فحل واحد نشرت الحرمة بينهما و ان كان رضاعهما من زوجته

إذا أكمل كل منهما نصابه من واحده و هذا معنى قولهم (اللبن للفحل)

(٥٢) إذا ارتضع صبي من امرأه الرضاع المحرم من لبن فحل واحد

حرم عليه أولادها النسبيون و لو من فحل آخر لأنهم اخوته من امه دون الرضاعيين من الفحل الآخر فاخوه الأمومه تحرم نسبا لا رضاعا الا على عموم المنزله

(٥٣) بناء على قاعده لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن

- لو ارتضع الطفل من لبن جده لأمه سواء كان من جدته لامها أو غيرها حرمت امه على أبيه لأنها من أولاد صاحب اللبن الذى ارتضع منه، و قد عرفت ان الرضاع سابقه و لا حقه سواء فى التحريم فيحرم حدودا و استدامه

(٥٤) إذا شك فى تحقق الرضاع المحرم

لشبهه حكميه أو موضوعيه فلا اثر له حتى يحصل اليقين بتحقيقه بجميع حدوده و قيوده بالمشاهده أو البيئه أو بشهاده أربع نساء أو رجل و امرأتين أو إقرار المرضعه و تعديه الحكم الى غيرها بإقرارها لا يخلو من نظر،، هذا موجز من أهم أسباب التحريم المؤبد و هى النسب و المصاهره و الرضاع التى جمعتها كريمه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ»،، و هذه الآيه من شمس البلاغه فإنها لم تقتصر على ذلك حتى ذكرت حرمة الجمع أيضا و ان تجمعوا بين الأختين و بقى عده أمور أخرى من أسباب التحريم نذكرها ضمن المواد الآتية

«٥٥» طلاق الزوجه تسع طلاقات

يتخللها نكاح زوجين ففى الطلقه التاسعه تحرم عليه مؤبدا

«٥٦» وقوع الملاعنه بين الزوج و الزوجه يوجب التحريم المؤبد

أيضا كما سيأتي في محله

«٥٧» وطأ الذكر رجلا كان أو غلاما

يوجب تحريم الزواج بامه و ان علت و بنته و ان نزلت و أخته مؤبدا إذا سبق العقد اما اللاحق فالحرام لا يحرم الحلال

«٥٨» من عقد على صغيره

فوطأها قبل التسع فأفضاها حرمت عليه ابدا و بقيت على زوجيته و عليه نفقتها الى ان تموت

«٥٩» من عقد على امرأه في عدتها

فإن وطأها في العده حرمت عليه ابدا عالما كان أو جاهلا و سواء كانت العده رجعيه أو غيرها و ان لم يطأها فإن عقد عليها مع علمه انها في العده حرمت عليه أيضا أبدا و ان كان جاهلا لم تحرم عليه و له ان يعقد عليها ثانيا بعد خروجها من العده و كذلك العقد على ذات البعل و الزنا بذات العده أو ذات البعل كل ذلك موجب للتحريم الأبدى

«٦٠» يحرم على المحرم ان يعقد على امرأه محله

كانت أو محرمه و يحرم على المحرمه أن تعقد نفسها في الإحرام على محل أو محرم فلو عقد المحرم عالما حرمت عليه ابدا و له مع الجهل اعاده العقد بعد الإحرام.

الفصل الرابع (في أسباب التحريم الغير المؤبد)

أشاره

و هي اما مقيده. أو موقته. أو حرمة جمع، فهاهنا ثلاثه أنواع

(الاولى حرمه الجمع)**[٦١] يحرم الجمع بين الأختين بالعقد مطلقا دائما أو منقطعا**

فلو عقد على امرأه لم يصح ان يعقد على أختها حتى يطلقها و تخرج من العده ان كان رجعيا و يجوز جمع الأختين بالملك لكن لو وطأ واحده حرمت عليه الثانيه حتى يخرج الاولى عن ملكه.

(٦٢) يحرم ان يجمع بين خمس زوجات بالدائم

فلو كان عنده اربع بطل العقد على الخامسه حتى يطلق واحده منها و تخرج من العده ان كان رجعيا اما المنقطع و ملك اليمين فلا حد لهما.

[٦٣] لو أسلم الكافر على أكثر من اربع

تخير أربعا و حرم عليه الزائد.

(الثانيه الموقته)**(٦٤) إذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات**

بينها رجعتان حرمت عليه فى الثالثه موقتا الى ان يعقد عليها غيره و يطأها فإن طلقها الثانى حلت بالعقد ثانيا على الأول.

(الثالثه الحرمة المقيدة)**(٦٥) لا يجوز للحر ان يتزوج المملوكه إلا بشرطين**

عدم الطول اى عدم القدره على زواج الحره، و خوف العنت أى المشقه كما فى الآيه الشريفه و مع عدم الشرطين فليل يجوز مطلقا و قيل بالتفصيل فيجوز متعه لا دواما و هو حسن.

(٦٦) يحرم عقد الأمه على الحره إلا بإذن الحره

فلو عقد بدونه كان للحره الخيار بين اجازته و فسخه و ليس لها فسخ عقد نفسها اما العكس و هو دخول الحره على الأمه فهو جائز فإن كانت الحره عالمه فلا خيار لها و ان كانت جاهله ثم علمت بعد العقد تخيرت بين فسخ عقد نفسها و بين الصبر على البقاء مع الأمه و ليس لها فسخ عقد الأمه و لا يجب عليه أعلامها بأنه متزوج بامه فلو أخفاه عليها ابدا صح و لا اثم و لو اقترن عقد الحره و الأمه كان حكمه حكم سبق الأمه.

(٦٧) لا يجوز عقد بنت أخ الزوجه أو بنت أختها

إلا- برضا العمه و الخاله و ان علتا حرتين أو أمتين أو ملفقتين عالمتين أو جاهلتين أو مختلفتين دائمتين أو منقطعتين مسلمتين أو كافرتين أو مختلفتين نسيبين أو رضاعيين، و لو اقترن العقد ان نفذ عقد العمه و توقف الثانى على رضاها، و لو سبق عقد بنت الأخ أو الأخت جاز إدخال العمه أو الخاله عليها و لا خيار للدخاله و لا المدخول عليها لا فى عقد نفسها و لا فى عقد الأخرى.

[٦٨] اعتبار الحكم إذن شرعى لا حق شخصى

فلا يسقط بالإسقاط نعم لو اشترطه ضمن عقد العمه و الخاله صح و كان كالإذن منهما

– ٦٩ – لو طلق العمه أو الخاله فإن كان بائنا جاز العقد على بنت الأخ و الأخت بغير إذن

و ان كان رجعيا لم يجز حتى تنقضى العده و من هذا النوع ما تزول الحرمة بزوال الوصف و هو شرط الكفايه و الحرمة هنا تدور مدار اختلاف الدين.

٧٠- الكفر مانع من صحه عقد المسلم على الكافره المشركه

والمشرك ممنوع من العقد على المسلمه سواء كان الكفر أصليا أو ارتداديا فلو أسلمت زوجته الكافر فإن كان قبل الدخول زالت العصمه بينهما و ان كان بعده انتظرته مده العده فإن أسلم بقيا على الزواج كما لو أسلما معا و الا بانته منه و لها المهر.

٧١- المسلم لا يحل له ان يتزوج المشركه

بعد قوله تعالى- **وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ**- **وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ** و لو أسلم الكافر على زوجته مشركه قبل الدخول بانت منه و المشهور على تنصيف المهر و القاعده تقتضى السقوط لانه فسخ لإطلاق و بعد الدخول يقف على العده فإن أسلمت فهي زوجته و الا بانت منه و استقر المهر، اما الكتابيه- يهوديه أو نصرانيه بل و مجوسيه فإن أسلم دونها فهي على نكاحه قبل الدخول و بعده دائما و منقطعا كتابيا أو غيره- و اما فى الابتداء- فقيل بالحرمة و قيل يجوز منقطعا لا دائما و قيل يجوز مطلقا و هو مقتضى ظاهر قوله تعالى فى سورة المائدته التى لا نسخ فيها اليوم **أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ** الى قوله عز شأنه **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ**، و يمكن حمل النواهي فى السنه على التنزيه

٧٢- لو تزوج المسلم مسلمه

كتايه كان للمسلمه الخيار فى عقد نفسها إلا إذا كان برضاها على ما فى بعض الاخبار.

٧٣- الارتداد من الزوج أو الزوجه

ان كان قبل الدخول

انقطعت العصمه بينهما مطلقا فان كان منها فلا مهر و ان كان منه فلها النصف، و ان كان بعد الدخول استقر المهر فان كان منها وقف على انقضاء العده و هى عده الطلاق فان عادت الى الإسلام فيها و ثابت بقيت على زوجيته و الابنت منه، و ان كان منه فان كان مليا فالانتظار و ان كان فطريا بانته منه فى الحال و اعتدت عده الوفاه

(٧٤) اختلاف المذهب لا يمنع من صحه العقد مع الحكم بإسلام الطرفين

فيجوز للإمامى ان يتزوج بمخالفه من اى مذهب كان من مذاهب المسلمين، اما تزويج الغير بالإماميه ففيه خلاف، و الأصح انه يختلف باختلاف الأحوال فقد يرجح و قد يحرم فعلى الأولياء مراعاة الخصوصيات و الظروف فإنهن ودائع و أمانات و لا تعطى الأمانه الا الى من يحفظها «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

«٧٥» المعروف اعتبار الكفايه فى الزواج

و هى نوعان شرعيه و عرفيه أما الشرعيه فهى المساواه فى الدين كما عرفت، و اما العرفيه فهى المساواه فى الحسب و النسب و الثروه و الشرف و أمثالها أما الأولى فقد عرفت لزومها فى صحه العقد و اما الثانيه فليست شرطا و الزواج فى شريعته الإسلام على الإسلام و المؤمن كفو المؤمن نعم ورد فى السنه حرمه تزويج شارب الخمر و الاعتبار يساعده فان شارب الخمر لا يؤتمن على الحره، و لا يحفظ الوديعه و مثله المقامر،

«٧٦» إذا خطب المؤمن القادر على الإنفاق الغير المتجاهر بالكبائر استجب إجابته

بل قيل تجب و لو كان ادنى نسبا و أقل

ثروه و الفقر غير مانع بل العناء فى الغنى أكثر منه فى الفقر.

(٧٧) يحرم خطبه المزوجه قطعاً

و لو معلقاً على الطلاق تصريحا أو تلويحا و كذا خطبه المطلقه الرجعيه و لو معلقاً على انقضائها بل و البائنه و كذا يحرم الخطبه على خطبه الغير كما يحرم الدخول فى سوم المؤمن نعم لو ردت الاولى جازت الثانيه.

«٧٨» الإجماع و الاخبار على بطلان نكاح (الشغار)

و فسروه بمعان كثيره و القدر المتيقن فى الحرمة هو ان يتزوج امرأتان برجلين على ان يكون مهر كل واحده نكاح الأخرى يعنى المبادله فى النساء.

هذا مختصر أسباب التحريم التى يشترط خلو المتعاقدين منها و حينئذ فالذكر البالغ الرشيد له ان يعقد لنفسه و لا ولايه لأحد عليه و الأنثى البالغه بإكمال التسع إذا كانت رشيده لها ان تعقد لنفسها بإذن الولي ان كانت بكرا و الا كان لها الاستقلال و بعد انتهاء مباحث العقد و العاقد و المعقود له و شرائط كل واحد منها مما يتعلق بصميم العقد فاللازم بيان ما يتعلق بتوابع العقد و احكامه و حواشيه و آثاره المشتركة بين نوعيه الدائم و المنقطع كالمهر فإنه و ان كان لازماً فى الجملة و لكنه ليس من الأركان التى يبطل العقد بدونه.

الفصل الخامس (بتكفل بيان احكام المهور)

(٧٩) المهر هو ما يجعل للزوجه فى عقد زواجها

مما هو مال عينا أو دينا أو حقا أو منفعه و ليس هو عوض البضع أو عوض الاستمتاع بل المعاوضه فى باب النكاح كما عرفت غير مره بين ذات الزوجين و انما المهر كهديه و طيبه خاطر للزوجه و لذا يكره المماكسيه فيه و التغالى و يستحب فيه اكيدا التساهل و المهاوده و لحرص الشارع الحكيم على التسهيل فى هذا المقام اكتفى من المهر حتى بتعليم السوره و قراءه الفاتحه و لكن الاعتدال بمهر السنه و هو خمسمائه درهم أى خمسه و عشرون دينارا.

(٨٠) إذا تراضى الزوجان على مهر قليلا كان أو كثيرا

لزم و ان لم يذكر مهرأ أصلا فإن كان العقد متعه بطل إذ لا متعه إلا بمهر مسمى، و المنقطع كثير الشبه بالمعاوضات و ان لم يكن منها، و ان كان دواما فان شرطا عدم المهر بطل العقد لانه يرجع الى الهبه و لا هبه فى النكاح، و لمفوضه البضع مطالبه الزوج بتعيين المهر فان امتنع لها ان تمنع عنه نفسها فان تراضيا على قدر لزم قل أو كثر و الا رجعا الى حاكم الشرع فيفرض أقل الأمرين من مهر المثل و مهر السنه و لو دخل بها قبل التعيين تعين مهر المثل، اما مفوضه المهر

فهو التزويج على حكمه أو حكمها ولكن ليس لها ان تحكم بأكثر من مهر السنه

(٨١) المهر مطلقا تملكه الزوجه بالعقد

و يستقر بالدخول فلو مات قبل الدخول أو طلقها كان لها نصفه ان كان قد تعين و الا فلها المتعه على الموسع قدره و على المقتر قدره، و لها ان لا تمكنه من نفسها حتى يدفعه لها،،

(٨٢) يلزم تعيين المهر بما يرفع الجهاله و لو فى الجملة

فلو أبهمه كليه كالشىء و النصيب و نحوهما بطل و لا- يلزم فيه تمام المعلوميه التى تلزم فى البيع و نحوه من اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و هكذا بل تكفى المشاهده ان كان عينا و الأوصاف فى الجملة ان كان كليا ككونه دراهم أو ثيابا أو غيرها مع بيان العدد و لو جعله ثوبا أو دابه فالخيار للزوج و يجوز جعله أو بعضه مؤجلا كما يجوز ترديده و تعليقه كما لو قال ان تزوجت عليك فألف و الا فنصفها، و مهر المثل مهر أقرانها، و لو عقد الأب لولده على مهر و أطلق فهو عليه الا ان يقيده على الولد من أهلها و بلدها

(٨٣) لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه جاز

وإن لم يعلم به حال العقد و كذا لو تزوجها على مهر أمها أو أختها بل فى بعض الاخبار ان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يتزوج على القبضه من الحنطه و ما يحسن من القرآن

(٨٤) لو وهبها المده فى المنقطع قبل الدخول كان لها النصف

كالإطلاق فى الدائم و ان كان بعد الدخول استحقت به بأجمعه كالدائم و كذلك حكم موته قبل الدخول و بعده

(٨٥) لو أبرأته من المهر قبل الدخول أو وهبته له يرجع عليها بنصفه

لأن الإبراء استيفاء و كذا لو خالته بالمهر فيستحقه اجمع بالخلع و يستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول على ما ذكروا و فيه للتأمل مجال، و لو تنازعا في قبضه فالقول قولها و في المقدار قوله.

الفصل السادس (في أحكام العيوب الموجبه للفسخ)

(٨٦) عقد النكاح لازم إذا وقع صحيحاً جامعاً للشرائط

لا يمكن فسخه و لا الإقاله فيه بل و لو شرطا خيار الفسخ فيه بطل الشرط و نفذ العقد على الأصح و قيل يبطلان معا، نعم لا يصح الفسخ فيه الا بأمرين (الأول) العيوب الموجبه لخيار الفسخ و هي ثلاثه أقسام - ١- العيوب المشتركه - ٢- ما يخص الزوج - ٣- ما يخص الزوجه

(٨٧) العيوب

المشتركة (٣) الجنون مطلقا و لو أدواريا (٢) (الجذام) مطلقا و لو قليلا- (٣) البرص كذلك (ما يخص الزوج) أيضا ثلاثه- الخضاء و هو سل الأنثيين و بحكمه الوجداء و هو رضهما بحيث تبطل قوتهما، و العنز و هو عدم الرجوليه خلقه أو عرضا و الجب و هو قطع آله الرجوليه (ما يخص الزوجه) أربعة الإقعاد و القرن- عظم في محل الوطى يمنع منه (العضل) لحم يمنع من الوطى، «الرتق» التحام موضع الوطى بحيث يمنع منه.

[٨٨] كل هذه العيوب انما توجب حق الفسخ إذا كانت مجهوله

و موجوده قبل العقد اما الحادث بعده فلا الا العنن و الجنون فإنهما يوجبان الفسخ مطلقا

«٨٩» شرط العنه ان لا يقدر على الوطى منها و من غيرها قبلا و دبرا

و شرط الجب ان لا يبقى من الآله مقدار الحشفه و لا تفسخ فى العنه حتى ترفع أمرها لحاكم الشرع فيمهلها سنه كامله تكون معه فى الفصول الأربعة فإذا عجز كان لها الفسخ

(٩٠) الفسخ ان كان قبل الدخول فلا شىء لها من المهر

إلا- فى العنن فان لها النصف و ان كان بعد الدخول أخذته اجمع و القول قول منكر العيب بيمينه، و الخيار فى العيوب فورى و هو فسخ لإطلاق

«٩١» الثانى من موجبات الفسخ خيار الشرط لا شرط الخيار

فمن تزوج امرأه شرط كونها حره فبانتم مملوكه أو تزوجت بشرط كونه حرا فظهر مملوكا كان له أولها الخيار فان فسخ بعد الدخول استحققت المهر و يرجع به على المدلس مطلقا باستثناء مهر المثل عوض استمتاعه بها و ان كان قبله فلا شىء لها، و كذا لو اشترط كونها بكرًا فظهرت ثيبًا، و كل شرط موافق لكتاب الله عز شأنه لها أم عليها فهو لازم و يجب على كل منهما الوفاء به و لكن لو خالف لم يوجب الفسخ كما لو شرطت ان لا يخرجها من بلدها أو منزلها اما لو شرطت ان لا يتزوج عليها أو لا يقسم لضرتها فهو باطل، و هذه العيوب كما توجب الفسخ فى الدائم توجهه أيضا فى المنقطع.

الفصل السابع (فى الأولاد)

«٩٢» شروط لحوق الولد بالزوج بالدائم و المنقطع ثلاثه

«الدخول» و يكفى كونها فراشا له فضلا عن الخلوه و لو اختلفا فيه فادعته و أنكره أو أنكر ولادتها فالقول قولها مع الخلوه و قوله مع عدمها «٢» مضى أقل الحمل و هو ستة أشهر هلاليه من حين الوطى فى الولد التام الذى ولجته الروح، و فى غيره يرجع الى المتعارف فى مثله «٣» عدم تجاوز أقل الحمل و هو سنه من حين الوطى فلو غاب عنها أكثر من سنه أو اعتزلها لم يلحق به، و لو نفى الولد مع اعترافه بتحقيق شرائط اللحوق به لم ينتف الا- باللعان، و لو زنت فالولد للفراش و للعاهر الحجر، و لو طلقها و تزوجت بآخر فاولدت فان كانت الشرائط لواحد منهما الحق به و ان لم تكن لواحد انتفى عنهما و ان كانت لكل واحد منهما فالقرعه، و الولد يلحق بأشرف الأبوين فى الإسلام و من أقر بمجهول انه ولده لحق به مع الإمكان و كذا العكس.

