

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٤

الوفاة: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٤

المطبعة: حافظ

الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية - قم - إيران

ردمك:

ملاحظات:

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الرابع

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع إسلام ج ٤ .

تأليف: زين الدين بن علي العاملي " الشهيد الثاني " .

تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية.

صف الحروف: مؤسسة المعارف الإسلامية.

الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ . ق .

المطبعة: حافظ

العدد: .. ٢٠٠٠ نسخة.

السعر: .. ٤١٠٠ ريال.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

(۳)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الإسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب - ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٣٢٠٠٩

كتاب الرهن

(٥)

كتاب الرهن
والنظر فيه يستدعي فصولاً:
الأول
في الرهن
وهو وثيقة لدين المرتهن.

(١) الصحاح ٥ : ٢١٢٨ ، معجم مقاييس اللغة ٢ : ٤٥٢ .
(٢) المدثر : ٣٨ .

ويفتقر إلى الايجاب والقبول، والايجاب كل لفظ دل على الارتهان، كقوله:
رهنتك، أو هذه وثيقة عندك، أو ما أدى هذا المعنى.

(١) الدروس: ٣٩٥

ولو عجز عن النطق كفت الإشارة. ولو كتب بيده والحال هذه،
وعرف ذلك من قصده، جاز.

(١) الدروس: ٣٩٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٢.

(٣) الدروس: ٣٩٥.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

والقبول هو الرضا بذلك الايجاب.
ويصح الارتهان سفرا وحضرا.

- (١) التذكرة ٢ : ١٢ .
- (٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٩٨ .
- (٣) البقرة : ٢٨٣ .

وهل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح.

(١) النساء: ٤٣

(٢) درر اللغالي ١: ٣٢٥، مستدرك الوسائل ١٣: ٤١٨ ح ٥، صحيح البخاري ٣: ٧٤.

(٣) النهاية ٤٣١، المراسم: ١٩٢، الدروس: ٣٩٥.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٥) التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٩، الوسائل ١٣: ١٢٣ - ١٢٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الرهن

ح ١ و ٢ تفسير العياشي ١: ١٥٦ ح ٥٢٥. والرواية عن أبي جعفر عليه السلام.

(٦) المائدة: ١

(١) التذكرة ٢: ٢٤

(٢) هكذا في النسخ ولعله اشتباه نشأ في النسخ من اشتراك الشهيد والشيخ في رمز " ش " فإن
الشهيد صرح في الدروس: ٣٩٦ بعدم وجوب القبض حتى مع الشرط ولكن نسبة إلى الشيخ
راجع المبسوط ٢: ١٩٨ وإن كان غير صريح أيضا في ما هنا

ولو قبضه من غير إذن الراهن، لم ينعقد. وكذا لو أذن في قبضه،
ثم رجع قبل قبضه.
وكذا لو نطق بالعقد ثم جن، أو على أغمي عليه، أو مات
قبل القبض

(١) قواعد الأحكام ١: ١٦١.
(٢) في " ه " : ما قال به هنا

-
- (١) قواعد الأحكام ١ : ١٦١.
 - (٢) الدروس: ٣٩٦.
 - (٣) التذكرة ٢ : ٢٦.
 - (٤) الدروس: ٣٩٦.
 - (٥) الدروس: ٣٩٦.
 - (٦) القواعد ١ : ١٦٢.
 - (٧) في ج ٣ : ٤٥٥ - ٤٥٦

وليس استدامة القبض شرطا، فلو عاد إلى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة.
ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصبا، لتحقق القبض.

-
- (١) التذكرة ٢: ٢٦.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٤٠١.
(٣) البقرة: ٢٨٣

(١) راجع ص ١٣ .
(٢) التذكرة ٢ : ٢٥ . وإنما ذكره بناء على اشتراط القبض، وهو لا يقول به

ولو رهن ما هو غائب، لم يصر رهنا، حتى يحضر المرتهن أو القائم
مقامه عند الرهن ويقبضه.
ولو أقر الراهن بالاقباض، قضي عليه إذا لم يعلم كذبه.
ولو رجع لم يقبل رجوعه، وتسمع دعواه لو ادعى المواطاة على
الاشهاد، ويتوجه اليمين على المرتهن على الأشبه.

(١) في ص: ٥٦ - ٥٨.

(٢) راجع ص ١١ - ١٢

ولا يجوز تسليم المشاع إلا برضا شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل، على الأًشبه.

(١) التذكرة ٢: ٤٣.

(٢) راجع الجزء الثالث: ٢٤٠.

-
- (١) الوسائل ١٣ : ١٧٨ - ١٧٩ ب " هـ " من أبواب كتاب الشركة ح ١ .
(٢) الدروس : ٣٩٦ .
(٣) التذكرة ٢ : ١٧ .
(٤) المختصر النافع ١ : ١٣٧ ، إيضاح الفوائد ٢ : ٢٩ ، جامع المقاصد ٥ : ١٠٧ .

الثاني
في شرائط الرهن
ومن شرطه أن يكون عينا مملوكا، يمكن قبضه، ويصح بيعه، سواء
كان مشاعا أو منفردا. فلو رهن دينا لم ينعقد.

(١) التذكرة ٢: ١٦
(٢) حكم بعدم جواز رهن الدين في ١: ١٥٨، وبعدم اشتراط القبض في ١: ١٦١، إلا أنه قال
فيه: ليس شرطا على رأي.

وكذا لو رهن منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد.
وفي رهن المدبر تردد، والوجه أن رهن رقبتة إبطال لتدبيره.

- (١) الدروس: ٣٩٧.
(٢) جامع المقاصد ٥: ٤٩، وفي النسخة خطأ مطبعي إذ ورد فيها " والحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله " والصحيح مما يقبض مثله.
(٣) البقرة: ٢٨٣.
(٤) جامع المقاصد ٥: ٩٤.

أما لو صرح برهن خدمته مع بقاء التدبير، قيل: يصح، التفاتا إلى الرواية المتضمنة لجواز بيع خدمته، وقيل: لا، لتعذر بيع المنفعة منفردة، وهو أشبه. ولو رهن ما لا يملك لم يمض، ووقف على إجازة المالك. وكذا لو رهن ما يملك وما لا يملك، مضى في ملكه، ووقف في حصة الشريك على إجازته. ولو رهن المسلم خمرا لم يصح، ولو كان عند ذمي.

(١) المبسوط: ٢: ٢١٣.

(٢) الدروس: ٣٩٨.

(٣) المهذب راجع المجموع ١٣: ٢٠١.

(٤) في ص ٢١.

ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصح أيضا، ولو وضعها على يد
ذمي، على الأئمة.
ولو رهن أرض الخراج لم يصح، لأنها لم تتعين لواحد. نعم، يصح
رهن ما بها من أبنية وآلات وشجر.
ولو رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير في الهواء، والسمك في الماء،
لم يصح رهنه.

-
- (١) التهذيب ٨: ٢٦٠ ح ٩٤٥، الاستبصار ٤: ٢٩ ح ١٠٠، الوسائل ١٦: ٧٤ ب " ٣ " من
أبواب التدبير ح ٤.
(٢) الخلاف ٣: ٢٤٨ مسألة ٥٢ كتاب الرهن.
(٣) كما في ج ٣: ٥٦ و ١٦٨.

وكذا لو كان مما يصح إقباضه ولم يسلمه.
وكذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا وقيل: يصح
ويوضع على يد مسلم، وهو أولى.
ولو رهن وقف لم يصح.

-
- (١) في ص ١١.
(٢) التذكرة ٢: ٢٤.
(٣) النساء: ١٤١.

ويصح الرهن في زمان الخيار، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه.
ويصح رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة، والجاني خطأ، وفي العمدة تردد. والأشبه الجواز.

(١) المبسوط ٢: ٢١١.

ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه جاز،
وإلا بطل، وقيل: يصح ويجبر مالكة على بيعه.

(١) المبسوط ٢: ٢١٣.

(٢) في ج ٣: ١٧١.

(٣) المبسوط: ٢: ٢١٦.

الثالث
في الحق
وهو كل دين ثابت في الذمة، كالقرض، وثن المبيع. ولا يصح
فيما لم يحصل سبب وجوبه، كالرهن على ما يستدينه، وعلى ثمن ما
يشتره.

(١) البقرة: ٢٨٣.

ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت، كالدية قبل استقرار
الجنائية. ويجوز على قسط كل حول بعد حلوله.

(١) الدروس: ٤٠٢.

(٢) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢: ٤٥، والعلامة في التحرير: ٢٠٥، والمحقق الكركي في
جامع المقاصد ٥: ٨٩.

وكذا الجعالة قبل الرد، ويجوز بعده.
وكذا مال الكتابة. ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه. ويطلق الرهن
عند فسخ الكتابة المشروطة.

(١) التذكرة ٢: ٢٤.

(٢) المبسوط ٢: ١٩٧.

(٣) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢: ٤٤، وابن إدريس في السرائر ٢: ٤١٧، ويحيى بن سعيد
في الجامع: ٢٨٧.

ولا يصح على ما لا يمكن استيفاءه من الرهن، كالإجارة المتعلقة
بعين المؤجر مثل خدمته. ويصح فيما هو ثابت في الذمة، كالعمل المطلق.
ولو رهن على مال رهنا، ثم استدان آخر، وجعل ذلك الرهن
عليهما، جاز.

(١) كذا في النسخ. ولعل الصحيح اسقاط " من " من العبارة أو تكون الجملة " على الأقوى
المشهور " وتحذف الفاء من " فتنحقق " .

الرابع
في الرهن

ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف، ولا ينعقد مع الاكراه.
ويجوز لولي الطفل رهن ماله، إذا افتقر إلى الاستدانة، مع مراعاة
المصلحة، كأن يستهدم عقاره فيروم رمه، أو يكون له أموال يحتاج إلى
الانفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله،
إذا كان استبقاؤها أعود.

(١) في ج ٣: ١٥٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٤.

الخامس
في المرتهن
ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف،
ويجوز لولي اليتيم أخذ
الرهن له.
ولا يجوز أن يسلف ماله، إلا مع ظهور الغبطة له، كأن يبيع بزيادة
عن الثمن إلى أجل.

(١) التذكرة ٢ : ١٤ .

ولا يجوز له إقراض ماله إذ لا غبطة فيه. نعم، لو خشى على المال من غرق أو حرق أو نهب وما شاكله، جاز إقراضه وأخذ الرهن. ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً.

-
- (١) الكافي ٥: ١٣٢ ح ٨، التهذيب ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣، الوسائل ١٢: ١٩٢ ب " ٧٦ " من أبواب ما يكتسب به ح ١. وفي المصادر: ولي مال يتيم.
- (٢) التذكرة ٢: ٨١.
- (٣) التذكرة ٢: ٨١ - ٨٢.

وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدل معين، لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة، على تردد.

وتبطل مع موته، دون الرهانة.
ولو مات المرتهن، لم تنقل إلى الوارث، إلا أن يشترطه. وكذا إن كان
الوكيل غيره.
ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، حتى يعلم
بعينه.

-
- (١) راجع القواعد ١ : ١٦٤ ، ١٩١ ، ٢٥١ .
(٢) راجع القواعد ١ : ١٦٤ ، ١٩١ ، ٢٥١ .
(٣) عوالي اللثالي ١ : ٢٢٤ ح ١٠٦ ، المستدرک ١٤ : ٨ ذيل ح ١٢ ، سنن الترمذي ٣ : ٥٦٦ ح ١٢٦٦ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ ح ٢٤٠٠ .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن.
والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره
من الغرماء، سواء كان الراهن حيا أو ميتا على الأشهر. ولو أعوز ضرب
مع الغرماء بالفاضل.

-
- (١) في "ه": الديان.
(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٢.
(٣) الوسائل ١٣: ١٣٩ "ب" ١٩ من أبواب الرهن ح ١، ٢.

والرهن أمانة في يده لا يضمنه لو تلف، ولا يسقط به شيء من حقه ما لم يتلف بتفريطه.
ولو تصرف فيه بركوب أو سكنى أو إجازة ضمن ولزمته الأجرة.
وإن كان للرهن مؤنة كالدابة أنفق عليها وتقاصا، وقيل: إذا أنفق عليها كان له ركوبها، أو يرجع على الراهن بما أنفق،

- (١) الخلاف ٣: ٢٥٦ مسألة ٦٦ كتاب الرهن.
(٢) انظر الوسائل ١٣: ١٢٥ ب " ٥ " من أبواب أحكام الرهن.

ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه. أما لو اعترف بالرهن وادعى ديناً، لم يحكم له، وكلف البيّنة، وله إخلاف الوارث إن ادعى عليه العلم.

(١) النهاية: ٤٣٥.

(٢) الكافي ٥: ٢٣٦ ح ١٦، الفقيه ٣: ١٩٦ ح ٨٨٩، التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٨، الوسائل ١٣: ١٣٤ ب " ١٢ " من أبواب أحكام الرهن ح ١.

(٣) الدروس: ٣٩٩.

ولو وطئ المرتهن الأمة مكرها كان عليه عشر قيمتها أو نصف
العشر، وقيل: عليه مهر أمثالها. ولو طاوعته لم يكن عليه شيء.
وإذا وضعه على يد عدل فللعدل رده عليهما، أو تسليمه إلى من
يرتضيانه.

(١) لم نعثر عليه بلفظ وورد النهي عنه في البخاري ٣: ١١٠ باب ثمن الكلب من كتاب البيوع،
وورد أنه سحت في الوسائل ١٢: ٨٣ ب " ١٤ " من أبواب ما يكتسب به ح ٦.

ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، ولا إلى أمين غيرهما
من غير إذنهما. ولو سلمه ضمن. ولو استترا أقبضه الحاكم. ولو كانا
غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدل آخر، من غير ضرورة، لم يجز.
ويضمن لو سلم.
وكذا لو كان أحدهما غائبا. وإن كان هناك عذر سلمه إلى
الحاكم. ولو دفعه إلى غيره من غير إذن الحاكم ضمن. ولو وضعه على يد
عدلين لم ينفرد به أحدهما، ولو أذن له الآخر.

ولو باع المرتهن أو العدل الرهن، ودفع الثمن إلى المرتهن، ثم ظهر فيه عيب، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن. أما لو استحق الرهن استعاد المشتري الثمن منه.

وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث.
فإن اتفقا على أمين، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه.
ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره، إن اختلف المرتهن
والمالك.

(١) كذا في " ب " و " س " وفي غيرهما: الراهن.

السادس
في اللواحق
وفيه مقاصد:
الأول: في أحكام متعلقة بالرهن.
لا يجوز للرهن التصرف في الرهن باستخدام، ولا سكنى، ولا
إجارة. لو باع أو وهب وقف على إجازة المرتهن.

وفي صحة العتق مع الإجازة تردد، والوجه الجواز. وكذا المرتهن.
وفي عتقه مع إجازة الرهن تردد، والوجه المنع،

(١) المبسوط ٢: ٢٣٨.

(٢) في "س": حلل له.

لعدم الملك ما لم يسبق الإذن.
ولو وطئ الراهن فأحببها، صارت أم ولده، ولا يبطل الرهن.
وهل تباع؟ قيل: لا، ما دام الولد حيا، وقيل: نعم، لأن حق
المرتهن أسبق، والأول أشبه.

-
- (١) الوسائل ١٣: ١٢٤ ب " ٤ " من أبواب أحكام الرهن ح ١، ٢، ٣.
(٢) الوسائل ١٣: ٥١ ب " ٢٤ " من أبواب بيع الحيوان و ١٦: ١٠٧ ب " ٦ " من أبواب الاستيلاء.

ولو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطئ.
ولو أذن
له في بيعها فباع بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهنا.

-
- (١) التذكرة ٢: ٢٨.
(٢) الخلاف ٣: ٢٢٩ مسألة ١٩ من كتاب الرهن.
(٣) المبسوط ٢: ٢١٠.

ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله. ولو كان بعد حلوله صح. وإذا حل الأجل وتعذر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلا، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، ليلزمه البيع. فإن امتنع كان له حبسه، وله أن يبيع عليه.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
من أبواب المهور ح ٤.
(٢) التذكرة ٢: ٣٠.

الثاني: في أحكام متعلقة بالرهن.
الرهن لازم من جهة الراهن، ليس له انتزاعه إلا مع إقباض الدين
أو الإبراء منه، أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان.

(١) التذكرة ٢: ٣٢.

(٢) المبسوط ٦: ٩١.

-
- (١) الدروس: ٤٠٣ .
(٢) المبسوط ٢ : ٢٠٢ .
(٣) قواعد الأحكام ١ : ١٦٥ - ١٦٦ .

وبعد ذلك يبقى الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يجب تسليمه إلا مع المطالبة.

ولو شرط إن لم يؤدي، أن يكون الرهن مبيعاً، ولم يصح.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٧٩ .
(٢) التذكرة ٢ : ٤١ - ٤٢ .
(٣) في " ن " و " س " و " م " : الوفاء .
(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٦٦ .

ولو غصبه ثم رهنه صح، ولم يزل الضمان. وكذا لو كان في يده
بيع فاسد. ولو أسقط عنه الضمان صح.

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، المستدرک للحاکم ٢: ٤٧، عوالي اللئالي ٣: ٢٤٦ ح ٢.

(١) في ص: ١٥.

(٥٧)

-
- (١) راجع ص ٥٦.
(٢) البقرة: ٢٨٣.
(٣) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

وما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن.
ولو حملت الشجرة، أو الدابة، أو المملوكة بعد الارتهان، كان الحمل
رهنًا كالأصل على الأظهر.

-
- (١) السرائر ٢: ٤٢٤.
(٢) الإنتصار: ٢٣٠. وما بين المعقوفتين ورد في هامش " و " وأنه بخطه قدس سره.
(٣) المبسوط ٢: ٢٣٧، الخلاف ٣: ٢٥١ مسألة ٥٨ من كتاب الرهن.
(٤) قواعد الأحكام ١: ١٦٤.
(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦.

ولو كان في يده رهنان بدينين متغايرين، ثم أدى أحدهما، لم يجز إمساك الرهن الذي يخصه بالدين الآخر.

(١) جامع المقاصد ٥ : ١٣٢ .

(٢) المختلف: ٤١٨ .

(٣) التهذيب ٧ : ١٧٥ - ١٧٦ ح ٧٧٥، الوسائل ١٣ : ١٣٤ ب " ١٢ " من أبواب كتاب الرهن ح ٢٠٢ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٣٥ ح ١٢، التهذيب ٧ : ١٧٣ ح ٧٦٧، الفقيه ٣ : ٢٠٠ ح ٩٠٧ بتفاوت يسير، الوسائل ١٣ : ١٣٠ ب " ٨ " من أبواب كتاب الرهن ح ١ .

(٥) التذكرة ٢ : ٣٧ .

وكذا لو كان له دينان، وبأحدهما رهن، لم يجوز له أن يجعله رهنا
بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف.
وإذا رهن مال غيره بإذنه ضمنه
بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته.

(١) في ص: ٣١ - ٣٢.

ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به.

(١) الدروس: ٣٩٧.

وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة، وإن لم تؤبر.
وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع، ولا الشجر، ولا النخل. ولو
قال: بحقوقها، دخل. وفيه تردد، ما لم يصرح.

-
- (١) لم نجد ذلك في التذكرة ولا في غيره من كتب العلامة، بل الوارد فيها عدم الدخول إلا مع الشرط. راجع التذكرة ٢: ٣٧ والمختلف: ٤١٨ والتحرير ١: ٢٠٥.
- (٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٥.
- (٣) المجموع ١٠: ١٤٩.
- (٤) المبسوط ٢: ٢٤١.
- (٥) راجع ج ٣: ٢٣٠.

وكذا ما يثبت في الأرض بعد رهنها، سواء أنبتته الله سبحانه أو
الراهن أو أجنبي، إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون.
وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأشبه.
ولو رهن لقطعة مما يلقط كالخيار، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية
صح. وإن كان متأخرا تأخرا يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز،
قيل: يبطل، والوجه أنه لا يبطل. وكذا البحث في الخرطة مما يخرط،
والجزء مما يجز.

وإذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته، وكان حق المجني عليه أولى.
وإن جنى خطأ، فإن افتكه المولى بقي رهنا، وإن سلمه كان للمجني عليه منه بقدر أرش الجناية والباقي رهن.
وإن استوعبت الجناية قيمته، كان المجني عليه أولى به من المرتهن.

(١) المبسوط ٢: ٢٤٢.

ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه، ولا يخرج عن الرهانة. ولو
كانت الجناية نفساً جاز قتله. أما لو كانت خطأ لم يكن لمولاه عليه شيء،
وبقي رهناً.

(١) التذكرة ٢: ٣٩.

ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك ما ثبت للموروث من القصاص، أو انتزاعه في الخطأ إن استوعبت الجناية قيمته، أو إطلاق ما قابل الجناية إن لم يستوعب.

-
- (١) في هامش "ه" و"و" و": "القسمان هما الجناية على نفس السيد وعلى نفس الأجنبي، والقصاص ثابت فيهما. بخطه قدس سره".
- (٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٤٥٣، الفتح العزيز ١٠: ١٥٣ - ١٥٤.

ولو أتلّف الرهن متلف، ألزم بقيمته وتكون رهنا، ولو أتلّفه
المرتهن. لكن لو كان وكيلا في الأصل لم يكن وكيلا في القيمة، لأن العقد
لم يتناولها.
ولو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن. فلو عاد خلا، عاد إلى
ملك الراهن.

(١) كذا في "س" وفي غيرها "عن الرهن". والأولى "عنه".

ولو رهن من مسلم خمرا لم يصح. فلو انقلب في يده خلا، فهو
له على تردد.

وكذا لو جمع حمرا مرقا. وليس كذلك لو غصب عصيرا.

(٧٠)

ولو رهنه بيضة فأحضنها، فصارت في يده فرخا، كان الملك والرهن باقيين. وكذا لو رهنه حبا فزرعه.
وإذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما، كانت حصة كل واحد منهما رهنا بدينه. فإذا أداه صارت حصته طلقا، وإن بقيت حصة الآخر.

-
- (١) منهم العلامة في القواعد ١: ٢٠٦، وولده فخر المحققين في الإيضاح ٢: ١٥.
(٢) المبسوط للسرخسي ١١: ٩٤ - ٩٥، بدائع الصنائع ٧: ١٤٨.
(٣) الخلاف ٣: ٤٢٠، المبسوط ٣: ١٠٥.
(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٣٨، فتاوى قاضيخان "المطبوع بهامش الفتاوى الهندية" ٣: ٥٩٩.

الثالث: في النزاع الواقع فيه.

وفيه مسائل:

الأولى: إذا رهن مشاعا، وتشاح الشريك والمرتهن في إمساكه، انتزعه الحاكم وآجره إن كان له أجره، ثم قسمها بينهما بموجب الشركة، وإلا استأمن عليه من شاء، قطعا للمنازعة.

الثانية: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة إلى الوارث، فإن امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك، فإن اتفقا على أمين، وإلا استأمن عليه الحاكم.

(١) في ص: ٥٣.

الثالثة: إذا فرط في الرهن وتلف لزمته قيمته يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: أعلى القيم.

-
- (١) في " ب " رفع.
 - (٢) المختصر النافع ١ : ١٣٨ .
 - (٣) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤١٧ .
 - (٤) المختصر النافع ١ : ١٣٨ .
 - (٥) نسبه السيوري إلى الشيخ في المبسوط راجع التنقيح الرائع ٢ : ١٧٤ ولم نعثر عليه في المبسوط.

فلو اختلفا في القيمة كان القول قول الراهن. وقيل: القول قول المرتهن. وهو أشبهه.
الرابعة: لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن.
وقيل: القول قول المرتهن، ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن. والأول أشهر.

-
- (١) الكافي ٥: ٢٣٧ ح ٢، التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٦٩ بتفاوت يسير، الوسائل ١٣: ١٣٧ ب " ١٧ " من أبواب كتاب الرهن ح ١.
(٢) التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٧٠، الاستبصار ٣: ١٢١ ح ٤٣٣، والوسائل ١٣: ١٣٨ ب " ١٧ " من أبواب كتاب الرهن ح ٣.
(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤١٧.

-
- (١) الفقيه ٣: ١٩٧ ح ٨٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٥، التهذيب ٧: ١٧٥ ح ٧٧٤،
الوسائل ١٣: ١٣٨ ب " ١٧ " من أبواب كتاب الرهن ح ٤.
(٢) المختصر النافع ١: ١٣٩. ولكنه لم يسند القول إلى القيل بل إلى الرواية.
(٣) راجع المختلف: ٤١٧.
(٤) في " س " كذلك.

الخامسة: لو اختلفا في متاع، فقال أحدهما: هو وديعة، وقال
الممسك: هو رهن، فالقول قول المالك. وقيل: قول الممسك. والأول
أشبه.

(١) المتقدمة في ص ٧٤.

(٢) الاستبصار ٣: ١٢٣.

(٣) المقنع: ١٢٩.

(٤) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٤، الفقيه ٣: ١٩٥ ح ٨٨٨، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٦، التهذيب
٧: ١٧٦ ح ٧٧٦، الوسائل ١٣: ١٣٧ ب " ١٦ " من أبواب الرهن ح ٣.

(٥) الكافي ٥: ٢٣٧ ح ١، الفقيه ٣: ١٩٩ ح ٩٠٦، رواه عن فضالة، عن أبان عن أبي عبد الله
عليه السلام، الاستبصار ٣: ١٢٣ ح ٤٣٧، التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٧١ بتفاوت، الوسائل
١٣: ١٣٦ ب " ١٦ " من أبواب كتاب الرهن ح ٢.

(٦) الوسيلة ٢٦٦.

السادسة: إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع، ثم اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بعده، كان القول قول المرتهن، ترجيحاً لجانب الوثيقة، إذ الدعويان متكافئتان.

(١) في أصل النسخ " الإذن " بدل " الرجوع " والتصحيح من هامش " و " و " ن " .
(٢) في " ه " و " م " : طرف.

(١) في "س" و "م": فيبقى.

السابعة: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد، ويجبر الممتنع. ولو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا، ردهما الحاكم إلى الغالب، لأنه الذي يقتضيه الاطلاق. ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق.

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) من "ه" فقط.

الثامنة: إذا ادعى رهانة شيء، فأنكر الراهن، وذكر أن الرهن غيره، وليس هناك بينة، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن، وحلف الراهن على الآخر، وخرجنا عن الرهن.

-
- (١) الدروس: ٤٠١ - ٤٠٢.
(٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٣.
(٣) فيما عدا "س" و "م": الموافق.
(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٠٦.

التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالا واختلفا، فالقول قول الدافع لأنه أبصر بنيته.
وإن اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه، إذا لم يكن بينة.

(١) قواعد الأحكام ١ ١٦٦.

(١) التوبة: ٩١.

كتاب المفلس
المفلس: هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقي فلوسه.
والمفلس: هو الذي جعل مفلسا، أي منع من التصرف في أمواله.

ولا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة:
الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم.
الثاني: أن تكون أمواله قاصرة عن ديونه.

ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون.
الثالث: أن تكون حالة.

-
- (١) لم نجد للشافعي هذه الأقوال الثلاثة، ولكن هناك في كلمات الشافعية ما يدل على بعضها.
راجع فتح الوهاب ١: ٢٠١، فتح العزيز ١٠: ٢٠٣.
- (٢) لعل المراد به ابن الصباغ الشافعي صاحب كتاب "الشامل في الفقه الشافعي" وليس لدينا كتابه. راجع التكملة الثانية للمجموع ١٣: ٢٧٨.

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه. ولو ظهرت
أمارات الفلاس لم يتبرع الحاكم بالحجر. وكذا لو سأل هو الحجر.
وإذا حجر عليه تعلق به منع التصرف، لتعلق حق الغرماء،
واختصاص كل غريم بعين ماله، وقسمة أمواله بين غرمائه.

(١) التذكرة ٢: ٥٢.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢.

القول
في منع التصرف
ويمنع من التصرف احتياطا للغرماء، فلو تصرف كان باطلا،

(١) التذكرة ٢: ٥٢ راجع سنن البيهقي ٦: ٤٨.

(٢) في ص: ٩٤.

سواء كان بعوض، كالبيع والإجارة، أو بغير عوض، كالعتق والهبة.
أما لو أقر بدين سابق صح، وشارك المقر له الغرماء.

(١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ٢، والمستدرک ١٦: ٣١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ١، وعوالي اللئالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. وراجع أيضا المختلف: ٤٤٣، والتذكرة ٢: ٧٩، وإيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، وجامع المقاصد ٥: ٢٣٣ فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

-
- (١) فيما لدينا من النسخ: " لم ييطل به الحجر ". وفي هامش " و " نقلا عن نسخة الشيخ علي حفيد الشارح " لم ييطل بالحجر ظ ". وهو الصحيح.
- (٢) التذكرة ٢: ٥٣.
- (٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٢.
- (٤) المبسوط ٢: ٢٧٢.
- (٥) كذا في النسخ. والمراد نفوذ إقراره. وفي نسخة " ب ": " فينفذ تصرفه ". والظاهر أنه تصحيح قياسي غير صحيح.
- (٦) أي الخبر المتقدم " إقرار العقلاء... ".
- (٧) الوسائل ١٣: ١٤٦ ب " ٦ " من كتاب الحجر ح ١.

وكذا لو أقر بعين دفعت إلى المقر له، وفيه تردد، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله.

(١) في "س": ما في يد المفلس.

ولو قال: هذا المال مضاربة لغائب، قيل: يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده. وإن قال: لحاضر، وصدقه، دفع إليه، وإن كذبه قسم بين الغرماء.

-
- (١) الارشاد ١: ٣٩٨.
 - (٢) غاية المراد: ١١٢.
 - (٣) منهم المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٢٣٤ - ٢٣٥.
 - (٤) التذكرة ٢: ٥٣.
 - (٥) الموجود في السرائر ٢: ٤٩٩ عكس ذلك.
 - (٦) كذا في النسخ. ولعل الصحيح: " وإن كان ذلك بعد تردد " إذ لا يظهر من المصنف هذا القول إلا بملاحظة تردده.
 - (٧) المبسوط ٢: ٢٧٩.

ولو اشترى بخيار، وفلس والخيار باق، كان له إجازة البيع وفسخه،
لأنه ليس بابتداء تصرف.

(١) قواعد الأحكام ١ : ١٧٣.

ولو كان حق، فقبض دونه، كان للغرماء منعه.

(١) كذا في النسخ. والصحيح شرط الغبطة كما في التذكرة.
(٢) التذكرة ٢: ٥٤.

ولو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر، أو باعه بثمن في ذمته، لم يشارك
الغرماء وكان ثابتا في ذمته.

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ ح ٣٥١٩، عوالي اللغالي ٢: ٢٥٦ ح ٢، بتفاوت في الألفاظ.
(٢) في ص: ٨٩.

ولو أتلّف ما لا بعد الحجر ضمن، وضرب صاحب المال مع
الغرماء.
ولو أقر بمال مطلقاً وجهل السبب، لم يشارك المقر له الغرماء،
لاحتماله ما لا يستحق به المشاركة.

ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر، وتحل بالموت.
القول

في اختصاص الغريم بعين ماله
ومن وجد منهم عين ماله كان له أخذها، ولو لم يكن سواها. وله أن
يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاء أو لم يكن، على الأظهر.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

(٢) الوسائل ١٣: ٩٧ ب " ١٢ " من أبواب الدين والقرض ح ١ و ٤.

(٣) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ ح ١٩، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب " ٥ " من
أبواب كتاب الحجر ح ٢. المستدرک ١٣: ٤٣٠ ب " ٤ " من أبواب الحجر ح ١.

