



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

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

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٢٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|--|----|
| الفهرس | ٥ |
| جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٢٥ | ٨ |
| اشاره | ٨ |
| [تتمه القسم الثانى فى العقود] | ٩ |
| [تتمه كتاب التجاره] | ٩ |
| [تتمه الفصل العاشر فى السلف] | ٩ |
| اشاره | ٩ |
| [المقصد الخامس فى القرض] | ٩ |
| اشاره | ٩ |
| [الأول فى حقيقته] | ١٠ |
| [الثانى ما يصح إقراضه و هو كل ما يضبط وصفه] | ٢٧ |
| [الثالث فى أحكامه و هى مسائل] | ٣٦ |
| اشاره | ٣٦ |
| [المسأله الأولى القرض يملك بالقبض لا بالتصرف] | ٣٦ |
| [المسأله الثانیه لو شرط التأجيل للقرض لم يلزم] | ٤٣ |
| [المسأله الثالثه من كان عليه دين و غاب صاحبه غيبه منقطعه يجب أن ينوى قضاءه] | ٥٦ |
| [المسئله الرابعه الدين لا يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه] | ٦٤ |
| [المسأله الخامسه الذمى إذا باع مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير] | ٦٦ |
| [المسئله السادسه إذا كان لائنين مال فى ذمم ثم تقاسما بما فى الذمم فكل ما يحصل لهما معا] | ٧١ |
| [المسئله السابعه إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله] | ٧٧ |
| [المسأله الثامنه الأقوى حرمه القرض بشرط البيع محاباه أو الإجاره أو غيرها من العقود] | ٧٨ |
| [المسأله التاسعه لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى] | ٨٣ |
| [المسأله العاشره قال الفاضل و غيره لو قال المقرض للمقترض مثلا إذا مت فأنت فى حل كان وصيه] | ٨٣ |
| [المسئله الحاديه عشر الظاهر جواز الاقتراض و إن لم يكن له مقابل] | ٨٤ |

| | |
|-----|---|
| ٨٧ | المقصد السادس فى دين المملوك [|
| ٨٧ | اشاره |
| ١٠٥ | أفرعان [|
| ١٠٥ | اشاره |
| ١٠٥ | الفرع الأول إذا اقترض أو اشترى بغير إذن كان باطلا [|
| ١٠٦ | الفرع الثانى إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف فى يده كان المقرض بالخيار [|
| ١٠٧ | أخاتمه أجره الكيال ووزان المتاع على البائع [|
| ١١٣ | أكتاب الرهن [|
| ١١٣ | اشاره |
| ١١٣ | الفصل الأول فى الرهن [|
| ١٣٥ | الفصل الثانى فى شرائط الرهن [|
| ١٦٢ | الفصل الثالث فى الحق [|
| ١٧٨ | الفصل الرابع فى الراهن [|
| ١٧٩ | الفصل الخامس فى المرتهن [|
| ٢١٦ | الفصل السادس فى اللواحق و فيه مقاصد [|
| ٢١٦ | اشاره |
| ٢١٦ | المقصد الأول فى أحكام متعلقه بالراهن [|
| ٢٤٣ | المقصد الثانى فى أحكام متعلقه بالراهن [|
| ٢٧٨ | المقصد الثالث فى النزاع الواقع فيه و فيه مسائل [|
| ٢٧٨ | اشاره |
| ٢٧٨ | المسأله الأولى إذا رهن مشاعا و تشاح الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم [|
| ٢٨٠ | المسأله الثانیه إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلى الوارث [|
| ٢٨٠ | المسأله الثالثه إذا فرط فى الرهن و تلف لزمته قيمته [|
| ٢٨٢ | المسأله الرابعه لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن [|
| ٢٨٥ | المسأله الخامسه لو اختلفا فى متاع فقال أحدهما هو وديعه [|
| ٢٨٨ | المسأله السادسه إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع ثم اختلفا فقال المرتهن رجعت قبل البيع [|

- ٢٩٤ [المسأله السابعه الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء بعين الرهن]
- ٢٩٧ [المسأله الثامنه إذا ادعى المرتهن رهانه شىء مخصص فأنكر الراهن و ذكر أن الرهن غيره و ليس هناك بينه بطلت رهانه ما ينكره المرتهن]
- ٢٩٨ [المسأله التاسعه لو كان له دينان أحدهما برهن فدفع اليه مالا و اختلفا فالقول قول الدافع]
- ٣٠١ [كتاب المفلس]
- ٣٠١ اشاره
- ٣٠١ [تعريف المفلس]
- ٣٠٣ [لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعه]
- ٣٠٣ اشاره
- ٣٠٣ [الأول و هو أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم]
- ٣٠٣ [الثانى أن تكون أمواله قاصره عن ديونه]
- ٣٠٤ [الثالث أن تكون حاله]
- ٣٠٤ [الرابع أن يلتزم الغرماء أو بعضهم الحجر عليه]
- ٣٠٦ [القول فى منع التصرف]
- ٣٢٠ [القول فى اختصاص الغريم بعين ماله]
- ٣٥٥ [القول فى قسمه ماله]
- ٣٥٥ اشاره
- ٣٧٣ [مسائل ثلاث]
- ٣٧٣ اشاره
- ٣٧٣ [المسأله الأولى إذا قسم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها و شاركهم الغريم]
- ٣٧٧ [المسئله الثانيه إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله قسمت أمواله على حاله خاصه]
- ٣٧٨ [المسئله الثالثه إذا جنى عبد المفلس كان المجنى عليه أولى به]
- ٣٧٩ [و يلحق بذلك النظر فى حبسه]
- ٣٨٩ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملكی و هو مالک الملك و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۲۵، ص: ۱

[تممه القسم الثانی فی العقود]

[تممه کتاب التجاره]

[تممه الفصل العاشر فی السلف]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[المقصد الخامس فی القرض]

اشاره

المقصد الخامس فى القرض بكسر القاف و فتحها و هو معروف أثبتته الشارع متاعا للمحتاجين مع رد عوضه فى غير المجلس غالبا و إن كان من النقدين رخصه، و قد تظافت النصوص، بل تواترت بتأكيده فى المؤمن، حتى

قال رسول الله صلى الله عليه و آله (١) «من أقرض مؤمنا قرضا ينظر به ميسوره كان ماله فى زكاه و كان هو فى صلاه من الملائكه حتى يؤديه» (٢)

و «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء حسنات و إن رفق به فى طلبه تعدى على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب و لا عذاب، و من شكك إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عز و جل عليه الجنة يوم يجزى المحسنين»

و

الصادق عليه السلام (٣) «لأن أقرض قرضا أحب إلى من أن أتصدق بمثله، و من أقرض قرضا و ضرب له أجلا و لم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من

الثواب فى كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل بمثل صدقه دينار واحد فى كل يوم» (٤)

و «القرض الواحد بثمانيه عشر و إن مات حسبتها من الزكاه» (٥)

و «ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا يريد به وجه الله إلا حسب له أجره كأجر الصدقه حتى يرجع إليه»

و كيف كان فتمام النظر فيه يستدعى النظر فى أمور ثلاثه

[الأول فى حقيقته]

الأول فى حقيقته و هو عقد بلا خلاف أجده فيه، نعم فى المسالك لا شبهه فى اشتراط الإيجاب و القبول

-
- ١-١ الوسائل الباب ٦- من أبواب الدين و القرض الحديث - ٣.
 - ٢-٢ الوسائل الباب ٦- من أبواب الدين و القرض الحديث - ٥.
 - ٣-٣ الوسائل الباب ٦- من أبواب الدين و القرض الحديث - ١.
 - ٤-٤ الوسائل الباب ٦- من أبواب الدين و القرض الحديث - ٤.
 - ٥-٥ الوسائل الباب ٦- من أبواب الدين و القرض الحديث - ٢.

فيه بالنسبه إلى تحقق الملك إن قلنا أنه يملك بهما و بالقبض، فلو قلنا بتوقف الملك على التصرف و كان قبله بمنزله الإباحه فينبغى أن لا يتوقف على العقد.

قلت: الظاهر من القائل بذلك كون التصرف كاشفا عن الملك، فلا بد من حصول السبب له قبله و إن كان مشروطا تأثيره على جهه الكشف و ليس إلا-العقد و القبض، كما أن الظاهر كونه من تمام السبب عنده بناء على عدم الكشف، فالملك حينئذ حاصل منه و من العقد و القبض فهو حينئذ غير الإباحه، بل من الواضح تغايرهما في عرف المشرعه موضوعا و أحكاما.

و كيف كان فالظاهر دخول المعاطاه فيه بناء على دخولها في غيره، بل هو أولى من البيع و غيره بذلك، و السيره فيه أتم. و الفرق بينها و بين العقد بناء على عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد القبض و اضح، إذ من المعلوم عدم ذلك في المعاطاه و إن قلنا بحصول الملك معاً، إلا- أنه مترزل كما في البيع فلكل منهما الرجوع حينئذ إذا كان القرض بها، و أما إذا قلنا بعدم الملك بالقبض بل لا بد من التصرف، فلعن الفرق بين العقد و المعاطاه حينئذ التزام كون التصرف في الأول كاشفاً أو متمماً، بخلافه في المعاطاه التي يمكن كونه فيها حينئذ كالإباحه بالعوض.

نعم قد يشكل الفرق بين معاطاته و عقده بناء على جواز فسخه الموجب لرجوع العين، و على أن المعاطاه تفيد الملك المترزل، و لعله لا بأس بالتزام عدم الفرق بينهما حينئذ، فإنه لا دليل يقتضى لزوم الفرق بين المعاطاه و العقد هذا كله بناء على أن المعاطاه تقتضى الملك المترزل، و إلا- فالفرق بينهما حينئذ واضح، بناء على حصول الملك بالقبض، بل و على القول بالتصرف، لما عرفت من الفرق بين التصرف المسبوق بالعقد و القبض، و بين التصرف المسبوق بالمعاطاه، و لو سلم تساويهما كما في بعض الاحتمالات أمكن الالتزام بما عرفت من عدم الفرق بينهما حينئذ، لعدم ما يقتضى وجوبه، و الأمر سهل خصوصاً بعد ما استسمع من ضعف القول بكون القرض من العقود الجائزه الموجب فسخها لرد العين، و القول بتوقف الملك فيه على التصرف، و الله أعلم.

و حيث قد عرفت أنه عقد فهو يشتمل على إيجاب كقوله أقرضتكم أو ما يؤدي معناه وضعا و أما مثل تصرف فيه أو انتفع به، و عليك رد عوضه و نحوهما مما يفيد معناه بالقرينه فالبحث فيه كما في غيره من العقود اللازمه، بناء على كونه منها على الأصح، لكن في المسالك تبعا للدروس أن من المؤدى معناه: خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو استلفتك و نحوه، و عليك رد عوضه أو مثله أو نحو ذلك، و الحاصل أن صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزه، بل كل لفظ دل عليه كفى، إلا أن لفظ أقرضتكم صريح في معناه، فلا يحتاج إلى ضميمه: و عليك رد عوضه و نحوه و غيره يحتاج.

و فيه أولا- أنك ستعرف كونه من العقود اللازمه عنده، حتى أنه أول قولهم بالجواز إلى ما ستسمع، و ثانيا أنه قد يمنع دلالة ذلك على القرض بعد فرض مشروعيه الإباحه بالعوض أو الهبه به، فالواجب حينئذ و الأحوط الاقتصار على المتيقن في لفظه.

ثم إنه بناء على ما ذكره لو ترك الضميمه المزبوره فلم يقصد إلا مع معنى المنضم إليه، فإن كان بلفظ التملك أفاد الهبه، لأنه صريح فيها، و إن كان بلفظ السلم و نحوه كان فاسدا لا يترتب عليه حكم عقد، لأنه حقيقه في السلم و لم يجمع شرائطه، و إن كان بغيره من تلك الألفاظ الداله على الإباحه فهو هبه مع قصد الموجب لها لا بدونه كما سيأتي إنشاء الله.

فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لأنه أبصر به، أما لو اختلفا في قصد الهبه مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة بتقديم قول صاحب المال، لأنه أعرف بلفظه و لأصالة عصمه المال و عدم التبرع به، و وجوب الرد على الآخذ لعموم

«على اليد» (١)

و فيه أن ظاهر اللفظ الدال على القصد يقطع ذلك كله كما في سائر العقود، إذ الأصل إرادته الحقيقه، و المجاز لا يصار إليه إلا بقرينه، فلا يسمع دعواه مع عدمها في مقابله الغير كما هو واضح.

و يشتمل أيضا على القبول و البحث فيه كالإيجاب لكن قال المصنف إنه هو

اللفظ الدال على الرضا بالإيجاب و لا ينحصر في عبارته بل في الدروس و الأقرب الاكتفاء بالقبض، لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف، بل حكاها في المسالك عن قطع جماعه لكن قال: إنه كذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف و في الاكتفاء به في تمام الملك نظر.

قلت: إنما الكلام في تتمه العقد به، و أنه يكون كالقبول القولي، و لا ريب في أن الأحوط عدم الاكتفاء بذلك، بل هو الأقوى بناء على كون القرض من العقود اللانزاه، بل عليه لا- ينبغي الاكتفاء بكل لفظ و لو مجازاً بعيداً، و لتحقيق ذلك مقام آخر، و كان تسامحهم في عقد القرض بناء على أنه من العقود الجائزه إلا أنك ستعرف ما فيه كما أنك عرفت عدم البأس بذلك كله في معاطاه القرض فتأمل جيداً و الله أعلم.

و كيف كان ف في القرض أجر عظيم ينشأ من معونه المحتاج تطوعاً و كشف كربته المسلم حتى

روى (١) أن درهم الصدقه بعشر، و القرض بثمانيه عشر»

، و

قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم (٢) «ألف درهم أقرضها مرتين أحب الي من أن أتصدق بها مره»

، لا- دلالة فيه على رجحان الصدقه عليه، حتى يحتاج إلى الجمع بحمل ما دل على رجحان الصدقه على الصدقه الخاصه كالصدقه على الأرحام و العلماء و نحوهم، و ما دل على رجحان القرض على غيرها من الصدقه العامه، بل المراد بذلك الإشاره إلى ما استفيد من غيره من النصوص من كون وجه رجحان القرض على الصدقه، أن القرض يعود فيقرض، بخلاف الصدقه كما هو واضح، إذ من المعلوم الترجيح بين طبيعتيهما، و إلا فكل منهما قد يقترن بما يتضاعف ثوابه إلى ما لا يحصيه إلا الله، و دعوى أن القرض على كل حال لا يزيد على الثمانيه عشر واضحه البطلان.