«٩٣» يجب إرضاع الأم ولدها الباء

و هو أول حليبها بأجره على الأب و يستحب ان ترضعه المده و هى حولان كاملان و يجوز الزيادة و النقيصه بشهرين أو ثلاث و هى أحق بإرضاعه بالأجره التى يطلبها الغير فان طلبت الزيادة جاز ان ينتزعه منها

و يدفعه الى غيرها و لا تجبر الحره على إرضاعه

«٩٤» الحضانة للأم حق تربيته ولدها مدة الرضاع ذكرا كان أو أنثى

فإذا انتهت مدة الرضاع فهي أحق بالبنات الى بلوغها سبع سنين و الأب أحق بالابن بعد الستين الى بلوغه، و لا تثبت لها الحضانة إلا- بشروط العقل و الإسلام و الحرية و لو طلقها فتزوجت سقطت حضانتها و لو طلقها الثانية عادت و لو مات الأب فهي أحق بولدها الى بلوغه و إذا مات الأبوان فالحضانة للجد و إذا فقد فللأقرب فالأقرب و الظاهر انه لا أجره للحضانة بل هو إرفاق بالأم نعم يلزم على الأب بذل لوازم التربيته كاجره غسل الثياب و نحوها.

و حيث انتهى الكلام من الأحكام المشتركة بين المتعه و الدوام فلندكر ما يخص كل واحد منهما.

المرحلة الثانية (فيما يخص العقد الدائم من الاحكام)

«٩٥» يختص الدائم بأحكام لا تجرى في المنقطع

إشاره

و هي خمس بل سته- الإرث- فالدائم ترث مطلقا و المنقطعه لا ترث مع الإطلاق قطعا و هل ترث بالشرط الأصح العدم- النفقه- تستحقها الزوجه بالعقد الدائم مع عدم النشوز مطلقا و لا تستحقها المنقطعه بإطلاق العقد و هل تستحقها بالشرط- الأصح نعم.

(القسم) للزوجه الدائمه مع إطلاق العقد مضاجعه ليله من اربع

و تستحق الوطاء مره فى أربعه أشهر، اما المنقطعه فلا تستحق شيئا منهما مع الإطلاق اما مع الشرط فالأصح الاستحقاق إذا لم يزاحم حق الدائميات و للزوجه الدائمه إسقاط ليلتها أو هبتها لإحدى ضررتها أو مصالحه الزوج عليها.

(النشوز) إذا امتنع الزوج عن أداء حقوق الزوجه و هى النفقه و حق المضاجعه و المواقعه

و لم يعاشرها بالمعروف صار ناشزا و لها ان تمنع نفسها عنه فان لم يرتدع رفعت أمرها إلى حاكم الشرع فاما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، كما انها لو امتنعت عن أداء حقه و هو تمكينه من نفسها للمواقعه متى شاء الا لعذر مشروع أو لم تعاشره بالمعروف فتعبس فى وجهه و تخرج من غير اذنه و تغلظ كلامها معه و ما أشبه ذلك صارت ناشزا و سقطت نفقتها فيتدرج معها بالمراتب الثلاث المذكوره فى الآيه الشريفه فعظوهن و اهجروهن فى المضاجع و اضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا. و يلزم ان لا يكون الضرب مبرحا و لا جارحا.

(الشقاق) و هو النشوز من الطرفين و الكراهه من الجانبين

و الحكم هنا التحكيم كما ذكره الكتاب المجيد، فابتغوا حكما من من اهلله و حكما من أهلها فإن قدرا على الإصلاح فهو و الا فرقا بينهما مع الاذن، و من مختصات العقد الدائم الطلاق- فإنه لا يأتى بالمنقطع بل ينتهى بانتهاء المده أو بهبتها.

«٩٦» النفقه تجب للزوجه الدائمه مطلقا

و للمطلقه الرجعيه فى

عدتها دون البائن و المتوفى عنها زوجها نعم المطلقة بائنا إذا كانت حاملا و جبت النفقه لها أو له حتى تضع و لا نفقه للصغيره حتى تبلغ و لا للناشره حتى تطيع

«٩٧» الواجب من النفقه هو ما تحتاج اليه من طعام و إدام و كسوه

و مسكن و خادم حسب شأنها فى جميع ذلك كما و كيفا و جنسا و وصفا و يجب أيضا ما يتوقف عليه التريين و التنظيف كالصابون و نحوه

«٩٨» نفقه الزوجه حق مالى لها

و ان كانت غنيه فلو أخل به يوما أو أياما كان دينا عليه فى ذمته يجب عليه ان لم تكن ناشزا ان يؤديه لها و يصح المصالحه عليه و إسقاطه كسائر الديون و يجوز ان تطلب كفيلا به حاضرا كان الزوج أو مسافرا

(٩٩) لا ولاية للزوج على زوجته فى شؤونها الخاصه

فلو أرادت أن تتبع شيئا من أموالها و كانت رشيده فلا- حق للزوج و لا- لغيره فى معارضتها حره كانت أو مملوكه فإن ولاية المملوك لمالكه و ولايه الحره لأبيها أو جدها أو الحاكم مع صغرها نعم له منعها عن كل ما يوجب خللا فى شرفه و المس بناموسه كالخروج من غير اذنه و معاشره من لا- يليق به معاشرتهم من نساء أو رجال و لو خالفته نشزت بل له ان يمنعها عن الخروج حتى الى بيت أمها و أبيها الا ان يكون ذلك موجبا للعقوق و هو إيذاء الوالدين فيأذن لها حسب المتعارف فى الأسبوع مره و نحو ذلك و لو منعها عن مباح أو مستحب لا يخل بشىء من شؤونه لم يجب عليها الامتناع عنه كما لا يجب عليها الخدمه و الطبخ و نحو ذلك اما الواجب فلا إشكال فى

عدم اثر لمنعه عنه، و يجب عليها متابعتة فى السفر و الحضر و المسكن

«١٠٠» جرت عادت الفقهاء هنا بمناسبة نفقه الزوجه ذكر من تجب على الإنسان نفقتهم

و ان لم يكن له دخل بكتاب النكاح و هى نفقه الأقارب و هم نوعان الآباء و الأبناء صعودا و نزولا، و المملوك إنسانا أو حيوانا، و لا- تجب لمن عدا أولئك من الأقارب مهما كانوا نعم تستحب خصوصا للوارث و انما تجب على العمودين و تستحب فى غيرهم بشرطين- الأول- يسار المنفق بان يكون عنده ما يزيد على نفقته و نفقه زوجته يوما و ليله- الثانى- فقر المنفق عليه كذلك و العجز عن الاكتساب و كونه حرا، و الواجب قدر الكفايه من الإطعام و الكسوه و المسكن و لا- يجب تزويجه و لا الإنفاق على زوجته و لا سائر لوازمه نعم هو من أفضل أنواع البر

«١٠١» يترتب وجوب النفقه على الآباء و الأبناء حسب ترتيبهم فى القرابه

فيتقدم الأب على أب الأب و الابن على ابن الابن منفقا و منفقا عليه و الأب و الابن فى نيه واحده فمن كان فقيرا و له أب و ابن غنيان اشتركا فى الإنفاق عليه بالسويه و من كان غنيا و له أب و ابن فقيران أنفق كذلك عليها و الأئى كالذكر فى وجوب النفقه عليها ولدا أو اما و لكن لا يجب على الام ان تنفق على أولادها إذا كان أبوهم غنيا نعم لو كان فقيرا أو مفقودا وجب عليها ان لم يكن لهم جد غنى أيضا، و الإنفاق على الأقارب إرفاق و وجوب تكليفى محض فلو عصى لم يقضه إذ لم تشغل به الذمه كما لا يصح المصالحه عنه و لا إسقاطه.

[١٠٢] الملك لذى روح يوجب نفقته على المالك فتجب على المولى نفقه للعبد مطلقا

حتى المدبر و أم الولد دون المكاتب مطلقا فان نفقته فى كسبه و على البهيمه مطلقا مأكوله اللحم و غيرها

(١٠٣) كل من وجبت النفقه عليه لزوجه أو قرابه أو مملوك ان قام بالواجب فهو

و الا- وجب على حاكم الشرع إجباره فان لم يمكن باع شيئا من أمواله و أنفق إلا فى الإنسان المملوك فإنه يوكل نفقته الى كسبه إن أمكن و فى البهيمه يخيره بين ذبحها ان كانت مأكوله اللحم و بين الإنفاق عليها

المرحله الثالثه (فيما يخص العقد المنقطع من الأحكام)

اشاره

الأركان التى يتقوم بها عقد المتعه أمران- المهر- فلو لم يعين المهر فى متن العقد بطل و من هذه الجبهه أشبه عقود المعاوضات و ما هو منها- الثانى- الأجل فلو أخل به فى ذات العقد قيل يبطل رأسا و قيل ينقلب دائما و به روايه و العمل بها مشكل و تطبيقها على القواعد أشكال، و الروايه ضعيفه، و الاحتياط بالطلاق و تجديد العقد لا يترك، و بهذين الركنين ينفرد المنقطع عن الدائم الذى لا أجل فيه و لا يضر به عدم ذكر المهر كما عرفت

«١٠٤» يختص المنقطع عن الدائم أيضا بأمر

(١) عدم وقوع الطلاق فيه و لا اللعان و لا التوارث حتى مع الشرط بل و لا الخلع و لا الظهار «٢» عدم استحقاق

النفقه (٣) عدم القسم (٤) عده غير الحامل بعد الوطاء و انقضاء الأجل أو هبه المده حيضتان و لو كانت لا تحيض و هي في سن من تحيض فنصف عده الدائم خمس و أربعون يوما اما الحامل فعدتها وضع الحمل و عده الوفاة كالدائم أربعه أشهر و عشر ان كانت حره و الا فنصفها و في الحامل أبعد الأجلين مطلقا، «٥» جواز العزل عنها و عدم جوازه في الدائم و لكن الولد يلحق به حتى مع العزل

(١٠٥) ذكر بعضهم انه لا يجوز العقد عليها في أثناء المده

و الأصح عندنا جوازه دواما و متعه و هو هنا كالبيع أو الإجاره للعين المستأجره.

(خاتمه) (في التنازع)

(١٠٦) إذا اختلفا في الزوجيه قدم قول منكرها بيمينه

و لكن يلزم مدعيها بإقراره و هذا من المقامات التي تنفك الاحكام ظاهرا و ان كانت متلازمه واقعا فلو كانت هي المنكره جاز لها ان تتزوج بغيره و لكن تجب عليه النفقه ظاهرا و لا- يتزوج بأختها و لا الخامسه و هكذا سائر الاحكام و كذلك لو انعكس الأمر و لو تزوجت و اقام البيئه ظهر فساد العقد

[١٠٧] لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته

فإن أقامت بينه فالعقد لها و ان أقامها ثبت قوله و ان

أقام كل منهما البينه فالحكم لبينته بناء على تقديم بينه الداخلى الا ان يكون لبينتها مرجح داخلى أو خارجى كدخول بها أو تقدم تاريخ أو أكثره عدد فتقدم بينتها.

(تممه)

المرأه إذا ادعت أنها خليه صدقت و جاز العقد عليها من غير فحص حتى مع العلم بأنها كانت ذات زوج و ادعت موته أو طلاقه أو لم تذكر شيئاً سوى أنها خليه فلو ادعى آخر انها زوجته لم يصدق إلا بالبينه و ينكشف فساد العقد و يجرى عليه حكم الشبهه.

الكتاب الثانى (فى الطلاق و العدد و توابعه)

اشاره

الطلاق حل عقده الزوجيه الدائمه المقتضيه للبقاء بذاتها و بيان اجلى ان الزوجيه الدائمه حل مستمر و الطلاق قطع له من أثنائه فهو كالفسخ فى البيع الذى هو رفع بل قطع لحبل الملكيه المستمره من حين الفسخ لا من حين العقد على الأصح فالتعبير عنه بالقطع اولى من التعبير بالرفع، و هو اى الطلاق من حيث بقاءه و إمكان رفعه و بعبارة أبلغ من حيث تنجز أثره و تعليقه - قسمان - رجعى - و بائن - فهاهنا مرحلتان -

(الاولى) (فى الرجعى)

اشاره

و يقع البحث فيه من حيث أركانه الثلاثه، الصيغه، و المطلق و المطلقه، ثم من حيث اقسامه و احكامه بعد تمامه ففى هذه المرحله مقصدان

(الأول) فى أركانه

اشاره

و فيه فصول.

الفصل الأول (فى الصيغه)

ماده «١٠٨» الطلاق و ان كان بذاته معنى إضافيا

و نسبه قائمه بطرفين و لكنه شرعا من الإيقاعات التى يكتفى وقوعها من طرف واحد و لا يقع إلا بصيغه خاصه و هى أنت طالق أو زوجتى فلانه طالق أو زوجه موكلى طالق فلا يكفى شىء من مشتقاتها مثل أنت مطلقه و طلاق و طلقتك و أطلقك و هكذا فضلا عن مثل أنت بائن و حرام و خليف و بربه و اعتدى و أمثالها و لا يقع بالكتابه و لا بالإشاره الا من الأخرس العاجز و لا يقع بالتخير لها بل هو من خصائصه صلى الله عليه و آله.

«١٠٩» يشترط فى الصيغه التنجز

فلو علقها بشرط أو صفه بطلت مطلقا و لو قيدا لواحد بالثلاث فقال أنت طالق بالثلاث لغت الثلاث و وقعت واحده عندنا و تقع ثلاثه عند القوم فتححتاج الى محلل و لو قال ان كنت زوجتى فأنت طالق صح على الأصح.

الفصل الثانى (فى المطلق)

«١١١» لا يصح الطلاق الا من الزوج أو وكيله

– أما الولى

فالمشهور انه يصح تزويجه و لا يصح طلاقه و الأصح عندنا انه مع المصلحه يصح طلاقه كما صح تزويجه، و يعتبر فى المطلق زوجا أو وكيلا أو وليا «أمور» البلوغ فلا يصح طلاق الصبى و ان بلغ عشرة أو اذن له الولى - العقل فلا يصح طلاق المجنون مطبقا أو أدواريا إلا فى حال إفاقته- الاختيار فلا يصح طلاق المكره- القصد فلا طلاق لهازل أو ساه أو نائم أو سكران بل يعتبر القصد عن رويه و حال طبيعى فلا يصح طلاق الغضبان و المتهيج.

«الثالث» (فى المطلقه)

(١١٢) لا يقع الطلاق إلا بالزوجه الدائمه

- الطاهره من الحيض و النفاس إلا إذا كانت غير مدخول بها أو حاملا إذا اجتمع الحيض و الحمل و الا من الغائب الذى لا يعلم حيضها حين الطلاق مع علمه بانتقالها من طهر المواقع أو سافر فى طهر لم يواقعها فيه و مثله المحبوس- و ان يطلقها فى طهر لم يواقعها فيه، و يسقط طبعا هذا الشرط فى الصغيره و اليائسه و الحامل اما المسترابه و هى التى واقعها فلم تحض فى ذلك الشهر فاسترابت بالحمل فلا يجوز طلاقها الا بعد التربص ثلاثه أشهر فإن ظهر الحمل فى أثناءها طلقها و الا طلقها بعد الثلاث.

(١١٣) يشترط تعيين المطلقة

فلو قال احدى زوجاتي طالق لغا و كذا لو قال زوجتي سلمى طالق و عنده زوجتان بذلك الاسم أو قال إحدان طالق.

الفصل الرابع (في شروطه الركنيه)

«١١٤» لا يصح الطلاق بعد استجماعه لعامه الأوصاف المتقدمه إلا بحضور شاهدين عدلين يسمعان الصيغه و يعتبر اجتماعهما عند الإنشاء و ان يكونا غير الزوج و الزوجه و غير الوكيل فلو طلق الوكيل بحضور الزوج فلا بد من شاهدين آخرين و يعتبر عدلتهما الواقعيه عند المطلق بل و عند الزوج فلو علم بفسقهما أو علما بفسق أنفسهما فلا اثر للطلاق و لا تقبل فيه شهاده النساء و لا يحل به المهر المؤجل.

«المقصد الثاني» (في أقسامه و احكامه)**«١١٥» الطلاق كما عرفت بائن - و غير بائن**

و غير البائن - بدعى. و رجعى. و عدى. فالبدعى ما اختل فيه أحد الشروط السابقه كطلاق الحائض أو الطلاق ثلاثا بلا رجعه بينها، و الرجعى، هو

مطلق الطلاق الصحيح مما للمطلق فيه الرجوع سواء رجع أم لا (و العدى) قسم منه و هو ان يطلق على الشرائط ثم يرجع فى العده و يطقاً ثم يطلق فى طهر آخر، و له حكم خاص و هو انه كما يحرم فى كل ثالته حتى تنكح زوجها غيره نحرم الحره أيضا فى التاسعه حرمة مؤبده كما تقدم و الأمه فى السادسة.

«١١٦» إذا تجرد الرجوع عن الوطء بان طلق و رجع

ثم طلق و رجع و هكذا أو تركها بعد الطلاق حتى خرجت من العده و تزوجها بعقد جديد ثم طلق- لم تحرم فى التاسعه و لوالى مائه مره نعم يلزمها المحلل فى كل ثلاث خلافا لابن بكير أحد رواه أئمتنا (ع) فإنه قال إذا تزوجها بعقد جديد هدم ما قبله و لو مائه مره و حلت له بلا زوج و قد انفرد بهذا الرأى

«١١٧» يشترط فى المحلل البلوغ و الوطى قبلا

بالعقد الصحيح الدائم، و كما يهدم الثلاث يهدم ما دونها و لو ادعت حصول المحلل و كانت ثقه صدقت بلا يمين.

(١١٨) الرجعه كما تحصل بالقول تحصل بالفعل

بل و بالإشاره حتى من القادر على الكلام و لا يشترط فيها الاشهاد و لا أعلامها نعم لو ادعى بعد العده رجوعه فيها لزمه الإثبات بالبينه فإن عجز فاليمين عليها، و إنكار الطلاق فى العده رجوع.

«المرحلة الثانيه» (فى الطلاق البائن و توابعه)

اشاره

(و فيها فصول)

الفصل الأول (فى أنواع البائن و العدد)

[١١٩] و هى سنه، طلاق غير المدخول بها قبلا و لا دبرا و اليائسه

و هى التى انقطع حيضها طبيعه ببلوغ الخمسين أو الستين و الصغيره و هى التى لم تكمل التسع، و المختله و المبارات مع عدم الرجوع بالبذل، و المطلقه ثلاثا بينها رجعتان و لو بعقد جديد.

[١٢٠] نجب العده شرعا بأسباب

(وفاه الزوج) فتعتد الحره مطلقا حره أو امه صغيره أو كبيره أو يائسه أو غير مدخول بها بأربعه أشهر و عشره أيام، و الأمه بنصفها الا الحامل فما بعد الأجلين و أم الولد كالحره و كذلك المدبره و المفقود زوجها الذى لا يعرف خبره إذا حصل العلم لها أو الظن المتأخم بموته

(١٢١) العده فى الطلاق و الفسخ بعد الوطى فى مستقيمه الحيض ثلاثة أطهار

أحدها ما بقى من الطهر الذى طلقت فيه و لو لحظه ان كانت حره و الا فطهران كذلك فتبين الحره برؤيه الدم الثالث و الأمه برؤيه الثانى، فأقل ما تنقضى به عده الحره سنه و عشرون يوما و لحظتان و الأمه ثلاثة عشر

و لحظتان و ليست اللحظه من العده بل هي كاشفه فلا- تصح فيها الرجعه، و يصح فيها عقد الغير، و ان كانت غير مستقيمه الحيض أو هي فى سن من تحيض و لا تحيض فعده الحره ثلاثه أشهر و الأمه نصفها و عده الحامل وضع الحمل و لو سقطاً و الذميه كالحره، و المسترابه قد تبلغ عدتها تسعه أشهر أو أكثر

«١٢٢» إذا مات الزوج فى أثناء عده الطلاق

فان كان رجعيًا استأنفت عده الوفاة و ورثته و ان كان بائناً أتمت عده الطلاق، و لا إرث و يجب على المتوفى عنها زوجها «الحداد» و هو ترك الزينه و لبس السواد مده العده و لا- نفقه لها بل تجب للمطلقه الرجعيه كما كانت زوجته، و لا تخرج من منزلها إلا لضروره، و لو طلق بائناً فى مرض الموت بغير طلب منها و مات قبل ان تتزوج و رثته إلى سنه و لا ترث البائن إلا هنا، و لا يرثها هو لو ماتت.