أما الميت، فغرمأؤه سواء في التركة، إلا أن يترك نحواً مما عليه فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها.

-
- (١) الاستبصار ٣: ٨ ذيل ح ١٩، المبسوط ٢: ٢٥٠.
(٢) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢١، الاستبصار ٣: ٨ ح ٢٠، الوسائل ١٣: ١٤٦ ب " ٥ " من أبواب كتاب الحجر ح ٣.
(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٦.

وهل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل: نعم. ولو قيل بالتراخي،
جاز.

ولو وجد بعض المبيع سليما أخذ الموجود بحصته من الثمن، وضرب
بالباقى مع الغرماء. وكذا إن وجده معيبا بعيب قد استحق أرشه ضرب
مع الغرماء بأرش النقصان. أما لو عاب بشئ من قبل الله سبحانه أو
جناية من المالك كان منخيرا بين أخذه بالثمن وتركه.

(١) المتقدم في ص ٩٨ الهامش رقم (٣).

(١) في هامش " ن " و " و " : " نيه بقوله " بالمعنى الذي ذكرناه " على أن أجزاء المبيع مطلقا لا بد أن يخصها قسط من الثمن، فإن العبد - مثلا - إذا بذل فيه ثمن معين لا بد أن يصيب يده شيء منه، ولهذا لو كان مقطوع اليد لا يشتري بذلك الثمن، فاطلاقهم أن مثل ذلك لا قسط له لا يخلو من تجوز، وهنا فسرته بمعنى أنه لا يفرد بثمان بحيث يباع وحده. منه رحمه الله ."

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٩٩ .

(٣) راجع المختلف ٤٢٧ .

(٤) راجع المختلف ٤٢٧ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٢٧٤ .

ولو حصل منه نماء منفصل كالولد واللبن كان النماء للمشتري،
وكان له أخذ الأصل بالثمن.
ولو كان النماء متصلاً، كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته،
قيل: له أخذه، لأن هذا النماء يتبع الأصل. وفيه تردد.

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٥٠٧.

(٢) المبسوط ٢: ٢٥٢.

(٣) منهم الفقيه يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٦٢.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٧٥.

وكذا لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها، وبلغت بعد التفليس.

(١) راجع المختلف: ٤٢٧.

(٢) راجع المختلف: ٤٢٧.

(٣) التذكرة ٢: ٦٥.

(٤) التذكرة ٢: ٦٥.

أما لو اشترى حبا فزرعه وأحصده، أو بيضة فأحضنها وصار منها فرخ، لم يكن له أخذه، لأنه ليس عين ماله. ولو باعه نخلا حائلا فأطلع، أو أخذ النخل قبل تأبيره، لم يتبعها الطلع.

-
- (١) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ ح ١٩، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب " ٥ " من أبواب كتاب الحجر ح ٢.
(٢) التذكرة ٢: ٧١.
(٣) المتقدم آنفا.

وكذا لو باع أمة حائلا فحملت، ثم فلس وأخذها البائع لم يتبعها الحمل.
ولو باع شقصا وفلس المشتري، كان للشريك المطالبة بالشفعة، ويكون البائع أسوة مع الغرماء في الثمن.

-
- (١) المبسوط ٢: ٢٥٣.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٥٠٩.
(٣) المبسوط ٢: ١٥٦.
(٤) في "ن": الأم.
(٥) كما مر في ص ١٠٣.

-
- (١) المبسوط ٢ : ٢٥١ .
(٢) المختلف : ٤٢٦ .
(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٢٢ .
(٤) المتقدم في ص ١٠٥ . هامش رقم (١) .

ولو فلس المستأجر، كان للمؤجر فسخ الإجارة، ولا يجب عليه
إمضاؤها، ولو بذل الغرماء الأجرة.

(١) المبسوط ٢ / ٢٥١.

(٢) المتقدم في ص ١٠٥.

(٣) في "ب" و "ن" و "و" م: بزرعها وغرسها.

(١) في هامش " و " و " ن ": " ولم يذكر المصنف حكم ما لو كان المفلس المؤجر. وقد كان الأنسب ذكر أحكامها هنا منه رحمه الله ".

ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى ثم فلس كان صاحب الأرض أحق بها وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية. وهل له ذلك مع بذل الأرش؟ قيل: نعم، والوجه المنع.

-
- (١) في " ن " : يعني. وفي " ب " و " م " : يعني.
(٢) المتقدم في ص ١٠٥ هامش رقم (١).
(٣) المبسوط ٢ : ٢٥٩ - ٢٦٠.
(٤) الأنف الذكر.
(٥) الوجيز ١ : ١٧٥.

ثم يباعان فيكون له ما قابل الأرض، وإن امتنع بقيت له الأرض،
وبيعت الغروس والأبنية منفردة.

-
- (١) في " ن " و " ب " و " س " : يعني.
(٢) في " س " : ولو بالأرض.
(٣) في " س " و " ن " : يعني. وفي " م " : يعني.

ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله. لم يبطل حق البائع من العين. وكذا لو خلطه بدونه، لأنه رضي بما دون حقه. ولو خلطه بما هو أجود، قيل: يبطل حقه من العين، ويضرب بالقيمة مع الغرماء.

-
- (١) في ج ٣ ص ٢٣٠.
 - (٢) المختلف: ٤٢٧.
 - (٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٤.
 - (٤) تحرير الأحكام ١: ٢١٤.
 - (٥) المبسوط ٢: ٢٦٣.
 - (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٩.
 - (٧) قواعد الأحكام ١: ١٧٥.

ولو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق لم يبطل حق البائع
من العين، وكان للغرماء ما زاد بالعمل.

(١) المبسوط ٢: ٢٦٣.

(٢) في ص ١٠٣.

ولو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمة الصبغ، إذا لم ينقص
قيمة الثوب به.

(١) في ص ١٠٣.

و كذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه، كان شريكا للبائع بقدر العمل.

ولو أسلم في متاع ثم أفلس المسلم إليه قيل: إن وجد رأس ماله
أخذه، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة. وقيل: له الخيار بين الضرب
بالثمن أو بقيمة المتاع، وهو أقوى.

(١) المبسوط ٢: ٢٦٦.

(٢) لاحظ ص ٩٨: الهامش رقم ٣.

(٣) في: ج ٣ ص ٤٣٠.

ولو أولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها. ولو طلب
بثمنها جاز بيعها في ثمن رقبتها، دون ولدها.
وإذا جنى عليه خطأً تعلق حق الغرماء بالدية، وإن كان عمداً كان
بالخيار بين القصاص وأخذ الدية إن بذلت له. ولا يتعين عليه قبول
الدية، لأنها اكتساب، وهو غير واجب.

(١) في "ه": "ولا سبيل".

نعم، لو كان له دار أو دابة وجب أن يؤجرها (١). وكذا لو كانت له مملوكة، ولو كانت أم ولد.
وإذا شهد للمفلس شاهد بمال، فإن حلف استحق. وإن امتنع هل يحلف الغرماء؟ قيل: لا، وهو الوجه. وربما قيل بالجواز، لأن في اليمين إثبات حق للغرماء.

(١) كذا في النسخ. والصحيح يؤجرها، ومصدرها الإجارة لا المؤاجرة كما سيأتي في عبارة المصنف والشارح.
(٢) المبسوط ٢: ٢٧٦.
(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

وإذا مات المفلس حل ما عليه، ولا يحل ما له. وفيه رواية أخرى
مهجورة.
وينظر المعسر، ولا يجوز إزامه ولا مؤاجرته. وفيه رواية أخرى
مطروحة.

(١) الكافي ٥: ٩٩ ح ١، التهذيب ٦: ١٩٠ ح ٤٠٧. وفيهما "إذا مات الرجل...".

(٢) النهاية: ٣١٠.

(٣) في هامش "و" و"و" ن: "أبو الصلاح وابن البراج والطبرسي رحمهم الله. منه رحمه الله" راجع
الكافي للحلي: ٣٣٣، والمختلف: ٤١٢.

القول
في قسمة ماله
يستحب إحضار كل متاع في سوقه ليتوفر الرغبة،
وحضور الغرماء،
تعرضا للزيادة.

-
- (١) سورة البقرة: ٢٨٠.
 - (٢) راجع المبسوط ٢: ٢٧٤، التذكرة ٢: ٧٣، وجامع المقاصد ٥: ٢٩٧.
 - (٣) الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٥، التهذيب ٦: ٣٠٠ حديث ٨٣٨.
 - (٤) الوسيلة: ٢٧٤.
 - (٥) المختلف: ٤١٤.
 - (٦) الدروس: ٣٧٣.
 - (٧) في "ه" : "ويمكن القول بوجوبه...".

وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه، وبعده بالرهن، لانفراد المرتهن به.
وأن يعول على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس، دفعا للتهمة، فإن
تعاسروا عين الحاكم.

(١) التذكرة ٢: ٥٥.

وإذا لم يوجد من يتبرع بالبيع، ولا بذلت الأجرة من بيت المال،
وجب أخذها من مال المفلس، لأن البيع واجب عليه،
ولا يجوز تسليم
مال المفلس إلا مع قبض الثمن، وإن تعاسرا تقابضا معا.

(١) التذكرة ٢: ٥٦.
(٢) قواعد الأحكام ١: ١٧٣.

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة، قيل: يجعل في ذمة ملي احتياطاً، وإلا جعل وديعة، لأنه موضع ضرورة. ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها، ويباع منها ما يفضل عن حاجته، وكذا أمته التي تخدمه.

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٦.

ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزيادة، لم يفسخ العقد. ولو التمس المشتري الفسخ، لم يجب عليه الإجابة، لكن تستحب.

ويجرى عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته، ويتبع في ذلك عادة أمثاله، إلى يوم قسمة ماله، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم. ولو مات قدم كفه على حقوق الغرماء، ويقتصر على الواجب منه.

(١) التذكرة ٢: ٥٧.

مسائل ثلاث:
الأولى: إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم ظهر غريم، نقضها
وشاركهم الغريم.

(١) البيان: ٢٧.

الثانية: إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة، قسم أمواله على الحالة خاصة.

الثالثة: إذا جنى عبد المفلس، كان المعجني عليه أولى به، ولو أراد
مولاه فكه، كان للغرماء منعه.
ويلحق بذلك:
النظر في حبسه
لا يجوز حبس المعسر، مع ظهور إعساره.

(١) ص ٦٥.

(٢) ص ٩٧.

ويثبت ذلك بموافقة الغريم، أو قيام البينة.
فإن تناكروا وكان له مال ظاهر أمر بالتسليم. فإن امتنع فالحاكم
بالخيار بين حبسه حتى يوفي، ويبيع أمواله وقسمتها بين غرمائه.

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٦ .

(٢) في ص : ١٢٩ - ١٣٤ .

(٣) أمالي الطوسي ٢ : ١٣٤ ، الوسائل ١٣ ، ٩٠ ب " ٨ " من أبواب الدين والقرض ح ٤ . راجع
سنن أبي داود ٣ : ٣١٣ ح ٣٦٢٨ .

وإن لم يكن له مال ظاهر، وادعى الاعسار، فإن وجد البينة قضي بها. وإن عدمها، وكان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا، حبس حتى يثبت إعساره.

وإذا شهدت البينة بتلف أمواله قضي بها، ولم يكلف اليمين، ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره. أما لو شهدت بالاعسار مطلقا، لم يقبل حتى يكون مطلعة على أمره بالصحة المؤكدة، وللغرماء إحلافه دفعا للاحتمال الخفي.

(١) في "ب" و"م": يتبين.

(٢) التذكرة ٢: ٥٨.

-
- (١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٥ .
(٢) تحرير الأحكام ١ : ٢١٦ - ٢١٧ ، قواعد الأحكام ١ : ١٧٦ ، الارشاد ١ : ٤٠٠ .
(٣) التذكرة ١ : ٥٩ و ٥٨ .
(٤) التذكرة ١ : ٥٩ و ٥٨ .

(١) الوسائل ١٨ : ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣. وفيه: " البينة علي من ادعى ... " راجع أيضا عوالي اللئالي ١ : ٢٤٤ ح ١٧٢، والمستدرک ١٧ : ٣٦٨ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥.
(٢) في هامش " و " و " ن ": " هو الشيخ علي في الشرح. منه رحمه الله ". راجع جامع المقاصد ٥ : ٣٠٠.

(١) الوسائل ١٨ : ١٧٠ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم.
(٢) في " ب " و " ه " : ما اختاره.

(١) جامع المقاصد ٥ : ٣٠٠.
(٢) التذكرة ٢ : ٥٩.

وإن لم يعلم له أصل مال، وادعى الاعسار، قبلت دعواه، ولا يكلف البينة. وللغرماء مطالبته باليمين. وإذا قسم المال بين الغرماء وجب إطلاقه. وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء، أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟ الأولى أنه يزول بالأداء، لزوال سببه.

(١) المجموع ١٠: ٢٢٧.

كتاب الحجر

(١٣٧)

كتاب الحجر
الحجر هو المنع. والمحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله.
والنظر في هذا الباب يستدعي فصلين:

-
- (١) راجع الصحاح ٢: ٦٢٣، لسان العرب ٤: ١٦٧.
(٢) سورة الفرقان: ٢٢.
(٣) سورة الفجر: ٥.

الأول
في موجباته
وهي ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس،
والسفه.
أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ
والرشد.

(١) تقدم من المصنف في ج ٣: ٣٨٢ أنه لو قيل كذلك كان حسنا. فراجع.

ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة.

(١) المجموع ١٠ : ٢٨١.

(٢) التحرير ١ : ٢١٨.

سواء كان مسلماً أو مشركاً.
وخروج المنى الذي يكون منه الولد، من الموضع المعتاد، كيف
كان.

-
- (١) المجموع ١٠ : ٢٧٩ .
(٢) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سره .
(٣) كذا في النسخ المعتمدة ولعل الصحيح (تخصص المنى ... وتعمم).
(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٨٢ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٦٨ ، والتحرير ١ : ٢١٨ .
(٥) الوسائل ١ : ٣٠ ب " ٤ " من أبواب مقدمة العبادات .

ويشترك في هذين الذكور والإناث.

-
- (١) التذكرة ٢ : ٧٤.
(٢) النساء: ٦.
(٣) النور: ٥٩.
(٤) التذكرة ٢ : ٧٤.
(٥) المجموع ١٠ : ٢٧٨
(٦) المجموع ١٠ : ٢٧٨

وبالسن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر. وفي أخرى إذا بلغ
عشرا وكان بصيرا أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته، واقتص منه، وأقيمت
عليه الحدود الكاملة.

(١) في ص " ١٤٧.

(٢) من " س " فقط.

(٣) المجموع ١٠: ٢٧٨.

(٤) الكافي ٧: ٢٨ - ٢٩ ح ٣، ٤، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠١، ٥٠٣، التهذيب ٩: ١٨١ ح
٧٢٦، الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب " ٤٤ " من أبواب الوصايا ح ٢، ٣.

(٥) الكافي ٧: ٣٠٢ ح ١، التهذيب ١٠: ٢٣٣ ح ٩٢٢، الاستبصار ٤: ٢٨٧ ح ١٠٨٥،
الوسائل ١٩: ٦٦ ب " ٣٦ " من أبواب القصاص ح ١.

والأنثى بتسع. أما الحمل والحيض، فليسا بلوغا في حق النساء، بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ.

-
- (١) التهذيب ٦: ٣١٠ ح ٨٥٦، الوسائل ١٣، ٤٣٢ ب " ٤٥ " من أحكام الوصايا ح ٣.
(٢) المختصر النافع: ١٤٠. وفيه " وفي رواية أخرى إذا بلغ عشرة " كما أنه في نسخة " س " من الكتاب أيضا كذلك. والظاهر أنه تصحيح بمراجعة المصدر فإن ظاهر الشرح يدل على أن نسخة النافع عنده " وفي أخرى... ".
(٣) في هامش " و " و " ن ": (ينبغي مراجعة نسخ الشرائع، منه رحمه الله).
(٤) الوسائل ١٣: ١٤٣ ب " ٢ " من أبواب أحكام الحجر ح ٢. لاحظ المبسوط ٢: ٢٨٣ - ٢٨٤.
(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.
(٦) مسند أحمد ٦: ٢٥٩، المستدرک على الصحيحين ١: ٢٥١، سنن البيهقي ٦: ٥٧.