و الحاصل أن المراد من الخبر المزبور بيان كون قرض الشيء أفضل من الصدقه به، ك

ما رواه القمطاط (٣) و غيره «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لأن أقرض قرضاً أحب إلي من أن أتصدق بمثله»

، و لعله إلى ذلك أشار الشيخ و غيره ب

ما رووه مرسلات

٣-٣ الوسائل الباب-٦- من أبواب الدين و القرض الحديث- ١.

«القرض أفضل من الصدقه بمثله في الثواب،

و إلا فلم نجد هذا اللفظ في شىء من نصوصنا، لكن ظاهر الشهيدين وجودها بهذا اللفظ، و لذا احتملا فيها احتمالين: أحدهما ما يراد من الخبر المزبور فلا يكون فيه دلالة على مقدار الثواب، و ثانيهما تعليق بمثله بأفضل لا بالصدقه فيكون المعنى ان القدر المقترض أفضل من المتصدق به، بمقدار مثله في الثواب، و الصدقه لما كان المعروف من ثوابها و المشترك بين جميع أفرادها عشره، فدرهم القرض حينئذ بعشرين، إلا أنه لما كان يعود بخلاف درهم الصدقه حصل له ثمانية عشر، إذ الصدقه إنما صار درهمها بعشره باعتبار عدم عوده، فالذى استفاده حقيقته تسعه، فهي مع مثلها ثمانية عشر، تحصل لدرهم القرض الذى عاد لصاحبه، و هذا و إن كان أطف من الأول و أوفق بمناسبه خبر الثمانية عشر، و مشتمل على سر لطيف، و بلاغه في الكلام، مناسبه للمعروف من كلامهم عليهم السلام، إلا أن الذى ذكرناه أولا أظهر خصوصا مع معلوميه عدم كون عادتهم مراعاة نحو ذلك في كلامهم

الصادر لبيان الأحكام التى يتساوى فيها الخاص و العام.

و أما قوله في الثواب، فهو على الوجهين متعلق بأفضل، لبيان الواقع كقوله *يَقْتُلُونَ النَّبِيَّ بِغَيْرِ حَقٍّ*، و *يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ*، أو لغير ذلك كما أنه قد يحتمل تعلقه بغير أفضل على الأول، و الأمر في ذلك كله سهل، ثم إن الظاهر من قول المصنف «تطوعا» الإشارة إلى اعتبار النية في حصول الثواب كغيره من الأعمال و هو كذلك إذ احتمال حصوله مطلقا ضعيف و على كل حال فشرط القرض الاقتصار على ذكر رد العوض ف قط على معنى أنه لو شرط النفع حرم الشرط بلا- خلاف فيه، بل الإجماع منا بقسميه عليه، بل ربما قيل: إنه إجماع المسلمين، لأنه ربا

قال على بن جعفر في المروى عن قرب الإسناد(١) «سألت أخى موسى عليه السلام عن رجل اعطى رجلا مائة درهم على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر فقال: هذا الربا المحض»

و

قال خالد بن الحجاج (٢): «سألته عن رجل كانت لى عليه مائة درهم عددا

١- ١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث- ١٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف الحديث- ١.

ففضاها مائه وزنا قال: لا بأس ما لم يشترط قال: و قال: جاء الربا من قبل الشروط، إنما يفسده الشروط»

و منه يعلم أن المراد بالباس في مفهوم غيره المنع، ك

موثق إسحاق بن عمار(١)«قلت لأبي إبراهيم عليه السلام الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا، فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعه، فينبه الرجل كراهه أن يأخذ ماله، حيث لا يصيب منه منفعه، يحل ذلك له؟ قال: لا بأس إذا لم يكونا شرطاه»

و

حسن الحلبي(٢)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا و زنا، و قد عرف أنها أثقل مما أخذ، و تطيب نفسه أن يجعل له فضلها، فقال: لا بأس إذا لم يكن فيه شرط، و لو وهبها كملا كان أصلح»

و

صحيحه الآخر(٣)عنه أيضا «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»

بل منه يعلم فساد القرض بهذا الشرط لا الشرط خاصة، فيكون الشرط في صحة القرص عدم هذا الشرط كما هو ظاهر

صحيح محمد بن قيس(٤)عن أبي جعفر عليه السلام «من أقرض رجلا و رقا فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزى بأجود منها فليقبل، و لا يأخذ أحد منكم

ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه»

ضروره ظهور النهي فيه في الشرطيه كما في نظائره، مضافا إلى

النبوى(٥)«كل قرض يجز منه فهو حرام»

المراد منه بقريته غيره صوره الشرط المنجبر بكلام الأصحاب، بل قيل: إنه إجماع بل في المختلف الإجماع على أنه إذا أقرضه و شرط عليه أن يرد خيرا مما اقترض كان حراما، و بطل القرض، فحرمه القرض منه حينئذ ظاهره في فساده و انه لم يفد الملك فيحرم على المستقرض التصرف فيه و هو مضمون عليه لكونه مقبوضا على ذلك و لأن ما يضمن

١- ١ الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين و القرض الحديث ١٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٢ من أبواب الصرف الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢٠- من أبواب الدين و القرض الحديث - ١.

- ٤-٤ الوسائل الباب ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ١١.
- ٥-٥ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢ جامع الصغير ج ٢ ص ٩٤ طبع احمد حنفي لكن فيهما «فهو ربا».

بصحيحه يضمن بفاسده» فما عن أبي حمزه من أنه أمانه ضعيف، و أضعف منه توقف المحدث البحراني في ذلك مدعيا أنه ليس في شىء من نصوصنا ما يدل على فساد العقد بذلك، بل أقصاها النهى عن اشتراط الزيادة، و الخبر النبوى (١) ليس من طرقنا. نعم يبنى فساد العقد على المسأله السابقه و هى اقتضاء فساد الشرط فساد العقد، و قد عرفت الخلاف، و إن كان ظاهرهم هنا عدم كون البطلان هنا مبنيًا على ذلك، و لذا ادعى شيخنا في المسالك الإجماع عليه و مما قدمنا يظهر لك

ما فيه، كما أنه يظهر الوجه فيما دل من النصوص على أن خير القرض ما جر نفعًا ك

خبر محمد بن مسلم (٢) وغيره «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضًا و يعطيه الرهن إما خادما و إما آنيه و إما ثيابا فيحتاج إلى شىء من منفعه فيستأذنه فيه فيأذن له فقال: إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت:

إن من عندنا يرون: كل قرض يجر منفعه فهو فاسد، قال: أ و ليس خير القرض ما - جر منفعه؟»

و

مرسل مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «خير القرض ما جر منفعه»

و

خبر على بن محمد (٤) «قال: كتبت إليه القرض يجر المنفعة، هل يجوز أم لا- فكتب عليه السلام يجوز ذلك عن تراض منهما إنشاء الله»

إذ من الواضح إرادته صورته عدم الشرط التي صرح المصنف و غيره بها بقوله نعم لو تبرع المقترض بزيادته في العين أو الصفه جاز بل لا أجد فيها خلافا بيننا للنصوص المتقدمه، مضافا إلى

خبر إسحاق بن عمار (٥) عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن الرجل يكون له مع الرجل

مال قرضا فيعطيه الشىء من ربحه مخافه أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال: لا بأس»

و

خبر الربيع (٦) «قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلا- دراهم فرد عليه أجود منها بطيب نفسه، و قد علم المستقرض و القارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها، قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض»

و

قول النبى صلى الله عليه و آله (٧) لما اقترض بكر أفرد بازلا رباعيا «إن خير الناس أحسنهم قضاء»

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (٨) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض

- ١-١ المستدرك ج ٢ ص ٤٩٢ عن الدعائم، جامع الصغير ج ٢ ص ٩٤ طبع احمد حنفى.
- ٢-٢ الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ٤.
- ٣-٣ الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ٦.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ١٦.
- ٥-٥ الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ٣.
- ٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الصرف ح-٤.
- ٧-٧ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٥١ و ج ٦ ص ٢١.
- ٨-٨ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الصرف ح-٧.

من الرجل الدراهم فيرد عليه المثلقال أو يستقرض المثلقال فيرد عليه الدراهم. فقال:

إذا لم يكن شرط فلا بأس، و ذلك هو الفضل كان أبى عليه السلام يستقرض الدراهم المفسوله فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول يا بنى ردها على الذى استقرضتها منه فأقول: إن

دراهمه كانت مفسوله و هذه خير منها فيقول يا بنى هذا هو الفضل فأعطه إياها»

و كأنه عليه السلام أشار إلى قوله تعالى (١) «وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» فتكون هى حينئذ دليلا آخر على المطلوب، بل و

موثق أبى بصير(٢) عن أبى جعفر عليه السلام «قلت له: الرجل يأتية النبط بأحمالهم فيبيعها بالأجر فيقولون له: أقرضنا دنانير فانا نجد من يبيع لنا غيرك، و لكننا نخصك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا قال لا بأس به إنما يأخذ دنانير مثل دنانيره، و ليس بثوب إن لبس كسر ثمنه، و لا دابه إن ركبها كسرهما و انما هو معروف يصنعه إليهم»

و

مرسل جميل (٣) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أصلحك الله إنا نخالط نفرا من أهل السواد فنقرضهم القرض و يصرفون إلينا غلاتهم فنيبيعها لهم بأجر، و لنا فى ذلك منفعه قال لا بأس، و لا أعلم إلا قال: و لولا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم، فقال: لا بأس»

و إن كان قد يقال: إن مثله جائز حتى مع الشرط، كما أوما إليه التعليل المزبور، لعدم كونه منفعه محضه، بل هو فى مقابله عمل كشرط البيع بالقيمه فى القرض و مثله يقوى جوازه للأصل و إطلاق بعض النصوص مع الشك فى شمول أدله المنع له.

و على كل حال فالنفع و ان كان محضا جائز أخذه مع عدم الشرط. نعم قد يقال:

بأولويه تركه للمقروض إذا كان من نيته ذلك، ل

موثق إسحاق بن عمار(٤) «سألت العبد الصالح عن الرجل يرهن الثوب أو العبد أو الحلى أو المتاع من متاع البيت قال:

فيقول: صاحب الرهن للمرتهن: أنت فى حل من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب، و انتفع بالمتاع، و استخدم الخادم، قال: هو له حلال إذا أحله، و ما أحب له أن يفعل»

و صحيح يعقوب بن شعيب (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يسلم فى بيع أو عشرين ديناراً و يقرض صاحب السلم عشره دنانير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح

- ٢-٢ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١٠.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١٥.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ٩.

إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا- يصلح، و سألته عن الرجل يأتي حريفه و خليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه، و لو لا أن يخالطه و يحارفه و يصيب عليه لم يقرضه، فقال: ان كان معروفاً بينهما فلا بأس، و ان كان انما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح»
بناء على إرادته الكراهه منه لعدم الشرط كما أنه يمكن خروج صدر الخبر عما نحن فيه، بناء على عدم قدح مثله و لو بصوره الشرط، لرجوعه

الى القرض بشرط السلم، و هو مع عدم المحاباه فيه، يمكن منع حرمة.

بل الظاهر عدم الكراهه فيما نحن فيه، إذا لم يكن للقرض مدخله في النفع بل كان من مقارناته كما يشير اليه

خبر هذيل (١)«قلت: لأبي عبد الله عليه السلام انى دفعت الى أخى جعفر مالا فهو يعطينى ما أنفقه و أحج به و أتصدق، و قد سألت من عندنا فذكروا أن ذلك فاسد، و أنا أحب أن انتهى الى قولك، فقال: أ كان يصلك قبل أن تدفع اليه مالك، قلت: نعم قال: خذ ما يعطيك فكل منه و اشرب و حج و تصدق فإذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد أفتانى بهذا»

بل قد يقال: بعدم الكراهه أصلاً، إذا لم يكن من نيتها ذلك، بل إذا لم يكن من نية المقرض خاصه.

و من هنا خصها في الدروس بما إذا كان ذلك من نيتها، و لم يذكره لفظاً، فحينئذ لا تنافى بين هذه النصوص، و بين النصوص السابقه الداله على أن خير القرض ما جر نفعاً، الظاهره في عدم الكراهه بعد حملها على ما إذا لم يكن من نيتها كما أنه لا تنافى بين ما دل على رجحان دفع الزيادة تحصيلاً لحسن القضاء، و بين ما دل على كراهه قبول المقرض لها، إذا كان من نية ذلك، و أنه انما أقرضه له، و نفى البأس فى خبر أبى الربيع (٢) غير مناف لها بعد اراده الجواز منه.

بل قد يقال باستحباب احتساب الهديه من الدين، و ان لم يكن من نية المقرض، ل

خبر غياث بن إبراهيم (٣)«عن أبى عبد الله عليه السلام أن رجلاً أتى علياً عليه السلام

١-١ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف الحديث- ٤.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١.

فقال له: ان لى على رجل دينا فاهدى الى هديه، قال: احسبه من دينك عليه»

هذا! و الذى دعانا الى ذلك كله ظهور بعض النصوص بعدم الكراهه فيه، كالأخبار الداله على أن خير القرض ما جر نفعاً، و غيرها، و ظهور آخر فى تحققها فيه، و من هنا احتملنا التنزيل المزبور، و قد يحتمل تفاوتها شده و ضعفاً، و على كل حال فالأمر فى ذلك كله سهل بعد معلوميه التسامح فى السنن، و بعد ما عرفت من أن الممنوع اشتراط المنفعه صريحاً، أو إضماراً قد بنى العقد عليه، من غير فرق بين كون المنفعه عيناً أو وصفاً.