(١٢٣) تعدد المطلقه من حين وقوع الصيغه و المتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر،

فلو تزوجت بعد عده الطلاق و تبين انه كان قد توفى فى العده اعتدت ثم عادت لزوجها الثانى.

خاتمه الطلاق (و فيها أمران)

«١» قد عرفت ان الطلاق و لا سيما مع التثام الأخلاق مكروه

□
أشد الكراهه و ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق و ان العرش ليهتز منه و تتأكد الكراهه فى المريض فان فعل صح و توارثا فى الرجعى لو مات فى العده و ترثه هى حتى فى البائن إلى سنه كما سبق «٢» ذكر الفقهاء ان الغائب إذا لم يعرف خبره و لم يكن لزوجه من ينفق عليها ترفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها و يطلبه اربع سنين فان وجدته و الا طلقها و اعتدت عده الوفاه و جاز لها ان تتزوج فان جاء فى العده فهى له و الا فلا سبيل له عليها تزوجت أم لا، و قصرُوا طلاق الحاكم الشرعى على هذه الصوره و بتلك الكيفيه مع ان الأدله العامه و الخاصه متوفره فى ان له الولايه على طلاقها فى صور أخرى كثيره يجمعها لزوم الضرر و المشقه الشديده من بقائها على زوجيه ذلك الزوج كالغائب المعلوم محله و لكنه ممتنع عن بذل النفقه لها اما عصيانا أو عجزا بل يأتى ذلك حتى فى الحاضر الممتنع كذلك و فى المسجون المحكوم بالسجن المؤبد أو خمس عشر سنه بل و أقل إذا لم يكن عنده مال ينفق عليها الحاكم منه و لا يحصل لها باذل ديننا على الزوج أو تبرعا و لا تقدر على اعاشه نفسها بالوسائل الشريفه اللائقه بحالها، بل يجوز للحاكم طلاقها فيما لو كان الزوج مريضا بإحدى الأمراض المعديه كالسل و الجدام و نحوها بعد ثبوت ذلك بشهاده الأطباء و عرضها على الحاكم، و الحاصل إذا ثبت عند حاكم الشرع العسر و المشقه الشديده الضرر على الزوجه من بقائها فى حباله ذلك الزوج و طلبت الطلاق الزم الحاكم الزوج بان يطلقها فان امتنع

و أصر على الامتناع جاز للحاكم طلاقها و تعدت ثم لها ان تتزوج بعد عدته الطلاق أو الوفاة.

الفصل الثاني (فى الخلع و المبارات)

إشارة

و هما من أقسام الطلاق البائن و الأصل فيه قوله تعالى فى سورة البقره (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ).

(١٢٤) الكراهه ان كانت من الزوج فالطلاق بيده

و ان كانت من الزوجه فلا سبيل لها الى الخلاص منه الا بان تبذل له ما ترضيه سواء كان بمقدار ما أخذت منه من المهر أو أكثر أو أقل على ان يطلقها بالبذل و هو الخلع، و ان كانت الكراهه منهما معا و كان كل منهما يكره الآخر فالمباراه و لا يجوز له ان يأخذ منها أكثر مما أعطها مهرًا.

(١٢٥) صيغه الخلع ان يقول خالعتك أو خلعتك على كذا فأنت طالق

و يجوز الاكتفاء بالأولى و الأحوط إتباعه بالطلاق، اما فى المبارات فلا بد منه فيقول بارأتك على كذا فأنت طالق و يقول الوكيل خلعت فلانه بكذا بحسب و كالتى عن زوجها و مثله فى المبارات و لا بد من قبول الزوجه أو وكيلها بعد الصيغه بلا فصل و يكفى طلب

ذلك منها قبلها و كلما يصح مهرا يصح فديه و لو بانت مستحقه للغير بطل الخلع ان كانت عينا

«١٢٦» إذا تم الخلع أو المبرات فلا رجوع للزوج

نعم لها الرجوع بالبذل فى العده فإذا رجعت جاز له الرجوع بها لان الطلاق يعود رجعيًا ان شاء رجوع و ان شاء ترك و كذا لو لم تدفع البذل اما لو لم يكن لها عده كالصغيره و نحوها فلا رجوع لكل منهما لانه بائن طبعًا

«١٢٧» إذا تنازعا فى قدر الفديه أو جنسها

حلفت مع عدم البينه و لو قالت هى على ذمه فلان أو دفعتها لك و أبرأتنى فعليها البينه و الا فاليمين عليه.

الفصل الثالث (فى الظهار و الإيلاء)

اشاره

و الأصل فيها الآيتان فى سوره المجادله و سوره البقره.

(١٢٨) الظهار فعال من الظهر

و المراد به تشبيه من يملك نكاحها ياحدى محارمه و هو محرم تكليفا و تترتب عليه احكام وضعا و أركانه الصيغه و المظاهر و المظاهره و يتبعه الشروط و الأحكام.

(١٢٩) الصيغه أن يقول لزوجته أنت أو فلانه على أو منى كظهر أمى أو أختى أو بنتى

و هكذا من سائر المحارم و لا يقع الا من الزوج اما من الزوجه فلا اثر له و يصح تحديده بوقت كالشهر و السنه فيحل له الوطى بعدها و تعليقه بانتقضاء الشهر فيحل الوطى قبله

و على شرط فلو لم يحصل فلا اثر له.

(١٣٠) المظاهر يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل

و الاختيار و القصد و ان لا يكون سكرانا أو مغمى عليه أو فى حال غضب و يصح من الكافر

(١٣١) المظاهره يعتبر فيها شرائط المطلقه

من الطهاره و عدم المواقعه فى ذلك الطهر و ان يكون مدخولا بها و لا يقع بالمتمتع بها و لا الموطوءه بالملك

«١٣٢» الشروط حضور شاهدين

عدلين كالطلاق و ان لا يكون فى إضرار و لا بصفه اليمين.

«١٣٣» الاحكام، إذا وقع الظهار بالأوصاف المزبوره حرم عليه وطئها حتى يكفر

فلو وطئ قبلها لزمه كفارتان واحده للظهار و اخرى للوطى و لو كرر تكررت و لا كفاره على الوطى جهلا أو نسيانا و لو طلقها حتى خرجت من العده جاز له ان يتزوجها بعقد جديد و لا كفاره، و يجب عليه بعد الظهار المبادره الى أحد أمرين اما التكفير و العود، أو الطلاق فان لم يفعل رافعته الى حاكم الشرع فنظره ثلاثه أشهر فاما ان يكفر و يعود أو يطلق و يجبره على ذلك لو امتنع و عليه نفقتها و لو عجز عن الكفاره أجزاء الاستغفار.

(١٣٤) كفاره الظهار كبرى مرتبه

العتق فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يجد فإطعام ستين مسكينا، و كل ذلك منصوص عليه فى القرآن المجيد فى أول سوره المجادله.

و كذلك «الإيلاء» مصدر آلى يولى إيلاء إذا حلف و المراد به هنا الحلف على ترك و طئ الزوجه مطلقا أو فى مده خاصه.

«١٣٥» لا ینعقد الإیلاء إلا بالحلف بالله عز شأنه

فلو حلف بالعتاق و الطلاق أو بغيرها كان لغوا و لا ینعقد إلا فی إضرار فلو حلف لصلاح فلا إیلاء كما لو كان الوطى مضراً به أو بها أو باللبن و لا ینعقد الا على تركه أبداً أو مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر.

(١٣٦) يعتبر فی الحالف ما يعتبر فی المظاهر،

و فی المرأة الزوجیه الدائمہ و الدخول، و إذا تم الإیلاء فللزوجه مرافعتہ لحاکم الشرع فینظره أربعة أشهر من حین المرافعه فإن رجع و كفر و الا- خیره الحاکم بین العود أو الطلاق فان امتنع حبسه و ضيق علیه حتى یکفر و یفیء أو یطلق و لو دافع حتى انقضت المده اثم و لا كفاره و الکفاره هنا كفاره یمین.

الفصل الرابع (فی اللعان)

«١٣٧» اللعان المباهله بین الزوجین لإزاله حد أو نفی ولد

و هو منصوص علیه فی سوره النور بعده آیات، و یلزمه بیان السبب و الشرائط و الاحکام و کیفیه.

(١٣٨) سبب اللعان أمران

(أحدهما) نسبه الزنا إلى الزوجه

المحصنه المدخول بها مع دعوى المشاهده و عدم البینه، و المراد بالمحصنه العفیفه فلو رمى المشهوره بالزنا و لو مره فلا لعان و لا یجوز القذف الا

مع المعاينه لذات العمل لا بالسمع و لو من الشياح أو الظن

(ثانيهما) إنكار من ولد على فراشه بالشرائط المعتبره فى لحوق الولد به

و ان سكت حال الولاده و لم ينفه ما لم يسبق الاعتراف به صريحا

«١٣٩» لو قذفها بالزنا

أو أنكر الولد و اقام البينه فلا حد و لكن لا ينتفى الولد الا باللعان

«١٤٠» يشترط فى الملاعن البلوغ و العقل

لا- الحريه و لا- الإسلام، و الأ-خرس لو عرف اللعان كفت إشارته المفهمه، و يشترط فى الملاعنه دوام الزوجيه و الدخول و لا تكفى الخلوه و ان أرخيت الستور و البلوغ و العقل و السلامه من الصمم و الخرس فلا- لعان بقذف الصغيره أو المجنونه و لو قذف الصماء أو الخرساء حرمت عليه ابدا بلا لعان

«١٤١» أما الكيفيه

فهى أن يقول الزوج اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما قلته على هذه المرأه أربع مرات ثم يعظه الحاكم فان رجع حد و الا قال (أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ) ثم تقول المرأه أربع مرات (أَشْهَدُ إِنَّهُ لِمِنَ الْكَاذِبِينَ) ثم يعظها الحاكم فان اعترفت رجمها و الا قالت «أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ» و الواجب التللفظ بهذه الكلمات حال قيامها و بدنه الرجل و تعيينه للمرأه و النطق بالعربيه مع القدره و يجوز ترجمه مع التعذر و ان يكون كل ذلك بمحضر الحاكم و يستحب حضور أربعة شهود

(١٤٢) يترتب على تحقق اللعان بالنحو المتقدم عده احكام

(١) سقوط حد القذف عنه و سقوط حد الزنا عنها فلو نكلت بعد أداء الزوج شهاداته الخمس

حدث حد الزنا أقرت أو أنكرت، و بطلان الزوجيه و نفى الولد عنه لا عنها و إذا أكذب الرجل نفسه فى الأثناء يحد و تبقى الزوجيه و يلحق الولد به اما إذا أكذب نفسه بعد لعانها فلا يرتفع الا سقوط الحد فيحد و لا تحل له و لا يرث الولد و الولد يرثه، و لو أكذبت نفسها بعد لعانها فإن أقرت أربعا حدث و لا تحل له و لا يلحق به الولد

الكتاب الثالث (فى الدين)

اشاره

و هو القرض الذى هو أفضل من الصدقه فإن درهمها بعشره و درهم القرض بثمانيه عشر و من شكا إليه أخوه المسلم و لم يقرضه حرم الله عليه الجنه، و ثوابه و الحث عليه فى الشرع الإسلامى عظيم و اجره لا يحصى، و يلزم النظر فى أركانه- الدائن و المدين و ما يصح دينه و العقد.

«١٤٣» عقد الدين هو ما ينشأ به تملك عين مضمونه بالمثل أو القيمه

و يكفى فيه كلما دل عليه فى الإيجاب و القبول، و الغالب فيه المعاطاه و لا اثر للعقد وحده بدون القبض كالهبة و الوقف و لا بد من اقباض المقرض فلو قبضه المقرض بدون إقباضه أو إذنه لغا و لو كان فى يد المقرض لغا و لا حاجه الى إذن جديد و بالقبض

يملكه المقترض و لا يقف على التصرف إلا فى المعاطاه.

«١٤٤» القرض على الأصح من العقود اللازمه

فلو طلب المقرض رد العين بعد إقباضها لم يجب على المقترض ردها بل يثبت عليه المثل فى المثليات أو القيمه فى القيميات، و المدار على القيمه وقت الأداء لا وقت القبض و لو دفع العين لم يلزم بغيرها قهرا.

(١٤٥) يعتبر فى المتدائنين البلوغ و العقل و الاختيار

و فى الدائن فقط عدم الحجر بفلس أو سفه و ان يكون مالكا لما يقرضه أو وكيلا أو وليا و تجرى الوكاله و الولايه فى المقترض أيضا فيقترض للمولى عليه أو الموكل مع الغبطه.

[١٤٦] يعتبر فيما يصح إقرضه كونه معلوما بالمشاهده فيما يكفى فيه ذلك

و بالكيل و الوزن و العدد فيما شأنه ذلك، فلو أقرضه كيس طعام غير معلوم الكيل و لا الوزن أو صبره كذلك لم يصح و لم يملكها المقترض

«١٤٧» كلما تساوى أجزاءه فى القيمه و المنفعه

و تتقارب صفاته يصح قرضه و يثبت فى الذمه مثله كالحنطه و الشعير و الذهب و الفضة و نحوها و ما ليس كذلك كالجوارى و اللئالى تثبت فى الذمه قيمه.

الاحكام

«١٤٨» كل قرض يشترط فيه ما يجز

نفعا عينا أو منفعه أو صفه ربويا أو غيره كركوب دابه أو عاريه متاع

أو نحوه فهو ربا يحرم وضعا و تكليفا لا يجوز للمقترض التصرف فيه و هو مضمون عليه لقاعده ما يضمن .. و لا يضر اشتراط الرهن فيه و الأجل أو الكفيل

«١٤٩» لو باعه الشيء بأضعاف

بشرط ان يقرضه صح و لكن لو أقرضه بشرط ان يشتري منه زائدا عن قيمته أو يهبه لم يصح، و لو أجل الحال بزيادة فهو ربا سواء كان قرضا أو صداقا أو ثمن مبيع أو نحو ذلك و لو كان بصلح أو جعالة و لو اشترطه في عقد آخر فسد فان الشرط لا يحلل الحرام نعم يصح اشتراطه في البيع و لو كان بأضعاف القيمة و هو من الحل للتخلص من الربا

«١٥٠» يجوز تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه بإبراء أو صلح

و هو المسمى بصلح الحطيطة و ليس من الربا و كذا يجوز الصلح على تعجيل بعض بزيادة الأجل في الآخر

(١٥١) لو تبرع المقترض

ياعطاء الزيادة للمقرض من غير شرط جاز، فان خير القرض ما جرّ نفعا، و انما يأتي الربا من الشروط و خير الناس أحسنهم قضاء، و اقترض النبي بكرا فرد بازلا،

(١٥٢) لا تصح قسمه الدين

فلو كان لاثنين أو أكثر مال على اثنين أو أكثر فنقاسماه بان يكون لأحدهما ما في ذمه زيد و للآخر ما في ذمه عمرو لم يصح و كان الحاصل لهما و التالف عليهما

«١٥٣» يصح بيع الدين المؤجل بحال على من عليه و على غيره

بزياده و نقيصه من غير جنسه أو من غير الربوى و الا فلا بد من المساواه، و كذا يجوز بيع الحال بحال على غيره مع المساواه ان كان ربويا و مطلقا في غيره، اما بيع

المؤجل بالمؤجل فمع المساواه مشكل، مع عدمه أشكل.

«١٥٤» لو فقد الدائن اجتهد المديون في طلبه

فان وحده و الا فإن حصل اليقين بموته و لو حسب العاده بعدم بقائه و اختفى خيره في تلك المده و انه لو كان لبان دفع الدين لورثته و ان لم يكونوا أو تعسر دفعه الى حاكم الشرع.

(١٥٥) قيل ان من لا يستطيع الوفاء عاده يحرم عليه الاستقراض

و الأصح جوازه مع نيه الوفاء سواء علم المقرض بفقره أم لا و ان كان الاولى الترك و لا سيما مع عدم الضروره اما مع عدم نيه الوفاء فلا إشكال في حرمة مطلقا فإنه سرقة و اختلاس و لا يملك المقرض المال في هذه الصوره و يحرم عليه التصرف به.

(١٥٦) من كانت في ذمته دراهم قرضا أو ثمن مبيع أو مهرا أو غير ذلك فسقطت المعامله بها

فان بقيت لها قيمه يعتد بها فهي اللازمه عليه و ان لم يبق لها قيمه فما يساويها قبل السقوط، اما لو نقصت أو زادت فالعين الا ان تكون الزيادة فاحشه، و لعل المشهور لزوم العين مطلقا حتى مع السقوط مطلقا و هو بعيد.

الكتاب الرابع (فى الوصيه)

(٢٥٧) الوصيه نوعان

- تمليكيه و عهديه و ترجع الاولى الى الثانيه و هى اسم مصدر من أوصاه المزيد أو وصاه المضاعف اى عهد إليه يعنى جعل الأمر فى عهديته أو عهد على نفسه بأمر و الى هذا تعود التمليكيه فاصل الوصيه العهد و التعهد.

«١٥٨» الوصيه العهديه إعطاء شخص سلطه بعد الموت على حقوقه الخاصه به لآخر،

و هى التى ندب إليها الشارع و قال هى حق على كل مسلم و من لم يحسنها عند موته كان نقصا فى مروته و الأصل فيها قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ - إلى قوله عز شأنه فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ.

و يعبر عن هذه السلطه تاره بالولاية و اخرى بالاستنابه أو الوكاله بعد الموت و قد تجب إذا كان عليه واجبات من ديون للمخلوق أو الخالق لا يأمن أن تؤديها الورثه أو برد ودائع أو محافظه على مال قصير و نحو ذلك مما يعود الى كل ما له السلطه عليه فى حياته و ما يعود الى حقوقه الشخصيه حياً و ميتاً و منه تمليكه بعض أمواله لشخص آخر بعد الموت و هى الوصيه التمليكيه المعبر عنها بأنها تمليك مجانى بعد الموت

فالتملك منجز و لكن التملك معلق على الموت اما لو قال ادفعوا له أو ملكوه بعد موتى فهى من العهديه و استيفاء البحث فى الوصيه يستدعى قطع مرحلتين.

(الاولى) (فى الوصيه التملكيه)

اشاره

و اللازم النظر فى أركانها الأربعة. و الموصى. و الموصى له. و الموصى به. و الوصيه

(١٥٩) الوصيه عند المشهور عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول

و الحق انه برزخ بين العقد و الإيقاع كالوكاله و نظائرها فإذا أوجب الموصى و قبل الموصى له صارت عقداً و إذا لم يقبل و لم يرد حتى مات الموصى لزمته و صارت إيقاعاً، و الثمره ضئيله.

(١٦٠) يكفى فى الإيجاب من الموصى كلما دل على التملك بعد الموت

حتى الكتابه و الإشاره من القادر فضلاً عن العاجز فلو وجد كتاب بخطه أو خاتمه ان فلانا وصى أو ان دارى مثلاً لفلان بعد موتى و علم انه أراد ذلك كفى، و اللفظ الصريح لفلان بعد وفاتى كذا أو أعطوه بعد وفاتى كذا أو أوصيت له بكذا.