-
- (١) سنن أبي داود ٤: ٦٢ ح ٤١٠٤، سنن البيهقي ٧: ٨٦.
(٢) سورة الانسان: ٢.
(٣) كابن حمزة في الوسيلة: ٥٦، والعلامة في القواعد ١: ١٤.
(٤) الوسائل ٢: ٥٥٩ ب " ١٤ " من أبواب الحيض وغيره.

تفريع
الخنثى المشكل، إن خرج منيه من الفرجين، حكم ببلوغه. وإن
خرج من أحدهما لم يحكم به. ولو حاض من فرج الإناث، وأمنى من فرج
الذكور، حكم ببلوغه.

(١) في ما لدينا من النسخ الخطية: خروج. وفي إحدى الحجريتين بخروج. ولعل الصحيح: لأنه
بخروج.

الوصف الثاني: الرشد، وهو أن يكون مصلحا لماله.

(١) التذكرة ٢ : ٧٤.

(٢) المجموع ١٠ : ٢٨٢.

(٣) التذكرة ٢ : ٧٤.

(٤) في هامش " و " و " ن " : " عرفه في القواعد بأنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء. وبما قررناه يظهر ما فيه من الخلل. منه رحمه الله ". راجع القواعد ١ : ١٦٨.

وهل يعتبر العدالة؟ فيه تردد.

-
- (١) المبسوط ٢: ٢٨٤.
 - (٢) المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٥٧، بدائع الصنائع ٧: ١٧٠، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦.
 - (٣) الأم ٣: ٢١٥. راجع أيضا المجموع ١٠: ٢٨٣.
 - (٤) سورة النساء: ٥.
 - (٥) تفسير العياشي ١: ٢٢٠ الوسائل ١٣: ٤٣٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الوصايا ح ٨.
 - (٦) سورة النساء: ٦.
 - (٧) الخلاف ٣: ٢٨٤.
 - (٨) الخلاف ٣: ٢٨٩ مسألة ٨. وفي المبسوط ٢: ٢٨٥ "الظاهر أنه يحجر عليه".

وإذا لم يجتمع الوصفان كان الحجر باقيا.
وكذا لو لم يحصل الرشد، ولو طعن في السن.
ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات، ليعلم قوته على
المكايسة في المبايعات، وتحفظه من الانخداع.
وكذا تختبر الصبية، ورشدها أن تتحفظ من التبذير، وأن تعتني
بالاستغزال مثلا والاستئساج، إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاهايه من
الحركات المناسبة لها.

-
- (١) اللباب في شرح الكتاب ٢: ٦٨، الفتاوى الهندية ٥: ٥٦، المحلى لابن حزم ٨: ٢٨٠.
(٢) في "س" من أبناء التجارة.

ويثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال، وبشهادة الرجال والنساء
في النساء، دفعا لمشقة الاقتصار.
وأما السفية فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة.

(١) في "س": يتحاشون.

فلو باع والحال هذه، لم يمض بيعه. وكذا لو وهب أو أقر بمال.

(١) التذكرة ٢: ٧٦، والآية في سورة الإسراء: ٢٩.

نعم، يصح طلاقه، وظهاره، وخلعه، وإقراره بالنسب وبما يوجب
القصاص، إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الاتلاف. ولا يجوز تسليم
عوض الخلع إليه.

(١) نقله في جامع المقاصد ٥ : ٢٠١ عن حواشي الشهيد.

ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة، جاز، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف.

ولو أذن له الولي في النكاح، جاز.

(١) المجموع ١٠ : ٢٨٩.

ولو باع فأجاز الولي، فالوجه الجواز، للأمن من الانخداع.
والمملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى.
والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً، ما لم يجز
الورثة.

- (١) المبسوط ٢: ٢٨٦.
- (٢) منهم ابن البراج، حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.
- (٣) التذكرة ٢: ٨٧.
- (٤) في ص: ١٧٤.
- (٥) راجع المختلف: ٥١٠.

وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا.
والوجه المنع.

-
- (١) الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، الوسائل ١٣: ٣٦٩ ب " ١١ " من أبواب أحكام الوصايا ح ١٦ و ١٩.
- (٢) المقنعة: ٦٧١.
- (٣) النهاية: ٦٢٠.
- (٤) السرائر ٣: ٢٠٠.
- (٥) الوسائل ١٣: ٣٨١ ب " ١٧ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٤، ١.
- (٦) الوسائل ١٣: ٣٨١ ب " ١٧ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٤، ١.
- (٧) المقنع: ١٦٦.
- (٨) المبسوط ٤: ٤٤.

(١) الوسائل ١٣ : ٣٦٢ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ، ٧ ، ٨ ، وب " ١١ " ح ٤ ، ٦ ،
١١ ، وب " ١٦ " ح ٢ ، وب " ١٧ " ح ١٣ ، ١٤ ، ١٦ ، وغير ذلك.

الفصل الثاني
في أحكام الحجر
وفيه مسائل:

الأولى: لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم. وهل يثبت في
السفيه بظهور سفهه؟ فيه تردد. والوجه أنه لا يثبت. وكذا لا يزول إلا
بحكمه.

(١) في ص: ١٣٥.
(٢) سورة النساء: ٦.

الثانية: إذ حجر عليه، فبايعه إنسان، كان البيع باطلا. فإن كان المبيع موجودا، استعادته البائع. وإن تلف، وقبضه بإذن صاحبه، كان تالفا، وإن فك حجره.

-
- (١) سورة البقرة ٢٨٢.
(٢) اللعة الدمشقية: ٨٢.
(٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٩.

ولو أودعه وديعة فأتلفها، ففيه تردد. والوجه أنه لا يضمن.

-
- (١) التذكرة ٢ : ٧٨.
(٢) سورة النساء: ٥.
(٣) التذكرة ٢ : ٧٨.
(٤) القواعد ١ : ١٦٩ - ١٧٠.

الثالثة: لو فك حجره، ثم عاد مبذرا، حجر عليه. ولو زال، فك حجره. ولو عاد، عاد الحجر. وهكذا دائما.
الرابعة: الولاية في مال الطفل والمجنون، للأب والجد للأب. فإن لم يكونا فلولوصي. فإن لم يكن فللحاكم.

(١) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.
(٢) في ص ١٥٨.

أما السفينه والمفلس، فالولاية في مالهما للحاكم لا غير.

-
- (١) التذكرة ٢ : ٨٠.
(٢) التذكرة ٢ : ٥١٠.
(٣) في ص: ١٥٨.

الخامسة: إذا أحرَم بحجة واجبة، لم يمنع مما يحتاج إليه في الاتيان بالفرض. وإن أحرَم تطوعاً، فإن استوت نفقته سفراً وحضراً، لم يمنع. وكذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج إليه. ولو لم يكن كذلك، حلله الولي.

(١) ساقط من "ه" و "م".

السادسة: إذا حلف، انعقدت يمينه، ولو حنث كفر بالصوم.
وفيه تردد.

(١) في ج ٢ ص ٣٩٠ - ٣٩١.

السابعة: لو وجب له القصاص، جاز أن يعفو. ولو وجب له دية،
لم يجز.
الثامنة: يختبر الصبي قبل بلوغه. وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا
يصح.

-
- (١) في "ه" و"م": يوجهه. وفي "ب": توجهه وفي "س": توجه.
(٢) راجع الارشاد ١: ٣٩٧، والتحرير ١: ٢١٩، والقواعد ١: ١٧٠.
(٣) التذكرة ٢: ٨٠.
(٤) راجع المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥٧٣.

-
- (١) في ص: ١٥٠.
(٢) سورة النساء: ٦.
(٣) راجع الصحاح ٥: ٢٠٦٤، معجم مقاييس اللغة ٦: ١٥٤.
(٤) المجموع ١٠: ٢٨٤.
(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٥٢. والظاهر أن المراد بالشارح الآخر السيد عميد الدين، راجع مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٠.

-
- (١) تحرير الأحكام : ١ : ٢١٨ .
(٢) التذكرة : ٢ : ٧٨ .
(٣) إرشاد الأذهان : ١ : ٣٩٧ .
(٤) قواعد الأحكام : ١ : ١٦٨ .

كتاب الضمان
وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس.

(١) راجع ج ٣: ١٤٤٠.
(٢) راجع التنبية في الفقه الشافعي: ١٠٦، وتحفة الفقهاء ٣: ٢٣٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٠ و
٧٣.

والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون. فهنا ثلاثة أقسام.

(١) في ص: ٢١٥.

القسم الأول
في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال. وهو المسمى
بالضمان بقول مطلق. وفيه بحوث ثلاثة:

الأول: في الضامن.
ولا بد أن يكون مكلفاً، جازئ التصرف. فلا يصح ضمان الصبي،
ولا المجنون.
ولو ضمن المملوك، لم يصح، إلا بإذن مولاه. ويثبت ما ضمنه في
ذمته لا في كسبه، إلا أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه.

-
- (١) سورة النحل: ٧٥.
(٢) كذا في "س" و"و" و". وفي غيرهما: (كذلك).
(٣) في ما لدينا من النسخ الخطية: (ممتنع). ولعله سهو من النساخ.

(١) في " ه ": الحجر.
(٢) التذكرة ٢ : ٨٧.

(١) فيما عدا " ن " و " ه " : قبل إمكان تجدد... وفي " ه " : شطب على (إمكان).

وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ج ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
من أبواب المهور ح ٤.

-
- (١) في ما لدينا من النسخ: (ناقل إما...) والصحيح ما أثبتناه.
(٢) التذكرة ٢ : ٩٩.
(٣) في " ه " : بما.
(٤) التذكرة ٢ : ٩٩.

ولا يشترط علمه بالمضمون له، ولا المضمون عنه. وقيل: يشترط.
والأول أشبه. لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه
القصد إلى الضمان عنه.

(١) المبسوط ٢: ٣٢٣.

(٢) المختلف: ٤٢٨.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢، قواعد الأحكام ١: ١٧٧ - ١٧٨.

(٤) في هامش " و " و " ن ": " يمكن القول بعدم اعتبار تميزه، وإن اشترطنا قبوله، لا مكان أن
يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق، والمستحق حاضر ليقبل،
ولا يعلم به الضامن. وبالجملة: فاعتبار قبوله يوجب تميزه في الغالب لا في جميع الصور، كما
لا يخفى. منه رحمه الله "

(٥) راجع السنن الكبرى ٦: ٧٣، سنن الدارقطني ٣: ٧٨ ح ٢٩١ و ٢٩٢.

ويشترط رضا المضمون له.

-
- (١) التذكرة ٢: ٨٨. وفيه بعد قوله " جاز ": على إشكال.
(٢) كذا في " م "، وهو الصحيح. وفي سائر النسخ (الضامن).
(٣) في " ب " و " س " و " ن ": (لنقصه). وفي هامش " و ": أنه كذا في سائر النسخ.

ولا عبارة برضا المضمون عنه، لأن الضمان كالقضاء.

(١) الخلاف ٣: ٣١٣ - ٣١٤ مسألة ٢.

(٢) راجع سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ ح ٢٩١ و ٢٩٢ و ٣٩٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧٢ - ٧٣.

(٣) الكافي ٧: ٢٥ ح ٥، الفقيه ٤: ١٦٧ ح ٥٨٢، التهذيب ٦: ١٨٧ ح ٣٩٢، والوسائل ١٣: ١٤٩ ب " ٢ " من أبواب الضمان ح ١.

ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح.
ومع تحقق الضمان، ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ المضمون
عنه، وتسقط المطالبة عنه.

(١) في ص: ١٧٩.

(٢) النهاية: ٣١٤.

(٣) منهم المفيد في المقنعة: ٨١٤، وابن البراج نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٩، وابن حمزة
في الوسيلة: ٢٨٠.

(٤) في ص: ١٧١.

(٥) الذي اتفقوا عليه ظاهراً ما مر في ص ١٧١ من أن الضمان ضم ذمة إلى ذمة ولكنهم اختلفوا
في هذه المسألة. راجع الاشراف على مذاهب أهل العلم ١: ١١٨ والمغني لابن قدامة ٥:
٨١.

(٦) في ص: ١٨٩.

ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن. على قول مشهور
لنا.
ويشترط فيه الملاءة، أو العلم بالاعسار.

-
- (١) كذا في الحجرية. وفي ما لدينا من النسخ الخطية: (فلا). والأولى ما أثبتناه.
(٢) التذكرة ٢: ٩٣.
(٣) من "ه" فقط.
(٤) المعتبر ١: ٣١.
(٥) راجع ص: ٢٠٩ و ٢٣٠.

أما لو ضمن، ثم بان اعساره، كان للمضمنون له فسخ الضمان،
والعود على المضمنون عنه.
والضمان المؤجل جائز إجماعاً، وفي الحال تردد، أظهره الجواز.

-
- (١) نسبة العلامة في المختلف: ٤٣٢ إلى مبسوط الشيخ، وتبعه في النسبة ولده في الإيضاح ٢:
٨١، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣١٠، ولم نجده في المبسوط كما نفى الوجدان
أيضاً في مفتاح الكرامة ٥: ٣٥٣. إلا أن الشيخ قدس سره ذكر هذا الاستدلال في مسألة
أخرى. راجع المبسوط ٢: ٣٢٥. فلعل العلامة نظر إلى تعميم مناط الاستدلال أو أن هناك
اختلافاً في نسخ المبسوط أو ذكره في موضع آخر.
- (٢) منهم فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٨١ - ٨٢، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥:
٣١٠.

(١) في هامش " و " و " ن ": " القول للشيخ فخر الدين في الشرح، وتبعه المحقق الشيخ علي رحمه الله. منه رحمه الله " راجع الهامش السابق.

(١) المختلف: ٤٢٩.
(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٨١ - ٨٢.

-
- (١) في هامش " و " : (أي الأدلة المقررة للوجه الثاني. بخطه رحمه الله).
- (٢) المختلف: ٤٣٢.
- (٣) القواعد ١: ١٧٧.
- (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٨٢.
- (٥) جامع المقاصد ٥: ٣١١.
- (٦) التذكرة ٢: ٨٦.

ولو كان المال حالا، فضمنه مؤجلا، جاز وسقطت مطالبة المضمون
عنه، ولم يطالب الضامن إلا بعد الأجل،
ولو مات الضامن، حل وأخذ
من تركته.

(١) كذا في نسخة بدل " ه " . وفي غيرها: (وحاصلها).

ولو كان الدين مؤجلا إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل،
جاز.

ويرجع الضامن على المضمون عنه، بما أداه إن ضمن بإذنه، ولو
أدى بغير إذنه. ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه، ولو أدى بإذنه.

(١) في " و " أشار المصنف إلى اثنين.

(٢) المجموع ١٠ : ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٣) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

وينعقد الضمان بكتابة الضامن، منضمة إلى القرينة الدالة، لا مجردة.

الثاني: في الحق المضمون.
وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن. ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع.

(١) القواعد ١: ١٧٧، جامع المقاصد ٥: ٣٠٩.

(٢) في ص: ١٧٩.

(١) في ص: ٢٠٠.

وكذا ما ليس بلازم، لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل
ما شرط، وكمال السبق والرماية، على تردد.

وهل يصح ضمان مال الكتابة، قيل: لا، لأنه ليس بلازم، ولا
يؤول إلى اللزوم، ولو قيل بالجواز كان حسناً، لتحققه في ذمة العبد، كما
لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة.

(١) سورة يوسف: ٧٢.

(٢) التذكرة ٢: ٩٠.

(٣) المبسوط ٢: ٣٣٦.

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية.