و منه يعلم الحكم فيما لو شرط الدراهم الصحاح كالتازجيه عوض المكسره كالغله لكن قيل: و القائل الشيخ و أبو الصلاح و ابنا البراج و حمزه يجوز فيه

لصحيح يعقوب بن شعيب (١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله و يأخذ منه الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه، قال لا بأس و ذكر ذلك عن على عليه السلام»

الذى لا ظهور فيه بصوره الشرط، بل قيل: انه ظاهر فى عدمها و لو سلم فيبينه و بين غيره مما أطلق فيه المنع تعارض العموم من وجه، و من الواضح رجحانه عليه من وجوه.

كل ذلك مضافاً الى خصوص بعض النصوص السابقه كصحيح محمد بن قيس (٢) و غيره فلا- ريب حينئذ فى أن الوجه بل الأصح المنع فيه، و فى المحكى عن أبى الصلاح خاصه من جواز قرض المصوغ من الذهب مع الإعطاء عيناً، و من الفضه دره و النقده المخصوص من خالص الذهب و الفضه بشرط إعطاء العتيق من نقد غيره، إذا كان مراده الجواز مع فرض كون المشروط نفعاً للمقرض، إذ لا دليل عليه معتد به، فضلاً عن أن يصلح معارضا.

و خبر عبد الملك بن عقبه (٣) عن عبد صالح «قلت له: الرجل يأتينى يستقرض

١-١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين الحديث- ١١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف الحديث ٩.

منى الدراهم فأوطن نفسى على أن أؤخره بها شهر الذى يتجاوز به عنى، فإنه يأخذ منى فضه تبر على أن يعطينى مضروبه و زنا بوزن سواء، هل يستقيم هذا إلا أنى لا أسمى له تأخيرا إنما أشهد لها عليه فرضى قال: لا أحبه»
لا دلالة فيه على ذلك بل لعله لم يشترط عليه المضروبه.

و كيف كان فالتحقيق ما عرفت، و منه يعلم غرابه ما عن الأردبيلى من الميل الى عدم البأس فى اشتراط الزيادة الحكيمه مطلقا حاكيا له عن الجماعه المزبوره، للأصل و إطلاق الأدله، خصوصا نصوص (١) خير القرض ما جر نفعا، بعد عدم الإجماع و عدم ظهور تناول دليل الربا له، بل دلالة أكثر أخبار المنع انما هى بمفهوم البأس الذى هو أعم من الحرمة.

و فيه ما عرفت من ظهور الأدله منطوقا ك صحيح محمد بن قيس (٢) وغيره، و مفهوما و لو بقريته غيره فى المنع من اشتراط النفع عينا أو منفعه أو صفه كما هو واضح. نعم قد يستثنى من ذلك اشتراط التسليم فى بلد آخر، و ان كان فيه نفع ل

خبر الكنانى (٣) عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يبعث بمال إلى أرض فقال للذى يريد أن يبعث له: أقرضنيه و أنا أوفيك إذا قدمت الأرض؟ قال: لا بأس بهذا».

و أوضح منه

خبر يعقوب بن شعيب (٤) «قلت: لأبى عبد الله عليه السلام يسلف الرجل الرجل الورق على أن ينقده إياه بأرض أخرى، و يشترط عليه ذلك؟ قال: لا بأس»

و إسماعيل بن جابر (٥) «قلت: لأبى جعفر أذفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بأرض أخرى سودا بوزنها و اشترط ذلك عليه قال لا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص.

و لذلك صرح به فى القواعد و غيرها بعد التصريح بانصراف الإطلاق إلى بلد القرض، بل قال فيها: سواء كان فى حمله مؤنه أولا، لكن فى جامع المقاصد احتمال الفساد مع كون المصلحه للمقرض، لجر النفع ناسبا له إلى تصريح الشهيد به فى بعض فوائده، ثم رده بأن الممنوع منه الزيادة فى مال القرض عينا أو صفه، و ليس هذا و أحدا منهما،

١-١ الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب ١٤- من أبواب الصرف الحديث- ٢.

٤-٤ الوسائل الباب ١٤- من أبواب الصرف الحديث- ١.

٥-٥ الوسائل الباب ١٤- من أبواب الصرف الحديث- ٥.

و مثله الحلّى فى السرائر.

قلت: يمكن أن يكون مبنى الجواز النصوص المزبوره التى إن لم يسلم ظهورها فى خصوص الفرض، فلا- ريب فى شمولها له، فالتعارض حينئذ بينهما و إن كان من وجه إلا أنه لا إشكال فى رجحانها عليه، من حيث الدلاله و غيرها، خصوصا بعد اعتضاها بفتوى من تعرض له من الأصحاب، نعم قال فى القواعد: «لو طالبه المقرض من غير شرط فى غير البلد أو فيه مع شرط غيره، و جب الدفع مع مصلحه المقرض، و لو دفع فى غير بلد الإطلاق أو الشرط و جب القبول مع مصلحه المقرض».

و فيه- بعد إرادته الضرر من عدم المصلحه الذى لا يوجب على المقرض الدفع، و لا على المقرض القبول- أنه مناف لعموم ما دل على أن

المؤمنين عند شروطهم (١)

و مع فرض عدم لزوم هذا الشرط و أنه كالوعد بناء على أنه شرط فى عقد القرض الذى هو عندهم من العقود الجائزه لا ينبغى مراعاة المصلحه أيضا، و من هنا قال فى الدروس:

و لو دفع إليه فى غير مكانه مع الإطلاق أو فى غير المكان المشترط لم يجب القبول و إن كان الصلاح للقباض، و لو طالبه فى غيرهما لم يجب الدفع و إن كان الصلاح للدافع.

نعم لو تراضيا جاز، و لتمام تحقيق ذلك مقام آخر، و قد سبق منا بعض الكلام فيه، و تسمع فى اشتراط الأجل بعضه أيضا، و على كل حال فليس من جر النفع اشتراط المقرض رهنا على ما أقرضه، أو كفيلا أو إسهادا و نحو ذلك مما لا يندرج فى إطلاق المنع السابق، فيبقى ما دل على الجواز من عموم أدله الشرط و غيره بلا معارض، بل فى القواعد و جامع المقاصد: أن الأقرب جواز اشتراط ذلك على دين آخر، محتجا عليه فى الأخير بأن ذلك ليس زياده فى مال القرض، و إنما هو شرط خارج عنه، و إن كان زياده بحسب الواقع، فإن المنهى عنه هو الزيادة فى مال القرض.

و إن كان قد يناقش فيه بأن المستفاد من النصوص السابقه فضلا عن

الخبر العامى الذى تلقاه الأصحاب هنا بالقبول (٢) «و هو كل قرض جر نفعاً فهو حرام»

المنع عن كل

١- ١ الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث- ٤.

٢- ٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٥٣.

نفع للمقرض، كركوب دابه أو عاريه متاع أو انتفاع برهن أو نحو ذلك، ك صحیح محمد بن قيس (١) وغيره، و إن لم يكن بزياده فى نفس المال المقترض، و من هنا استجود المنع فى الدروس.

و منه يظهر وجه المنع فى القرض بشرط البيع مثلا- محاباه، لوضوح جر النفع، خلافا لهما فلم يفرقا بينه و بين البيع بثمان المثل، و هو كما ترى، ضروره عدم صدق جر النفع فى الثانى دون الأول، و إن اتفق احتياجه إليه كوضوح الفرق بين القرض و بين البيع محاباه بشرط القرض، إذ لا يصدق على القرض أنه اشترط فيه ما يجر منفعه، و إن كانت المنفعه هى السبب فى وقوعه، إلا أنه لا يخلو من كراهه، ل صحیح يعقوب بن شعيب (٢) المتقدم آنفا فى قرض صاحب السلم، مع أنه لا دلالة فيه على اشتراط ذلك فى عقد السلم و لا على التحابى فيه فلاحظ و تأمل.

و لو كان الشرط نفعاً للمستقرض دون المقرض كما إذا اشترط إعطاء الغله عوض الضحاح، أو اشترط عليه أن يقرضه شيئاً آخر و نحو ذلك جاز بلا خلاف و لا إشكال، نعم احتمال فى الدروس المنع فى الثانى مع فرض النفع له، كما إذا كان الزمان زمان نهب أو غرق، و فيه أن مثله غير قادح لا أقل من الشك فى اندراج مثله تحت أدله المنع و الله أعلم، هذا.

و ليعلم أنه إن كانت الزيادة التى ردها المقترض من غير شرط حكميه كالجيد بدل الردى و الكبير بدل الصغير كما صنعه النبى صلى الله

عليه و آله ملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه، و كان بأجمعه استيفاء، و إن كانت عينيه كما لو دفع اثني عشر، من عليه عشره، ففى كون المجموع وفاء كالحكمى بناء على أنه معاوضه عما فى الذمه، غايته كونه متفاضلاً و هو جائز بالشرط و هو عدم الشرط، أو يكون الزائد بمنزله الهبه- فيلزم حكمها من جواز الرجوع فيه، على بعض الوجوه الآتية، التفاتاً إلى أن الثابت فى الذمه إنما هو مقدار الحق، فالزائد تبرع خالص، و إحسان محض، و عطيه منفرد- احتمالان، قد

١-١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين الحديث- ١١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين الحديث- ٩.

اعترف فى المسالك بأنه لم يقف فيه على شىء، لكن قال: لعل الثانى أوجه خصوصا مع حصول الشك فى انتقال الملك، قلت: لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها، كما أنه يشكل جعله من المعاوضه عما فى الذمه، بناء على عموم الربا، فلا ريب فى أن الأحوط فى الربوى تعيين الوفاء، ثم هبه الزائد و الأمر سهل.

إنما الكلام فى وجوب القبول على المقترض، صرح فى التذكرة بذلك مع كون الزيادة حكميه، و تبعه الأردبيلى فيما حكى عنه، لأصالة براه ذمه المقترض، و لأنه يندرج تحت مثل المال و إن تضمن زياده و لظهور النصوص فى كون ذلك وفاء و إن كان هو أحسن أفراده.

و قد يناقش بأنه ليس فى النصوص إلا عدم البأس بالأخذ، و هو أعم من الوجوب الذى هو حكم شرعى يحتاج إلى دليل واضح، على أنه قد عرفت كراهه أخذ المقترض الزيادة و إن كانت وصفيه، فكيف يجمع الوجوب.

و منه يعلم وضوح عدم وجوب القبول فى الزيادة العينيه التى لا- تخلو من المنه التى من المعلوم عدم وجوب قبولها، بل ربما تتحقق فى الزيادة الوصفيه، لكن الإنصاف عدم خلو القول بالوجوب فى الزيادة الوصفيه التى لا تخرج المدفوع عن الجنس من قوه، نحو ما سمعته فى السلم، و لظهور النصوص (١) فى أن ذلك أحسن أنواع الوفاء، إما العينيه فالمتجه عدم وجوب قبولها و الله أعلم.

[الثانى ما يصح إقراضه و هو كل ما يضبط وصفه]

الثانى مما يقع النظر فيه ما يصح إقراضه و هو عند المصنف كل ما- يضبط وصفه الذى تختلف قيمه باختلافه و قدره إن كان من شأنه التقدير، و لو لتوقف الضبط عليه، و لا ريب فى طرده، بمعنى صحه قرض مضبوط الوصف و القدر بل لا خلاف فيه للإطلاق الأدله، إنما الكلام فى عكسه و هو أن كلما لا يضبط وصفه و لا قدره لا يجوز قرضه، إذ يمكن منعه للإطلاق المزبور خصوصا على المختار من أن الثابت فى قرض القيمي قيمته التى لا مدخلية فى ثبوتها فى الذمه، لضبط الوصف الذى يراد منه دفع المثل وفاء.

كما أنه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقا على القرض في صحته، على وجه لا يجدى

اعتباره بعد القرض و القبض، لعدم الدليل الصالح لتقييد الإطلاق المعتضد بإطلاق جملة من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كبنى زهره و حمزه و إدريس و غيرهم، و التعليل بأن ذلك مقدمه للوفاء لا يقضى بالاشتراط المزبور، بل قد يقال: بعدم فساد القرض بالإخلال به أصلا، إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته في الذمه، فإن علما بينه و نحوها وجب تأديتهما، و إلا رجع إلى الصلح.

و كذلك الكلام في القدر، خصوصا مع إرادته المعتاد منه، كما صرح به بعضهم و يقتضيه ظاهر الإطلاق، فلا يجدى المكيال المجهول و الصنجه المجهوله، و خصوصا مع إرادته اعتبار ذلك حتى فيما يكفي في بيعه المشاهده، كالتبن و الحطب و نحوهما، لتوقف إثبات عوضه في الذمه على الاعتبار المزبور، فهو كالسلم فيه.

و لذا قال في المسالك: الضابط في قرض المثلى اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل و الوزن و العدد، إلى أن قال: و حينئذ فلو أقرض المقدر غير معتبر لم يفد الملك، و لم يجز التصرف فيه، و إن اعتبره بعد ذلك، و لو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، و تخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره و قال في التذكرة «تاره يجب في المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه، و أخرى قد بينا أنه لا- يجوز إقراض المجهول، لتعذر الرد، فلو أقرضه دراهم أو دنانير غير معلومه الوزن أو قبه من طعام غير معلومه الكيل و لا الوزن، أو قدرها بمكيال معين أو صنجه معينه غير معروفين عند الناس لم يصح، و قال في التحرير «لا- يجوز اقتراض المكيال و الموزون جزافا، و كذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجه معينه غير معروفين عند العامه، و لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد، و يرد عددا و إن استقرض وزنا رد وزنا، و كذا كل معدود يجب معرفه عدده وقت الإقراض» و قال في الإرشاد «و كل مضبوط بما يرفع الجهاله من الأوصاف يصح إقراضه، فإن كان مثليا ثبت في الذمه مثله، و إلا القيمه وقت التسليم» و في الدروس «إنما يصح القرض مع الملك أو إجازة المالك، و علم العين بالمشاهده فيما يكفي فيه، و بالاعتبار كيلا و وزنا أو عددا فيما شأنه ذلك، و يجوز إقراض الخبز

وزنا و عددا، إلا أن يعلم التفاوت، فيعتبر الوزن، و يجوز إقراض المثلى إجماعا، و كذا القيمي الذي يمكن السلف فيه. و فيما لا يضبطه الوصف كالجوهر و اللحم و الجلد قولان، مع اتفاقهم على جواز إقراض الخبز عملا بالعرف العام، و لا يجوز السلم فيه، و المنع للمبسوط، و الجواز للسرائر» قلت: الموجود في السرائر قال الشيخ في مبسوطه «لا- يجوز إقراض ما لا- يضبط بالصفه، و الصحيح أن ذلك يجوز، لأنه لا خلاف بين أصحابنا في جواز إقراض الخبز، و إن كان لا يضبط بالصفه، لأنهم أجمعوا أن السلم لا يجوز في الخبز، لأن السلف لا يجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفه، و الخبز لا يضبط بالصفه.