(١٦١) كذلك يكفى فى القبول كلما دل عليه من لفظ أو فعل أو إشاره

بل يكفى عدم الرد الى موت الموصى فتملك الموصى له المال قهراً و لو رد فى الحياه ثم قبل ملك بالموت اما لو قيل بعد الرد

و الموت فالمشهور انه لا يملك و كذا لو رد بعد الموت لم ينفع القبول بعده و فى الفرق تأمل.

«١٦٢» يعتبر فى الوصى الكمال بالعقل و البلوغ

فلا تصح من المجنون و لا من الصبى إلا إذا بلغ عشرين أو كان رشيداً و لا من المغمى عليه و لا من السكران، و الاختيار و الحريره، ان كانت الوصيه بمال و عدم السفه و الفلوس الا مع اجازة المولى أو الولى أو الغرماء و من أحدث بنفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم و نحوها ثم اوصى لم تنفذ وصيته و لعله لدلالته على السفه و لو عوفى و استمر عليها نفذت:

[١٦٣] يعتبر فى الوصى اى الوصى له - الوجود حال الوصيه،

فلو اوصى لميت أو معدوم أو لما تحمله هذه المرأه أو لمن يولد لفلان بطل ان كانت تمليكيه و ابتدائه اما لو كانت تبعيه كما لو اوصى بها لولده الموجود و لمن يولد له صحت كما يصح فى الوقف أو عهديه كما لو اوصى بصوم أو صلاه عن ذمه ميت صحت أيضا كما تصح للحمل الموجود تمليكا و لا تستقر الا بانفصاله حيا كالإرث فلو ولدته ميتا انكشف بطلانها و المدار على حين الولاده لا حين الوصيه و لو تعدد قسمت بالسويه و لو اختلفوا بالذكوريه و الأنوثيه و لو مات بعد الولاده انتقلت الى ورثته إرثا لا وصيه.

(١٦٤) يعتبر فيه التعيين أيضا فلو أوصى لأحد الرجلين بطل

ان كان على التمليك اما على العهديه فلا مانع و يكون المعهود اليه

مخيرا فى تعيين المعهود له، و لو اوصى لنكره أو كفقير أو الفقير صح و تكون عهديه و التخيير للوصى فى المصدق.

(١٦٥) يعتبر فيه الحريه أيضا

فلا تصح الوصيه لعبد غيره بناء على عدم ملكيه العبد و لا تجدى هنا اجازة المولى، و تصح الى مملوكه فتتصرف الى عنقه فان ساوت قيمته فلا شىء له و ان نقصت سعى بالباقي للورثة و ان زادت كان له الزائد كل ذلك حيث لا تزيد الوصيه على الثلث و الا وقفت على اجازة الورثة فى الزائد.

(١٦٦) لا تصح الوصيه فى المعصيه أو ما يؤدى الى الإعانه على الإثم

كالوصيه للفساق الذى يستعين على الغش أو الظالم الذى يستعين بها على الظلم أو عماره البيع و الكنائس و نحوها و تصح الوصيه للذمى و ان كان غير رحم لا للحربى و ان كان رحما.

(١٦٧) إذا اوصى لذكور و إناث و أطلق فالتسويه

و ان قال على كتاب الله فبالتفاوت و ان فضل اتبع حتى لو فضل الأنثى و لو اوصى للأخوال و الأعمام و فضل اتبع و ان أطلق فالتسويه و ان قال على كتاب الله فلا أعمام الثلثان و للأخوال الثلث، و لو اوصى فى سبيل الله فليجمع اعمال الخير و التعيين الموصى و الوصيه لقربته و عشيرته و قومه و أرحامه و هكذا مرجعها الى العرف، و الى الفقراء ينصرف الى فقراء ملته، و الجار ساكن الدار مالكا أو غيره و يرجع فى تعيينه الى العرف.

(١٦٨) يعتبر فى الموصى به كونه مملوكا له و لو بنحو الاستحقاق

أو الاختصاص و قابلا- للانتقال فلو اوصى بمال الغير عن نفسه بطل و عن الغير وقف على الإجازة و لا تصح بالوقف و لا بأم الولد و لا- بحق القصاص و نحوه من الحقوق كما لا تصح بما ليس فيه منفعة محلله مقصوده للعقلاء اما لخسته كجبه حنطه أو لحرمة الانتفاع به كآلات اللهو و القمار

«١٧٨» لا يشترط وجود الموصى به حال الوصيه

فتصح بما ستحملة الدابه أو الشجره و بمنافع الدار فى المستقبل مؤيده أو موقتة و تخرج المنافع من الثلث بتقويم العين مساويه المنفعة ثم تقوم بمنافعها و يكون التفاوت هو الموصى به، و لا يعتبر فيه قدره على التسليم فتصح بالعبد الأبق و المال الضائع بلا ضميمه، و لا- التعيين فتصح بالجزء المشاع و بالكلى و لو فى المعين كصاع من صبره أو صاع من حنطه، و لا المعلوميه- فتصح بأحد العبدین أو بما فى الصندوق و بالقسط و النصيب و القليل و الكثير و التعيين للموصى أو الوارث بما شاء ان لم يعلم إرادته لمقدار معين و كذا لو اوصى بال عشر من ماله أو الجزء أو السهم.

«المرحلة الثانية» (فى الوصيه العهديه)

اشاره

بمعنى الوصيه إليه لا الوصيه له و اللازم أيضا النظر فى أركانها الأربعة الوصيه و الموصى و الوصى و متعلق الوصيه.

(١٦٩) تتحقق الوصيه هنا أيضا بكل ما دل عليها من لفظ و غيره

و اللفظ الصريح جعلتك وصيا على أداء ديونى و إخراج ثلثى و قيما على الصغار من ولدى أو أنت وصى عنى و أمثال ذلك، و القبول كما سبق و يكفى عدم الرد فتكون إيقاعا.

(١٧٠) يعتبر فى الموصى جميع ما تقدم من البلوغ و العقل و الرشد و الاختيار و الحره

فلا تصح من الصغير إلا إذا بلغ عشراً و اوصى بمعروف و لا من المجنون و لا من السفهه و لا من المكره و لا من العبد و لا ممن أحدث بنفسه ما يوجب هلاكه.

[١٧١] يعتبر فى الموصى إليه أى الوصى

مضافا الى ما يعتبر فى الموصى له من الوجود و الكمال بالعقل و البلوغ و الرشد و الاختيار و الإسلام و القدره على القيام بالوصايا بل و العداله على الأحوط و ان كان الأقوى كفايه الوثوق بأمانته و قيامه بالواجب فى الوصيه و ان كان غير عدل فى نفسه، فلا تصح الوصيه إلى معدوم و لا الى المجنون و لا لصغير الا مع ضم كبير اليه فيتصرف و إذا كبر الصغير ليس له حق الاعتراض إذا كان الكبير قد جاء بالوصايا على وجهها كما لا تصح الوصيه إلى السفهه و المكره و الكافر مطلقا و العاجز الذى لا يقدر على العمل و لو توكيلا أو استئجارا كالمريض المدنف و الشيخ الهرم و الضعيف رأياً و تدبيراً و أمثال ذلك و من لا يوثق بأمانته و قيامه بالواجب.

(١٧٢) انما تصح الوصيه فى ثلث أمواله و حقوقه الماليه

كحق الخيار ونحوه وكافه حقوقه الشخصيه مثل ولايته على أولاده الصغار و شئون تجهيزه كدفنه و تكفينه و الصلاه عليه و وفاء ديونه و رد ودائعه و المطالبه بها و إضراب ذلك.

(١٧٣) لا تنفذ وصيته الا بالثلث

فلو أوصى بأكثر وقفت على اجازته الورثه و لو لم يكن له وارث إلا الامام كان له ان يوصى بجميع ماله حيث شاء من وجوه البر و لا تتوقف على إجازته الإمام أو نائبه، و كذا تنفذ وصيته فى عامه أمواله فيما لا يزاحم الورثه فى جهته المالىه كما لو قسم أعيان أمواله على ورثته و خص كل واحد منهم بعين بمقدار حصته و خص ثلثه فى دار أو بستان و نحوها مما لا تزيد على الثلث أو باع عينا بثمان المثل منجزا أو بخيار أو اوصى ببيعها بعد موته بثمان المثل فان الجميع نافذ:

[١٧٤] كما ان الوصيه برزخ بين العقد و الإيقاع كذلك هى برزخ بين الجواز و اللزوم

فما دام الموصى حيا فلكل منهما الرجوع حتى بعد قبول الموصى له أو اليه اما لو رد فى حياه الموصى و بلغه و استمر الى ان مات الموصى فلا وصيه و ان قبل بعد الرد و بلغ الموصى و لم يعدل الى غيره الى ان مات لزمته الوصيه، و لو اوصى شخصا أو اوصى له و لم يعلمه الى ان مات لزمته حتى مع علم الموصى بأنه لو أعلمه لرد، و لو رد و لم يبلغ رده الى الموصى لزمته أيضا.

(١٧٥) كل تصرف مالى منجز يخرج من مجموع المال

حتى فى مرض الموت و حتى المحاباه كالهبه و العتق و نحوها و كل تصرف

مالى معلق على الموت كالتدبير و الوقف و الإبراء و النذر و نحو ذلك تخرج من الثلث، و كل تصرف يقصد منه حرمان الورثه أو بعضهم أو يجحف بحقهم فهو باطل و يعلم قصد الحرمان بقرائن الأحوال بنظر الحاكم و الله العالم.

(١٧٦) كذلك يخرج من مجموع التركة سواء كان قد أوصى أم لا

- تجهيزاته الواجبه من كفن و غيره حتى السدر و الكافور و تقدم على كل شىء حتى الديون للخالق أو المخلوق ثم تخرج من الأصل أيضا حقوق المخلوق التى فى ذمته قرضا أو غيره مع حقوق المخلوق التى فرضها الخالق كالخمس و الزكاه و المظالم و الكفارات و الجميع فى رتبه واحده و إذا لم تف التركة وزعت بالنسبه كغرماء المفلس و منها حجه الإسلام و ما وجب من النذر من المستحبات المالىه أو الموقوفه على بذل مال كالحج و الزياره و ما وجب عليه بالإجاره من صوم أو صلاه و نحوهما، فالحقوق المالىه تخرج من الأصل اتفاقا مطلقا (و اما الحقوق البدنيه) كالصوم و الصلاه فقد يقال ان المشهور خروجها من الثلث فلو لم يوص سقطت و الأصح انها تخرج من الأصل أيضا إلا ان يوصى بخروجها من الثلث اما المستحبات فتخرج من الثلث اتفاقا لو اوصى بها أو نذر الوصيه بها.

(١٧٧) إذا اوصى و أطلق و انصرف الى إرادته إخراج الثلث

و ان لم يصرح به و إذا صرح أو لم يصرح بمصارف الثلث فاللازم الرجوع الى حاكم الشرع حتى يوزعه على الحقوق المالىه

و البدنيه ان كانت عليه كما هو الغالب و لم يخرجها الورثه من الأصل كما هو المتعارف و إذا لم يكن عليه واجبات يوزعها الوصى بنظر حاكم الشرع فى المستحبات فإنه أعرف باختلاف المقامات و رعايه المناسبات و تشخيص الأهم فالأهم، و إذا لم يف الثلث بالواجبات تعين أخذ التتمه من الأصل.

«١٧٨» إذا اوصى بوصايا متعدده

فإن تناقضت كما لو قال ثلثى لزيد ثم قال لعمرو فالعمل على الأخيره و يكون عدولا و الا تعين العمل بالجميع، و ان كان فيها واجب و مستحب قدم الواجب و ان تأخر بالذكر و ان كانت كلها مستحبات و لم يف بها الثلث و لم تجز الورثه قدم الأهم فالأهم فإن تساوت قدم الأول فالأول فإن تساوت كما لو قال لكل واحد من أرحامى مائه وزع عليهم و ان لم يمكن فالقرعه كما لو علم الترتيب و اشتبه.

«١٧٩» الثلث الذى يتعين لإخراج الوصايا منه يخرج من مجموع ما يملكه الميت قبل الوصيه

أو بعدها حتى من الحقوق كحق التحجير و الشفعه و الخيار و القصاص و أرش الجنابه إذا كان وليا على المجنى عليه فمات قبل الاستيفاء و أمثال ذلك بل و حتى ما يملكه أو يدخل فى حكم ملكه بعد الموت كديه الخطأ بل و العمد مع الصلح اما ديه قطع رأسه فهى له أجمع، كالجنابه عليه بعد موته و ما يملكه بسبب سابق على الموت كما لو نصب شبكه للصيد أو لاحق كما لو أبرأه الغرماء أو تبرع متبرع بوفاء دينه.

(١٨١) ما يتلف من التركة قبل إخراج الثلث

ان كان بتفريط الورثة فالضمان عليهم و ان كان بتقصير الوصى فعليه و الا فالتلف على الجميع حتى الثلث بالنسبه فيلحق النقص بالوصايا على نسبتها أيضا.

(١٨٢) إذا اوصى بما زاد على الثلث و أجاز الورثة لم يكن لهم الرد بعد ذلك مطلقا

حتى فى حياه الموصى و لو أجاز البعض فقط نفذ فى حصته كما يجوز للجميع اجازته البعض أو البعض البعض، اما الرد فلا اثر له فى حياه الموصى و لهم الإجازة بعد موته و لو وقع بعد موته فلا اجازة بعده و هى تنفيذ لفعل الموصى لا ابتداء عطيه من الوارث فلا تجرى عليها أحكام الهبه من اعتبار القبض و جواز الرجوع و ينتقل الملك فيها من الموصى الى الموصى له لا من المجيز فلو كان ممن ينعق عليه لم ينعق بالإجازة، و هى كاشفه لا- ناقله، و لا- عبره بإجازة الصبى و المجنون اما السفیه و المفلس ففيه خلاف و العدم أقرب.

«١٨٣» لو اوصى بحرمان بعض الورثة من الإرث ولدا أو غيره لغت وصيته

نعم يمكن حرمانه من الثلث ان تركه للورثة.

«١٨٤» إذا مات الموصى له فى حياه الموصى

فإن رجع الموصى كان المال له و لورثته و لا حق لورثته الموصى له أصلا و ان لم يرجع فالقاعده و ان اقتضت البطلان و لكن المشهور انتقال حق القبول للورثة لروايه قاصره الدلاله و السند و العمل على المشهور أرجح بناء على ان القبول حق فينتقل الى وارثه و ان كان لا يخلو من نظر، و ان مات بعد الموصى انتقل المال الموصى به الى ورثه الموصى له بناء على الانتقال

بموت الموصى مطلقا و لو قبل القبول و القبض، و المدار على الوارث حين موت الموصى لا الموصى له و من الموصى ينتقل إليهم لا- الى مورثهم ثم إليهم و ان كان الانتقال اليه ثم إليهم لا يخلو من وجه و يظهر الأثر فى وفاء ديونه منه و ثلثه و استحقاق الزوجه منه و عدمه لو كان أرضا و غير ذلك من الثمرات.

«١٨٥» الوصى أمين

فلا- يضمن ما يتلف بيده بغير تقصير منه، و لو كان له دين على الميت جاز ان يستوفيه من دون بينه و لا مراجعه حاكم و كذا يقضى ديونه التى يعلم بها و رد ودائعه إلى أهلها ورد المغصوب و العاربه إلى مالكة، و ان يشتري بالقيمه العادله لنفسه و ان يقترض من التركه و ان يأخذ أجره المثل لعمله ان كان مما له اجره عرفا و الاولى للغنى ان يستعفف و للفقير ان يأكل بالمعروف و الأحوط فى جميع ذلك مراجعه الورثه فى أكثر تلك الموارد كوفاء الديون و نحوها دفعا للتهمه، و هو كالوكيل لا يجوز له ان يتعدى ما نص عليه الموصى و ما حدده فان تعدى ضمن و مع الإطلاق فلا يتجاوز المتعارف و حيث لا متعارف عمل برأيه طبق المصلحه و ليس له ان يوصى الى غيره الا إذا صرح له الموصى بذلك و الا فالوصيه بعده لحاكم الشرع كما انه لو فسق أو خان فالأحوط بل لعله أقوى رجوع الأمر إلى الحاكم فاما ان يضم إليه أمينا و اما ان يعزله الا ان يكون الموصى قد اشترط عدالته فينزل بالخيانه و الفسق قهرا و يستقل الحاكم بها.

«١٨٦» يجوز بل يجب للولى على الصغار أو القاصرين لسفه و نحوه ان يجعل وليا عليهم بعد موته

و لا تصح من الأب مع وجود الجد الجامع لشرائط الولاية و لا من الجد مع وجود الأب كذلك و لا من الام و لا سائر الأرحام و إذا فقدا و لم يعينا قيما فالولاية لحاكم الشرع لا غير و له الإنفاق عليهم بالمعروف و القول قوله فى الإنفاق و قدره مع بقائه على الامانه و لا يضمن الامع التقصير فى قدره و تلفه و ما أنفق منه كل ذلك يمينه إذا نازعوه بعد كبرهم و لا يدفع لهم أموالهم إلا بعد ثبوت بلوغهم و رشدهم، و لو ادعى الدفع فانكروه فالقول قولهم بيمينهم.

«١٨٧» عرفت ان منجزات المريض عند المشهور محاباه

و غيرها تخرج من الأصل و لا تتوقف على اجازة الورثة و كذلك إقراراته مع عدم التهمه، و عندنا ان المقامات تختلف فالأولى بل الأحوط الرجوع فى مثل هذه المقامات الى حاكم الشرع لتشخيص ان التصرف على حقيقته أو الغرض منه الحرمان أو شىء آخر فيعطى لكل نوع حكمه.