(١) في هامش " و " و " ن " : " أي أشكال جواز الضمان على تقدير جواز الكتابة. منه رحمه الله " .

وفي ضمان الأعيان المضمونة، كالغصب، والمقبوضة بالبيع
الفاسد، تردد. والأشبه الجواز.
ولو ضمن ما هو أمانة، كالمضاربة والوديعة، لم يصح، لأنها ليست
مضمونة في الأصل.

ولو ضمن ضامن، ثم ضمن عنه آخر، هكذا إلى عدة ضمنا،
كان جائزا.

(١) المبسوط ٢ : ٣٤٠.

ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته صح، على الأ شبه.

ويلزمه ما تقوم البيئة به أنه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا يقر به (١) المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين.

-
- (١) كذا في الشرائع المطبوع حديثا وفي الحجرية، وأما في نسخ المسالك ففي " ه " و " س " و " م " و " ن " (ولا ما يقر به) وعليه يتني الشرح أيضا. وفي الجواهر المطبوع حديثا (ولا ما يقر به) إلا أن محقق الكتاب أخرج " ما " من المتن وجعله من الشرح. وهو بعيد لاختلاف المعنى جدا على الفرضين فلا يكون شرحا لعبارة الكتاب. والله العالم.
- (٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٣٥ ب " ١ " من أبواب الضمان ح ٢، سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ ح ١٢٦٥، مسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣.
- (٣) سورة يوسف: ٧٢.

-
- (١) الكافي: ٣٤٠.
(٢) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٣، وفي "ه" و "ن" ابن حمزة. ولم نجد ذلك في الوسيلة.
(٣) المقنعة: ٨١٥.
(٤) النهاية: ٣١٥ - ٣١٦.
(٥) المختلف: ٤٣٠.

أما لو ضمن ما يشهد به عليه، لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان.

(١) جامع المقاصد ٥ : ٣٢٧.

(٢) قواعد الأحكام ١ : ١٧٨.

(٣) المختلف : ٤٣٠.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٣٥.

الثالث: في اللواحق. وهي مسائل:
الأولى: إذا ضمن عهدة الثمن، لزمه دركه، في كل موضع يثبت
بطلان البيع من رأس.

(١) في ص: ١٩٥.
(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل، أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم
الضامن ورجع على البائع.

(١) الصحاح ٢: ٥١٥.

(٢) الصحاح ٤: ١٥٨٢.

(٣) التذكرة ٢: ٩١.

(٤) التذكرة ٢: ٩٢.

وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق.
أما لو طلب بالأرش، رجع على الضامن، لأن استحقاقه ثابت
عند العقد. وفيه تردد.

الثانية: إذا خرج المبيع مستحقا، رجع على الضامن. أما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وكان في الباقي بالخيار، فإن فسخ رجع على البائع بما قابله خاصة.

(١) في ج ٣: ٤٢٧.
(٢) المبسوط ٢: ٣٢٨.

الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو
غرس، لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب. وقيل: كذا لو ضمنه البائع.
والوجه الجواز، لأنه لازم نفس العقد.

(١) المختلف: ٤٣١.

(٢) في هامش " و " و " ن " (هو أبو حنيفة. منه) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٨٧.

الرابعة: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه. ولو قضى أحدهما ما ضمنه برئ، وبقي على الآخر ما ضمنه عنه. ولو أبرأ الغريم أحدهما، برئ مما ضمنه دون شريكه.

الخامسة: إذا رضي المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه. ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين.

(١) في ص: ١٨٩.

(٢) المجموع ١٠: ٣٩١ - ٣٩٢.

(٣) في "ه" و "و" ن " ونسخة بدل "س" (على).

السادسة: إذا ضمن عنه دينارا بإذنه، فدفعه إلى الضامن، فقد
قضى ما عليه. ولو قال: ادعه إلى المضمون له فدفعه، فقد برئ. ولو دفع
المضمون عنه إلى المضمون له، بغير إذن الضامن، برئ الضامن
والمضمون عنه.

(١) التذكرة ٢: ٩٥.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢، ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

(٣) التذكرة ٢: ٩٤.

السابعة: إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، وأنكر
المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه،
فإن شهد المضمون عنه
للضامن، قبلت شهادته مع انتفاء التهمة، على القول بانتقال المال.

ولو لم يكن مقبولاً، فحلف المضمون له، كان له مطالبة الضامن
مرة ثانية، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولاً.

(١) في ص: ١٨٣.

ولو لم يشهد المضمون عنه، رجع الضامن بما أداه أخيراً.
الثامنة: إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه، خرج ما ضمنه من
ثلث تركته، على الأصح.

(١) في ص: ١٥٦ - ١٥٧.

التاسعة: إذا كان الدين مؤجلا، فضمنه حالا، لم يصح. وكذا لو
كان إلى شهرين، فضمنه إلى شهر، لأن الفرع لا يرجح على الأصل. وفيه
تردد.

(١) في ص ١٨٤ - ١٨٧.

القسم الثاني
في الحوالة
والكلام في العقد وفي شروطه، وأحكامه.
أما الأول فالحوالة عقد شرع لتحويل المال، من ذمة إلى ذمة
مشغولة بمثله.

(١) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

(٢) في ص: ٢١٥.

(٣) التذكرة ٢: ١٠٤.

ويشترط فيها رضا المحيل، والمحال عليه، والمحتال.

-
- (١) كذا في أكثر النسخ وفي "هـ": وأن. والظاهر أن الصحيح: ولأن.
(٢) الخلاف ٣: ٣٠٥ مسألة ٢.

ومع تحققها، يتحول المال إلى ذمة المحال عليه،
ويبرأ المحيل وإن
لم يبرأه المحتال، على الأظهر.

(١) في "س": أحلتك.
(٢) في هامش "ه، و، ن": "هو زفر، فإنه قال: إنها لا تنقل الحق، بل تجري مجرى الضمان
عندهم. منه رحمه الله" راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩.

ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين، لكن يكون ذلك بالضمان
أشبه.

(١) النهاية: ٣١٦.

(٢) منهم أبو الصلاح في الكافي: ٣٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٢، التهذيب ٦: ٢١١ ح ٤٩٦، الوسائل ١٣: ١٥٨ ب " ١١ " من أبواب
الضمان ح ٢.

(٤) المبسوط ٢: ٣٢١.

(٥) المبسوط ٢: ٣١٣، ٣١٨.

وإذا أحاله على الملي، لم يجب القبول.
لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر. أما لو قبل الحوالة
جاهلاً بحاله، ثم بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود على
المحيل.

-
- (١) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠.
(٢) السنن الكبرى ٦ : ٧٠، والمجموع ١٣ : ٤٢٤.
(٣) التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٥٠١، الوسائل ١٣ : ١٥٩ ب " ١١ " من أبواب الضمان ح ٤.
(٤) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠.
(٥) الكافي ٥ : ١٠٤ ح ٤، الفقيه ٣ : ٥٥ ح ١٩٢، التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٤٩٨، الوسائل ١٣ :
١٥٨ ب " ١١ " من أبواب الضمان ح ٣.

وإذا أقال بما عليه، ثم أقال المأال عليه بذلك الدين صح، وكذا لو ترامت الأواله.
وإذا قضى المأال الدين بعد الأواله، فإن كان بمسألة المأال عليه، رجع عليه. وإن تبرع، لم يرجع، ويرأ المأال عليه. ويشترط في المال أن يكون معلوما ثابتا في الذمة،

سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد والثوب.
ويشترط تساوي المالين، جنسا ووصفا، تفصيا من التسلط على
المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه. وفيه تردد.

-
- (١) في ص: ٢٣١.
(٢) المبسوط ٢: ٣١٢.
(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢.
(٤) المبسوط ٢: ٣١٣ و ٣١٦ - ٣١٧.
(٥) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢، والعلامة في التذكرة ٢: ١٠٨.

ولو أحوال عليه، فقبل وأدى، ثم طالب بما أداه فأدعي المحيل أنه
كان له عليه مال، وأنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه، ويرجع على
المحيل.

وتصح الحوالة بمال الكتابة، بعد حلول النجم. وهل تصح قبله؟
قيل: لا. ولو باعه السيد سلعة، فأحاله بثمانها، جاز.

- (١) في ص: ٢١٥.
(٢) في هامش " و " و " ن ": " في الفرق بين الكتابة قبل حلول النجم وبعده نظر، فإن ذلك إنما يمنع جوازها على ظاهر كلام الشيخ رحمه الله. منه رحمه الله ". لاحظ المبسوط ٢: ٣٢٠.
(٣) المبسوط ٢: ٣٢١.

ولو كان له على أجنبي دين، فأحال عليه بمال الكتابة صح، لأنه
يجب تسليمه.

وأما أحكامه فمسائل:

الأولى: إذا قال أحلتك عليه فقبض، فقال المحيل: قصدت
الوكالة، وقال المحتال: إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه
أعرف بلفظه. وفيه تردد.

(١) في "ه": ولأن.

(٢) في "ب" و"و" س": الكتابة. وفي "و" أن في نسخة (الكفالة): وهو تصحيف.

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ٣١٤ - ٣١٥، والعلامة في القواعد ١: ١٨٢، والصيمري في
تلخيص الخلاف ٢: ١٨٢.
(٢) في هامش "ه، و، ن": هو المحقق الشيخ علي رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله ".
لاحظ جامع المقاصد ٥: ٣٧٨.

أما لو لم يقبض واختلفا، فقال: وكتك، فقال: بل أحلنتني (بما عليك)، فالقول قول المحيل قطعاً،

(١) في هامش " و " : " الموجه المحقق الشيخ علي أيضاً في الشرح " . راجع جامع المقاصد ٥ : ٣٧٨ .
ويلاحظ أن الجواب المذكور هنا ورد فيه أيضاً .

ولو انعكس الفرض، فالقول قول المحتال.

(٢٢٧)

الثانية: إذا كان له دين على اثنين، وكل منهما كفيل لصاحبه، وعليه
لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صح، وإن حصل الرفق في المطالبة.

(١) في هامش " ه، و، ن ": قال الشيخ في المبسوط: لو كان له على رجلين ألف، ولرجل عليه ألف، فأحاله بها على الرجلين، وقيل الحوالة، كان جائزاً، فإن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحوالة، لأنه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالألف، وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة، وذلك لا يجوز. ثم قال: وقيل: إنه يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بألف، فإذا أخذه برئ الآخر. وهذا قريب. هذا لفظه. منه رحمه الله ". راجع المبسوط ٢: ٣١٧ - ٣١٨.

(٢) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٣ - ٤٢٩.

(٣) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٣ - ٤٢٩.

الثالثة: إذا أقال المشتري البائع بالثمن، ثم رد الباع بالعب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع الباع. وفيه تردد.

-
- (١) في " م، و " التي.
 - (٢) كذا في " س، و ". وفي غيرهما: وأما ما ذكر الشيخ لها....
 - (٣) تقدم في ص: ١٨٣.
 - (٤) تقدم في ص: ٢٠٨.

-
- (١) المبسوط ٢: ٣١٦.
- (٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٠٢.
- (٣) في "س، م" ذمة الآخر.
- (٤) في هامش "و" و"و" ن": "نيه بالتسوية في الأمرين على الرد على بعض العامة حيث فرق بينهما، فأبطلها لو كان الفسخ قبل القبض لا بعده، وعلى آخر حيث حكم بأن الفسخ إذا وقع بعد قبض المحتال لا يبطل وقبله يبطل. وكلاهما باطلان. منه رحمه الله".
- (٥) منهم يحيى بن سعيد في الجامع: ٣٠٤، والعلامة في القواعد ١: ١٨١.

فإن لم يكن البائع قبض المال، فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري.
وإن كان البائع قبضه، فقد برئ المحال عليه، ويستعيده المشتري من
البائع.

أما لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعييب، أو بأمر حادث، لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين.

(١) المبسوط ٢ : ٣١٤.

القسم الثالث
في الكفالة
ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له، دون المكفول عنه.

(١) المبسوط ٢ : ٣٣٧.

وتصح حالة مؤجلة، على الأظهر. ومع الاطلاق تكون معجلة.
وإذا اشترط الأجل، فلا بد أن يكون معلوما.

(١) السرائر ٣: ٧٧.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٣) النهاية: ٣١٥.

(٤) منهم المفيد في المقنعة: ٨١٥ وأبو الصلاح في الكافي: ٣٣٩، وابن حمزة في الوسيلة ٢٨١.

(٥) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٤: ٤٧ - ٤٨.

وللمكفول له، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلا، إن كانت
مطلقة أو معجلة وبعد الأجل إن كانت مؤجلة. فإن سلمه تسليمًا تامًا فقد
برئ.
وإن امتنع، كان له حبسه حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه.

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) منهم سلار في المراسم: ٢٠٠ وابن إدريس في السرائر ٢: ٧٨، والعلامة في الإرشاد ١:
٤٠٣.

ولو قال: وإن لم أحضره، كان علي كذا، لم يلزمه إلا إحضاره دون المال. ولو قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط من المال.

(١) التذكرة ٢: ١٠٢. راجع أيضا جامع المقاصد ٥: ٣٩٢ - ٣٩٣.
(٢) النهاية: ٣١٥.

-
- (١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٠٢، والشهيد في اللمعة: ٨٥، وابن فهد في المهذب البارع ٢: ٥٣١ - ٥٣٢.
- (٢) الفقيه ٣: ٥٤ ح ١٨٧، التهذيب ٦: ٢٠٩ ح ٤٨٨، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الضمان ح ٢.
- (٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٣، التهذيب ٦: ٢١٠ ح ٤٩٣، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الضمان ح ١.
- (٤) ولكن عبارة الشيخ في النهاية: ٣١٥ هكذا: " فإن قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضر فلانا ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال ".
(٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.
(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٠٣.

-
- (١) المختصر النافع: ١٤٣.
 - (٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.
 - (٣) التذكرة ٢: ١٠٢.
 - (٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٢.
 - (٥) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

-
- (١) المختلف: ٤٣٥.
 - (٢) السرائر ٢: ٧٥.
 - (٣) لم نجده فيه.
 - (٤) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.
 - (٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

(١) في " ه ": تقول. ولعل الصحيح: تقول.

(٢٤١)

-
- (١) في ص: ٢٤٠.
(٢) اللمعة الدمشقية: ٨٥.
(٣) لم نجده في الإيضاح.
(٤) المزمّل: ١٥ - ١٦. والآيتان هكذا. * (كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول) *.
(٥) الانشراح: ٥ - ٦.

-
- (١) قواعد الأحكام ١ : ١٨٣ .
 - (٢) تحرير الأحكام ١ : ٢٢٥ .
 - (٣) التذكرة ٢ : ١٠٢ .
 - (٤) المختلف : ٤٣٥ .
 - (٥) التنقيح الرائع ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

ومن أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه. ولو كان قاتلا، لزمه إحضاره، أو دفع الدية.

(١) في ص: ٢٣٦.

ولا بد من كون المكفول معيناً، فلو قال: كفلت أحد هذين، لم يصح.
وكذا لو قال: كفلت يزيد أو عمرو. وكذا لو قال: كفلت يزيد، فإن لم
أت به فعمرو.

ويلحق بهذا الباب مسائل:
الأولى: إذا أحضر الغريم قبل الأجل، وجب تسلمه، إذا كان لا
ضرر عليه. ولو قيل: لا يجب، كان أشبه.

(١) المبسوط ٢: ٣٣٨.

ولو سلمه، وكان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهرة، لم يبرأ الكفيل.
ولو كان محبوساً
في حبس الحاكم وجب تسلّمه، لأنه متمكن من استيفاء حقه. وليس
كذلك لو كان في حبس ظالم.
الثانية: إذا كان المكفول عنه غائباً، وكانت الكفالة حالة، أنظر
بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به. وكذا إن كانت مؤجلة، آخر بعد
حلولها بمقدار ذلك.

(١) في ص: ٢٣٦.