و قال شيخنا في مبسوطه «يجوز استقراض الخبز إنشاء وزنا و إنشاء عددا، لأن أحدا من المسلمين لم ينكره، و من أنكره من الفقهاء خالف الإجماع، و ظاهره خروج ذلك عما ذكره من الضابط، كما أن ظاهر السرائر جواز قرض كل ما لا يضبطه الوصف، لا خصوص الخبز.

و على كل حال فالشرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مستنده إجماعا مؤيدا بالتعليل السابق الذي مرجعه إلى أن الشارع لم يشرع معاملته موقوفه على التراضي مؤديه إلى التنازع، ضروره أن الأصل في مشروعيه العقود قطع النزاع، و إلا كان محلا للنظر و التأمل، سيما بعد أن كان القرض قسما من الضمانات، و إن توقف على التراضي، و هي لا فرق فيها بين المجهول و المعلوم.

و من هنا صح قرض القيمي بقيمته و إن لم تعرف قيمه حال القرض على الأقوى بل في المسالك نسبته إلى إطلاق كلام الأصحاب قال: «و هل يعتبر في صحه القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حاله العقد، فإن ذلك بمنزله تقدير ما يقدر بالكيل و الوزن أم يكفي في جواز إقراضه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه، و يبقى اعتبار قيمه بعد ذلك امرا وراء الصحه، يجب على المقترض مراعاته لبراءه ذمته، حتى لو اختلفا في قيمه فالقول قوله- وجهان، و إطلاق كلام الأصحاب يدل على الثاني، و للاول وجه و ربما كان به قائل.

اللهم إلا أن يقال: إن القرض و ان كان له شبه في الضمانات إلا أنه من المعاوضات

أيضا، إذ هو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمه، فوجب الضبط لمعرفة العوض، فبناء على ضمانه بالمثل مطلقا حتى أن ما لا- مثل له لا- يصح قرضه- وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتى يكون الثابت في الذمه عوضه، و يتمكن المقرض من وفائه و بناء على ضمان القيمي منه بالقيمة مطلقا، أو في خصوص ما لا يضبطه الوصف منه كالجواهر، وجب ضبط أوصافه لمعرفة القيمة الثابتة في الذمه- عوضا عنه، و الله أعلم.

و كيف كان فيجوز اقتراض الذهب و الفضة و غيرهما مما يضبطه الوزن و وزنا بعد ضبط الصفات و الحنطة و الشعير و نحوهما مما يضبطه الكيل نظرا إلى المتعارف كيلا و وزنا و أما الخبز فيجوز وزنا بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه لكن بعد ضبط الوصف و كذا يجوز عددا عندنا نظرا إلى المتعارف بل الظاهر إمكان تحصيل الإجماع عليه فضلا عن المحكى.

مضافا إلى

خبر الصباح بن سيابه(١)قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر منه؟ فقال عليه

السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيه الصغير و الكبير لا بأس»

و

خبر إسحاق بن عمار(٢)قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

استقرض الرغيف من الجيران و نأخذ الكبير و نعطي صغيرا أو نأخذ صغيرا و نعطي كبيرا؟ قال: لا بأس»

و

خبر غياث(٣)عن جعفر عن أبيه عليهما السلام لا بأس باستقرض الخبز»

بل الخبران الأولان صريحان في الجواز مع التفاوت، فوجب حمل التفاوت في عبارته الدروس السابقة على غير اليسير الذي يتسامح فيه، كما أنه يجب حمل ذلك على التفاوت من حيث الصغير و الكبير، أما الأوصاف فيجب المحافظه عليها ما لم يعلم التسامح فيها.

١-١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب الدين- ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب الدين- ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب الدين- ٣.

و على كل حال فما عن أبي حنيفة من عدم جواز قرض الخبز، و اضح الضعف كضعف ما عن أبي يوسف من وجوب الرد و زنا لا عددا و أحد قولى الشافعى من وجوب رد القيمة إلا إذا شرط المثل فى وجه.

و على كل حال ف كل مثلى و هو عند المصنف و جماعه ما تتساوى أجزاءه فى القيمة و المنفعة و تتقارب صفاته، بمعنى أن قيمه نصفه تساوى قيمه النصف الآخر و يقوم مقامها فى المنفعة و تقاربها فى الوصف، و هكذا كل جزء بالنسبه إلى نظيره لا مطلقا يجوز قرضه بلا- خلاف بل النصوص و الإجماع بقسميه عليه و على أنه يثبت فى الذمه مثله و ذلك كالحنطه و الشعير و الذهب و الفضة و نحوها.

نعم هو كذلك مع وجوده، و مع التعذر ينتقل إلى القيمة، و فى اعتبار يوم القرض أو التعذر، أو المطالبه، أو الدفع، أو وجهه، أقواها الأ-خيران اللذان اختار ثانيهما فى المختلف بعد أن حكى أولهما عن السرائر إذ سبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء لا يوجب الانتقال إلى القيمة، إذ لا- منافاه بين ضمان المثل وقت القرض، طردا للقاعده الإجماعيه، و الانتقال إلى القيمة عند المطالبه، أو الدفع، كما أن التعذر بمجرد لا يوجب الانتقال إلى القيمة، لعدم وجوب الدفع حينئذ، فتشخص ضمان المثلى الذى هو حكم وضعى لا- ينافيه التعذر إلى أن يجب دفعه بالمطالبه، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمته، و منه يعلم قوه أول الأخيرين.

لكن قد يقال: إن المطالبه لا- تشخص القيمة فى ذلك الوقت على كل حال، بل أقصاها وجوب دفع القيمة، و إن اتفق كونها وقتها مقدارا مخصوصا ثم تغير إلى زياده أو نقصان، فالبديل عن المثل حينئذ لا يتشخص إلا بالدفع، إذ هو كالمعامله عليه بها.

و من هنا يمكن دعوى عدم وجوب قبولها مع عدم الطلب، لأن المضمون إنما هو المثل كما يومى إليه ما تقدم فى السلف، فينتظر حينئذ حتى يحصل، و منه ينقدح احتمال عدم وجوب الدفع مع المطالبه أيضا، لأنه غير الحق و ظهور ضعفه يوجب قوه احتمال وجوب القبول مع الدفع، لانقلاب الدين إلى القيمة بالتعذر، سيما مع

شده حاجه الناس إلى براءه الذمه.

لكن قد يدعى ظهور كلمات الأصحاب في وجوب الدفع مع المطالبه، و عدم وجوب القبول مع عدمها و إن دفع، و هو لا يخلو من وجه، بل قوه و إن لم يكن ذلك محرزاً في كلامهم، كما أنه لم يحرز فيه جواز قرض المثلى مشروطاً عوضه القيمه، كما سمعته عن الشافعي في الخبز، و كذا قرض القيمي مشروطاً مثله الصوري بناء على ضمانه بالقيمه مع الإطلاق، و على العكس العكس، و لعل إطلاق أدله القرض و عموم (١)

«المؤمنون عند شروطهم»

يقضى بجوازه ما لم يندرج تحت جر النفع، كما إذا اشترط الزيادة في قيمته.

و على كل حال ف ما ليس كذلك بل كانت أجزاءه مختلفه في القيمه و المنفعه، يجوز قرضه عندنا، إذا كان مما يضبطه الوصف، بل لا- خلاف أجده فيه لإطلاق الأدله، و لخصوص فعل النبي صلى الله عليه و آله (٢) المتمم بعدم القول بالفصل، و المشهور نقلاً و تحصيلاً أنه يثبت في

الذمه قيمته وقت التسليم الذي هو أول أوقات ملك المقترض، و هو المراد من تعبير بعضهم وقت القرض، لغلبه اتصاله به، بل الغالب وقوع القبول به أو مقارنا له، و لا اعتبار هنا بوقت المطالبه أو الأداء قطعاً كما هو واضح.

و الوجه في ثبوت القيمه أن القرض قسم من الضمانات و إن توقف على التراضي و لا ريب في أن ضمان القيمي بالتلف و غيره بالقيمه لا المثل، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه هناك و إن كان يظهر من الشهيد في الدروس أن ميل المصنف هنا إلى أن الضمان بالمثل جار فيها أيضاً، لكن هو و غيره صرح في باب الغصب بأن ضمان القيمي بالقيمه فلاحظ و تدبر، و لعلها لأنها البديل عن العين عرفاً في الغرامات، باعتبار عدم تساوى جزئيات العين المضمونه، و اختلاف صفاتها، فالقيمه حينئذ أعدل خصوصاً في مثل الحيوان الذي لم يعرف الباطن منه، و لا كثير من صفاته.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥١.

لكن قال المصنف هنا و لو قيل يثبت مثله فى الذمه أيضا كالمثلى كان حسنا لأنه أقرب إلى الحقيقه من القيمه، و ل

ما روى عن النبى (١) صلى الله عليه و آله «أنه أخذ قصعه امرأه كسرت قصعه أخرى» (٢).

و

«حكم بضممان عائشه إناء حفصه و طعامها بمثلهما» (٣).

و أنه استقرض بكرا ورد بازلا تاره، و أخرى استقرض بكرا فأمر برد مثله.

و فى الدروس و المسالك نسبه المصنف إلى الميل إليه، بل فى الثانى أنه لعله أفتى به إلا أنه لا يعلم به قائل من أصحابنا، كما يشعر به قوله، و لو قيل، كما أنه فى الأول و تظهر الفائده فيما إذا وجد مثله من كل الوجوه التى لها مدخل فى القيمه و دفعه الغريم، فعلى الثانى يجب القبول، و على المشهور لا- يجب، و فيما إذا تغيرت أسعار القيمى فعلى المشهور المعتبر قيمته يوم القبض، و على الآخر يوم دفع العوض، و هو ظاهر الخلاف.

قلت: و منه يعلم موافقته للمصنف، كما أن ظاهر التذكرة ذلك أيضا و إن كان لم يطلق كإطلاق المصنف، قال: «مال القرض إن كان مثليا و جب رد مثله إجماعا و إن لم يكن مثليا فإن كان مما ينضبط بالوصف و هو ما يصح السلف فيه كالحيوان أو الثياب فالأقرب أنه يضمن بمثله من حيث الصوره، لأن النبى صلى الله عليه و آله استقرض بكرا إلى آخر ما سمعت، و هو قول أكثر الشافعيه، و قال بعضهم إنه يعتبر فى القرض بقيمته، لأنه لا مثل له فإذا استقرضه ضمنه بقيمته كالإتلاف. إلى أن قال بعد أن فرق بين القرض و الإتلاف: و أما ما لا- يضبط بالوصف كالجواهر و القسى و ما لا يجوز السلف فيه تثبت قيمته، و هو أحد قولى الشافعيه.

نعم قد يظهر من المصنف فيما يأتى عدم جواز قرض مثل ذلك، و به يحصل الفرق بينهما، و على كل حال فقد يناقش فيه بأنه إن كان المنشأ فى ضمان المثل قصد المتعاقدين فمع أنه ممنوع يمكن خروج ذلك عن النزاع، إذ قد عرفت احتمال جوازه

١- ١ سنن البيهقى ج ٦ ص ٢١ و ٩٦.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٦ ص ٢١ و ٩٦.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٦ ص ٢١ و ٩٦.

مع الشرط كاشتراط القيمة في المثل، و البحث مع عدم قصد المتعاقدين سوى كونه مضمونا، و من المعلوم ضمان القيمة في مثله شرعا في غير القرض من أنواع الغرامات، كما اعترف به الفاضل المزبور في الإلتلاف.

و دعوى الأقربيه إلى العين المضمونه- بعد عدم معرفه كثير من الصفات و لذا أطلق عليه الفاضل مثل الصوري- في حيز المنع، و فرض وجود مثل له من كل وجه تتفاوت القيمة به لا تبنى على مثله الأحكام الشرعيه، مع أنه قد يقال على تقدير وجوده بعدم وجوبه، لأن المعاوضه قد وقعت بالقيمه، و ليس هو مخاطبا برد العين حتى يتحرى الأقرب إليها، كما في تلف المغصوب، مع أنك قد عرفت تسليم الخصم فيه الضمان بالقيمه فتأمل.

و الخبر ان الأولان- مع أنهما عاميان، و اردان في الضمان الذى لا- يقول به الخصم، و معارضان بما ورد من تضمين معتق الشقص للقيمه، و أنهما حكايه فعل لا عموم فيه، يمكن التزام مثليه ما تضمنناه، و أما الأخيران فيجرى فيهما أكثر ما سمعت و أنه يمكن كون رد البازل، بل و المثل منه عليه السلام لرضا المقرض به، باعتبار زيادته خيرا كل ذلك.

لكن الإنصاف عدم خلو القول به من قوه، باعتبار معهوديه كون قرض الشىء بمثله، بل مبنى القرض على ذلك، بل قد يدعى انصراف إطلاق القرض إليه، و ربما يؤيده نصوص الخبز الذى يقوى كونه قيميا، و لذا تجب قيمته فى إلتلافه بأكل و نحوه، فالاحتياط فيه لا ينبغى تركه.

و كيف كان ف يجوز إقراض الجوارى بلا- خلاف فيه بيننا كما فى المسالك. و ما عن المبسوط و الخلاف لا نص لنا و لا فتيا فى إقراض الجوارى و قضيه الأصل الجواز ليس خلافا، ضروره إرادته النص بالخصوص، بل ظاهره أو صريحه الجواز كما هو كذلك، لإطلاق الأدله و صحه السلف فيها كالعييد، فتضمن حينئذ بالمثل أو القيمه، على اختلاف القولين خلافا لبعض العامه، فممنع من قرض الجوارى التى يحل للمقترض وطؤها بعد الإطباق منهم على قرض العبيد و الجوار التى لا يحل

للمقترض وطؤها، معللا ذلك بما هو أوضح من الدعوى فسادا، فتدخل في ملك المقترض بالقبض بناء عليه، و له حينئذ الانتفاع فيها بالوطني و غيره.