«١٨٨» قد عرفت رجحان الوصيه أو وجوبها

و لكن الأرجح أو الأوجب للمؤمن ان يكون هو وصى نفسه و لا يتكل على غيره من قريب أو بعيد فيأتى بكل ما يمكن تنجيزه من وفاء ديونه و أداء الحقوق التى عليه من خمس أو زكاه أو مظالم أو غيرها و يقضى فوائده من الصوم و الصلاه مع التمكن و رد الأمانات إلى أهلها

فإن تعذر عليه شىء من ذلك أو كله عهد به موضحاً و مفصلاً إلى ثقته أمين و لا يوصى وصيه مجمله مبهمه تستوجب حيره الوصى و حاكم الشرع كما هو المتعارف فى هذا الزمان خصوصاً عند الاعراب و اللازم على أهل العلم المترددين عليهم ان يعلموهم و يوضحوا لهم شئونها و ما يلزم بيانه و ما يصح مما لا يصح فيها فان الله عز شأنه ما أوجب على الجهال ان يتعلموا حتى أوجب على حمله العلم ان يعلموا، و ليكن هنا ختام مباحث الوصيه سائلين من الحق تقدست عظمته ان يختم لنا بالحسنى و يجعلنا من خيره الأوصياء و الموصين و العلماء العاملين و هو حسبنا و نعم الوكيل

(الكتاب الخامس) (فى الوقف)**اشاره**

وقد جرت عاده الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيرى بهذا العنوان الذى لم يرد التعبير به فى الكتاب الكريم أصلا، ولا فى السنه و الحديث الا نادرا و انما التعبير الشائع عنه فى السنه و أحاديث الأئمه سلام الله عليهم هو الصدقه و الصدقه الجاريه، و فى أوقاف أمير المؤمنين و الزهراء سلام الله عليهم هذا ما تصدق به على و فاطمه و وردت أخبار كثيره فى فضله و الحدث عليه و لكن بعباره (الصدقه الجاريه) و انه لا ينفع ابن آدم من بعده الا ثلاث ولد صالح و علم ينتفع به و صدقه جاريه و قد استفاض هذا المضمون فى اخبار أهل البيت (ع) و لكن المؤسف ان هذا المشروع الخيرى قد انعكس و صارت الأوقاف الخيريه العامه اكله و العوبه بأيدي المتنفذين يستغلونها لأنفسهم و ينفقون أكثرها فى شهواتهم، و لا حسيب و لا رقيب و لا سامع و لا مجيب، أما الأوقاف الخاصه فقد صارت من أقوى أسباب الفتن و الفساد و البغضاء و الشحناء بين الأقارب و من أشد دواعى تقاطع الأرحام و إثارة الدعاوى و الخصومات بل كثيرا ما ينجر الى خراب الوقف و اضمحلاله فضلا عما يترتب عليه من تلف الأموال بل و النفوس، كل ذلك من الجهل الفاشى و غلبه الحرص و الاستبثار

و مصارع العقول (كما يقال) تحت بروق المطامع، فلا- حول و لا- قوه و قد عرفت فى بعض الأجزاء المتقدمه- ان التملك المجانى ان كان لا بقصد القربه فهو الهبه و ان كان بقصد القربه أو لزومها فهو الصدقه بمعناها العام و هى نوعان منقول و هو واجب و مستحب فالواجب الزكاه الأموال المنوه عنها بقوله تعالى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ إِلَى آخِرِهَا، وَ زكاه الأبدان المشار إليها بقوله عز شأنه قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى، وَ الصلاه فى الكتاب الكريم دائما أو غالبا مقدمه على الزكاه إلا فى هذا المقام لأن الفطره يجب تقديمها على صلاه العيد، اما المستحب فهى الصدقه المتعارفه كإعطاء درهم أو كسره خبز و نحوها للفقير، و اما غير المنقول كالدار و العقار و نحوها و هى أيضا نوعان فإنه إذا أخرج العين من ملكه و ملكها لغيره بقصد القربه و الدوام فهو الوقف و ان لم يملك القربه بل ملك المنافع فقط مده معينه فهو الحبس و فروعه من العمرى و الرقبى و السكنى- هذا على طريقه المشهور من ان الوقف إخراج عن الملك و تملك للغير و جعلوا الفرق بينه و بين الحبس كالفرق بين البيع و الإجاره و من أجل هذا وقعوا فى محاذير أشكال عليهم التفصى عنها، و التحقيق عندنا ان الوقف ليس إخراجا عن الملك و لا تملك للغير بل هو تقييد الإنسان ملكيته المطلقه، فأنت حين تملك دارك تملكها ملكيه مطلقه صالحه للنقل و الانتقال حسب إرادتك فتبيعها أو تهبها و تفعل بها ما تشاء و حين أوقفها أو وقفها قيدت

ملكيتك فلا تقدر على بيعها و لا رهنها و لا اى تصرف بتعلق برقبته فهذه ملكيه واقفه مقيده و تلك متحركه مطلقه لان المالك قيد نفسه و منعها بالوقف عن التصرف فيها من حيث النقل لا- انه أخرجها عن ملكه نعم ملك منافعها لغيره فالوقف من هذه الجبهه مثل التحبيس و أنواعه و هذا المعنى هو المطابق تماما لما فى الحديث النبوى (حبس الأصل و سبل المنفعه) نعم يفترق الوقف عن الحبس من وجهين (الأول) انه فى الوقف منع نفسه عن التصرف بالعين مع بقائها فى ملكه بخلافه فى التحبيس فإنه بتصرف بها كيف شاء (الثانى) انه ملك المنافع للغير فى الوقف ملكيه دائمه فى التحبيس ملكيه موقته و بهذا التحقيق تنحل جملة من المشكلات التى سيأتى الإشاره إلى بعضها، ثم ان مطلق الوقف على نوعين خاص- و عام- فالخاص ما كان على افراد معينين متعاقبين و العام ما كان على الجهات العامه كالقناطر و المساجد و المدارس و يلحق بالعام ما كان على كلى كالفقراء و طلاب العلوم.

و اللازم النظر فى أحكام الوقف المشتركه بين جميع أنواعه و بيان أركانه الأربعة صيغه الوقف- الواقف. و الموقوف، و الموقوف عليه، ثم الأحكام العامه فهنا خمس فصول.

الفصل الأول (فى الوقف و صيغته و شروطه)

«١٨٩» المشهور اعتبار الصيغه الخاصه فى الوقف

فلا يصح بدونها و اللفظ الصريح هو وقفت أو تصدقت و اختلفوا فى كفايه مثل حبست و أبدت و الأصح كفايه كل لفظ يدل عليه و لو بالقرينه مع قصد معناه و لا يلزم العربيه و لا الماضويه و تكفى الجملة الاسميه مثل قول القائل دارى وقف قاصداً بها الإنشاء، و كذا لو قال حبست دارى و قصد الوقف مع القرينه.

«١٩٠» بناء على اعتبار الصيغه فلا يصح الوقف بالمعاطاه

كما لو دفع الدار قاصدا انها وقف عليه نعم ذكر بعض الفقهاء انه لو بنى مسجدا و اذن للناس بالصلاه فصلى فيه مسلم صح الوقف و صار مسجدا و كذا فى القناطر و الخانات و أمثالها من الخيرات العامه و كذا فى مثل الحصر و البوارى و كل ما يلزم للمساجد و المشاهد من الآلات و الأصح عندنا انها وقف عملى على الجهه و يصح بهذا النحو من المعاطاه فى مثل هذه الأشياء و لا يطرد فى غيرها.

(١٩٢) المشهور ان الوقف عقد يتوقف على الإيجاب و القبول،

و القبول فى الوقف الخاص يكون من المتولى و فى الأوقاف العامه من حاكم

الشرع، و الأصح عدم لزومه و ان كان هو الأحوط و الوقف على الصغير يكفى فيه قبول وليه.

«١٩٢» المشهور اعتبار القربة فى صحه الوقف

و خالف فيه السيد الأستاذ قدس سره للإطلاقات و الأقوى عندنا اعتبارها لما عرفت من ان الوقف صدقه و الصدقه قوام حقيقتها بالقربة و بها تمتاز عن الهبه فقصد القربة فى جميع أنواع الوقف لازم و هى ممكنه حتى من الكافر.

«١٩٣» من شروط الوقف الركنيه الإقباض

و قد عرفت ان جميع التملكيات المجانيه لا- تحصل و لا- تصح الا- بالقبض و هو شرط الصحه فلو أوقف و مات الواقف أو الموقوف عليه قبل القبض لم يكن لوقفه اى اثر و يكون ميراثا ففى الخبر كل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كل ما سلم فلا خيار فيه، و لا يشترط فى القبض الفور فيصح و لو اقبضه بعد مده طويله.

«١٩٤» إذا أوقف على أولاده الصغار يكفى نيه القبض عنهم

ان كان الوقف بيده و الا احتاج الى قبض جديد و لو كان الوقف بيد الموقوف عليه أو وكيله أو وليه كفى، و لو وقف مسجداً أو مقبره كفى فى لزومه صلاه واحده و دفن ميت واحد بقصد كونه مسجداً أو مقبره، و الوقف على الجهات العامه لا بد فيه من قبض المتولى أو حاكم الشرع أو وكيله.

(١٩٥) من شروطه الركنيه أيضا الدوام

بمعنى عدم توقيفه بمده قلت

أو كثرت و هو داخل فى حقيقه بمعنى جعل الملك واقفا لا يتحرك ابدا و هو المائر بينه و بين الحبس الذى هو إيقاف منافعه
مدته معينه

(١٩٦) أو وقف على من ينقرض غالبا

كما لو وقف على أولاده الصليبين و لم يذكر من بعدهم فقيل يكون وقفا منقطع الآخر و قيل حسبا ثم يعود اليه أو الى ورثته و
قيل يبطل رأسا و خيرها أوسطها و بشكل عوده بناء على المشهور من خروجه عن ملك الواقف و ينحل على طريقتنا.

(١٩٧) و من شروطه أيضا التنجيز

فلو علقه على شرط كقدوم زيد أو صفه كأول الشهر لم يصح على المشهور نعم لو علقه على صفه حاصله كيوم الجمعة فإذا قال
ان كان هذا يوم الجمعة فهو وقف صح

(١٩٨) ذكروا ان من شروطه إخراج نفسه من الوقف

و استدلووا باخبار لا دلالة فيها و حيث ان حقيقه الوقف هو تغيير نحو الملكيه فلا مانع من جعل ملكه واقفا عليه و على جماعه
مخصوصه لا ينتقل عنه و عنهم الى غيره فان تم الإجماع فهو و الا فلا مانع.

(١٩٩) لو وقف على أولاده أو على جهه عامه

و اشترط أداء ديونه من غله الوقف فالمشهور البطلان و كذا لو اشترط إدرار مئونه لأنه يعود الى الوقف على النفس و اللازم هنا
التفصيل بين ما لو وقفه ان عليهم و على إيفاء ديونه فيبطل الثانى فقط و ان وقفه عليهم و اشترط يؤدوا دينه أو يقوموا بنفقته
فالصحة، و لو اشترط إدرار مئونه عياله أو وفاء دينهم صح و لو كانوا واجبي النفقه، و لا فرق بين كون الديون

للناس أو حقوقاً شرعية كالخمس و الزكاه و الحج و نحوها سواء اشترط أدائها فى حياته أو بعد مماته و كذا لو اشترط الزيادة أو قرائه القرآن عنه أو على قبره و الوقف فى جميع هذه الصور وقف خاص و ليس من الوقف العام الخيرى.

(٢٠٠) إذا عين الواقف متولياً خاصاً و لو نفسه تعين

و ان لم يجعل متولياً فالولاية فى الوقف العام لحاكم الشرع و فى الخاص للموقوف عليهم فان تشاحوا و لم يتفقوا رجع الأمر أيضاً الى الحاكم و يجوز ان يعين مقداراً من غله الوقف للمتولى و لو نفس للواقف و ليس هو من الوقف على النفس بل على العنوان و هو حق التولية زاد عن اجره عمله أو نقص و لو عين له مقداراً كمائه درهم و لم تزد عله الوقف على ذلك لوحظ اجره أمثاله و أخذ بالنسبه و حق التولية جزء من الوقف لا استثناء من الوقف.

(٢٠١) لا مانع من وقف العين من حيث بعض منافعها دون بعض

فيوقف النخيل مثلاً- من حيث ثمرها لا- من حيث حطبها و كربها و البقره من حيث لبنها لا من حيث حرثها و الكتاب من حيث المطالعه لا- الاستنساخ فتبقى ما عدى الجبهه الموقوفه على ملكه و لكن لا حق له فى بيع العين و ان كانت أكثر منافعها مملوكه له، و الوقوف على ما يقفها أهلها واف بصحه ذلك.

(٢٠٢) الوقف على الجهات العامه كالمدارس و المنازل و الفنادق للمسافرين و نحوها

يجوز للواقف الانتفاع بها كسائر الناس اما الوقف

على العنوان مثل الفقهاء و الفقراء و طلبه العلوم ان كان منهم أو دخل فيهم فان كان الوقف على التوزيع أشكل دخولهم على المشهور و ان كان على نحو الجبهه و المصرف جاز على الأصح و كذا لو وقفه على امام المسجد و نحوه و صار هو امام المسجد.

«٢٠٣» و لو اشترط فى الوقف عوده اليه عند حاجته فالمشهور صحه الشرط

و قيل بالبطلان و قيل يصح حبسا و هو الأصح بناء على اعتبار التأييد فى الوقف و بناء على عدمه فالأول و فى بعض الاخبار دلالة على الثانى و لا يبعد حمله على الحبس لا البطلان مطلقا

الفصل الثانى (فى شروط الواقف) [٢٠٤] يشترط فيه البلوغ و العقل

و الاختيار و الحرية و عدم كونه محجورا لفسل أو سفه، و فى بعض الاخبار صحه وقف من بلغ عشرة كصحه وصيته و هو مع ثبوت رشده متجه، و يصح وقف الكافر إذا حصلت منه نيه القربه حتى لو كان على البيع و الكنائس و بيوت النيران و أمثالها.

الفصل الثالث (فى شرائط العين الموقوفه)

(٢٠٥) يشترط فى الموقوف ان يكون مما يمكن الانتفاع

به مع بقاء عينه فلا يصح وقف شىء من المنافع مثل سكنى الدار و ركوب الدابه و لا وقف الأعيان التى لا ينتفع بها إلا بإتلافها كاعيان المأكولات قاطبه و المشروبات أيضا و لا يصح وقف الدين مع بقاءه على هذا العنوان و لا وقف الكلى فى ذمه الواقف لعدم الانتفاع به الا بتشخيصه، و مناقشه السيد الأستاذ قدس سره فى ملحقات العروه واضحه الضعف، و لا حاجة الى الإجماع بل فى الأصل و القاعده كفايه.

(٢٠٦) لا يصح وقف المجهول مطلقا

فلو قال وقفت شيئا أو دارا أو عبدا لغا و لا وقف عبد من عبدين و دار من دارين و لا وقف الكلى فى المعين كمائه ذراع من هذه الأرض كل ذلك للأصل و عدم عموم يصلح لشمول مثل هذه الفروض النادره و المعلوميه و عدم الجهاله معتبره فى جميع العقود و مناقشات الأستاذ لا محل لها.

(٢٠٧) لا تضر الإشاعه فى صحه الوقف إجماعا

مطلقا سواء وقف مشاعا فى المعين أو مشاعا فى المشاع نعم لا يصح الإبهام كما لو وقف حصته فى داره.

(٢٠٨) من شروط الموقوف ان يكون صالحا للملكيه

فلا يصح للمسلم وقف الخنزير مثلا و لو على الكافر نعم لا يصح من الكافر على الكافر و كذا لا يصح وقف الأعيان التى لا قيمه لها اما لكرامته كالحر أو لخسته كالكلب و الحشرات و ما يلحق بها من المستقذرات و ان يكون مملوكا له فعلا فلا يصح وقف مال الغير الا على نحو

الفضوليه ان قلنا بعمومها.

(٢٠٩) من شروطه أيضا إمكان الإقباض عادة لا إمكانه ذاتا

فلا يصح وقف الطير في الهواء و ان كان مالكا له إذا كان مما لا يعود عادة و لا العبد الأبق كذلك و لو مع الضميمة و ان صح بيعه معها و لا العين المغصوبه التي لا يقدر عادة على ردها لا هو و لا الموقوف عليه

[٢١٠] يعتبر في الموقوف أيضا ان يكون مما يبقى بعنوانه زمانا يعتد به

فلا يصح وقف مثل الورد و الرياح و أمثالها مما لا تبقى الا زمنا قليلا.

(٢١١) يعتبر فيه أيضا ان لا يكون مما يحرم اقتناؤه

و يجب إتلافه كالأصنام و آلات القمار و اللهو، و ان تكون المنفعة المقصوده بالوقف محلله فلا يجوز وقف الدار أو الدكان لبيع الخمر أو آلات القمار فيه و الدابه لحمل الخمر و الخنزير عليها.

(٢١٢) يصح وقف الدراهم و الدينانير إذا أمكن الانتفاع بها منفعه محلله مع بقاء عينها

و لكن لا يصح بعد وقفها الشراء بها و لا اقراضها و لا رهنها لان الوقف لا يصلح للنقل و الانتقال نعم يصح إعارتها و إيجارها و نحو ذلك مما لا يوجب نقل عينها.

(٢١٣) يصح وقف ما لا منفعه فيه فعلا و لكنه مستعد لها

كالفسيل المغروس و نحوه نعم لا يصح وقف الخضراوات و نحوها مما لا ينتفع به الا بجذاده

(٢١٤) يشترط في العين الموقوفه ان لا تكون متعلقه حق للغير

فلا يصح وقف العين المرهونه و لا أم

الولد و لا المكاتب و يجوز وقف المدبر و يكون رجوعا.

الفصل الرابع (فى شروط الموقوف عليه)

(٢١٥) يعتبر ان يكون موجودا حال الوقف

فلا يصح على المعدوم الذى يمكن وجوده كمن يولد له من هذه المرأه فضلا عن المعدوم الذى لا يمكن عاده وجوده و لا على الموجود الذى صادف موته حين الوقف بل ظاهرهم الإجماع على عدم صحه الوقف على الحمل مع أنهم أجازوا الوصيه له.

اما المعدوم فلعدم أهليته للملكيه لأنها عرض لا بد له من موضوع موجود مضافا الى عدم إمكان القبض و كذلك الحمل و للمناقشات هنا مجال واسع و لكنك عرفت ان الأصل فى كل مورد من موارد الشك عدم الصحه أو العمومات قاصره، و هذه الفروع نادره، لم يرد بها سيره و لا سنه فالعمل بها هو المشهور من عدم الصحه متعين.

(٢١٦) لو وقف على موجود و معدوم صح فى الموجود و بطل فى المعدوم بمقدار حصته،

و لو وقف على موجود و بعده على معدوم أو بدء بالمعدوم بطل فى المعدوم بلا إشكال أما الموجود فقولان و لو قيل بالصحه حبسا فى الأول بل و فى الثانى كان له وجه.

(٢١٧) يجوز الوقف على المعدوم تبعا للموجود

فلو قال وقفته

على أولادى الموجودين و على من يولد لى صح بل لو قال و هم بعد وجودهم مقدمون فى الوقف على الموجودين صح أيضا كما يصح على أولاده نسلا بعد نسل و بطننا بعد بطن فيكون وقفنا على الطبقات تشريكا أو ترتيبا، هذا هو الشرط الأول من شروط الموقوف عليه اعنى الوجود

[٢١٨] (الشرط الثانى) ان يبدأ الوقف بمن له أهليه التملك حين الوقف

فلا يجوز الوقف على المملوك بناء على عدم ملكيته و لا على الحرى و لا المرتد الفطرى بناء على عدم أهليتهم للتملك و فى الجميع نظر، و عدم جواز الوصيه له كما فى صحيحه محمد ابن قيس «لا وصيه لمملوك» لا يقتضى عدم جواز الوقف عليه الا على القياس الفاسد.

(٢١٩) «الثالث» التعيين فلا يصح الوقف على أحد الشخصين أو أحد المسجدين،

و هو شرط فى عامه العقود بل و فى عامه الإيقاعات لأن معانيها كالأعراض الخارجيه التى لا تتحصل إلا فى موضوعات متعينه ذهنا أو خارجا و مفهوم أحدها لا يتعين فيه أصلا فما اختاره الأستاذ قدس سره من الصحه غير سديد.

«٢٢٠» «الرابع» ان لا يكون موقوفا عليه لصرفه فى المعصيه

أو مع العلم بأنه يستعين به على المعصيه.

«٢٢١» يجوز وقف المسلم على الكافر بعنوانه الخاص

لا من حيث كفره إذا لم يكن فيه اعانه له على المعاصى أو مساعده على الكفر سواء كان رحما أم لا ذميا أو غيره لانه من البر و الإحسان

المحجوب شرعا لمطلق الإنسان بل حتى للحيوان المؤيد ذلك بكريمه قوله تعالى لَا يَنْهَآكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ
 وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ وَ لَا تَعَارِضْهَا آيَةٌ لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ
 اللَّهَ فَإِنْ نَهَى عَنِ الْمُوَدَّةِ مِنْ حَيْثُ الْمَحَادَّةِ لَا- مِنْ حَيْثُ الْبِرِّ وَ الْإِحْسَانِ أَوْ تَأْلِيفِ الْقُلُوبِ وَ نَحْوَهَا مِنْ الْجِهَاتِ الرَّاجِحَةِ عَقْلًا وَ
 شَرعًا أَمَا الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ بِالْعَنَاوِينَ الْعَامَةِ كَالْفُقَرَاءِ أَوْ الْغُرَبَاءِ وَ نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا عِلْمُ قَصْدِ الْوَاقِفِ الْعَمُومِ فَلَا يَنْبَغِي الْإِشْكَالُ فِيهِ.