(٢) كالشيخ في المبسوط ٢: ٣٣٨، والعلامة في التحرير ١: ٢٢٥، والكركي في جامع المقاصد
٥: ٣٩٢.

الثالثة: إذا تكفل بتسليمه مطلقاً، انصرف إلى بلد العقد. وإن عين موضعاً لزم. ولو دفعه في غيره لم يبرأ. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة، ولا في تسلمه ضرر، وجب تسلمه، وفيه تردد.
الرابعة: لو اتفقا على الكفالة، وقال الكفيل: لا حق لك عليه، كان القول قول المكفول له، لأن الكفالة تستدعي ثبوت حق.

-
- (١) المنهاج راجع السراج الوهاج: ٢٤٢.
(٢) راجع المبسوط ٢: ٣٣٨ والتحرير ١: ٢٢٥ وجامع المقاصد ٥: ٣٨٩ - ٣٩٠.
(٣) في ج ٣: ٤٢٣.
(٤) كما في المبسوط ٢: ٣٣٨.
(٥) في ص: ٢٤٦.

الخامسة: إذا تكفل رجلان برجل، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر.
ولو قيل بالبراءة، كان حسناً.

ولو تكفل لرجلين برجل، ثم سلمه إلى أحدهما، لم يبرأ من الآخر.
السادسة: إذا مات المكفول، برئ الكفيل.

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٠١، والفخر في الإيضاح ٢: ١٠١، والشهيد في اللمعة: ٨٥.
(٢) المبسوط ٢: ٣٣٩.

وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه.

فرع

لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، كان القول قوله، فلو رد اليمين إلى الكفيل فحلف، برئ من الكفالة، ولم يبرأ المكفول من المال.

(١) في المصدر: " ولا أحد... "

(٢) التذكرة ٢ : ١٠١ .

(٣) التذكرة ٢ : ١٠١ .

(٤) التذكرة ٢ : ١٠١ .

السابعة: لو كفل الكفيل آخر، وترامت الكفلاء، جاز.

(٢٥٢)

الثامنة: لا تصح كفالة المكاتب، على تردد.
التاسعة: لو كفل برأسه، أو بدنه، أو بوجهه، صح، لأنه قد يعبر
بذلك عن الجملة عرفاً. ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر، لم يصح، إذ لا
يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسري إلى الجملة.

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) في ص: ١٩٤.

(١) تحرير الأحكام ١ : ٢٢٤ .
(٢) كذا في " ب، م " . وفي غيرهما: بل في الجملة.

قواعد الأحكام ١ : ١٨٣ .

كتاب الصلح

(٢٥٧)

كتاب الصلح
وهو عقد شرع لقطع التجاذب،

-
- (١) النساء: ١٢٨. وورد في "س" باقي الآية الكريمة: " والصلح خير ".
(٢) الحجرات: ٩.
(٣) الفقيه ٣: ٢٠ ح ٥٢، التهذيب ٦: ٢٢٦ ح ٥٤١. الوسائل ١٣: ١٦٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الصلح ح ٢، سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٥٩٤، سنن الترمذي ٣: ٦٣٤ ح ١٣٥٢.
(٤) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٧٩، الوسائل الباب المذكور آنفا ح ١.
(٥) المائدة: ١.

وليس فرعا على غيره، ولو أفاد فائدته.

-
- (١) راجع الوجيز ١: ١٧٧ وفتح العزيز ١٠: ٢٩٦.
(٢) النساء: ١٠١.

ويصح مع الاقرار والانكار.

-
- (١) المبسوط ٢ : ٢٨٨.
(٢) المجموع ١٣ : ٣٨٥ - ٣٨٧.
(٣) راجع الوسائل ١٣ : ١٦٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الصلح.
(٤) الأم ٣ : ٢٢١ و ٧ : ١١٢، مختصر المزني ١٠٥ - ١٠٦.

إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا.

(١) المتقدم في ص: ٢٥٩ الهامش رقم (٣).

وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهالتهما به، دينا كان أو عينا.

(١) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٣، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٠، الوسائل ١٣: ١٦٥ ب " ٥ " من أبواب أحكام الصلح ح ١. وفي المصادر: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٦، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٢، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب " ٥ " من أبواب أحكام الصلح ح ٢. وفي المصادر: علي بن أبي حمزة.

وهو لازم من الطرفين، مع استكمال شرائطه، إلا أن يتفقا على
فسخه.

-
- (١) التذكرة ٢ : ١٧٨ .
(٢) الدروس : ٣٧٨ .
(٣) في ص : ٢٦٠ .
(٤) المائة : ١ .
(٥) المبسوط ٢ : ٢٨٨ .
(٦) في " و " : عقد خ ل .

وإذا اصطح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على
أحدهما، وللآخر رأس ماله، صح.
ولو كان معهما درهمان، فادعاهما
أحدهما، وادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر ما
بقي.

(١) توي المال: هلك.
(٢) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٠٧ ح ٤٧٦، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب " ٤ " من أبواب
أحكام الصلح ح ١.

وكذا لو أودعه إنسان درهمين، وآخر درهما، وامتزج الجميع، ثم تلف درهم.

-
- (١) الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨١، الوسائل ١٣: ١٦٩ ب " ٩ " من أبواب أحكام الصلح ح ١.
(٢) الدروس ٣٧٩ - ٣٨٠.
(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.
(٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
(٥) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٣، الوسائل ١٣: ١٧١ ب " ١٢ " من أبواب أحكام الصلح ح ١.
(٦) الدروس: ٣٨٠.

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما، ولآخر ثوب بثلاثين درهما، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا، وقسم ثمنهما بينهما، فأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة، وللآخر ثلاثة.

-
- (١) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٢، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٢، الوسائل ١٣: ١٧٠ ب: " ١١ " من أبواب أحكام الصلح ح ١.
(٢) النهاية ٣١٤.
(٣) راجع أصباح الشيعة ضمن سلسلة الينايع الفقهية ١٥: ٣٢٢، تحرير الأحكام ١: ٢٣١، والدروس: ٣٧٩.

وإذا بان أحد العوضين مستحقاً، بطل الصلح.

(١) المختلف: ٤٧٥ - ٤٧٦، والقواعد ١: ١٨٦.

(٢) السرائر ٢: ٦٩.

(٣) هذا سهو من قلمه الشريف، فالبناء على الغالب لم يرد في عبارة المصنف، بل في عبارة العلامة المنقولة آنفاً.

(٤) الدروس: ٣٧٩.

ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة. ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح، ولم يكن فرعا للبيع.

ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف، على الأشبه. ولو أتلّف على رجل ثوبا قيمته درهم، فصالحه عنه على درهمن صح، على الأشبه، لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم.

(١) الدروس: ٣٧٩.
(٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

ولو ادعى دارا، فأنكر من هي في يده، ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح، ولم يكن لأحدهما الرجوع. وكذا لو أقر له بالدار، ثم صالح. وقيل: له الرجوع، لأنه هنا فرع العارية. والأول أشبه.

ولو ادعى اثنان، دارا في يد ثالث، بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدق المدعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه، صح الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صح في حقه وهو الربع، وبطل في حصة الشريك، وهو الربع الآخر.

(١) في ص: ٢٦٩.

(٢) راجع المذهب (ضمن المجموع ١٣: ٣٨٣) وفتح العزيز ١٠: ٣٠١.

أما لو ادعى كل واحد منهما النصف، من غير سبب موجب
للشركة، لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما.

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) في ما لدينا من النسخ: لاعتراض المقر. وفي هامش " و " المقر له (ظاهرا). وهو الصحيح.

(١) جامع المقاصد ٥ : ٤٣٤.

(٢٧٢)

ولو ادعى عليه فأنكر، فصالحه المدعى عليه على سقي زرعه أو شجره بمائه، قيل: لا يجوز، لأن العوض هو الماء وهو مجهول، وفيه وجه آخر، مأخذه جواز بيع ماء الشرب. أما لو صالحه، على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته، صح، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه.

(١) في ج ٣: ٤٦٠ - ٤٦١.

(٢) في ص: ٣٣٥.

(٣) المبسوط ٢: ٣١٠ - ٣١١. إلا أنه فرض المسألة مع إقرار المدعي عليه.

(٤) المبسوط ٢: ٣١٠ - ٣١١. إلا أنه فرض المسألة مع إقرار المدعي عليه.

وإذا قال المدعى عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً، لأنه قد يصح مع الإنكار. أما لو قال: بعني أو ملكني، كان إقراراً.

(١) فتح العزيز ١٠: ٣٠٢.

ويلحق بذلك
أحكام النزاع في الأملاك
وهي مسائل:
الأولى: يجوز إخراج الراوشن والأجنحة إلى الطرق النافذة، إذا
كانت عالية لا تضر بالمارة،

-
- (١) المشار إليه بذلك ما قبل الاستدراك بقوله: (نعم). راجع المختلف: ٤٧٧ والدروس: ٣٧٨.
(٢) التذكرة ٢: ١٨٢.
(٣) الدروس: ٣٨٠.

ولو عارض فيها مسلم، على الأصح.

(١) التذكرة ٢: ١٨٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩١، الخلاف ٣: ٢٩٤ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٤٤، المغني لابن قدامة ٥: ٣٤، الشرح الكبير ٥: ٢٧ - ٢٨.

ولو كانت مضرّة وجب إزالتها. ولو أظلم بها الطريق، قيل: لا يجب إزالتها، ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها.

(١) المبسوط ٢: ٢٩١.

أما الطرق المرفوعة فلا يجوز إحداث باب فيها، ولا جناح ولا غيره، إلا بإذن أربابه، سواء كان مضرا أو لم يكن، لأنه مختص بهم.

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٥ وراجع فتح العزيز ١٠: ٣١٠ - ٣١٣.

وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه، دفعا للشبهة.
ويجوز فتح الروازن والشبايك، ومع إذنهـم فلا اعتراض لغيرهـم.

ولو صالحهم على إحداث روشن، قيل: لا يجوز، لأنه لا يصح
إفراد الهواء بالبيع. وفيه تردد.
ولو كان لانسان داران باب كل واحدة إلى زقاق غير نافذ، جاز أن
يفتح بينهما بابا.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٢) الدروس: ٣٨١.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥١. المهذب (ضمن المجموع ١٣: ٤١٢).

ولو أحدث في الطريق المرفوع حدثاً، جاز إزالته لكل من له عليه استطراق.
ولو كان في زقاق بابان أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول
يشارك الآخر في مجازة، وينفرد الأدخل بما بين البابين.

(١) الدروس: ٣٨١.

ولو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها، وتداعيها، فهما فيه سواء.
ويجوز للدخل أن يقدم بابه، وكذا الخارج. ولا يجوز للخارج أن يدخل
ببابه وكذا الداخل.

(١) الدروس: ٣٨١.

ولو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشنًا، لم يكن لمقابله معارضته، ولو استوعب عرض الدرب. ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره إلى عمل روشن، لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق إلى القعود في المسجد.

الثانية: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبة واحدة، لكن يستحب. ولو أذن، جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً، وبعد الوضع لا يجوز، لأن المراد به التأييد. والجواز حسن مع الضمان.

-
- (١) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب " ٣ " من أبواب مكان المصلي ح ١ و ٣.
(٢) مسند أحمد ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، السنن الكبرى ٦: ٦٨. وليس فيهما " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ".
(٣) المبسوط ٢: ٢٩٧.
(٤) منهم ابن البراج على ما في جامع المقاصد ٥: ٤٢٢، وابن إدريس في السرائر ٢: ٤٣٣.
(٥) في إحدى الحجريتين: (الجواز مطلقاً). ولم ترد في ما لدينا من النسخ الخطية.

أما لو انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف. وفيه قول آخر.

(١) في ما عدا "ه" و"م": نقضه.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠.

ولو صالحه على الوضع ابتداء، جاز بعد أن يذكر عدد الخشب
ووزنها وطولها.

الثالثة: إذا تداعيا جدارا مطلقا، ولا بينة، فمن حلف عليه مع
نكول صاحبه قضي له. وإن حلفا أو نكلا، قضي به بينهما.

(١) في " ن " و " س " : يتبين، وفي الحجرية: يبين.
(٢) الدروس: ٣٨٢.

ولو كان متصلا ببناء أحدهما، كان القول قوله مع يمينه، وإن كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضي بها، وقيل: يقضى مع اليمين. وهو الأشبه.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦، الخلاف ٣: ٢٩٦. وليس فيهما هذا الاحتجاج، وإنما احتج له بذلك الشهيد في الدروس: ٣٨٤.
(٢) في "س": الشريكين.

ولا ترجح دعوى أحدهما، بالخوارج التي في الحيطان، ولا الروازن.
ولو اختلفا في خص قضي لمن إليه معاقد القمط، عملا بالرواية.
الرابعة: لا يجوز للشريك في الحائط، التصرف فيه ببناء، ولا
تسقيف ولا إدخال خشبة، إلا بإذن شريكه.

-
- (١) لسان العرب ٧: ٢٦ و ٣٨٥.
(٢) لسان العرب ٧: ٢٦ و ٣٨٥.
(٣) الفقيه ٣: ٥٧ ح ١٩٧، الوسائل ١٣: ١٧٣ ب " ١٤ " من أبواب الصلح ح ٢.
(٤) سنن البيهقي ٦: ٦٧ - ٦٨.
(٥) المختصر النافع: ٢٨٥.

ولو انهدم، لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته.

-
- (١) التذكرة ٢ : ١٨٥ .
(٢) التذكرة ٢ : ١٨٥ .
(٣) الدروس : ٣٨٢ . ولكن فيه : مع عدم الضرر .
(٤) المبسوط ٢ : ٣٠١ .

وكذا لو كانت الشركة، في دولاب أو بئر أو نهر.

-
- (١) المبسوط ٢: ٣٠١.
- (٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٠.

وكذا لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو، على بناء الجدار الذي يحمل العلو. ولو هدمه بغير إذن شريكه، وجب عليه إعادته. وكذا لو هدمه بإذنه، وشرط إعادته.

(١) الدروس ٣٨٣.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

(٣) المبسوط ٢: ٣٠٣.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٨٥.

(٥) الموجود في التذكرة في هذا الباب ٢: ١٨٥ - ١٨٦ تعيين الأرش أيضا. فلعله ذكر ذلك في موضع آخر. نعم وجوب الإعادة يظهر من الارشاد ١: ٤٠٥ وكذلك في التحرير ٢: ١٣٦. ولكنه فيه ذكر وجوب الأرش وجها.
(٦) الدروس: ٣٨٣.

الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت،
فالقول قول صاحب البيت مع يمينه. ولو كان في جدران الغرفة، فالقول
قول صاحبها مع يمينه. ولو تنازعا في السقف، قيل: إن حلفا قضى به
لهما. وقيل: لصاحب العلو. وقيل: يقرع بينهما، وهو حسن.

-
- (١) المختلف: ٤٧٨.
(٢) المبسوط ٢: ٣٠٠.
(٣) الدروس: ٣٨٥.
(٤) السرائر ٢: ٦٧.
(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٥، المختلف: ٤٧٧.

السادسة: إذا خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن، وإلا قطعت من حد ملكه. وإن امتنع صاحبها قطعها الجار. ولا يتوقف على إذن الحاكم.

(١) الخلاف ٣: ٢٩٨ مسألة ٨.

(٢) بيت بيني طولاً ويقال له بالفارسية أوستان. لسان العرب ٢: ٢٠٨.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

(٤) وردت في " و " فقط وفي الهامش: ليس في أكثر النسخ لفظ الاشكال.

(٥) في " س " : فهنا.

(١) التذكرة ٢ : ١٨٩ .
(٢) من " و " فقط .

ولو صالحه على إبقائه في الهواء، لم يصح، على تردد. أما لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها. السابعة: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، ولآخر بيوته العليا، وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع يمينه.

(١) المبسوط ٢: ٣٠٣.

ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواهما سواء. ولو تداعيا الصحن،
قضي منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما، وما خرج عنه لصاحب السفلى.