أما على القول بالتصرف فليس له الوطني كما في المسالك، إلا أنه احتمال فيما يأتي جوازه أيضا كالأمة المشتراه بالمعاطاه.

و فيه أنه ممنوع فيها بناء على عدم الملك، إذ لا مستند له إلا الإباحه من المالك التي لا تجدى في جواز الوطني المتوقف على عقد، و الكشف به عن الملك لو قلنا به لا يؤثر في جواز الأقدام، كالمملك الضمنى المقدر في نحو أعتق عبدك عنى، فهو من جملة ما يرد على اعتبار التصرف في الملك كما ستعرف.

و يجب قبولها لو أرجعها بعد الوطني إذا لم تتعيب به أو تحمل، بناء على ضمان القيمي بمثله، ضروره كون رد نفس العين وفاء عما في ذمته، لأنها أحد أفراد الكلى الذى فيها، بل قد يقال بوجوب قبولها على الضمان بالقيمه التي وضعت بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحق من القيمه، أو لأن القرض من العقود الجائزه و لو من جهه المقترض، فله الفسخ حينئذ، و رجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه، أو لدعوى ظهور القرض فى قصد المتعاقدين قبول العين لو ردها، لأنه إحسان محض، أو لغير ذلك مما ستعرفه، و إن كان لا يخلو من اشكال و الله أعلم.

و على كل ف هل يجوز اقتراض اللآلى و نحوها مما لا- يضبطها الوصف قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه لا يجوز و فى المسالك أنه يتم على القول بوجوب رد المثل فى مثل ذلك، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله و على القول بضمان القيمه فيه أو مطلقا ينبغى الجواز ضروره ظهوره فى أنه لا- ينبغى الجواز بناء على غيره، لكن قد يقال: بصحه قرضه لإطلاق الأدله و الرجوع فى الوفاء إلى الصلح، كما أنه قد يقال بصحه قرض ما لا يصح السلم فيه لعزه وجوده و إن ضبطه الوصف، فيكلف بالمثل حينئذ مع الوجوب عليه. و إلا انتقل إلى القيمه فتأمل جيدا و الله أعلم.

[الثالث فى أحكامه و هى مسائل]**إشارة**

(الثالث) من الأمور التى يقع فيها النظر فى أحكامه و هى مسائل

[المسألة الأولى القرض يملك بالقبض لا بالتصرف]

الأولى: القرض أى المال المقترض يملك بالقبض عندنا كما فى التذكرة، و بلا خلاف فيه بيننا فى السرائر، بل قيل: إن جملة من العبادات تشعر بالإجماع عليه، بل عن بعضهم دعواه صريحا عليه لا قبله بعقد القرض إجماعا بقسميه و لا بالتصرف بعده، لأصالة عدم شرط آخر فى حصول الملك بالعقد الذى لولا الإجماع السابق لاتجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض، على حسب غيره من العقود التى لا ريب فى ظهور الأدلة فى اقتضاها التملك، ضروره صدق مسماها بها.

اللهم إلا أن يمنع خصوص عقد القرض منها، بدعوى ظهور الأدلة فى توقف مسماها على حصول القبض، و عليه فالمتجه حصول الملك به حينئذ من غير حاجه إلى أمر آخر من التصرف و غيره.

و دعوى أنه هو الشرط، لا أنه شرط آخر بعد القبض، يدفعها معلوميه عدمها عند الخصم، و مقتضاها جواز التصرف به من البيع و نحوه قبل القبض، و هو معلوم العدم، بل لا بد من القبض بإذن المالك فى جواز التصرف، و حينئذ فعدم البأس بسائر أنواع التصرفات فيه التى منها المعلوم توقفه على الملك كالوطى، أقوى شاهد على حصول الملك قبله.

كما أشار إليه المصنف بقوله و لانه فرع الملك فلا يكون مشروطا به و أوما إليه ابن زهره فى الغنيه حيث قال: «و هو مملوك بالقبض، لأنه لا خلاف فى جواز التصرف بعد قبضه، و لو لم يكن مملوكا لما جاز ذلك» كالفاضل فى التذكرة حيث استدل عليه بأنه قبض لا يجب أن يتعلق به جواز التصرف فوجب أن يتعلق به الملك كالقبض فى الهبه، و لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه، و لو لم يملكه لما ملك التصرف، و لانه يحصل بالقبض فى الهبه ففى القرض أولى لأن للعوض مدخلا

فيه إلى آخره.

بل لعله إليه يرجع ما في المتن و الدروس و غيرهما من التعليل لنفى اشتراطه بأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطا به، و إلا لزم كون الشئ الواحد سابقا و غير سابق كرجوع الوجه الآخر إليه و هو أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف فى مال الغير، و لا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه، فيلزم توقف التصرف على الملك، و الملك على التصرف.

و ناقش فيه فى المسالك بمنع تبعيه التصرف للملك مطلقا، و توقفه عليه، بل يكفى فى جواز التصرف إذن المالك فيه كما فى غيره من المأذونات، و لا- شك أن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب المقترن بالقبول، فيكون ذلك سببا تاما فى جواز التصرف، و ناقصا فى إفاده الملك، و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم إن كان التصرف غير ناقل للملك، و اكتفينا به فالأمر واضح، و إن كان ناقلا- أفاد الملك الضمنى قبل التصرف بلحظه يسيره كما فى العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك.

بل نقل فى الدروس أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك قطعا و على هذا فلا اشكال من هذا الوجه، و يؤيد هذا القول أصاله بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل، و أن هذا العقد ليس تبرعا محضا إذ يجب فيه البدل، و ليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحه بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله و كالمعاطاه.

و كأنه أخذ ذلك مما فى الدروس قال: «و قيل: يملك بالتصرف بمعنى الكشف عن سبق الملك، لأنه ليس عقدا محققا، و لهذا اغتفر فيه ما فى الصرف، بل هو راجع إلى الإذن فى الإلتلاف المضمون، و الإلتلاف يحصل بإزالة الملك أو العين، فهو كالمعاطاه.

و على كل حال يدفعها أولا- أن التصرف و إن كان كثير من أفراده فى حد ذاته غير موقوف على الملك، إلا- أنه فى المقام كذلك لعدم إذن من المالك، غير الإذن التى

فى ضمن العقد المعلوم اشتراطها بحصول مضمون العقد، و هو هنا التمليك بعوض فالتصرفات مع فرض عدم حصول الملك لا إذن فيها.

و من هنا قالوا إن المعاوضات على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بالإذن الحاصل فى العقد، ضروره عدم بقاء المطلق بدون المقيد، و لا- يرد نحو ذلك على شرطيه القبض، إذ لا بد عندنا من الإذن فيه بعد العقد، فإذا وقع بعنوان عقد القرض حصل الملك، فيقع التصرف حينئذ فى ملك على حسب ما استفيد من العقد، و ثانيا أن جملة من التصرفات لا تجدى معها الإذن المزبوره كالوطى المتوقف على الملك أو العقد، و كالبيع الذى لا يجوز لغير مالكة إلا بالوكالة أو فضولا و معلوم انتفاؤهما.

و ثالثا أنه من الواضح الفرق بين القرض و الإباحه بعوض، على فرض تسليم مشروعيتها مستقلة، إذ هو عقد قد قصد منه التمليك بالعوض، بخلافها، و مضمون على القابض و لو بالتلف السماوى، بخلافها، و لو كان القرض راجعا إليها لم يكن لعقده ثمره أصلا، على أنه كيف يمكن رجوعه إليها و لم تكن من قصد أحد المتعاقدين بل مقصودهما معا خلافها، و هو التمليك بعوض فى الذمه.

و أيضا مرجع الإباحه بعوض فى الإتلاف بغير نقل إلى الضمان، و إن كان التلف لملك المبيع، و أما فى التصرف الناقل كالبيع و نحوه إلى إرادته إثبات عوضه فى الذمه ثم التصرف فيه، فمع فرض وقوع ذلك منه كان فى إثبات عوضه فى ذمته موجبا قابلا فيكون ملكا له قبل الانتقال إلى المشتري مثلا بأن ما، بل ربما كان التقدم الذاتى كافيا.

لكن ذلك كله موقوف على دليل صحه هذا القسم من الإباحه، حتى يتجه التزام نحوه مراعاة للجمع بينه و بين ما دل على اشتراط الملك فى البيع، و ليس، فضلا عن رجوع القرض إليها، بل قد يدعى - بعد الدليل - صحه البيع من دون ملك فى نحو ذلك، بل ربما ادعى نحوه فى أعتق عبدك عنى.

و على كل حال فالتزام كون القرض من ذلك كما ترى، و معلوميه الصحه فيه شاهده على حصول الملك بالقبض، لا أنها مبنيه على هذه الخرافات، و أوضح من ذلك

فسادا دعوى حصول الكشف بالتصرف عن الملك من حين القبض، ضروره توقف صحتها على ما يدل على اشتراط تأثير العقد و القبض بالتصرف حتى يكون كالرضا فى عقد الفضولى و نحوه من الشرائط المتأخره عن الأسباب المقتضيه للملك التى يرجع اشتراطها إلى توقف تأثير السبب مقتضاه على حصولها، فمعه يحصل الأثر من حين وقوع السبب، و هذا معنى الكشف، فالمؤثر للملك حيثئذ غيره كما صرح به فى التذكرة فى المقام، فإنه بعد أن حكى القول بالملك بالتصرف مصرحا بأنه على معنى إذا تصرف تبين ثبوت الملك قال: «و هذا يدل على أن الملك لم يحصل بالتصرف، بل بسبب آخر قبله، و إن كان قد يدفع بصدق حصول الملك به على المعنى الذى ذكرناه، إذ الفرض أنه شرط للسبب كما هو واضح.

كل ذلك مضافا إلى ظهور النصوص المتضمنه لكون الزكاه على المقرض فى المختار خصوصا

صحيح زراره (١) منها «قلت: لأبى جعفر عليه السلام: رجل دفع إلى رجل مالا قرضا على من زكوته على المقرض أو المقرض؟ قال: بل زكاته إن كانت موضوعه عنده حولا- على المقرض، قال: قلت: فليس على المقرض زكاته؟ قال: لا يزكى المال من وجهين فى عام واحد و ليس على الدافع شىء، لأنه ليس فى يده شىء إنما المال فى يد الآخذ، فمن كان المال فى يده كانت الزكاه عليه، قال قلت: أ فيزكى مال غيره من ماله؟ قال: إنه ماله ما دام فى يده، و ليس ذلك المال لأحد غيره، ثم قال:

يا زراره أ رأيت وضيعه ذلك المال أو ربحه لمن هو و على من هو؟ قلت: للمقرض، قال:

فله الفضل و عليه التقصان، و له أن ينكح و يلبس منه، و يأكل منه، و لا ينبغى له أن يزكيه، فإنه عليه جميعا».

بل هو دال على المطلوب من وجوه، و

الموثق (٢) «رجل استودع رجلا- ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندى وديعه، و قال الآخر: إنما كانت عليك قرضا، قال: المال لازم له، إلا أن يقيم اليه أنها كانت وديعه»

اللهم إلا أن يقال

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب من يجب عليه الزكاه الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أحكام الوديعه- الحديث- ١.

بتوقف الملك على التصرف، لا الضمان، وفيه بحث، و بعد التسليم ففيما تقدم كفايه.

فمن الغريب ميل ثانى الشهيدين إليه و ان قال بعد ذلك: إن العمل على المشهور، خصوصا بعد عدم معرفيه الخلاف فيه بيننا، و إن نسبه فى التنقيح إلى المبسوط و الخلاف، إلا أنه لم نتحققه، بل فى الدروس نسبه المشهور إلى الشيخ، بل المحكى عنه فى مسئلة ارتجاع المقرض العين ما هو كالصريح فى حصول الملك بالقبض، لكنه كالهبة يجوز فسخه، و ستعرف تحقيق الحال فى ذلك، و خصوصا بعد إجمال المراد من التصرف، إذ من المحتمل مطلق التصرف كما عن الشهيد فى بعض تحقیقاته، و عليه يعود النزاع لفظيا كما فى الرياض، فإن القبض نوع منه أو التصرف الناقل للملك لزوما، أو المتلف للعين، و هو الذى استظهره فى التذكرة، بل فى المسالك أنه الظاهر من كلماتهم، و فى الناقل عن الملك جوازا و جهان و جيهان.

لكن يشكل حينئذ اعتاق الوالد الذى استقرضه ولده بناء على الكشف بالتصرف، ضروره اقتضائه حينئذ فساد التصرف بالاعتاق، فلا يكون التصرف كاشفا لبطلانه، فيلزم حينئذ من وجوده عدمه، فلا يؤثر، أو التصرف المتوقف على الملك كالبيع و الهبة و نحوهما، لا الرهن و نحوه مما لا يتوقف على الملكيه، ضروره جواز الاستعاره للرهن بخلاف البيع مثلا، على أنه له و لا دليل على شىء منها، و لا- على ما عن بعضهم من أن الضابط فيه ما يقطع به رجوع الواهب و البائع عند إفلاس المشتري، و أما ثمره الخلاف فقد قيل: إنها تظهر فى الرجوع بالعين قبله، و عدمه.

و فيه ما ستعرف من إمكان بناء الخلاف فى ذلك على جواز عقد القرض و لزومه، فعلى القول بأنه يملك بالقبض يمكن القول بالرجوع فى العين، لجواز العقد فهو كالهبة، نعم تظهر فى النماء إذا حصل الملك بنفس التصرف، أو كان الملك فيه ضمينا، و أما على الكشف من حين القبض فلا، و كذا النفقة و غيرها بل الثمره كثيره

إلا أنه لا ينبغي تطويل الكلام بعد معلوميه فساد الأصل والله أعلم.

و كيف كان ف هل للمقرض ارتجاعه أى المال المقترض بعد القبض و إن قلنا يملك به قيل: و القائل الشيخ نعم و لو كره المقرض لأنه لا يزيد على الهبة، و للإجماع على كونه من العقود الجائزة التى من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها و رجوع ما انتقل بها إلى مالكة، و لأين المثل و القيمة إنما وجبت بدلا عن العين، لغلبة خروجها عن يد المقرض، و لأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى.