الفصل الخامس (في الاحكام)

اشاره

و فيه مقصدان)

«المقصد الأول» (في الألفاظ التي تقع في كلام الواقفين

اشاره

و هي تتعلق بجبهه الموضوع و لا بد من)

تمهيد مقدمه

اعلم ان المدار في الألفاظ التي يستعملها الواقف أو الموصى أو الواهب في إنشاء الوقف و الوصيه و الهبه و نحوها انما هو على
 ما قصده المتكلم من اللفظ لا على ما هو الموضوع لغه أو عرفا فإذا كان معنى الفقر مثلا لغه أو شرعا هو من لا يملك قوت سنه
 و قصد الواقف منه

فى صيغه الوقف خصوص من لا يملك قوت يومه فالوقف يختص بما قصده من لفظ الفقير لا ما هو مدلوله شرعا أو لغه و هذا هو المعيار لا- فى الوقف و أخواته فقط بل عليه المدار فى سائر العقود حتى البيع و الإجاره و أضرابها و لعله يندرج فى قولهم العقود تابعه للقصود، هذا إذا علم مراد المتكلم و قصده من اللفظ حقيقه أو مجازا أو غلطا، اما حيث لا يعلم المراد فهنا تأتى قضيه الوضع لغه أو عرفا فان كان للفظ عرف خاص للمتكلم حمل عليه و الا فالعرف العام و الا فالمعنى اللغوى كل ذلك حيث لا قرينه حال أو و مقال تعين مراد المتكلم و إذا كان له معنى شرعى و معنى لغوى مثلا و تردد معنى اللفظ بينهما و لا قرينه صار مجملا يرجع فى القضيه إلى الأصول الموضوعيه أو الحكميه و لو وقف على الفقير و تخيل ان معناه لغه أو عرفا هو من لا يملك قوت يومه و كان معناه فى الواقع عند العرف أو اللغه من لا- يملك قوت شهره مثلا فان قصد الوقف على المعنى الذى نخيله تعين و ان قصد الوقف على المعنى الواقعى و تخيله هو من لا يملك قوت يومه من باب الخطأ فى التطبيق فالوقف يكون على ما هو معناه واقعا لا- ما تخيله فليس المدار على الواقع مطلقا كما فى عباره السيد الأستاذ «قده» بل يختلف الحال باختلاف نحو القصد و اتجاهه فتدبره فإنه نافع فى كثير من الموارد.

(٢٢٢) من وقف على الفقراء انصرف اللفظ الى فقراء ملته

فالمسلم لفقراء المسلمين و هكذا بل الى فقراء مذهبه فالإمامى إلى فقراء

الإماميه و هكذا الا ان يكون ظهور حال أو مقال فى إرادته عموم الفقراء كما هو مقتضى وضعه و كذا لو وقف على فقراء قريه أو بلد فان لم يكن فيها من أبناء مذهبه أحد مع علمه كان قرينه على العموم و مع عدم علمه فالأرجح العموم أيضا و الأحوط الانتظار.

«٢٢٣» الوقف على العنوان ان كان افراده محصوره

فالظاهر اراده التوزيع بالاستيعاب و ان كانت غير محصوره فالظاهر ان الوقف على الجبهه و بيان المصرف فيجوز حيثئذ دفعه الى واحد أو اثنين الا ان يكون المال كثيرا عرفا فاللزم صرفه على جماعه معتد بها و ان لم يلزم الاستيعاب و لا المساواه بين الافراد كما فى المحصورين و لو كان للمتولى ولايه مطلقه فله الترجيح بالفضل و الفقر فيأخذ بقاعده (المعروف على قدر المعرفه).

(٢٢٤) إذا وقف على المسلمين فهو لكل من يدين بدين الإسلام

من جميع المذاهب فى الفروع و الأصول فيشمل الأشعريه و المعتزله و الإماميه و الظاهريه كما يشمل المذاهب الأربعة أو الخمسه فى الفروع الا من أنكر ضروريا من ضروريات الذين كوجوب الصلاه أو الحج أو محبه أهل البيت سلام الله عليهم أو غالى فيهم فاتخذهم أربابا فإن هؤلاء شر من أولئك فالجميع من النواصب و الغلاه كفار و ان انتحلوا الإسلام و شهدوا الشهادتين نعم يشمل المستضعفين من النساء و الأطفال حتى المحكوم ياسلامهم بالتبعيه و لو كان الواقف ناصبيا أو خارجيا أو مغاليا فلا يبعد شموله لأبناء نحلته

و خصه بعض علمائنا بالمحقين من المسلمين إذا كان الواقف منهم و فيه نظر، و لو وقف على الشيعة اختص اليوم بالإماميه و ان كان فى الاصطلاح القديم يشمل الزيديه و غيرهم ممن يقول بامامه على و أولاده عليهم السلام كالاسماعيليه و غيرهم و ان لم يقل بالاثنى عشر نعم لو كان الواقف من غير الإماميه يشمل أبناء نحلته قطعاً و فى شمول غيرهم تأمل أقربه الشمول.

﴿٢٢٥﴾ إذا وقف فى سبيل الله انصرف الى جميع أنواع الخيرات و المبرات و وجوه البر

و لا- يختص بالجهد و يكون التخصيص و الترجيح لبعض دون بعض منوطاً بنظر المتولى و لو استعان بمراجع حاكم الشرع لتعيين الأهم فالأهم كان أولى

﴿٢٢٦﴾ إذا وقف على أرحامه أو أقاربه دخل كل من هو من عشيرته و أسرته عرفاً

و إذا قال الأقرب فالأقرب فعلى طبقات الإرث و إذا وقف على اخوته دخل إخوه الأب و الام و الاخوه من كل منهما و لا يدخل أولادهم و كذا الأعمام و الأخوال و الأجداد و الجدات و لو وقف على أولاده فالذكور و الإناث بل و الخنثى و الجميع بالسويه الا ان يقول على ما فرض الله فيجرى مجرى الإرث و له ان يفضل الإناث على الذكور و لو وقف على البنين أو البنات لم تدخل الخنثى و لو وقف عليهما دخلت بناء على عدم كونها طبيعه ثالثه و لو قال على أولادى اختص بالصلبى و قيل يعم ولد الولد و الأصح الاعتماد على القرائن و الا فالأخذ بالمتيقن لو تحقق الإجمال و لو قال على أولادى

و أولاد أولادى تسلسل فى عقبه، و لو قال على أولادى فإذا انقضوا و انقض أولاد أولادى فعلى الفقراء فهو وقف على الأولاد و أولاد الأولاد تشريكا و بعد انقضاهم اجمع يكون للفقراء و لو وقف على من ينسب اليه لم يدخل أولاده عند المشهور، و الإرجاع الى ما عند العرف اولى و هو يختلف باختلاف الأحوال و المحال و كذا لو قال على الهاشميين أو العلويين و كذا لو قال على العلماء ففى بعض البلدان لا ينصرف الا الى فقهاء الشرع و فى غيرها الى غيرهم أو الأهم منهم.

«٢٢٧» لو وقف على زيد و الفقراء

فله النصف و قيل الثلث أو الرابع نظرا إلى أقل الجمع و الأول أقرب اما لو وقف على زيد و أولاد عمرو و هم محصورون فعلى الرءوس و يحتمل النصف و كذا لو وقف على أولاد زيد و أولاد عمرو يحتمل الفرق بين هذا و بين قوله أولاد زيد و عمر ففى الأول التنصيف و فى الثانى على الرءوس و الظاهر فى هذه الموارد ان الوقف على التوزيع المقتضى للتسوية لا المصرف.

(٢٢٨) لو وقف على الجيران فالأخبار فى التحديد مختلفة

أربعين ذراعا أو أربعين دارا من كل جانب و الأصح إرجاعه إلى العرف و مع الشك فالأخذ بالمتيقن و الجار هو ساكن الدار لا مالكةا و القسمة مع الإطلاق بالسوية.

(٢٢٩) الوقف على المساجد و المراقد يصرف فى تعمیرها

الحاجه و الا- ففي مصالحتها من فرش و ضياء و نحوه و إذا عين مصلحه تعينت و الوقف على ميت حيث يصح ففي واجباته أو الخيرات عنه

«٢٣٠» إذا وقف على أولاده فإن عين ترتيباً أو شريكاً تعين

و إذا أطلق فالتشريك و المساواه حتى بين المذكور و الإناث نعم لو قال على أولادى ثم على أولادهم فالظاهر الترتيب بينهما بل مطلقاً، و لو قال على أولادى طبقه بعد طبقه أو نسلاً بعد نسل و بطناً بعد بطن فليل هو قيد الوقف فيقتضى الترتيب و قيل للأولاد فالتشريك و الغالب ان الواقفين يريدون منه التأييد بقريته قولهم بعدها الى ان يرث الله الأرض و من عليها و لا- يدل على تشريك و لا- ترتيب و على كل فان ظهر مراد الواقف تعين و مع الشك فالإطلاق يقتضى التشريك و الإهمال يقتضى الأخذ بالمتيقن و هو الترتيب و إعطاء الطبقة الأولى نصيبهم على فرض التشريك و قسمه الباقي بينهم و بين الطبقة المتأخره بناء على الصلح القهرى متجه، و لو قال فى صورته الترتيب من مات فنصيبه لولده فاللازم مشاركته لأعمامه و يصير ترتيباً و تشريكاً فالولد يشارك عمه و لا يشارك أباه، و لو تردد الموقوف عليه بين شخصين أو عنوانين فالقرعه أو القسمة بينهما لقاعده الصلح القهرى و هو القاعده فى كل مال مردد بين شخصين أو أشخاص محصوره هذا بعض الكلام فى الموضوعات.

المقصد الثاني (في الاحكام)

اشاره

و فيه فصول

الفصل الأول (في المتولى)

«٢٣١» سبق ان للواقف ان يجعل التوليه لنفسه مباشره أو تسببها عند الوقف

وان يجعل متوليا من بعده متسلسلا و منقطعا و إذا لم ينصب متوليا في صيغه الوقف فهل التوليه له أو للموقوف عليهم أو للحاكم أقوال و الأصح بناء على بقاء العين على ملكيته انها له و على انتقالها فـللموقوف عليهم و مع التشاح فللحاكم هذا في الوقف الخاص اما العام فلا- إشكال في أنها للحاكم الشرعى مطلقا و لكن الانتفاع بمثل الخانات و المساجد و القناطر و الشجر للاستغلال لا- يحتاج الى استيذانه و انما له الولاية على إصلاحها و حفظ شؤونها و ما يوجب بقائها نعم في مثل المدارس و الفنادق و نحو ذلك لا بد من استيذانه أيضا

«٢٣٢» يجوز ان يجعل التوليه لاثنين أو أكثر اشتراكا أو استقلالا

فعلى الأول لا يتصرف أحدهما إلا بموافقه الآخر و على الثانى ينفذ تصرف السابق و مع الاقتران و التنافى يبطلان معا و إذا مات أو جن أحدهما يلزم الحاكم ان يضم بدله الى الآخر و على الثانى لا- يلزم و لكنه الأ-حوط و مع الشك فى الاستقلال أو الاشتراك

فإن أطلق فالاستقلال و مع العدم فالاشتراك و الأحوط الرجوع الى الحاكم أيضا.

«٢٣٣» ليس للمتولى أن يجعل متوليا فى حياته و لا بعد مماته

إلا- إذا جعل الواقف له ذلك فى صيغه الوقف و لا يشترط فى المتولى العداله الا ان يشترطها الواقف نعم لو ظهر عجزه أو ثبت عند الحاكم خيانتة عزله و نصب أميناً، و يجوز للمتولى توكيل غيره الا إذا اشترط الواقف المباشرة، و لا يجب على من جعله الواقف متوليا القبول بل له الرد و لكن إذا قبل لزمه العمل، و لا يجوز للواقف ان يجعل التوليه لمن يعلم بخيانتة و عدم أمانته و لو جعله متوليا رجع الأمر إلى الحاكم.

الفصل الثانى (فيما يصح للواقف شرطه)

«٢٣٤» إذا شرط إدخال من يريد فى الوقف فالمشهور الصحه

و لكن إذا شرط إخراج من يريد فالبطلان و الأصح الصحه فى المقامين لعموم الوقوف على ما يقفها أهلها و لبعض الأخبار الخاصه، نعم لا يجوز ذلك بدون الشرط فى عقد الوقف لانه تغيير للوقف بعد تحققه و لكن فى جملة من الاخبار ان له ذلك و هى مع اعراض المشهور معارضه بما هو أقوى منها فالمنع متعين.

(٢٣٥) الوقف لا يدخله شرط الخيار

فلو شرط فى الوقف ان له ان يرجع متى شاء بطل نعم له ان يشترط فى الموقوف عنوانا كالفقر أو العداله فإذا زال العنوان زال الوقف عنه و إذا لم يبق لذلك العنوان مصداق صار نظير منقطع الآ-خر فيرجع للوارث أو ورثته و صرفه فى وجوه البر أو وقف آخر برضاهم اولى.

(٢٣٦) الشروط فى الموقوف عليه ترجع الى عنوان الوقف

فيزول الوقف بزوالها و كذلك الشروط فى العين الموقوفه فلو وقف البستان بهذا العنوان أو النخله ما دامت ثمرة ثم انقطع ثمرها أو زال وصف البستان عن العين زال الوقف و التحقيق فى أمثال هذا انه ان ظهر منه اعتبار العنوان على نحو الشرطيه صريحا أو دلالة فالوقف يزول بزوالها و ان أطلق فعرضه البستان باقيه على الوقفيه و كذلك الجدوع و لذا قالوا إذا انهدمت الدار لم تخرج العرضه عن الوقف لأنها من جمله الموقوف فينتفع بها على وجه آخر من زرع و غيره و لا فرق عندنا بين كون لأرض خراجيه أو غيرها، و كذلك المسجد إذا انهدم لا تخرج عرضته عن المسجديه و تجرى جميع احكام المسجد عليه.

«٢٣٧» المسجديه عندنا تحرير

و هو معنى آخر غير الوقف فإنه قد يعود ملكا بأسباب و لكن الحر لا- يعود الى الرق ابدا و كذلك المساجد و المشاهد و المشاعر لا تعود ملكا بوجه من الوجوه و من الغريب جدا ما ذكره الأستاذ «قده» من صحه جعل

منفعة الأرض المستأجره مائه سنه مثلا- مسجدا و كذا جعل الأرض مسجدا إلى مده ثم تزول المسجديه مع ان من القواعد المسلمه انه لا وقف إلا فى ملك و انه لا يصح وقف المنافع و ان الوقف يقتضى التأيد هذا فى الوقف و هو أهون من المسجديه التى هى تحرير مؤبد، و أغرب من ذلك تصريحه بجواز بيع المسجد فى صوره خرابه أو عروض مانع من الصلاه فيه و إذا غصبه غاصب لا يمكن انتزاعه منه و انه يجوز إخراجه عن المسجديه لو غلب عليه الكفار فيباع صوتنا لحرمته الى آخر ما أفادا على الله مقامه و كل هذا مخالف للقواعد المسلمه التى تكاد تكون من أصول المذهب و خلاف ما هو المعلوم من طريقه الشرع ضروره أن كفران النعم، و طغيان الأمم و تمرد الناس عن احكام الشرع الشريف و الدين الحنيف، لا يغير الأحكام الكليه و النواميس الثابته الأبدية هذا إلى الإجماعات المحصله فضلا عن المنقوله على عدم جواز بيع المساجد و عدم زوال المسجديه ابدا نعم يمكن فى تلك الفروض النادره و أمثالها مراجعه حاكم الشرع الذى هو الولي العام لتخريج صوره يطبقها على القواعد من دون الخروج عليها و الاصطدام بها و الله العالم و الحاكم و به المستعان.

«٢٣٨» الأوصاف كشروط فى الموقوف عليه

و عناوين يزول الوقف بزوالها كما لو قال وقفته على أولادى الفقراء أو العلماء أما الأفعال فإن جعلها أوصافا فهى كذلك و لو جعلها شروطا كانت إلزاما فلو قال على أولادى المصلين فتارك الصلاه خارج و لو

قال بشرط ان يصلوا فالتارك عاص لله عز شأنه و للواقف و لكنه غير خارج عن الوقف.

«٢٣٩» إذا جهل مصرف الوقف

فان كان مرددا بين أطراف محصوره فاما التوزيع على نحو الصلح القهرى أو القرعه و مع عدم الانحصار يجرى عليه حكم مجهول المالك من التصديق بغلته مع مراجعه الحاكم على الأصح، اما لو علم المصرف و تعذر صرفه فيه فان كان وقفا خاصا و التعذر من جهه انقراض الموقوف عليه و كان الوقف على من يقرض غالبا بطل الوقف و رجعت العين الى الواقف أو إلى ورثته و ان كان على من لا يقرض عادة فاتفق الانقراض أو كان وقفا على الجهات العامه صرفت غلته فى وجوه البر بنظر الحاكم أيضا

«٢٤٠» إذا آجر المتولى الوقف لمصلحة العين الموقوفه مده طويله

و مات أهل الطبقة الأولى لم يكن للثانيه فسخها بل و لا لمن بعدها، اما لو آجرها هو أو الطبقة المتقدمه لفائدتهم ثم ماتوا لم تنفذ فى بقيه المده و لا يقاس هذا على مالك العين لو آجرها مده طويله و مات فى أثنائها نعم تنفذ مع الإجازة و تبطل بالرد و يرجع المستأجر على ورثه البطن الموجر بالنسبه و تقدير أهل الخبره.

الفصل الثالث (فى عدم جواز بيع الوقف و صور الاستثناء)

(٢٤١) من المعلوم ان أظهر خواص الوقف و أهم احكامه عدم جواز انتقاله بوجه من الوجوه

و بأى سبب من الأسباب العاديه و لا- يباع و لا- يوهب و لا يرهن و لا يقسم و لكن ليس ذلك على سبيل العليه التامه كما فى المسجديه التى عرفت انها كالمشاعر مثل منى و عرفات و نظائرها و كل هذا تحرير من الخالق يوم خلق السماوات و الأرض أو من المخلوق المالك و إمضاء مالك الملك، و قد عرفت ان الحر لا- يعود رقاً ابداً، اما الوقف فعدم عوده مالكا على نحو الاقتضاء اى له ذلك بحسب طبيعته و اقتضاء ذاته و لا مانع من عروض سبب أقوى فيرفع ذلك الاقتضاء و يرده إلى أصله من جواز الانتقال أو القسمة أو التبديل و لكن لا يجوز ذلك الا بعد قيام الدليل القاطع و الا فالأصل فى جميع موارد الشك هو عدم صحه النقل و الانتقال فى مطلق الوقف بخلاف الحبس بأنواعه الثلاثه كما سبق و يأتى إن شاء الله، و بالجمله فالوقف قيد للملك و قد تعرض أمور ترفع ذلك القيد عنه فاللازم ذكر تلك الأمور التى سطر فيها الدليل الثاقب من نص أو إجماع، و هى أمور تذكر ضمن المواد التاليه

[٢٤٢] خراب العين الموقوفه بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها

كالدار الخربه التى لا- يمكن سكنها و لا- تعميرها و الحصر البالى و الحيوان المذبوح و أمثال ذلك فإن أمكن بيع البعض و تعمير الباقي به تعين و الا- فاللازم بيعها اجمع و حيثئذ فإن أمكن ان يشتري بالثمن عينا و لو أقل من تلك العين و توقف على نحو الوقف الأول تعين و الا فإن كان خاصا وزع على الموقوف و ان كان

عاما ففى وجوه البر.

«٢٤٣» (الثانى) سقوطها عن الانتفاع المعتد به بوجه لا يرجى عوده

كما لو صارت البستان أرضا لا ينتفع بها منفعه يعتد بها بحيث لو بيعت و بدلت بعين اخرى كان أنفع أو مثل منفعه البستان و جواز البيع هنا غير بعيد و ان كان خلاف المشهور، و اما قله المنفعه فغير مسوغ للبيع عندهم أصلا.