(١) الدروس: ٣٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٥.

(٣) القاموس المحيط ٤: ٢١٩ مادة (خزن).

تتمة

إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه.
وقيل: هما سواء في الدعوى. والأول أقوى.
أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء.
وكذا لو تنازعا
عبدا، ولأحدهما عليه ثياب.

أما لو تداعيا جملا، ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه.
ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما. وبابها إلى غرفة الآخر، كان
الرجحان لدعوى صاحب البيت.

(١) في "س" ولأنه.

(٢) الدروس: ٣٨٥.

كتاب الشركة

(٢٩٩)

كتاب الشركة
والنظر في فصول
الأول: في أقسامها.
الشركة اجتماع حقوق الملاك، في الشيء الواحد، على سبيل
الشياع.

(١) راجع تاج العروس ٧: ١٤٨.

-
- (١) في ص: ٣١١.
(٢) كذا في "س". وفي غيرها: "فيما".
(٣) في "س": بالملك.
(٤) حكاية المحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٧.

ثم المشترك قد يكون عينا، وقد يكون منفعة، وقد يكون حقا.
وسبب الشركة قد يكون إرثا، وقد يكون عقدا، وقد يكون مزجا، وقد
يكون حيازة. والأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه.

نعم، لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماء دفعة، تحققت الشركة.
وكل مالين
مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان، تحققت فيهما الشركة. اختيارا كان
المزج أو اتفاقا. ويثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة.

-
- (١) في ص: ٣٢٤.
(٢) نقله العلامة في المختلف: ٤٧٩.
(٣) في ص: ٣٢٥.

سواء كانا أثمانا أو عروضاً.
أما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعيد، فلا يتحقق فيه بالمزج،
بل قد يحصل بالإرث، أو أحد العقود الناقلة كالابتياح والاستيهاب. ولو
أراد الشركة فيما لا مثل له، باع كل واحد منهما حصة مما في يده، بحصة
مما في يد الآخر (١).

-
- (١) كذا في الشرائع الحجرية و متن نسخ المسالك المخطوطة. ولكن في الشرائع المطبوعة حديثاً و متن
الجواهر: حصته مما في يده بحصته مما في يد الآخر.
(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤ - ١٢٦ و حلية العلماء ٥: ٩٣.
(٣) التذكرة ٢: ٢٢٢.

ولا تصح الشركة بالأعمال، كالخياطة والنساجة.

(١) حلية العلماء ٥ : ٩٧.

(٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٣) في "ه" و"و" و"ب": تتاركهما. وفي المختلف "فإن يشاركا الفضل أو تحالا...".

(٤) في "ه" و"و" و"ب": تتاركهما. وفي المختلف "فإن يشاركا الفضل أو تحالا...".

(٥) في هامش "ه" و"و" و"ن": "المبطل لها مطلقا الشافعي، والمجيز لها مطلقا أحمد، والمفصل مالك، وأجازها أبو حنيفة فيما عدا اكتساب المباح. منه رحمه الله". راجع المغني لابن قدامة

٥ : ١١١ - ١١٣.

نعم، لو عملا معا لواحد بأجرة، ودفع إليهما شيئا واحدا عوضا عن أجرتهما، تحققت الشركة في ذلك الشيء. ولا بالوجه.

(١) في "ه": نفسيهما.

ولا شركة المفاوضة (١)، وإنما تصح بالأموال.

- (١) كذا في الشرائع الحجرية. وفي المطبوعة حديثاً: ولا شركة بالمفاوضة. وفي متن الجواهر: ولا شركة في المفاوضة. وفي متن أكثر نسخ المسالك: ولا بشركة المفاوضة.
(٢) راجع المختلف: ٤٧٩.
(٣) راجع حلية العلماء ٥: ١٠٢ وروضة القضاة وطريق النجاة ٢: ٥٧١ - ٥٧٢.
(٤) في " و " و " ن ": بذل.
(٥) راجع ترتيب اصلاح المنطق: ٣٦٠ مادة (مفاوضة).
(٦) في هامش " و " و " ن ": " وتبعه على ذلك الأوزاعي والثوري. منه رحمه الله ". راجع حلية العلماء ٥: ١٠٠.

(١) التذكرة ٢ : ٢١٩ .

(٣١٠)

ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه،
ولو كان

لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله. وكذا عليه من الخسارة.
ولو شرط لأحدهما زيادة في الربح، مع تساوي المالين، أو التساوي
في الربح والخسران مع تفاوت المالين، قيل: تبطل الشركة، أعني الشرط
والتصرف الموقوف عليه، ويأخذ كل منهما ربح ماله، ولكل منهما أجرة مثل
عمله، بعد وضع ما قابل عمله في ماله، وقيل: تصح الشركة والشرط.
والأول أظهر.

(١) حلية العلماء ٥ : ٩٥ .

(٢) الإنتصار: ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٣) راجع المختلف: ٤٧٩ .

(٤) راجع المختلف: ٤٧٩ .

(٥) إيضاح الفوائد ٢ : ٣٠١ .

(٦) المائدة: ١ .

-
- (١) النساء: ٢٩.
- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
- من أبواب المهور ح ٤.
- (٣) المبسوط ٢: ٣٤٩، والخلاف ٣: ٣٣٢ مسألة ٩.
- (٤) السرائر ٢: ٤٠٠.
- (٥) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٤، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٢٥.
- (٦) في " ب " : إذ لم.
- (٧) الكافي في الفقه: ٣٤٣.

هذا إذا عملا في المال،
أما لو كان العامل أحدهما، وشرطت الزيادة
للعامل، صح ويكون بالقراض أشبه.

- (١) غاية المراد: ١٣٠.
- (٢) مر نقل عبارته في ص ٣١٠.
- (٣) في ص: ٢٦٥.
- (٤) في " ه " : القراض.

وإذا اشترك المال، لم يجوز لأحد الشركاء التصرف فيه، إلا مع إذن الباقيين، فإن حصل الإذن لأحدهم، تصرف هو دون الباقيين، ويقتصر من التصرف على ما أذن له، فإن أطلق له الإذن، تصرف كيف شاء.

-
- (١) التذكرة ٢: ٢٢٥.
(٢) في "س" وهامش "و": إلا بإذن صاحبه.

وإن عين له السفر في جهة، لم يجز له الأخذ في غيرها، أو نوع من التجارة، لم يتعد إلى سواها.
ولو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف، وإن انفردا. ولو شرطا الاجتماع، لم يجز للانفراد.
ولو تعدى المتصرف ما حد له، ضمن.
ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة. وليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال، بل يقتسمان العين الموجودة، ما لم يتفقا على البيع.

ولو شرطاً (١) التأجيل في الشركة، لم يصح، ولكل منهما أن يرجع متى شاء.

ولا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنه أمانة، إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ. ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالحرق والغرق، أو خفياً كالسرقة. وكذا القول قوله مع يمينه، لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط.

(١) كذا في المطبوعة حديثاً. وفي الحجرية و متن الجواهر والمسالك: شرط.
(٢) في "س" و "ن": إفراده.

ويطل الإذن بالجنون والموت.

(١) المهذب (المطبوع مع المجموع) ١٤ : ٨٠.

الفصل الثاني

في القسمة

وهي تمييز الحق من غيره، وليست بيعاً، سواء كان فيها رد أو لم يكن.

(١) راجع حلية العلماء ٨: ١٦٧ وجواهر العقود ٢: ٤١٥.

(٩) التنبيه في الفقه الشافعي: ٢٥٧، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٧.

ولا تصح إلا باتفاق الشركاء.
ثم هي تنقسم فكل ما لا ضرر في قسمته، يجبر الممتنع مع التماس
الشريك القسمة.

(١) الوسائل ١٧: ٣١٩ ب " ٥ " من أبواب الشفعة ح ١، ٣٤٠ ب " ١٢ " من أبواب إحياء الموات
ح ٣، ٤، ٥ و ٣٧٦ ب " ١ " من أبواب موانع الإرث ح ١٠، ومسند أحمد ١: ٣١٣،
...

وتكون بتعديل السهام والقرعة. أما لو أراد أحد الشركاء التميز بالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها. وكل ما فيه ضرر كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمة.

(١) في "ه" و"س": فيما.

ولا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين.
ولو كان الملك الواحد وقفا وطلقا، صح قسمته، لأنه يميز الوقف
عن غيره.

-
- (١) لاحظ الفصل الثاني من خاتمة كتاب القضاء.
(٢) لاحظ الفصل الثاني من خاتمة كتاب القضاء.
(٣) في "و" و"ن" : غرض.

الفصل الثالث
في لواحق هذا الباب

وهي مسائل:

الأولى: لو دفع إنسان دابة، وآخر راوية إلى سقاء، على الاشتراك في الحاصل، لم تنعقد الشركة، وكان ما يحصل للسقاء، وعليه أجرة مثل الدابة والراوية.

-
- (١) في هامش " و " و " ن ": " السقاء ممدود، والراوية: المزادة فيها الماء، ذكره في القاموس. منه رحمه الله ". راجع القاموس المحيط ٤: ٣٣٧ مادة (روي).
- (٢) من " س " .

الثانية: لو حاش صيدا، أو احتطب، أو احتش بنية أنه له ولغيره
لم تؤثر تلك النية، وكان بأجمعه له خاصة.

(١) في المسألة التالية.

(٢) في المسألة التالية.

وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.

(٣٢٥)

(١) إيضاح الفوائد ٢ : ٣٠٣.

(٣٢٦)

-
- (١) كلام الشيخ مختلف في هذه المسألة ففي المبسوط ٢: ٣٤٦ اختار أنه للحائز وإن نوى تملك الأمر وفيه أيضا ص ٣٥٨ ما يظهر منه خلاف ذلك ولم نجد موضعا تردد فيه. ولعل منشأ النسبة عبارة العلامة في المختلف: ٤٨٠ حيث عقب عبارة الشيخ بقوله: وعندني فيه تردد، مما يوهم كونه من عبارة الشيخ قدس سره.
- (٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٤، المختلف: ٤٨٠.
- (٣) ربما يظهر ذلك من الجامع للشرائع: ٣١٣.

لثالثة: لو كان بينهما مال بالسوية، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الأمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاز، بل يكون بضاعة.

الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً، فادعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه أبصر بنيته. ولو ادعى أنه اشترى لهما فأنكر الشريك، فالقول أيضاً قوله، لمثل ما قلناه.

(١) الصحاح ٣: ١١٨٦، مادة بضع.

الخامسة: لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما، وهو وكيل في القبض ، وادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع، وصدقه الشريك، برئ المشتري من حقه، وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر - وهو حصة البائع - لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

(١) في التنازع من كتاب الوكالة.

ولو ادعى تسليمه إلى الشريك، فصدقه البائع، لم يبرأ المشتري من
شئ من الثمن، لأن حصة البائع لم تسلم إليه ولا إلى وكيله، والشريك
ينكره، فالقول قوله مع يمينه.

(١) في " ن " : لا إن ثبت. ولعله أولى.

وقيل: تقبل شهادة البائع. والمنع في المسألتين أشبه.

(١) في "س": المشهور.
(٢) في "ن" و"ب": المشتري.

السادسة: لو باع اثنان عبدين - كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده - صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما، قيل: يصح، وقيل: يبطل، لأن الصفقة تجري مجرى عقدين، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولا. أما لو كان العبدان لهما، أو كانا لواحد، جاز.

(١) في ص: ٣٣٤ - ٣٣٨.

(٢) في ص: ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣، والمبسوط ٢: ٣٥٦.

(٤) في ج ٣: ١٦١ - ١٦٢.

وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة على انفراده، فباعاهما
صفقة، لانقسام الثمن عليهما بالسوية.
السابعة: قد بينا أن شركة الأبدان باطلة، فإن تميزت أجره عمل
أحدهما عن صاحبه اختص بها. وإن اشتبهت، قسم حاصلهما على قدر
أجره مثل عملهما، وأعطي كل واحد منهما ما قابل أجره مثل عمله.

(١) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣ كتاب الشركة.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٢.

الثامنة: إذا باع الشريكان سلعة صفقة، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

(٣٣٤)

-
- (١) الخلاف ٣: ٣٣٦ مسألة ١٥ كتاب الشركة، المبسوط ٢: ٣٥٨.
- (٢) كالقاضي في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٥، والسيد ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٤، وابن حمزة في الوسيلة ٢٦٣.
- (٣) الوسائل ١٣: ١٧٩ ب " ٦ " من أبواب أحكام الشركة، وص ١٥٩ ب " ١٣ " من أبواب أحكام الضمان، و ١١٦ ب " ٢٩ " من أبواب الدين ح ١.
- (٤) السرائر ٢: ٤٠٢.

(١) غوالي اللئالي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود: ٣: ٢٩٦ ح
٣٥٦١.

التاسعة: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة، صحت الإجارة، ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة.

-
- (١) في ص: ٢٢٥.
(٢) جامع المقاصد ٨: ٥٢.

ولو استأجره لصيد شئ بعينه، لم يصح، لعدم الثقة بحصوله غالبا.

(١) في الفصل الثاني من كتاب الإجارة الشرط الرابع.

كتاب المضاربة

(٣٤١)

كتاب المضاربة
وهو يستدعي بيان أمور أربعة

(١) راجع النهاية لابن الأثير ٤ : ٤١ وجواهر العقود ١ : ٢٣٩.

الأول
في العقد
وهو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نض المال أو
كان به عروض.
ولو اشترط فيه الأجل، لم يلزم. لكن، لو قال: إن مرت بك سنة
مثلا، فلا تشتت بعدها وبع، صح، لأن ذلك من مقتضى العقد،

وليس كذلك لو قال: على أني لا أملك فيها منعك، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد.

ولو اشترط أن لا يشتري إلا من زيد، أو لا يبيع إلا على عمرو، صح. وكذا لو قال: على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني، أو ثمرة البستان الفلاني، سواء كان وجود ما أشار إليه عاما أو نادرا.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٨٤، المهذب ضمن المجموع ١٤: ٣٦٩، والمنهاج ضمن مغني المحتاج ٢: ٣١١.
(٢) الوسائل ١٣: ١٨١ ب " ١ " من أبواب أحكام المضاربة.

ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم،
قيل: يفسد، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال. وفيه تردد.

وإذا أذن له في التصرف، تولى باطلاق الإذن ما يتولاه المالك، من عرض القماش والنشر والطي، وإحرازه، وقبض الثمن، وإيداعه الصندوق، واستئجار من جرت العادة باستئجاره، كالدلال والوزان والحمال، عملا بالعرف. ولو استأجر للأول، ضمن الأجرة. ولو تولى الأخير بنفسه، لم يستحق أجرة.

وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال، على الأظهر.

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٧، الوسائل ١٣: ١٨٧ ب " ٦ " من أبواب كتاب المضاربة ح ١.

ولو كان لنفسه مال غير مال القراض، فالوجه التقييط.

(٣٤٩)

ولو أنفق صاحب المال مسافرا، فانتزع المال منه، فنفقة عوده من خاصته (١).
وللعامل ابتياع المعيب، والرد بالعيب، والأخذ بالأرث (٢). كل ذلك مع الغبطة.
ويقتضي إطلاق الإذن، البيع نقدا، بثمن المثل، من نقد البلد.

-
- (١) في متن الجواهر: منه خاصة.
(٢) في الشرائع الحجرية و متن الجواهر والمسالك: وأخذ الأرث.
(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٣.
(٤) في "س" و "م" و "و" ب": بين الأمرين. والصحيح ما أثبتناه، ولكن الأولى إسقاط كلمة بين في قوله: بين الرد والامسك.

ولو خالف لم يمض، إلا مع إجازة المالك. وكذا يجب أن يشتري بعين المال.