وقيل: لا و هو الأشبه و الأشهر بل المشهور بل لعله إجماع بين المتأخرين لأن فائده الملك التسلط على المملوك فالأصل فيه عدم خروجه عنه إلا- برضاه كما أن استصحاب ملك المقرض للعين و المقرض للمثل أو القيمة قاض بذلك أيضا، و خروج الهبة بالدليل لا- يقضى به هنا، خصوصا بعد الفرق بينهما بالمعاوضه فى المقام دونها، و الإجماع على الجواز بالمعنى المعروف ممنوع بعد ما عرفت من شهره عدم رجوع المقرض بالعين، و احتمال تنزيل ذلك على ما إذا لم يفسخ- فيرجع النزاع حينئذ إلى جواز الرجوع و عدمه من دون فسخ للقرض- كما ترى، إذ هو مع خلوه عن الفائده و مخالفته لظاهر كلماتهم و صريح البعض محل للنظر، بإمكان كون الرجوع بالعين نفسه فسحا و إن لم يصرح به بلفظه.

فظهر أن مراد المشهور عدم رجوع المقرض بالعين على كل حال، و أنه ليس له الفسخ القاضى بذلك، و منه يعلم كون المراد بالجواز الذى ادعى الإجماع عليه أن لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض، و هو الأناظر الذى هو مبنى القرض عرفا غالبا، و من هنا قال مالك: «إنه لا يجوز للمقرض مطالبه المقرض قبل قضاء وطره من العين، أو مضى مده يمكن فيه ذلك» فذكر الأصحاب الجواز بالمعنى المزبور بقصد الرد عليه، ضروره أنه و إن كان مبنى القرض ذلك، إلا- أنه ليس على وجه يلتزم به شرعا، و العوض قد ثبت فى الذمه حالا، فله المطالبة فى المجلس و غيره، كما أن للمقرض دفع ذلك متى شاء، فالمراد حينئذ من الجواز ذلك، لا المعنى الموجب لرد العين

لعدم الدليل الصالح لمعارضه ما سمعت، بل مقتضاه الفسخ و إن حصل التصرف المغير للعين الموجب نقصها، لعدم الدليل على لزومه بذلك على تقدير جوازه، فيرد العين جابرا لها بالأرش، و هو معلوم البطلان، فتعين إرادتهم ما ذكرنا من الجواز.

و لعله إليه يرجع ما فى المسالك و إن لم ينقحه كما ذكرنا، قال ما حاصله:

إن الأصل و الاستصحاب يدل على المشهور، و لا معارض لهما إلا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك، و فيه منع ثبوت جوازه بالمعنى المزبور، إذ لا دليل عليه، و ما أطلقوه من كونه جائزا لا- يعنون به ذلك، لأنه قد عبر به من ينكر هذا المعنى، و هو الأكثر، و إنما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البدل إذا طالب به متى شاء و إذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحه فى الاصطلاح، و إن كان مغايرا لغيره من العقود الجائزه من هذا الوجه، و حينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى، و لا دليل صالح على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور، فيبقى الملك و ما فى الذمه على حكمهما إلى أن يثبت خلافه، و هذا هو الوجه، و إلا كان ما ذكرناه أولى، و كون الحكمه فى وجوب المثل أو القيمه ذلك، لا يقضى بجواز الرجوع بالعين بعد أن ثبت ملك المقترض للعين، و ثبت فى ذمته المثل أو القيمه و هو واضح، كوضوح منع الأولويه المزبوره، فظهر حينئذ أنه لا مناص عن المشهور.

نعم يتجه القول بوجوب قبول المقرض للعين لو دفعها المقترض فى المثل إذا فرض عدم تغيرها، سواء نقص السعر أولا، ضروره كونها أحد أفراد الكلى الذى فى ذمته، بل هى أولى من غيرها، و كذا القيمى بناء على ضمانه بالمثل، إذ هو كالمثل فى الحكم.

أما على القول بالقيمه فالمتجه عدم وجوب القبول لأنها غير الحق الثابت فى الذمه، فلا يجب قبوله، و ليس الواجب أولا دفع العين فإذا تعذر انتقل إلى القيمه إذ قد عرفت أن الثابت ابتداء القيمه بالعقد و القبض، لكن احتمال بعضهم كالفاضل و غيره وجوب القبول، بل فى الدروس أنه الأصح، و نقل فيه الشيخ الإجماع، بدعوى كون مبنى القرض المشروع للإرفاق على ذلك، و لأولويه العين - من القيمه و المثل

اللذين كان القصد من إثباتهما فى الذمه بدل العين - لغلبه خروجها من يد المقترض و لأن ثبوت القيمه فى القيمى لتعذر مثله، فمع فرض رد العين نفسها يتعين القبول إلا أن الجميع كما ترى.

و أضعف منه ما احتمله فى الدروس من وجوب القبول فى المثلى و القيمى إن تساوت القيمه أو زادت وقت الرد، و إن نقصت فلا، لعدم الدليل له سوى اعتبار لا يصلح لتأسيس حكم شرعى، فتأمل، كما أنه قد يتوقف فيما ذكره أيضا من أنه لو ظهر فى العين المقترضه عيب فله ردها و لا- أرش، فإن أمسكها فعليه مثلها أو قيمتها معييه، و هل يجب عليه إعلام المقترض الجاهل بالعيب؟ عندى نظر من اختلاف الأغراض، و حسم ماده النزاع، و من قضيه الأصل. نعم لو اختلفا فى العيب حلف المقترض مع عدم اليينه، و لو تجدد عنده عيب آخر منع من الرد، إلا أن يرضى به المقترض مجانا أو بالأرش.

فإنه و إن كان جيدا إلا- أن الحكم الأول لم أعثر على ما يدل عليه، اللهم إلا أن يدعى أن بناء المعاوضه على أصل الصحه، فالخيار هنا كالخيار فى الرد بالعيب فى البيع، و إن زاد عليه هناك بالأرش للنصوص، و الأمر سهل. و الله أعلم.

[المسأله الثانيه لو شرط التأجيل للقرض لم يلزم]

المسأله الثانيه لو شرط التأجيل للقرض فى عقد القرض لم يلزم على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشانى، نعم احتمله فى المسالك بناء على ما ذكره سابقا من لزوم هذا العقد، و عدم كونه من العقود الجائزه بدليل عدم وجوب رد العين إذا أرادته المقترض، فيشملة حينئذ

قوله عليه السلام (١) «المؤمنون عند شروطهم»

و غيره مما دل على لزوم ما شرط فى العقد اللازم، و دعوى أن هذا العقد ليس على حد الجائزه ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط، و لا على حد اللازمه ليلحقه حكمها، يدفعها أن المتجه بعد التسليم الرجوع حينئذ إلى عموم الأدله الداله على الالتزام بالشرط و الوفاء بالعقد.

و بذلك اغتر جماعه من متأخرين المتأخرين الذين لا يبالون باتفاق الأصحاب، فضلا

عن شهرتهم حتى جزموا باللزوم، و شددوا النكير على دعوى كونه من العقود الجائزه، و

قد عرفت البحث فى ذلك سابقا، و أن مرادهم من الجواز عدم الالتزام بما يفهم من القرض من التأجيل فى مقابله المحكى عن مالك، و جوازه بهذا المعنى مسلم لا يكاد ينكره أحد من الشيعة، و النصوص واضحة الدلاله عليه، ضروره ظهورها فى رجحان التأخير و الإمهال و الإنظار، و الترغيب فى ذلك على وجه صريح أو ظاهر فى الندب.

خصوصا مثل

قوله صلى الله عليه و آله (١) «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء من حسنات، و إن أرفق به فى طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب و لا عذاب»

و

قوله صلى الله عليه و آله (٢) «من أقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر ميسوره كان ماله فى زكاه، و كان هو فى صلاه من الملائكه حتى يؤديه»

و غيرهما مما هو كالصريح فى جواز رجوعه و مطالبته أى وقت شاء، و أنه محسن لا سبيل عليه.

و حينئذ مقتضى إطلاق هذه الأدله جواز ذلك حتى مع اشتراط الأجل الذى هو فى الحقيقه التصريح بما بنى عليه القرض و المتعارف منه، و الذى ندب إليه و حث عليه، بل قيل: إنه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمنا مع أن الأصل لزوم الوفاء به، فعدم

الوجوب إذا كان مدلولاً عليه بالشرط أولى، على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط، و بين ما دل على استحباب القرض، و أن لكل منهما الرجوع متى شاء، و إن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقترضه من وجه، و لا ريب فى أن الترجيح للثانى، و لو للشهره العظيمه، بل الإجماع المحكى الذى يشهد له التبع.

و المناقشه- بمنع تعلق الاستحباب بخصوص المدلول، بل بسببه الذى هو إجراء الصيغه، و إن كان الوجه فى تعلقه به هو رجحان العمل بمسببه، فيرجع حاصل

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الدين- الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الدين- الحديث- ٣.

الأدلة إلى استحباب الإقدام على القرض، و إيجاد سببه، و لا ينافيه وجوب المسبب بعده، و إن هو إلا كالتجاره، فقد تضافرت الأدلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها كدفع المبيع و نحوها، و ككثير من العبادات المستحبه الواجبه بالشروع فيها، و بالجملة استحباب الشئ ابتداء غير وجوبه استدامه، فاستحباب الاقتراض ابتداء لا ينافي وجوب العمل بمقتضى عقده بعد إيجاده- يدفعها ظهور النصوص التي منها ما ذكرناه في استحبابه استدامه، و في أن للمقترض الوفاء متى شاء كما لا يخفى على من تأملها أدنى تأمل.

نعم لو ادعى تقييدها بما إذا لم يشترط الأجل، كان الجواب عنه ما عرفت من أنه ليس بأولى من تقييد أدله الشرط بما إذا لم يكن مقتضيا لتأخير القرض، بل هو أولى من وجوه، بل مقتضاه عدم لزوم هذا الشرط و لو كان في عقد لازم غير القرض إلا أن شهره الأصحاب فيه على اللزوم، فترجح أدله الشرط حينئذ عليه، خصوصا بعد معرفته عدم الخلاف فيه.

نعم في الدروس و لو شرط تأجيله في عقد لازم، قال الفاضل: يلزم تبعا للزوم و يشكل بأن الشرط في اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس، و عن الحواشي أن في ذلك إشكالا، لأنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فممنوع، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما، و لا- يقتضيه أيضا كما هو ظاهر، إذا العقود المشروط فيها شروط لا يقتضى لزومها، بل فائدها تسلط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها، و إن أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه: بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرد، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع و ما هو واقع، و يجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم بهذا.

و فيه أن المراد بكون الشرط لازما وجوب الوفاء به، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم، لأنه من جملة مقتضياته، و تسلط من تعلق به غرضه على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط و العقد لازما من طرف المشتري له عليه، و من طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازما مع الإتيان

بالشرط لا بدونه، و هذا معنى واضح صحيح مستقيم.

كما أن ما ذكره من أن الأجل من الشرط الواقع لا بأس به أيضا، فإن اشتراط تأجيل الحال من قبيل العوض الواقع في ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط، و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال في عقد لازم، و ليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني، بل هو كاشتراط سكنى الدار سنه في البيع فإن ذلك يصير حقا له كاستحقاق العوض، كل ذلك مضافا إلى ما تسمع من النصوص (١) بالخصوص في تأجيل الحال و إلى ما عرفته سابقا في بحث الشروط.

و كيف كان فقد بان لك أنه لا محيص عما عليه الأصحاب من اللزوم في الشرط بعقد لازم، و عدم اللزوم في عقد القرض و إن قلنا بكونه من العقود اللازمه لما عرفت و لا يعارض الأخير قوله تعالى (٢) «إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» بعد عدم ظهوره في القرض المشترط فيه الأجل، و أنه يجب الوفاء به إذا كان بعقد القرض بل ظاهره عدم إرادته بيان ذلك كما هو واضح، و لا

المروى عن ثواب الأعمال (٣) «من أقرض قرضا و ضرب له أجلا و لم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل مثل صدقه دينار كل يوم»

و نحوه الرضوى (٤) إذ أقصاهما الدلالة على صحة التأجيل و لا كلام فيه، و ثمرتها إنما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل و وجوبه بعده، و هو غير لزومه الذى هو عبارته عن وجوب التأخير إليه، و إنما الكلام فيه مضافا إلى

قصور الخبرين و لا جابر، بل قد عرفت تحقق الموهن الذى لأجله أطرحت

مضمرة الحسين بن سعيد (٥) «عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض بعد موت المستقرض منه، أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض»

١- ١ الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العقود.

٢- ٢ سورة البقره الآيه ٢٨٢.

٣- ٣ الوسائل الباب ٦ - من أبواب الدين - الحديث - ١.

٤- ٤ الوسائل الباب ٦ - من أبواب الدين - الحديث - ٥.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الدين الحديث - ٢.

بناء على إشعاره بلزوم التأجيل فى القرض، كالدين من حيث التقدير و المفهوم، و ليس هو كالخبرين السابقين خصوصا بعد لفظ يحل فيه، الظاهر فى عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المده المضروبه حال حيوه المستقرض.

نعم قد يقال: إن سؤاله لم يكن عن لزوم الأجل فى عقد القرض، بل إنما هو عن الحلول بالموت و عدمه، فأجابه عليه السلام على طبق سؤاله، فيمكن أن يريد من القرض الدين، أو القرض المشترط أجله بعقد لازم، أو غير ذلك فلا يكون منافيا للمطلوب الذى هو عدم لزوم شرط الأجل فى عقد القرض.

و كذا لو أجله بعد العقد أو أجل غيره من الدين الحال بأن يقول مثلا أجتتك إلى شهر لم يتأجل للأصل و غيره بل هو أولى فى عدم اللزوم من الأجل فى عقد القرض، و لكن يستحب الوفاء به، لأنه وعد و كيف كان فقد بان لك أنه لا دليل معتد به على اللزوم بل ليس فيه إلا إشعار روايه الحسين بن سعيد المتقدمه و

هى روايه مضمرة مهجوره تحمل على الاستحباب خصوصا بعد ما عرفت من ضعف إشعارها من الوجه الذى ذكرناه.