«٢٤٤» «الثالث» أداء بقائه إلى خرابه علما عاديا أو ظنا قريبا منه

بحيث يصل الى حال لا يمكن الانتفاع به أصلا أو منفعه لا يعتد بها سواء كان للخلف بين أربابه أو لسبب آخر فإن بقائه فى هذه الصور منافع للغرض من بقائه فأدله المنع منصرفه عنها كل هذا مع العجز عن إمكان تحصيل صوره لبقائه مع الانتفاع به من إجارته مده لا يخشى عليه منها أو بيع بعض و إصلاح الباقي به.

«٢٤٥» الرابع وقوع الخلف بين أربابه اختلافا لا يؤمن معه من تلف النفوس و الأموال مطلقا

أو تلف خصوص الوقف فيرجع الى الاولى و (الضابطه) ان كل مورد يكون بقاء الوقف مستلزما لنقض الغرض من بقائه فاللازم الحكم بجواز بيعه كما فى الصور المتقدمه و الحكم بصحة البيع فى غير ذلك مشكل نعم هنا ثلاث صور لجواز البيع و لكنها من قبيل التخصص و الخروج الموضوعى لا-التخصيص (الاولى) ما إذا اشترط الواقف فى صيغه الوقف بقاء العنوان كما سبق ذكره فيما لو وقف البستان و اشترط انها وقف ما دامت

بستانا فإنها بزوال هذا العنوان يزول الوقف من أصله و تعود ملكا و إذا باعها فقد باع ملكا لا وقفا و خرج موضوعا لا حكما (الثانية) إذا اشترط في صيغه الوقف ان له ان يبيعه عند قله المنفعة أو كثره الخراج أو عند ما يكون بيعه أعود أو عند حاجه الموقوف عليهم و قد يستدل له بحديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام ملكه في عين يتبع حيث يقول: و ان أراد الحسن ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين فيفعل ان شاء و لا حرج عليه و ان شاء جعله شروى الملك الى قوله: فان باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثه أثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله و يجعل ثلثا في بني هاشم و عبد المطلب و ثلثا في آل أبي طالب- و بقاعده الوقف على ما يقفها أهلها و لكن لا دلالة في شىء منهما اما الحديث فلا ينبغي الريب في ان الامام عليه السلام لم يقصد الوقف و كيف يعقل اجتماع الوقف مع تجويز البيع للحسن متى شاء لا لحاجه و لا لضروره بل تشهيا و كيفا و بالجمله فما تضمنه الحديث لا يقول به أحد في الوقف و أقصى ما يقوله القائل هو جواز البيع عند الحاجه لا مطلقا و الحديث صريح فيما هو أوسع من ذلك فلا محيص من حمله على إرادته الصدقه بالمعنى العام لا الوقف بمعناه الخاص و منه يعلم الجواب عن قاعده الوقف- فتدبره.

(الثالثة) ما لو اشترى حصه مشاعه من ملك فوقها و شفيع الشريك فيها فان الوقف يبطل و لو جعلها مسجدا و قلنا بجوازه فلا شفيعه و إذا وقع بيع الوقف فاللازم ان يشتري بثمنه المتولى ملكا و يوقف

على نحو الوقف السابق و ذلك فى الأرباع الأولى اما لو زال الوقف كما فى الصورتين الأخيرتين فى الصورة الأولى و الثالثه ترجع ملكا للواقف أو لورثته و فى الثانيه يكون حسب الشرط.

«٢٤٦» لا ريب ان تعمير الوقف مقدم على حقوق الموقوف عليهم

و لكن لو دار الأمر بين مراعاة البطن الموجود و مراعاة سائر البطون لو كما احتاج الوقف الى التعمير و توقف على إيجاره مده طويله فهل يقدم تعميره بإيجارته و حرمان البطن الموجود منها مراعاة للبطون اللاحقه أو يترك تعميره و تدفع الأجره للموجود مراعاة لحقه وجهان أصحهما تقديم التعمير حفظا للوقف الذى بقاؤه أهم من حق البطن الموجود و لا فرق فى ذلك بين اشتراطه تقديم التعمير أو عدم اشتراطه

«٢٤٧» الأغراض و المقاصد قد تحور الألفاظ و الجمل عن مدايلها

و قد توسعا و تضيقتها مثلا لو و كله على شراء الطعام و علم الوكيل ان ليس غرض الموكل الا الربح و التجاره و ان شراء الطعام فيه خساره فاحشه و ان الربح فى شراء الغنم جاز له مخالفه نص الوكيل فى شراء الطعام و ليس للموكل اعتراضه بعد معرفه القصد و الغرض و ثبوت ذلك نعم لو لم يعلم الغرض و لم يجز التعدى و مثل هذا قد يأتى فى الوقف فإذا علم ان غرض الواقف بقاء هذه العين لخصوصيه فيها لكونها دار آبائه أو كتابا أثريا يريد حفظه لم يجز بيعه إلا إذا كان بقاؤه يستوجب تعجيل تلفه اما لو علم ان ليس غرضه بقاء ذات هذه العين بل الغرض ماليتها و انتفاع الموقوف عليهم بمنافعها

و غلتها فلو قلت منفعه العين عما كانت عليه و كان بيعها أعود و أنفع يمكن القول بجواز بيعها و استبدالها بالانفع و الأعود و لعل هذا وجه ما انفرد به الشيخ المفيد «قده» من جواز البيع لتبديله بما هو أنفع و أصلح و هو وجيه و ربما يحمل عليه بعض الاخبار و لكن لا يصح هذا الا بعد عرض القضية على حاكم الشرع و إحاطته بالموضوع ثم حكمه بالجواز و العدم، و على هذا يتفرع جواز وقف ماليه الشئ من حيث الماليه لا- من حيث العين و لكنه لو صح فليس هو من الوقف المصطلح و لا- من الحبس المعروف بل هي معامله أخرى و نوع من الصدقه بمعناها العام يمكن دعوى شمول العمومات لها على تأمل واضح

الفصل الرابع «في قسمه الوقف و إيجاره»

«٢٤٧» إذا كان المال مشتركاً بين الوقف و الملك جاز إفراز الوقف عن الملك اتفاقاً على قواعد القسمه المقرره في بابها،

اما قسمه نفس الوقف بين أربابه فالمشهور عدم الجواز مطلقاً و استقوى السيد الأستاذ (قده) الجواز مطلقاً و فصل بعض فأجازها مع تعدد الواقف و الموقوف عليه كما لو اشترك أخوان في دار فوقف كل منهما حصته على أولاده،، و إذا نظرنا إلى طبيعه الوقف و الأدله لم نجد فيها ما يمنع القسمه مطلقاً و الملاك الذى صح به قسمه الوقف عن الملك يجرى

أيضا في قسمه الوقف بين أربابه، و دعوى انه خلاف وضع الواقف غير مفهومه و عهدتها على مدعيها، نعم لو ظهر من الواقف أو علم من حاله اراده عدم تغييره أو اشترط بقاءه على هيئته اتجه المنع و حيث ان الغالب في الواقفين الرغبه في ذلك فالأحوط احتياطا لا- يترك عدم القسمه إلا لمثل الأسباب الموجهه للبيع، و إذا استلزمت القسمه رداً فان كان من الوقف لم يصح و ان كانت من الملك للوقف صحت و صار الملك وقفاً و ان كان من مال الموقوف عليه فله ما يقابله

(٢٤٨) لا يجوز إيجار الوقف مده طويله يخشى عليه من تغلب الأيدي و ترتب أثر الملكيه عليه،

هذا مع الإطلاق و لو شرط الواقف ان لا يوجر أكثر من سنه أو سنتين فأجر المتولى أو المرترقه أكثر من ذلك بطل الزائد و لا تجدى الحيله بإيجاره عقوداً متعدده سنتين سنين لانه خلاف غرض الواقف، و ان وافق لفظه و هو من جمله الشواهد على ان الأغراض تقيد الألفاظ

الفصل الخامس «فيما يثبت به الوقف»

(٢٤٩) يثبت الوقف بالشياع المفيد للعلم و بإقرار المالك أو ذى اليد و بالبينه الشرعيه،

و فى ثبوته بالشاهد الواحد و يمين المدعى خلاف و حيث ان دعوى الوقف ترجع الى المال من حيث تمليك

المنفعة فاللازم ثبوته بذلك بل و بشهاده النساء منضمه الى الرجل و إذا كانوا جماعه فاللازم حلفهم جميعاً و لا يكفى حلف الطبقة الموجوده بل تحلف المتأخره أيضا عند وصول النوبه إليها و من لا يحلف فلا حق له، و لا أثر للإنكار بعد الإقرار إلا إذا استند الى وجه معقول عند الحاكم

(٢٥٠) لا يثبت الوقف بمجرد الكتابه على ظهر كتاب

أو فى ورقه ما لم يحصل العلم بصحتها أو يحكم حاكم شرع فيها.

(٢٥١) سيره الطبقات على نحو مخصوص حجه

إذا لم يعلم مخالفتها لجعل الواقف، فان جعل الواقف كنص الشارع، فلو كان وقف لم تعلم كيفيته و عمل المرتزقه على نحو خاص من ترتيب أو تشريك أو فى صرفه بمصرف معين و جب العمل على ذلك ما لم يعلم الخلاف

«٢٥٢» لو ادعى الواقف بعد الوقف و الإقباض كيفيه مخصوصه أو شرطاً

فان حصل العلم بصدقه فالعمل عليه و الا فلا اثر له لانه صار أجنبياً و إقراره إقرار بحق الغير،

«٢٥٣» لو باع المتولى أو الموقوف عليهم العين الموقوفه

فإن كان بإمضاء أحد حكام الشرع فهو نافذ و دليل على حصول المسوغ و ان كان بدون ذلك فهو محتاج إلى إثبات المسوغ فيجوز للطبقه اللاحقه انتزاعه من المشتري الى ان يثبت و لا اثر لليد هنا لأنها يد وقف فلا تنهض حجه على ضده كما لا يجدى الحمل على الصحه فإنه إنما ينفع فى الأعمال المرتبه على الوقف لا فيما يضاد الوقف و يتافيه

(٢٥٤) لو تعارضت يد الملكيه الفعلية مع ثبوت الوقف سابقاً

فهل يحكم بالوقفية و ينتزع من يد المتصرف أولاً بل يحتاج إلى إثبات الوقفية فعلاً، و المعروف عند الفقهاء فى أمثالها ترجيح اليد الفعلية على الاستصحاب نعم لو أقر ذو اليد بأنها كانت وقفا و عرض المسوغ فاشتراها هو أو مورثه لزمه الإثبات و تؤخذ منه الى ان يثبت

الفصل السادس (فى الوقف المجهول)

(٢٥٥) إذا لم يعلم الوقف على الذكور فقط أو على الأعم منهم و من الإناث

أو علم الأعم و لم يعلم التشريك أو الترتيب فان ثبت إطلاق فى كلامه أو كتابته بان قال هو وقف على أولادى و لم يعلم انه قيده بالذكور أو بالترتيب أم لا فالإطلاق يقتضى شموله لهما كما يقتضى التشريك و هكذا كلما شك فى قيد و عدمه فالأصل العدم اما إذا لم يحرز الإطلاق فاللازم الرجوع الى الأخذ بالقدر المتيقن فالنصف الذكور متيقن و النصف الثانى مردد بينهم و بين الإناث فاما القرعة و اما القسمة بين الفريقين كما هو القاعده فى كل مال مردد بين اثنين على قاعده العدل و الصلح القهرى و هذا هو الأصح فيكون للذكور ثلاثه أرباع الغله و للإناث الربع و مثله الكلام فى الترتيب و التشريك، نعم لو علم ان مراده من الوقف على أولاده المصروف لا التوزيع و الاستيعاب كان الذكور هو القدر المتيقن و كذلك

الطبقة الاولى فى الشك بين الترتيب و التشريك فيلزم الاقتصار عليها، و لو كان الشك على نحو الانحصار كما لو علم انه وقف على الذكور فقط أو الإناث فقط فقد يقال هنا بتعيين القرعه و لكن الأصح عندنا أيضا قسمته على الفريقين و القسمه هنا بالسويه بقاعده العدل أيضا كما سبق.

(٢٥٦) كل شخص يشك فى انه من الموقوف عليه فى وقف عام أو خاص

لاعتبار قيد أو خصوصيه فالأصل عدم كونه منهم فلو شك مثلا ان المدرسه موقوفه على طلبه الفقه أو على عموم الطلاب فلا يجوز لغير طالب الفقه ان يسكن فيها و هكذا.

(٢٥٧) إذا وقف كتباً أو داراً على المشتغلين من ولده فاتفق عدم وجود مشتغل فيهم

فان كان يرجى حصول مشتغل فيهم بقى وقفا و يؤجر الى ان يحصل المشتغل و يدفع له و ان كان لا يرجى صار من المنقطع الآخر و الأصح ان ترجع الفضيئه إلى الحاكم فاما ان يجعله وقف لسائر المشتغلين أو فى وجوه البر أو غير ذلك من المصالح العامه أو يرده ملكا لبعض الخصوصيات المقاميه،

(٢٥٨) إذا كانت بعض الأعيان الزكويه وقفا

كالأنعام الثلاثه أو النخيل لم يجب الزكاه فيها على الموقوف عليهم حتى لو بلغت حصه كل واحد منهم النصاب اما ثمراتها فان كانت موقوفه مع أمهاتها فكذلك و الا وجبت فيها الزكاه إذا بلغ نصيب كل واحد منهم النصاب، أما الأوقاف العامه كالوقف على الفقراء، فان كان

على نحو الشركه و الاستيعاب ففى عائدها الزكاه عند حصول تمام الشرائط لكل واحد منهم و ان كان على نحو المصرف فلا يجب إلا إذا بلغت حصه كل واحد منهم النصاب بعد القسمة و القبض مع اجتماع الشرائط و إذا انحصر الموقوف عليهم فى عدد معين كواحد يكون هو المالك فتجب عليه الزكاه إذا اجتمعت الشرائط.

الفصل السابع (فى الحبس و أنواعه)

(٢٥٩) أنواع الحبس ثلاثة. رقبى، و عمرى، و سكنى،

و الجميع يشترك فى ان فائدتها التسليط على المنفعه مجاناً مع بقاء الملك للمالك و يفترق بعض عن بعض ببعض الخصوصيات و التحيس يعم الجميع فالسكنى تختص بما يسكن من دار و نحوها و هى من حيث الأمد عامه و العمرى و الرقبى خاصان من حيث الأمد و الوقت، فالعمرى ما قرنت بعمر أحدهما أو عمر أجنبى و الرقبى ما قرنت بأمد يرتقب انتهاؤه، و هما عامان من حيث الموضوع فيعمان ما يسكن و غيره كالعبد و الدابه و الفرش.

(٢٦٠) يشترط فى هذه الأنواع مضافاً الى الشرائط العامه

من العقل و البلوغ و الرشد و الاختيار و الملك و عدم الحجر- الإيجاب و القبول و القبض ان كان على شخص أو أشخاص اما على الجهات العامه كما لو حبس عبده على خدمه المساجد أو المشاهد فلا يعتبر

قبول و لا قبض بل يتحقق بالإيجاب مع النيه و قصد التقرب، فيقول فى الإيجاب أسكتتك دارى مده عمرك أو مده عمرى أو عشر سنين فان لم يعين و أطلق صحت و كان للمالك الفسخ و الرجوع متى شاء

الإحكام

إشاره

إذا تمت الشرائط كان كل واحد منها لازماً إلى الأمد المَجْعُول فى الصيغه فان كان زماناً معيناً كعشر سنين و مات المالك فى أثنائها انتقلت العين الى ورثته مسلوبه المنفعه بقيه المده و ان مات المحبس عليه انتقلت بقيه المده إلى ورثته، و ان كان الأمد عمر المالك فمات انتهى التحبىس و انتقلت الى ورثته و كذلك ينتهى بموت المحبس عليه و ان كان الأمد عمره و فى صوره العكس تنتقل العين مسلوبه المنفعه و تنتقل المنفعه لو ارث المحبس عليه و فى صوره الإطلاق و عدم تعيين أمد تبطل بموت كل واحد منهما.

(٢٦١) إطلاق السكنى يقتضى سكناه بنفسه و من جرت عادته بالسكنى معه

كزوجته و ولده و خادمه و ضيفه و ليس له ان يسكن معه أجنبياً و لا- بأجره و لا مجاناً، و للمالك ان يتصرف فى رقبه العين المحبسه بأنواعها كيف شاء من أنواع التصرف بيعاً و هبه و غيرهما اما الرهن فمشكل و اما الإجاره فإن كان بالنسبه الى ما بعد الأمد فجائز و اما بالنسبه إلى مده الحبس التى نقل المنفعه فيها الى غيره فباطل إلا إذا ملكه المنفعه مطلقاً فهو فضولى.

خاتمه تشتمل على ثلاث كلمات لناشر هذا الكتاب

(الاولى) ان هذا الجزء الخامس المتضمن لما يسمونه اليوم (الأحوال الشخصية)

قد كتبه مؤلفه سماحه الامام على نحو الإيجاز و الادماج و بأساليب المتن و فيه فروع كثيره و مواد غريزه يحتاج الى الشرح و البسط و الاستنباط و التحليل مع الإشاره إلى المدارك و الدليل فيكون من أنفس الكتب في بابيه و قد استوفى هذا الجزء على اختصاره عامه أبواب الأحوال الشخصية عدا كتاب الإرث و لعل سبب إهماله ان عامه مسائله متفق عليها بين الإماميه و فقهاء المذاهب و مواضع الخلاف محدوده معروفه- كمسأله العول و التعصيب و الحبوه و حرمان الزوجه من الأرض و أمثالها مما لعله لا- يبلغ العقد الأول مضافاً الى كثره ما الف فقهاء الإماميه في الفرائض و المواريث من الرسائل الموجزه و المبسوطه فضلاً عما اشتملت عليه كل المتون و الشروح المستوعبه لسائر كتب الفقه من أول العبادات إلى آخر الحدود و الديات و قد ألفت في هذا العصر رسائل مخصوصه في الفرائض و المواريث مثل رساله (أحسن الحديث في الوصايا و المواريث) لحجه الإسلام العلامه إلا و حد

الشيخ احمد آل كاشف الغطاء «قده» شقيق سماحه الإمام فإنه على و جازته من أحسن ما رشحت به أقلام الاعلام من المتأخرين و أوسع من هذا و اجمع ما ألفه معالي الوزير الحاج محمد حسن كبه دام علاء فى كتابه الواسع (الأحكام الشرعيه) فإنه يغادر صغيره و لا كبيره من فروع المواريث الا أحصاها مع الإتقان و حسن التحرير و وضوح الجداول و متانتها التى تسهل المصاعب و تقلل المتاعب و تحلل المسائل الحسابيه من أقرب الطرق و أسهلها و قد طبع هذا الأثر الجليل سنه ١٣٥٠ فى مطبعه العماره و طبعت رساله «أحسن الحديث» المتقدمه فى مطابع النجف سنه ١٣٤١ فمن أراد الإيجاز كفته هذه الرساله و من أراد البسط فعليه بذلك الكتاب.

«و القصارى» ان هذا الجزء الخامس الملحق (بتحرير) المجله قد حوى على اختصاره تحقيقات عميقه و مباحث رشيقه هى من مبتكرات رشحات يراعه الفياض، و بذلك على ذلك مقدمه كتاب النكاح فقد أبدع فيه غايه الإبداع و أبدى الحكمه فى مشروعيته و فلسفه الاهتمام به و الوجه فى تسميه الرجل المتزوج زوجا و قد كان فردا أوضح كل هذا باجلى وجه و أعلى بيان فطالعه بدقه و إمعان، حتى تتذوق حلاوته.