-
- (١) الخلاف ٣: ٤٦٢ مسألة ٨ كتاب القراض، المبسوط ٣: ١٧٤.
(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٤ والحلي في الجامع للشرائع: ٣١٧.
(٣) في هامش " و " و " ن ": " من عجيب ما اتفق للعلامة في التذكرة في هذه المسألة أنه ذكرها في ورقة واحدة خمس مرات، وأفتى في ثلاث منها بجواز البيع بالعرض وفي اثنين بعده. فتأمل.
منه رحمه الله " راجع التذكرة ٢: ٢٣٦ - ٢٣٧.

ولو اشترى في الذمة، لم يصح البيع، إلا مع الإذن. ولو اشترى في الذمة
لا معه، ولم يذكر المالك، تعلق الثمن بذمته ظاهراً.
ولو أمره بالسفر إلى جهة، فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياح شيء
معين، فابتاع غيره، ضمن. ولو ربح والحال هذه، كان الربح بينهما،
بموجب الشرط.

(١) في الفصل الرابع من كتاب الوكالة.
(٢) انظر الوسائل ١٣: ١٨١ ب " ١ " من أبواب كتاب المضاربة.

وبموت كل واحد منهما، تبطل المضاربة، لأنها في المعنى وكالة.

(١) في "ه": الخصوصيات.

(٢) راجع الأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٥١، والنهاية لابن الأثير ٤: ٩٨.

(١) في ص ٣٨٣ - ٣٨٥.

(٣٥٤)

الثاني
في مال القراض
ومن شرطه أن يكون عينا، وأن يكون دراهم أو دنانير. وفي
القراض بالنقرة تردد.

(١) التذكرة ٢: ٢٣٠.

ولا يصح بالفلوس، ولا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقل
أو أكثر، ولا بالعروض.
ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصة فاصطاد،
كان الصيد للصائد، وعليه أجره الآلة.

-
- (١) القاموس ٢ : ٣٣٤ .
(٢) الصحاح ٣ : ١٠٨٣ .

ويصح القراض بالمال المشاع، ولا بد أن يكون معلوم المقدار، ولا يكفي المشاهدة. وقيل: يصح مع الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره.

-
- (١) في ص: ٣٢٣.
(٢) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٧ كتاب القراض.
(٣) المبسوط ٣: ١٩٩.
(٤) المختلف: ٤٨٣.

ولو أحضر مالين وقال: قارضتك بأيهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض.
وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه، ضمن.

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
من أبواب المهور ح ٤.
(٢) المنهاج راجع مغني المحتاج ٢: ٣١٠.

ولو كان له في يد غاصب مال، فقارضه عليه صح، ولم يبطل
الضمان، فإذا اشترى به، ودفع المال إلى البائع، برئ، لأنه قضى دينه
بإذنه.

-
- (١) في ص: ١٥ - ١٧.
 - (٢) عوالي الآلي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.
 - (٣) قواعد الأحكام ١: ٢٤٥.
 - (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٨.
 - (٥) التذكرة ٢: ٢٣٢.

ولو كان له دين، لم يجز أن يجعله مضاربة، إلا بعد قبضه. وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يحدد العقد.

فروع

لو قال: بع هذه السلعة فإذا نص ثمنها فهو قراض، لم يصح، لأن المال ليس بمملوك عند العقد.

(١) في ص: ٣٥٧.

(٢) في هامش "ه" و"و" و"ن": "هو أبو حنيفة حيث جعله قراضا بعد البيع، لأن القراض في معنى الإذن، ويجوز تعليقه على شرط. منه رحمه الله". راجع المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٦ - ٣٧، رحمة الأمة: ١٧٥.

ولو مات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث، لم يصح، لأن الأول
بطل، ولا يصح ابتداء القراض بالعروض.
ولو اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنه
اختلف في المقبوض.

ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك، خلطاً لا يتميز، ضمن، لأنه تصرف غير مشروع.

(١) في هامش " و " و " ه " و " ن ": القائل به الإمام فخر الدين رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله " لاحظ إيضاح الفوائد ٢ : ٣٣١.

الثالث
في الربح
ويلزم الحصة بالشرط دون الأجرة، على الأصح.

-
- (١) أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥ ب " ٣ " وغيره من أبواب أحكام المضاربة.
(٢) سنن البيهقي ٦: ١١٠ - ١١١.
(٣) النهاية: ٤٢٨.
(٤) المقنعة: ٦٣٣.
أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥ ب " ٣ " وغيره من أبواب أحكام المضاربة.
(٥) منهم سلا في المراسم: ١٨٢، وأبو الصلاح في الكافي: ٣٤٤ و ٣٤٧. ونسبه العلامة في
المختلف: ٤٨١ إلى ابن البراج، وعبارته في المهذب ١: ٤٦٠ خلاف ذلك.
(٧) النساء: ٢٦، المائدة: ١.

ولا بد أن يكون الربح مشاعا.
فلو قال: خذه قراضا والربح لي، فسد،
ويمكن أن يجعل بضاعة، نظرا إلى المعنى. وفيه تردد. وكذا التردد لو قال:
والربح لك.

(١) في ص: ٣٤٣.
(٢) المختلف: ٤٨٣.

أما لو قال: خذه فاتجر به والربح لي، كان بضاعة. ولو قال:
والربح لك كان قرضا (١).
ولو شرط أحدهما شيئا معينا، والباقي بينهما، فسد، لعدم الوثوق
بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة.

(١) في المطبوعة حديثا: كان قراضا. وهو غير صحيح.

(٢) في "س": أقوى.

(٣) في ج ٣: ٤٤٠.

ولو قال: خذه على النصف، صح. وكذا لو قال: على أن الربح بيننا،
ويقضى بالربح بينهما نصفين.

- (١) في ص: ٣٦٤.
(٢) التهذيب ٧: ١٨٧ ح ٨٢٧، الوسائل ١٣: ١٨٢ ب " ١ " من أبواب أحكام المضاربة ح ١٠.
(٣) التهذيب ٧: ١٨٨ ح ٨٢٩، الاستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٥٢، الوسائل ١٣: ١٨٦ ب " ٣ " من أبواب أحكام المضاربة ح ٥.
(٤) راجع مغني المحتاج ٢: ٣١٣.

ولو قال: على أن لك النصف، صح. ولو قال: على أن لي النصف
واقتر، لم يصح، لأنه لم يعين للعامل حصة.
ولو شرط لغلامه حصة معهما، صح، عمل الغلام أم لم يعمل. ولو
شرط لأجنبي وكان عاملاً، صح. وإن لم يكن عاملاً، فسد. وفيه وجه
آخر.

ولو قال: لك نصف ربحه، صح. وكذا لو قال: لك ربح نصفه.

-
- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.
- (٢) المائدة: ١.
- (٣) في " ن " : اختلف فيه في الترددات. وكذا في هامش " و " والظاهر أن قوله (في الترددات) من التعليقة فيكون آخر العبارة كما أثبتناه. راجع إيضاح ترددات الشرائع ١: ٣١١.
- (٤) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٨.

ولو قال لاثنين: لكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواء. ولو فضل
أحدهما صح أيضا، وإن كان عملهما سواء.
ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه.

(١) في ص: ٣٦٦.

(٢) راجع المدونة الكبرى ٥: ٩٠، المغني لابن قدامة ٥: ١٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٨: ١٦٧.

ولو دفع قراضا في مرض الموت، وشرط ربحا صح، ومملك العامل
الحصة.

ولو قال العامل: ربحت كذا ورجع، لم يقبل رجوعه. وكذا لو
ادعى الغلط.

أما لو قال: ثم خسرت، أو قال: ثم تلف الربح، قبل.

(١) راجع ج ٣: ٢٦١ و ٢٦٧.

(٢) راجع حلية العلماء ٥: ٣٥٣ - ٣٥٤ وكذا فتح العزيز (ضمن المجموع) ١٢: ٩١.

والعامل يملك حصته من الربح بظهوره، ولا يتوقف على وجوده
ناضاً.

-
- (١) التذكرة ٢: ٢٤٥.
(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ١٨٠ الباب " ١، ٢، ٣ " من كتاب المضاربة.
(٣) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١ والوسائل ١٣:
١٨٨ ب " ٨ " من كتاب المضاربة.
(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٢٢.

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٣٧٢)

(١) في ص: ٣٨٩ و ٣٩٢ و ٣٩٦.

(٣٧٣)

الرابع
في اللواحق
وفيه مسائل:

الأولى: العامل أمين، لا يضمن ما يتلف، إلا عن تفريط أو
خيانة. وقوله مقبول في التلف، وهل يقبل في الرد؟ فيه تردد، أظهره أنه
لا يقبل.

(١) في المسألة الأولى من مسائل التنازع في كتاب الغصب.

الثانية: إذا اشترى من ينعق على رب المال، فإن كان بإذنه صح وينعق، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء، كان الفاضل قراضاً. ولو كان في العبد المذكور فضل، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة، والوجه الأجرة.

(١) المبسوط ٣: ١٧٤ - ١٧٥.

(١) في "س": والبيع والشراء.
(٢) في هامش "هـ" و"و" و"و" و"ن": ذكر المحقق الشيخ علي رحمه الله في الشرح أن القول بعدم ثبوت
أجرة المثل متوجه إن لم يكن إحداث قول ثالث، محتجا بما قد أجبنا عنه. تأمل منه رحمه الله "
راجع جامع المقاصد ٨: ٩٨.

وإن كان بغير إذنه، وكان الشراء بعين المال، بطل. وإن كان في الذمة،
وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال.

(١) القواعد ١: ٢٤٧، إيضاح الفوائد ٢: ٣١٣.
(٢) في هامش "ه" و"و" و"و" و"ن": "وبهذا يرتقي الصور إلى ستة عشر، لأن صور الذمة أربع
مضروبة في ثلاث ومضافة إلى الأربع الباقية في الشراء بالعين. منه رحمه الله".

الثالثة: لو كان المال لامرأة، فاشتري زوجها، فإن كان بإذنها، بطل النكاح. وإن كان بغير إذنها، قيل: يصح الشراء، وقيل: يبطل، لأن عليها في ذلك ضرراً، وهو أشبه.

(١) في " و " و " ب " : المفيدة.
(٢) القواعد ١ : ٢٤٧.

الرابعة: إذا اشترى العامل أباه، فإن ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح، ويسعى المعتق في باقي قيمته، موسراً كان العامل أو معسراً.

(١) راجع القواعد ١: ٢٤٧، وجامع المقاصد ٨: ١٠٤. وفي هامش "ه" و"و" و"و" و"ن": ذكر الشيخ علي رحمه الله في الشرح أنه يضمن النفقة كما يضمن المهر في ظاهر كلامه. وهو موضع تأمل. منه رحمه الله".

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١، والوسائل
١٣: ١٨٨ ب " ٨ " من أحكام المضاربة. وفي بعض المصادر: ميسر بدل قيس.
(٢) في الفصل الثالث من كتاب العتق.

الخامسة: إذا فسخ المالك صح، وكان للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت. ولو كان بالمال عروض، قيل: كان له أن يبيع، والوجه المنع ولو ألزمه المالك، قيل: يجب عليه أن ينض المال. والوجه أنه لا يجب.

(١) يأتي في كتاب العتق، الفصل الثاني في السراية.

(١) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٦.

(٣٨٤)

وإن كان سلفاً، كان عليه جبايته.
وكذا لو مات رب المال وهو عروض،
كان له البيع، إلا أن يمنعه الوارث. وفيه قول آخر.

(١) كما في الجامع للشرائع: ٣١٥، وإرشاد الأذهان ١: ٤٣٦.
(٢) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

السادسة: إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه، وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك، صح. ولو شرط لنفسه لم يصح، لأنه لا عمل له. وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض الثاني. فإن ربح، كان نصف الربح للمالك، والنصف الآخر للعامل الأول وعليه أجره الثاني، وقيل: للمالك أيضا، لأن الأول لم يعمل، وقيل: بين العاملين، ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرة. والأول حسن.

(١) في ص: ٣٦٤.

السابعة: إذا قال: دفعت إليه مالا قراضا، فأنكر، وأقام المدعي بينة، فادعى العامل التلف، قضي عليه بالضمان. وكذا ولو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الأمانات.

-
- (١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٩ - ١٦١، المهذب راجع المجموع ١٤: ٣٧٠، والوجيز ١: ٢٢٤. ولم نجد القائل بثانيها.
- (٢) التذكرة ٢: ٢٤٠، التحرير ١: ٢٧٨.
- (٣) المبسوط ٣: ١٨١ - ١٨٢.

أما لو كان جوابه: لا يستحق قبلي شيئاً، أو ما أشبهه، لم يضمن.
الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعد دورانه في التجارة،
احتسب التالف من الربح. وكذا لو تلف قبل ذلك. وفي هذا تردد.

(١) التذكرة ٢: ٢٤٥، والقواعد ١: ٢٥٢. وعبارته: " لم يقبل قوله " .

(٢) في ص: ٣٧٥.

(٣) في هامش " س ": " جبره حينئذ بالربح... " .

التاسعة: إذا قارض اثنان واحدا، وشرطا له النصف منهما،
وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال، كان فاسدا لفساد
الشرط. وفيه تردد.

العاشرة: إذا اشترى عبدا للقراض، فتلف الثمن قبل قبضه،
قيل: يلزم صاحب المال ثمنه دائما، ويكون الجميع رأس ماله، وقيل: إن
كان أذن له في الشراء في الذمة فكذا، وإلا كان باطلا، ولا يلزم الثمن
أحدهما.

-
- (١) المائدة: ١.
(٢) في ص: ٣١١ - ٣١٤.
(٣) المبسوط ٣: ١٩٤.
(٤) السرائر ٢: ٤١٣.
(٥) في ص: ٣٧٧ - ٣٨٩.

الحادية عشرة: إذا نص قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة، فإن اتفقا صح. وإن امتنع المالك لم يجبر. فإن اقتسما وبقي رأس المال معه فخرس، رد العامل أقل الأمرين واحتسب المالك.

-
- (١) القواعد ١: ٢٥٠ والإرشاد ١: ٤٣٧.
 - (٢) حكاه عنه في جامع المقاصد ٨: ١٤٤.
 - (٣) القواعد ١: ٢٥٠ والإرشاد ١: ٤٣٧.

الثانية عشرة: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من
مال القراض، ولا أن يأخذ منه بالشفعة.

(١) في ص ٣٩٦.

وكذا لا يشتري من عبده القن. وله الشراء من المكاتب.
الثالثة عشرة: إذا دفع مالا قراضا، وشرط أن يأخذ له بضاعة،
قيل: لا يصح، لأن العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجره.
وقيل: يصح القراض ويبطل الشرط. ولو قيل بصحتها كان حسنا.

(١) المبسوط ٣: ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) نسبه في التذكرة ٢: ٢٣٧ إلى بعضهم. واحتمله في المغني ٥: ١٧٢.

-
- (١) المبسوط ٣: ١٩٧.
(٢) سورة المائدة: ١.
(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
من أبواب المهور ح ٤.
(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٧٩.
(٥) في ص: ٣٨٢.

الرابعة عشرة: إذا كان مال القراض مائة، فخسر عشرة، وأخذ المالك عشرة، ثم عمل بها الساعي فربح، كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعا، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال في تقدير تسعين. فإذا قسم الخسران، وهو عشرة على تسعين، كان حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعا، فيوضع ذلك من رأس المال.

(١) في هامش " ن " : " القائل الشيخ علي رحمه الله في الشرح. منه رحمه الله ". راجع جامع المقاصد
٨ : ٥٥ - ٥٦.

الخامسة عشرة: لا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأها، وإن
أذن له المالك. وقيل: يجوز مع الإذن. أما لو أحلها بعد شرائها، صح.
السادسة عشرة: إذا مات وفي يده أموال مضاربة، فإن علم مال
أحدهم بعينه، كان أحق به، وإن جهل كانوا فيه سواء.

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) النهاية: ٤٣٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٥، والوسائل ١٣: ١٩٠ ب " ١١ " من كتاب المضاربة.

فإن جهل كونه مضاربة، قضي به ميراثا.

(١) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).
(٢) في ص ٥٤٦: ٣٧ - ٣٩.