و على كل حال ف لا فرق عندنا فى عدم لزوم تأجيل الحال بالتأجيل المزبور بين أن يكون مهرا أو ثمن مبيع أو غير ذلك (١١) لا اشتراك الجميع فى أصله عدم اللزوم و غيرها مما يدل على ذلك، خلافا لبعض العامه فذهب إلى لزومه فى ثمن المبيع و الأجره و الصداق أو عوض الخلع دون القرض، و بدل المتلف و آخر فالزومه فى الجميع و هما معا كما ترى، ضروره أن المراد من

قوله عليه السلام (١) «المؤمنون عند شروطهم»

و نحوه العقود المشتمله على الشرائط لا الشرائط و إن لم تكن فى عقود التى يمكن منع تسميتها شروطا كما هو واضح.

و (١٢) كذا لو أخره (١٣) أى الدين الحال بزياده فيه لم تثبت الزيادة و لا- الأجل (١٤) بل هو الربا المحرم بلا- خلاف و لا إشكال. نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة فى ثمن مبيع مثلا و إن لم يساوه قد اشترط فى عقده تأجيل الحال خاصه أو هو مع ثمن المبيع

كما نطقت به النصوص ففى

موثق ابن عمار(١)«قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه

لؤلؤه تساوى مائه درهم بألف درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت قال: لا بأس قد أمرنى أبى ففعلت ذلك، و زعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك».

و

فى موثقه الآخر(٢)«قلت لأبى الحسن عليه السلام: يكون لى على الرجل دراهم فيقول أخرنى و أنا أربحك فأبيعه جبه تقوم على بألف درهم بعشره آلاف درهم أو قال بعشرين و أؤخره بالمال، قال: لا بأس»

و

فى مضمير عبد الملك ابن عتبه(٣)«سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيده على مالى الذى لى عليه أ يستقيم أن أزيده مالا- و أبيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أؤخر ثمنها و مالى عليك كذا و كذا شهرا؟ قال: لا بأس به»

إلى غير ذلك من النصوص المفتى بها بين الأصحاب و إن كان حيله و فرارا، لكن نعم الفرار من الباطل إلى الحق و منه ينتقل إلى غير ذلك من الحيل الشرعيه المنطبقه على أصول المذهب و قواعده.

و لا يعارضه

خير الشيبانى (٤)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع المبيع و البائع يعلم أنه لا

يسوى و المشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم سيرجع فيه و يشتريه منه فقال: يا يونس إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت إذا ظهر الجور و أورثتم الذل قال: فقال له جابر: لا بقيت إلى ذلك الزمان. و متى يكون ذلك بأبى أنت و أمى قال: إذا ظهر الربا يا يونس، و هذا الربا فإن لم تشتريه منه رده عليك؟ قال: فقلت: نعم قال فقال: لا تقربنه و لا تقربنه»

بعد قصوره عن المقاومه من وجوه خصوصا بعد قوه احتمال إرادته حال عدم قصد البيع منه و أنهما لم يوجبا كاحتمال التقيه لما حكى عن العامه من تشديد المنع فى هذه الصوره، و ربما حمل على الكراهه أو غير ذلك.

- ٢-٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام العقود الحديث- ٤.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام العقود الحديث- ٥.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام العقود الحديث- ٥.

و على كل حال فقد ظهر من هذا كله أن تأجيله بزياده من دون حيله شرعيه غير جائز. نعم يصح تعجيله لو كان مؤجلا بإسقاط بعضه مع التراضى بلا- خلاف و لا- إشكال، كما تقدم فى بحث النقد و النسيئه، للنصوص المستفيضه، بل ربما استظهر منها الإكتفاء بالتراضى من غير حاجه إلى الإبراء أو الصلح، ف

فى مرسل أبان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف أ يحل ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم».

و

صحيح ابن أبى عمير (٢) عن الصادق عليه السلام أيضا «أنه سأل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: انقذنى كذا و كذا و أضع عنك بقيمته أو يقول: انقذنى بعضه و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ قال: لا أرى بأسا، إنه لم يزد على رأس ماله قال الله عز و جل شأنه (٣) «فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ»

و اللام فى السؤال بمعنى على، كما رواه

محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح مغيرا للسؤال «الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى»

إلى آخره.

لكن قد يقال: إن بناء هذه النصوص على الإكتفاء بمعاطاه الصلح، أو على إرادته بيان أصل الصحه، و إن كان عند الوقوع لا بد من صيغته، إذ المتعارف فى النصوص عدم التعرض للصيغ لمعلوماتها أو لغير ذلك، فلا ريب أن الأولى الإتيان بصيغه الصلح أو التصريح بالبراءه أو الإسقاط و العفو، و إن كان الأقوى الإكتفاء بمعاطاه الصلح.

و كيف كان فيدل على المطلوب مضافا إلى النصوص السابقه و

خبر زراره (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل اشترى جاريه بثمان مسمى ثم باعها فربح فيها فأتاه صاحبها يتقاضاه و لم

ينقد ماله، فقال صاحب الجاريه للذين باعهم: اكفونى غريمى هذا و الذى ربحت عليكم فهو لكم؟ قال: لا بأس»

الذى هو ك صحيح الحلبي (٦) بناء

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١.

٣-٣ سورة البقره الآيه ٢٧٩.

٤-٤ الوسائل الباب-٧- من أحكام الصلح الحديث-١.

٥-٥ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام العقود الحديث-١.

٦-٦ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام العقود الحديث-٢.

على أنه قد باعهم مؤجلا و إن كان لا مانع أيضا من بيعهم حالا، و الصلح معهم بإسقاط البعض، إذ هو صلح الحطيطة الذى يقوم مقام الإبراء، و لا ربا فيه و إن قلنا بعمومه للمعاوضات.

و من هنا أطلق الأصحاب جوازه بتعجيل البعض بإسقاط الباقي من غير فرق بين المجانس و المخالف، بل ظاهر الجميع كونه بالمجانس، على أنه يمكن أن لا يكون إبراء محضاً، لأن الوضع فى مقابله الأجل، بل يمكن خروجه بذلك عن المجانس، و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر.

و الأولى الاستناد للنص المعتضد بفتوى الأصحاب، بل لم أجد أحدا منهم أو ما إلى احتمال الربا فيه سوى الفاضل فى القواعد و غيرها، بل ظاهره فى صلح الأولى البطلان على تقدير عموم الربا للمعاوضات، قال: و لو صالح على عين بأخرى فى الربويات ففى إلحاقه بالبيع نظر، و كذا فى الدين بمثله، فإن ألحقناه فسد، كما لو صالح فى ألف بخمسائه حال، و لو صالح من ألف حال بخمسائه مؤجل فهو إبراء على إشكال و يلزم التأجيل.

و سوى الشهيد فى الدروس حيث قال: «و لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا صح إذا كان بغير جنسه، و أطلق الأصحاب الجواز، إما لأن الصلح هنا ليس معاوضه له، أو لأن الربا يختص البيع، أو لأن النقيصه فى مقابله الحلول، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله» و قال ابن الجنيد سقط.

قلت: أقواها الأول إذ الثانى منظور فيه بأن الأصح عموم الربا، و قد صدر ذلك ممن يقول بعمومه، و أما الثالث ففيه أولا أنه لا يكفى فى سقوط الربا، و ثانيا قد عرفت أن الأقوى الصحة فى الحالين أيضا فله أن يصلح عن الزائد الحال بالناقص كذلك، لقيامه مقام الإبراء بخلاف البيع، فإنه لا يقوم مقامه، قال فى الدروس أيضا و لو صالح عن غير الربوى بنقيصه صح و لو كان ربويا و صالح بجنسه روعى أحكام الربا، لأنها عامه فى المعاوضات على الأقوى، إلا أن نقول الصلح هنا ليس معاوضه،

بل هو فى معنى الإبراء و هو الأصح، لأن

النبي صلى الله عليه و آله (١) قال لكعب بن مالك:

«أترك الشرط و اتبعه ببقيته»

و روى ذلك عن الصادق عليه السلام (٢) و ينبغى أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسائه

، فلو قال بهذه الخمسمائه ظهرت المعاوضة، و الأقوى جوازه أيضا لاشتراكهما فى الغايه.

قلت: قد يشكل الأخير بأنه لو صح لصح فى المعنيين مع التفاوت، على أن يكون الصلح بمعنى هبه الزائد، و لا ريب فى عدم جوازه لكونه معاوضه حينئذ، اللهم إلا أن يفرق بينهما و هو غير بعيد كما ستعرف، و لو صالح عن ألف حال بخمسائه مؤجله ففى التحرير أن الوجه الجواز، و لعله لأنه كالعكس، لكن فيه أنه يمكن الفرق بينهما فتأمل، و يأتى فى الصلح تمام الكلام إن شاء الله.

هذا و فى المسالك أنه كما يعتبر التراضى فى إسقاط البعض، يعتبر فى تعجيله بغير إسقاط، لأن الأجل أيضا حق لهما، لتعلق غرض كل منهما به، فإن التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق، لحصول ضرر لخوف و نحوه، و بالنسبه إلى الآخر واضح لكن إسقاط الأجل يكفى فيه مجرد الرضا، أما إسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم، و يكون الرضا بالبعض قائما مقام الإبراء، فإنه كما يظهر من تضاعيف كلامهم أنه لا يختص بلفظ، و فى كتاب الجنایات يقع بلفظ العفو و نحوه فيكون هذا منه، و يحتمل قويا توقف البراءه على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءه و الإسقاط و العفو و الصلح، لا مطلق الرضا لأصاله بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل شرعا.

و فيه أن مثله يأتى فى إسقاط الأجل، نعم يسقط به مع قبض المال من المستحق و حينئذ فالمتجه إسقاط بعض الحق معه، إذا وقع بعنوان المعاوضه عن الجميع، ضروره كونه حينئذ من معاطاه الصلح، لكن يأتى فيه حينئذ إشكال الربا، إذ هو كالصلح عن الزائد بالأقل المعين، و قد عرفت قوه احتمال المعاوضه، خلافا للدروس فألحقه بالأقل غير المعين الذى لا يكون إلا إبراء اللهم إلا أن يقال بصحه ذلك فى المقام من

١- ١ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٩ الوسائل الباب ٦- من أبواب الصلح الحديث ١.

٢- ٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٩ الوسائل الباب ٦- من أبواب الصلح الحديث ١.

جهه إطلاق النصوص.

و منه يظهر لك قوه ما سمعته من الدروس، و الاحتياط لا ينبغي تركه، و لقد طال بنا الكلام، و كان أصل المقصد بيان عدم لزوم الأجل المشترط في عقد القرض، و قد ظهر لك الوجه فيه، بل منه يعلم عدم لزوم كل شرط يقتضى تأخير القرض من غير فرق بين الزمان و المكان و غيرهما.

لكن قد سمعت فيما تقدم أن الشهيد في الدروس صرح بلزومه بالنسبه إلى المكان، خلافا للفاضل فجعله دائرا مدار المصلحه، اللهم إلا أن يقال باللزوم فيه هناك للنصوص التي يدعى دلالتها على ذلك، أما الشرط الذي لا يقتضى تأخير القرض فالمتجه بحسب الضوابط لزومه، و وجوب الوفاء به،

لعموم (١) «المؤمنون»

و غيره مما يدل على وجوب الوفاء بالعقود اللازمه التي لا ريب في أن عقد القرض منها، بعد ما عرفت من أنه ليس لأحدهما فسخه بحيث يرد العين إلى مالكةا، فالأصل لزوم الشرائط فيه.

و لعل منه شرطيه الصحاح بدل المكسره عند من جوزه، بل الظاهر لزوم الشرط في عقد القرض و إن كان تأخير قرض آخر، و إن كان لم يفرق في المسالك بينه و بين أجل القرض المشترط في عقده في عدم لزوم الجميع، إلا أنك قد عرفت أن الأصل يقتضى اللزوم، خرج عنه في خصوص الثاني، لما عرفت من الدليل، فيبقى غيره على الأصل، و لا ينافى لزوم الشرط في عقد القرض جواز مطالبه المقرض في كل وقت، و فاء المقترض كذلك، إذ ليس ذلك فسخا لعقد القرض الذي يجب الوفاء به و بما تضمنه من الشرائط التي لا تقتضى وجوب إبقائه، بل هو مطالبه بالمثل أو بالقيمه اللذين جبا بعقد القرض، فالاستناد في دعوى عدم لزوم الشرط في عقد القرض بأنه من العقود الجائزه بالمعنى المزبور واضح الفساد، ضروره أن المشر في عدم لزوم الشرط الجواز بمعنى فسخ العقد، لا هو بالمعنى المزبور هذا.

و في جامع المقاصد «و ههنا فائده: و هي أن الشروط الواقعه في عقد القرض

أقسام الأول- ما يفسده، و هو اشتراط الزيادة للمقرض فى نفس مال القرض لمحض الإحسان، الثانى- ما يكون لغوا أو وعدا: و هو الزيادة للمقترض من غير أن يكون للمقرض زياده. الثالث- ما يكون مؤكدا كاشتراط رهن به، و هو صحيح قطعا.

الرابع- ما يكون زياده للمقرض لكن فى غير مال القرض و فى صحته تردد، و الأصح الصحه. الخامس- ما يكون وعدا محضا كما لو أقرضه و شرط له أن يفرضه شيئا آخر.

إذا عرفت هذا فلا بد من الفرق بين هذه الشروط فى الأحكام، ففى الأول معلوم بقاء مال القرض فى ملك المقرض، و فى الثانى إن كان الشرط لغوا فلا بحث، و إن كان وعدا فمعناه إن و فى به كان حسنا و إلا- لم يأنم، و وجهه أن القرض إحسان إلى المقترض بالقرض، و شرط فى ذلك الإحسان إحسان آخر لنفعه فقط، فلا يجب عليه، لانتفاء المقابله المقتضيه للوجوب.

و فى الثالث و الرابع يجب عليه الوفاء، لأن المقرض لم يرض بالقرض إلا على ذلك التقدير المشترط، و قد رضى المقترض على ذلك الوجه، فيجب الوفاء، فان لم يفعل أنم، و لم يكن له إجباره قطعا، لأن القرض عقد جائز من الطرفين، لكل منهما فسخه، فإن لم يفسخه حالا فهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبه بمال القرض، أم يجب دفعه بمجرد المطالبه بالشرط مع عدم الوفاء، و جهان، و فى الأول قوه.