(الكلمه الثانيه)

ان سماحه المؤلف ذكر فى اخريات الجزء الأول كالوعد بان يتعرض فى الاجزاء التاليه لبعض القواعد العامه التى ذكرها

(نجيم المصرى) فى كتاب (الأشباه و النظائر) و لكن كان هذا فى بدايه العمل يوم كان البناء على توسعه هذا المؤلف إلى ستة أجزاء أو ثمانية و حيث ان الأوضاع العالميه و أزمة قله الحاجات و ارتفاع أسعارها ارتفاعا فاحشا و فوق الحسابان قد حالت دون تلك الأمانى و اقتصر على ذكر الأهم فالأهم من تحرير المجله و ملحقها و على العلات فقد تدارك ذلك و القى علينا نبذه من القواعد التى استنبطها من متفرقات أبواب الفقه و كلمات الفقهاء و لم ينفق أو يتوفق لاستخراجها و جمعها سواه، و نحن إكمالا للفائده و حرصا على جميع عوارفه و طرائفه نذكرها هنا سردا كى تنضم الى القواعد التى استدرکها على المجله و أوردها فى اوليات الجزء الأول و لكن أكثرها مسطوره فى كتب فقهاء الإماميه، اما هذه فأكثرها من مبتكراته و قد يوجد بعضها فى كتب بعضهم و نحن نذكرها غفلا من غير تعليق و لا تنسيق و هى قواعد نفيسه و نافعہ يستريح إليها الفقيه و المتفقه فى استخراج حكم كثير من الفروع الجزئيه التى ينطبق عليها قاعده من تلك القواعد الكليه و التخريج و التطبيق، موكول الى أهل الفضل و التحقيق، و هى أيضا محتاجه إلى الشرح و التوضيح.

١ الدواعى لا تقيد الأسباب ٢ كل وقف زال نفعه، جاز بيعه ٣ كلما جاز إجارتة جاز وقفه و مالا فلا ٤ كل من ادعى مالا بلا معارض فهو له و ان لم يكن له

٥ كل من يقبل قوله فلا- بد معه من اليمين إلا في موارد ٦ حكم التحالف فسخ أو تراد أو تقسيم ٧ الحرام لا- يحرم الحلال ٨ الرضاع يحرم سابقا و لاحقا ٩ كل مقبوض بإذن الشارع أو المالك لا يضمن إلا بالتعدى و كل مقبوض بدون أحدهما مضمون مطلقا ١٠ الضمان اشغال ذمه نفسه عن الغير، و الحوالة اشغال ذمه الغير عن نفسه ١١ لا يمين على المدعى الا في ثلاثه مواضع، الاستظهار، اليمين المردوده القسامه ١٢ كل وطى بلا عقد و لا زنا فمهر المثل و مع العقد و التسميه فالمسمى و الا فمهر المثل، الزانى باغى و لا- مهر لبغى ١٣ كل عقد أو وطى لذات بعل أو معتده مع العلم بالحكم و الموضوع يوجب التحريم الأبدى بخلاف العقد وحده مع الجهل ١٤ كل طلاق لياسه أو صغيره أو قبل الدخول فلا عدّه له ١٥ كل من مات عنها زوجها فعليها العده مطلقا ١٦ كل مال مردد بين افراد فإن كانت محصوره فالقرعه أو القسمه صلحا قهريا و الا فهو مجهول المالك ١٧ كل وصى ليس له ان يوصى لغيره الا مع اذن الموصى

١٧ كل وصى ليس له ان يوصى غيره الا مع اذن الموصى ١٨ كل وقف و مال ميت لا ولى له فالولاية لحاكم الشرع ١٩ الولاية فى كل حسبه لحاكم الشرع أو مأذونه.

٢٠ كل متولى ينعزل بالخيانة.

٢١ كل من نصبته الامانه عزلته الخيانة ٢٢ كل قاصر فولايته لأبيه وجده الا من عرض له السفه أو الجنون بعد بلوغه فولايته لحاكم الشرع.

٢٣ ولاية الأب و الجد عرضيه ينفذ السابق و مع الاقتران و التنافى فالبطلان.

و إذا ألحقنا هذه القواعد بالقواعد التى استدرکها سماحه الامام على المجله الجزء الأول و هى اثنان و ثمانون يبلغ المجموعه مائه قاعده و خمس، و بضميمه الملخص من المائه قاعده المذكوره فى أصل المجله البالغه خمس و أربعين بعد إرجاع بعضها الى بعض و حذف المكرر يبلغ المجموع مائه و خمسين قاعده كليه يرجع إليها الفقيه فى كثير من الفروع و يستريح إليها و تجد هذه القواعد قليله الألفاظ كثيره المعنى غزيره الماده و هى تشبه ما وجدناه له فى بعض مجاميعه من الكلمات القصار المبنيه على الحكم العالیه و المعارف السامیه و فصاحه الأسلوب و براعه اللفظ - مثل قوله دامت بركاته - لو لا سبق الوجود على العدم لما وجد شىء.

و هذه الجملة تنطوى مع و جازتها على أقوى براهين التوحيد و اسمى قواعد الفلسفه العاليه و إثبات الصانع يعرف ذلك اهله و مثل قوله يستطيع الإنسان ان يصير ملكا، و لا يستطيع الملك ان يصير إنسانا.

و مثل قوله: القوه فى الحق و ليس الحق فى القوه.

و أعلى من هذا قوله دام ظله: الحق اعمى حتى تأتى القوه فتقوده.

و قد ابتكر هذا المعنى ابتكاراً و صاغه أبداع صياغه و أصاب به هدف الحقيقه.

و مثل قوله: خلق الله الأكل للإنسان و ما خلق الإنسان للأكل.

و قوله: النعم إذا شكرت كثرت، و إذا كفرت فرت.

الى كثير من نظائر هذا مما لا مجال لإحصائه هنا، و انما ذكرنا هذا القبس من ذلك النور على سبيل النموذج و الطليعه و كل مؤلفاته تشهد بما منحه الله من براعه الإنشاء و سحر البيان الذين بذ فيه السابق و اللاحق و تفرد بذلك فى عصره و حيث ان جميع مؤلفاته ممتعه و عاليه وجدنا من تمام الفائده و كمال المنفعه الإشاره الى كل واحد منها و بيان المطبوع منها و غير المطبوع و تاريخ طبعه و البلد التى طبعت فيه كل ذلك فى ضمن هذه:

و رتبهه على أبواب العلوم

الباب الأول مؤلفاته فى علم الحكمة و الفلسفه و القصاد

(١) الآيات البينات يشتمل على ثلاث رسائل رد الطبيعى، نقض فتاوى الوهايبه، مزخرفات البهائيه.

طبع فى مطابع النجف سنه ١٣٤٥ «٢» الدين و الإسلام.

طبع الأول و الثانى منه فى مطبعه دار السلام بغداد سنه ١٣٢٩ ثم صودر القسم الأكبر منهما أيام سلطه الأتراك و ولايه ناظم باشا على العراق ثم طبع ثانيا فى صيدا الأول ثم الثانى فى ما بعد الثلاثين و الف و ثلاثمائه.

«٣» الدين و الإسلام الجزء الثالث و الرابع لم يطبعوا و أكثر موادهما موجوده.

«٤» أصل الشيعه و أصولها طبع فى صيدا مرتين و نفذت نسخهما و لو طبع عشر مرات لنفذ لشده الطلب. و يوشك ان يطبع الطبعة الثالثه «٥» المراجعات الريحانيه جزءان طبع الأول فى بيروت و الثانى فى صيدا حدود ١٣٣١ «٦» التوضيح جزءان طبع الأول فى صيدا و الثانى فى بغداد

سنه ١٣٤٧ «٧» الميثاق العربى الوطنى طبع فى النجف فهذه عشره مجلدات مطبوعه كلها فى الحكمه و العقائد و أصول المعارف.
اما غير المطبوع منها.

«١١» الدروس الدينيه. رتبه دروساً فى العقائد لطلاب مدرسته و أشار فيه الى الأدله بأسلوب بديع.

«١٢» حواشى على الاسفار و الهدايه الاثريه.

«١٣» حواشى على العرشيه و رساله الوجود له أيضاً.

(الباب الثانى) مؤلفاته فى علم الفقه و الأصول.

المطبوع منها.

«١» حاشيه مفصله على تبصره العلامه طبعت فى بغداد سنه ١٣٣٨ يسعى جماعه من الذين رجعوا اليه بالتقليد فى ذلك العهد.

«٢» سؤال و جواب فى الفتاوى الفقيهيه طبعت فى النجف سنه ١٣٥٠ ثم طبعت ثانيا سنه ١٣٥٥ «٣» و جيزه الاحكام دوره فقه تامه و كمتن من المتون الفقيهيه و رساله عمليه للمقلدين طبعت فى النجف سنه ١٣٦٠ «٤» حاشيه على عين (الحياه) الفارسيه لأخيه المرحوم حجه الإسلام الشيخ احمد رضوان الله عليه طبعت فى الهند

□
سنه ١٣٤٥ «غير المطبوع» شرح مبسوط على «العروه الوثقى» لاستاذة حجه الإسلام آيه الله السيد محمد كاظم الطباطبائى برز منه الى المبيضة مجلدان كتاب الطهاره و كتاب الصلاه فيه تنقيح و تحرير للأدله الفقهيه بأسلوب بكر و تحرير بديع.

«٦» حاشيه مبسوطه على مكاسب الشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصارى قدس سره فى المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات.

«٧» حواشى و فتاوى على العروه الوثقى أيضاً يرجع إليها المقلدون.

«٨» حواشى على كتاب (سفينه النجاه) لأخيه المتقدم و هو كتاب جليل دوره فقه تام و قد علق عليه سماحه الامام و هو مجلدان كبيران طبع الأصل فى النجف سنه ١٣٣٨ و لم يطبع التعاليق عليه الى الآن.

«٩» رسائل متفرقه فى جمله من مشكلات الفقه.

(علم الأصول) غير المطبوع «١» (تنقيح الأصول) متن على نحو الكفايه و فيه تحرير جديد لفن الأصول.

□
«٢» حواشى على رسائل الشيخ المرتضى الأنصارى أعلى الله مقامه.

□ □
«٣» حواشى على كفايه أستاذه آيه الله الخراسانى أعلى الله مقامه.

«٤» رساله فى الجمع بين الأحكام الظاهرية و الواقعية و مراتب الحكم.

«٥» حواشى على القوانين و الفصول.

«فن الأدب و علوم العربية» «١» سحر بابل و ترجمه الاعلام و الأفاضل طبع فى صيدا سنة ١٣٣١ و المقدمه و جميع ما فيه من التراجم هى من قلمه الفياض و كذلك تعاليق السيد الحبوبى المطبوع فى بيروت بذلك التاريخ و وساطه القاضى الجرجانى.

غير المطبوع «٢» مغنى الغوانى عن الأغانى اختصر كتاب الأغانى لأبى الفرج الأصبهانى عشرين جزءاً فى مجلد واحد كبير و اختار منه كل ما فيه من شعر بديع و قصه رائعه بحذف الأسانيد و المكررات و قدم له مقدمه بارعه و الحق به فوائد جليله، و فى الحق انه كنز من كنوز الأدب و هو موجود فى مكتبته العامه مبيضا بقلمه الفنان.

«٢» مجموعه منتخبه من شعره الذى أنشد فى عصر الشيبه قبل ان يراهق و سماه (الأحسن من شعر الحسين)

«٣» منتخب من شعره فى سفره و حضره الذى أنشأه بعد العشرين من عمره الى الثلاثين و سماه (العصريات و المصريات) «٤» (نهزه السفر و نزهه السمر) رحلته الى سوريا و الحجاز بقصد الحج سنة ١٣٣٩ و هى مجموعه مشحونه بالفوائد العلميه و المطارح الأدبيه.

«٥» تعاليق على أمالى السيد المرتضى المطبوع فى مصر الطبعه القديمه.

«٦» تعاليق على أدب الكاتب لابن قتيبه و شرحه للسيد البطليوسى فيها تحقيقات نفيسه فى العريبه.

«٧» مجموعه فيما اختاره من الإشعار القديمه و الحديثه و الخطب البليغه و الكلمات القصار من الأئمه المعصومين من فارسى و عربى ابتداء بجمعها سنة ١٣٢٠ و قال فى مقدمتها بعد الحمد و البسمله، هذه الكناشه مما جمعه بقلمه العبد محمد الحسين آل كاشف الغطاء عند التماس ترويح النفس و إجمام خاطر، و تمييز الذوق مما لم اعتمده قصدا، و لا قصدته ثواً و انما جاء عفواً، و حصل اتفاقا فانى كنت عند سير بعض الاسفار و تقليب بعض المؤلفات الأدبيه، إذا استحسنت شارده أو ظفرت بنادره من أبيات حكمه أو عظه بالغه أو نسيب يلعب بالالباب قيدت شاردها حذراً من ان تند عن خاطر الى آخر ما نمق تراعه.

«٨» مجموعه ثانيه ابتدأ بجمعها سنه الثلاثين بعد الالف و الثلاثمائه عند سفره الى مصر و الحجاز و فيها مضافا الى الشعر الرائق العالى تحقيقات دقيقه و مباحث عميقه فى الحكمه و العرفان و التصوف باللغتين العربيه و الفارسيه.

«٩» ثالثه مبوبه ذات فصول و عناوين سماها طرائف الحكم «١٠» رحلته إلى إيران لزياره الامام الرضا عليه السلام سنه ١٣٥٢ «١١» رساله سماها (عقود حياتى) ذكر فيها ترجمه حياته و ما شاهد فيها من الحوادث المهمه من العقد الأول إلى بدء العقد السابع.

«١٢» مجموعه كبيره واسعه سماها (دائره المعارف الصغرى) جمع فيها أنفس ما سئل عنه فى الحكمه و الكلام، و أسرار الشرائع و الاحكام و فلسفه الإسلام مضافا الى الفتاوى الفقيهيه التى سئل عنها مع أجوبتها الضافيه، و هذه المجموعه من أنفس مجاميعه و هى بحر متلاطم الأمواج.

(الكتب التى ترجمها من الفارسيه إلى العربيه) «١» كتاب (فارسى هيئه) فى الهيئه القديمه و كان يدرس فى النجف بعد (تشريح الأفلاك) للشيخ البهائى نقله إلى العربيه أحسن نقل حتى كأنه من رأسه.

«٢» رحله (ناصر خسرو) العلوى من وطنه بلخ الى

الحجاز سنة ٤٣٧ و تمام سفره الى سبع سنوات مر على عواصم الإسلام كمصر و سوريا و فلسطين و وصفها أبداع و وصف و قد ترجمها سماحته باختصار.

«٣» رساله (حجه السعاده. فى حجه الشهاده) تأليف (صنيع الملك) ألفها بطلب مخدومه (السلطان ناصر الدين شاه) حيث اقترح عليه ان يشرح له وضعيه العالم و الممالك و الأمم فى سنه احدى و ستين التى وقعت فيها حادثه الطف مع ذكر الشهاده و وصفها من كتب الأجانب فجمع و اتفق و أبداع فيما جمع.

و قد نقل سماحته جمله مهمه منها مع المحافظه على الأصل.

(الخطب)

لو جمعت جميع خطبه التى ارتجلها فى المجتمعات العامه و النوادى الحافله و الجموع المحتشده، لجات بأكبر كتاب يشتمل على أكثر من مائه خطبه و كان سماحته إذا رقى المنبر ينصب مثل السيل المنحدر بأفصح بيان يخترق الاسماع الى القلوب و يخلب الألباب و لا ينقطع بأقل من الساعتين أو ثلاث ففى سفره الى المؤتمر الإسلامى فى القدس لم يدخل عاصمه من عواصم الإسلام إلا- و اجتمع الناس عليه و خطب عليهم الخطب البليغه من بغداد و الشام و بيروت و صيدا و صور و حيفا و جنين و القدس ذهابا و إيابا و خطب عند رجوعه من المؤتمر فى الحسينيه الكبرى فى الكرخ الليله الرابعه من شهر رمضان زهاء أربعه ساعات و كان ذلك النادى الحسينى قد غص بالمستمعين

من أكابر الرجال ثم خطب في كربلاء كذلك و في النجف في المسجد الهندي ثم في شوال في مسجد الكوفه و على هذا المنوال سفره الى إيران لزياره الامام الرضا عليه السلام فقد خطب في همدان و شيراز و المحمره و عبادان و البصره و الناصريه و الديوانيه و الحله و لكن من الأسف انه لم يطبع من تلك الخطب النفيسه إلا التزر القليل نذكرها فيما يلي:

(خطبه فلسطين التاريخيه) طبعت في بيت المقدس رجب سنه ١٣٥٠ (خطبه الاتحاد و الاقتصاد) في جامع الكوفه طبعت منفرده في النجف شوال سنه ١٣٥٠ ثم طبعت هي و خطبه فلسطين في البصره ثانيا.

(الخطب الأربع) طبعت في النجف في مطبعه الراعي سنه ١٣٥٣ (نبذه من السياسه الحسينيه) ألقاها كخطبه في بيان الحكم و الاسرار التي توخاها سيد الشهداء سلام الله عليه بحمل عيالاته المخدرات و تعريضهن للسبي و هي فريده في بابها و قد طبعت في النجف مرتين و نفذت.

ثم في هذه السنوات الأخيره تدافع تيار علمه بهذه الاصداف المشحونه بالليالي المكنونه و هو كتاب (تحرير المجله) الذي

هو «حقه» مفخره من مفاخر هذا العصر شرع فى الجزء الأول سنة ١٣٥٩ ثم تلاه الثانى سنة ١٣٦٠ و الثالث ١٣٦١ و أتم الرابع و الخامس سنة ١٣٦٢ و كان الطبع و النشر مساوقا للتأليف فكان تمام تأليفه مع تمام طبعه.

و من يتدبر فى الأوضاع العالميه هذه السنوات و ارتباك الأفكار فيها و قلق النفوس و ذهول الألباب و تعسر عموم الحاجات خاصه أدوات الطبع و لوازمه من الورق و غيره لا يشك بأن تأليف مثل هذه الموسوعه و سرعه نشرها فى هذه الظروف القاسيه ممتدين من عنايه ازليه و مدفوع بيد غيبه و ان همم الرجال تقلع الجبال، نعم و من يتدبر كثره مؤلفاته التى تربو على الثمانين مما ذكرناه و ما لم نذكره لعدم عثورنا عليه فان له مؤلفات هو حريص على كتمانها حسب الظروف، نعم من يستقصى تلك النفاثس الجليله مع كثره إشغاله اليوميه من تدريس و فتوى و حل الخصومات و المرافعات من النجف و خارجه و اقامه الجماعه و أمثال ذلك من الأعمال التى لا محيص له عنها، و لا معول على سواء فيها.

و الشهره بلاء. و قدما قيل: لا يزال الرجل لنفسه فإذا عرف كان لغيره، من نظر الى هذه النواحي من المواهب و أنصف يتجلى له ان هذه الشخصيه المباركه من الطراز الأول من الأساطين كالشيخ المفيد و السيد المرتضى و الشيخ الطوسى الذين لم تزل آثارهم منشوره، و خدماتهم للدين مشكوره، و فى بعض الكتب

□
السمويه: (من ثمارهم تعرفونهم) و هذه آثاره النافعه، و ثماره اليانعه. سارت مسير الشمس في أقطار الأرض. فهو أدام الله
بركات وجوده من افذاذ الدهر و نوابغ العالم و اليه المفزع في المشكلات. و يحق ان تكون له الزعامه الدينيه. و تقصر عليه
المرجعيه العامه في عموم المسلمين فضلا عن هذه الطائفه. و ما ذكرنا ذلك الا مصارحه بالحق و خدمه للحقيقه. و الله الموفق
للصواب و منه المبدء و اليه المآب.

صفحه سطر خطأ صواب ١١ ٣١ العده أو العده الرجعيه أو

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهجان
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