و هو كما ترى لا يرجع إلى ضابطه، بل هو عند التأمل مخالف للضوابط الشرعيه التى قد عرفت اقتضاها اللزوم فى كل شرط فى عقد القرض، إلا ما جر نفعا للمقرض و ما اقتضى عدم جواز المطالبه من المقرض و الوفاء من المقترض إلا فى اشتراط المكان، للنصوص السابقه فيه من غير فرق بين ما يرجع إلى القرض من الشرائط، كالرهن و الإشهاد و الكتابه و نحوها، و ما لا يرجع إليه من الأمور الملتزمه فى عقده، بل الظاهر أن فائده الشرط فى عقد القرض كفائده فى غيره من العقود اللازمه، يجب إجبار من عليه الشرط، فإن تعذر تسلط من له الشرط على فسخ العقد نفسه، فيرجع المال

حينئذ ملکا إلى مالکة، و هذا غير مطالبه المقترض بعوض المال في كل وقت، حتى يقال إنه كان حاصلًا بدون الشرط.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما في الدروس من أن اشتراط الخيار في عقد القرض لغو، ضروره أن اشتراطه يفيد التسلط على فسخ العقد نفسه، بحيث يرجع عين المال إلى مالکة، و هو أمر غير مطالبه المقترض بالقيمه أو المثل فتأمل جيداً.

فإن المسألة قد وقع فيها اشتباه عظيم و خلط و خبط نشأ من تخيل كون القرض من العقود الجائزه باعتبار أن المقترض له المطالبه متى شاء، و المقترض له الوفاء كذلك و أن الشرائط في العقود الجائزه غير لازمه، لتسلط كل منهما على فسخ أصل العقد فلا يلزم الشرط فيه، و هذا كله و هم في و هم. بل قد يومئ ما دل على بطلان ما جر نفعاً من الشرائط في عقد القرض إلى لزوم الشرائط فيه، و إلا كان الشرط فيه وعداً لا يجب الوفاء به، فلا يتحقق به الربا، لما عرفت فتأمل.

كما أن ذكرهم الصحه في كثير من الشرائط التي لا تجر نفعاً للمقرض ظاهر في اللزوم، لا أن المراد منها عدم البطلان و إن كان لا يلزم المشروط عليه، إذ صحه كل شيء بحسب حاله فصحه الشرط لزومه، بل قد يشكل صحه القرض مع اشتراط الأجل الذي قلنا بعدم لزومه إذا كان المقترض قد علق رضاه على تخيل لزوم الأجل و لو جهلاً منه، ضروره كونه حينئذ كالشرائط الفاسده التي يبطل العقد معها، باعتبار تعلق الرضا عليها في قول، و الله أعلم.

[المسألة الثالثه من كان عليه دين و غاب صاحبه غيبه منقطعه يجب أن ينوى قضاءه]

المسألة الثالثه: من كان عليه دين و غاب صاحبه غيبه منقطعه الخبر يجب على المديون البقاء على أن ينوى قضاءه إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، للأصل و للمنساق من

صحيح زراره(١) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه، و لا على ولي له، و لا يدري بأى أرض هو؟

قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء»

و للنصوص (٢) الداله على أن

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب الدين- الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث- ١.

«من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق»

الشامله للغائب وغيره، و لحالي الابتداء و الاستدامه.

بل قد يتم الوجوب من الترغيب في

الخبر(١)على نيه القضاء قال فيه: «من كان عليه دين ينو قضاءه كان معه من الله عز و جل حافظان يعينانه على الأداء، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونه بقدر ما قصر من نيته»

و لا ينافي الوجوب ما في

الخبر الآخر(٢)«أحب الرجل يكون عليه دين ينو قضاءه»

، فإن محبته عليه السلام للرجل إذا كان ناوياً قضاءه لا تقضى بجواز عدم النيه، بل قد يقال:- بناء على إشعاره بيبغض غير الناوى أو بعدم محبته، بأنه دال على الوجوب.

هذا كله إن لم نقل بوجوب العزم بدلا عن التعجيل فى الواجب الموسع، لأنه من أحكام الإيمان، بمعنى توقف صدق التبعية عرفاً على العزم على امتثال أوامر المتبوع و نواهيه، و إلا كان ذلك كافياً فى الوجوب هنا.

نعم يستفاد من نصوص السرقة أن عدم نيه القضاء حال القرض مفسده لعقده، فيحرم على المقترض التصرف بالمال حينئذ، خصوصاً

خبر أبى خديجه(٣)عن أبى عبد الله عليه السلام «أما رجل أتى رجلاً و استقرض منه مالا و فى نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادى»

لكن لم أجده محرراً فى كلامهم، بل ربما كان فيه ما ينافيه، كعدم ذكرهم له فى الشرائط و جعلهم وجوب العزم هنا كالواجب الموسع و غير ذلك، و عليه فينبغى الاقتصار فيه على خصوص

القرض، أما الابتياح مع عدم نيه الوفاء فلا يقضى بفساد البيع.

و كيف كان ففى المتن و غيره أنه يجب أيضاً أن يعزل ذلك عند وفاته بل قد تشعر عبارته المختلف بعدم الخلاف فيه، كما اعترف به فى المسالك فقال: «و اما العزل عند الوفاء فظاهر كلامهم، خصوصاً على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه و إلا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب، لأصالة البراءة مع عدم النص» و ظاهره

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب الدين الحديث-٤.

٣-٣ الوسائل الباب-٥- من أبواب الدين الحديث.٥.

تحصيل الإجماع عليه. و في جامع المقاصد ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاء إجماعى و وجهه ظاهر، فإنه أبعد عن تصرف الورثة فيه و أنفى، للتعليل فى أدائه.

قلت: و ربما يشعر به

خبر هشام بن سالم (١) «قال سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس، فقال: إنه كان عند أبى أجير يعمل عنده بالأجر، ففقدناه و بقى له من أجره شىء و لا نعرف له وارثاً؟ قال: فاطلبه قال: قد طلبناه و لم نجد، فقال مساكين و حرك يديه، قال: فأعاد عليه قال: اطلب و اجهد فإن قدرت عليه و إلا فكسب مالك حتى يجىء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه»

بناء على أن المراد بقاء شىء من أجره فى الذمه، ضروره اقتضاء الوصيه به حينئذ بل و

جعله كسب المال عزله، و كذا خبره الآخران (٢)(٣) المرويان فى الفقيه و التهذيب.

لكن و مع ذلك كله فى الرياض بعد أن حكى عن المسالك و جامع المقاصد ما سمعت قال: و هو كما ترى، مع أن فى السرائر ادعى إجماع المسلمين على العدم و هو أقوى للأصل و إن كان الأول أحوط و أولى، و أحوط منه العزل مطلقاً، فقد حكى فى المسالك قولاً، و لكنه لا يلزم منه انتقال الضمان بالعزل، بل عليه الضمان مع التلف على الإطلاق لعدم الدليل على الانتقال.

و فيه أولاً أن الموجود فى السرائر نفى الخلاف بين المسلمين عن عدم العزل قبل الوفاء الذى يظهر من نهايه الشيخ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ فيها من وجب عليه دين و غاب عنه صاحبه غيبه لم يقدر عليه معها و جب أن ينوى قضاءه و يعزل ماله عن ملكه، قال: هذا غير واجب، أعنى عزل المال بغير خلاف بين المسلمين، فضلاً عن طائفتنا، و من هنا نزل فى المختلف ما فى النهايه على حال الوفاء.

و ثانياً أن المحكى فى المسالك القول بالعزل مع اليأس لا مطلقاً و ثالثاً أنك قد عرفت الدليل على العزل الظاهر فى تشخص كونه مالا للمديون، و مقتضاه حينئذ عدم

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب ميراث الخنثى الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب ميراث الخنثى الحديث ١٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب الدين الحديث ٣.

الضمان لو تلف بغير تفريط، اللهم إلا أن يدعى أنه و إن انعزل بالعزل إلا أنه مضمون

على المديون حتى يصل إلى المالك، لكنه كما ترى محتاج إلى الدليل. نعم ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل من العزل على المتيقن من النص و الفتوى، و هو في حال الوفاء و الله أعلم.

و كيف كان فقد أطلق المصنف و غيره أنه يجب على المديون أن يوصى به ليوصل إلى ربه أو إلى وارثه إن ثبت موته بل عن الصيمري نفي الخلاف فيه، بل في النهاية أوصى به إلى من يثق به، بل في الروضه يجب الوصايه به إلى ثقته، لأنه تسليط على مال الغير، و إن قلنا بجواز الوصايه إلى غيره في الجملة لكن في الدروس أبدال الوصيه بالإشهاد.

و النصوص التي قد سمعت بعضها و تسمع الأخر قد تضمنت الأول، اللهم إلا أن يحمل على المثال، إذ الظاهر أنه بعد العزل يصير كباقي الأمانات، فالواجب إظهارها بحيث لا يخشى عليها التلف، و لو بدعوى الورثه الملكيه، تمسكا بظاهر يد الميت، خصوصا في مثل القرض الذي لم يعلم غير المتوفى بحاله، فمع ترك الوصيه ربما ذهب المال، بل في جمله من الأخبار الآتيه إن شاء الله في باب الوصيه وجوب الوصيه بماله و ما عليه.

و كيف كان ف لو لم يعرفه أى الوارث اجتهد في طلبه و مع اليأس يتصدق به عنه على قول للشيخ في النهايه و من تبعه، قال فيها: «و من وجب عليه دين و غاب عنه صاحبه غيبه لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوى قضاءه و يعزل ماله من ملكه، فإن حضرته الوفاء أوصى به إلى من يثق به، فإن مات من له الدين سلمه إلى ورثته، فإن لم يعرف له وارثا اجتهد في طلبه، فإن لم يظفر به تصدق به عنه، و ليس عليه شيء».

و هو صريح في كون الصدقه بعد موت المالك و عدم معرفه وارثه بعد الاجتهاد في الطلب، و وجه الصدقه حينئذ واضح، لكونه مالا مجهول المالك و حكمه ذلك نصا و فتوى، و احتمال تعيين كونه للإمام لأصالة عدم الوارث يدفعه، مع أنه لا يجرى

بالنسبة إلى بعض الورثة، و يمكن فرضه فيمن علم أن له وارثا إلا- أنه لم يعرف أن الشرط في كونه للإمام العلم بعدم الوارث غيره، لا عدم العلم، و من ذلك كله يظهر لك ما في السرائر قال: «و من وجب عليه دين و غاب صاحبه غيبه لم يقدر عليه معها و جب عليه أن ينوي على حسب ما قدمنا، فإن حضرته الوفاه سلمه إلى من يثق بديانته، و جعله وصيه في تسليمه إلى صاحبه، فان مات من له الدين سلمه إلى ورثته، فان لم يعلم وارثا اجتهد في طلبه، فان لم يجد سلمه إلى الحاكم، فإن قطع أن لا وارث له كان للإمام المسلمين، و

قد روى «أنه إذا لم يظفر له بوارث تصدق به عنه، و ليس عليه شيء»

أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته من طريق الخبر إيرادا لا اعتقادا، لأن الصدقه لا دليل عليها في كتاب، و لا سنه مقطوع بها، و لا إجماع، بل الإجماع و الأصول مقرره لمذهبنا، تشهد بأن الإمام مستحق ميراث من لا وارث له.

إذ فيه أن الشيخ لا ينكر انتقاله إلى الإمام عليه السلام بعد العلم بعدم الوارث له، و إنما أمر بالصدقه مع الجهل، لأنه من مجهول المالك الذي من المعلوم حكمه ذلك، فضلا عما أرسله من الخبر، و إن كنا لم نجد في خصوص المقام. نعم في الفقيه بعد أن

روى في صحيح معاويه (١) عن أبي عبد الله- «في رجل كان له على رجل حق ففقده، و لا يدري أين يطلبه، و لا يدري أحي هو أم ميت، و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال: اطلب قال: إن ذلك قد طال، فأتصدق به؟ قال: اطلب»

- قال: و قد

روى في هذا خبر آخر (٢) «إن لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به»

و ليس فيه العلم بموت ذى الحق، و ليس في اشتراط عدم الوارث دلالة عليه، إذ يمكن اشتراط الصدقه بذلك، و إلا- و جب إبقاؤه حتى يعلم موته، و لو بمضى مده لا يعيش فيها مثله، ثم يسلم إلى الوارث بعد ذلك، و أما

خبر هشام بن سالم (٣) «سأل حفص الأعمور أبا عبد الله عليه السلام، و أنا عنده جالس، فقال له: «كان لأبي أجير كان يقوم

١- ١ الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث- ٧٦٩.

٢- ٢ الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث- ٧٧٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٢ من أبواب الدين الحديث- ٣ و فيه اختلاف يسير.

فى رحاه و له عنده دراهم، و ليس له وارث، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تدفع إلى المساكين ثم قال: رأيك فيها ثم أعاد المسأله فقال له: مثل ذلك فأعاد عليه المسأله فقال أبو- عبد الله عليه السلام تطلب له وارثا فإن وجدت له وارثا و إلا فهو كسبيل مالك، ثم قال:

ما عسى أن تصنع بها، ثم قال توصى بها فإن جاء طالبها و إلا فهى كسبيل مالك»

و

خبر نصر بن حبيب صاحب الخان (١) قال كتبت إلى العبد الصالح قد وقعت عندى مأتا درهم و أربعة دراهم، و أنا صاحب فندق فمات صاحبها و لم أعرف له ورثه فرأيك فى إعلامى حالها، و ما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعا. فكتب اعمل فيها و أخرجها صدقه قليلا قليلا حتى يخرج»

فليس فى أولهما تصريح بالموت، و لا فى ثانيهما الدين مع اشتماله على العمل بها و الصدقه قليلا قليلا و لم أجد من أفتى بهما.

و على كل حال فالمتجه بحسب الضوابط أنه إن لم يعلم موته و جب الإبقاء إلى المده التى يعيش فيها مثله، فتسلم حينئذ إلى الوارث إن علم و مع اليأس فالصدقه، و مثله ما لو علم موته و جهل وارثه، و يمكن جواز الإبقاء أمانه ل

خبر هشام بن سالم المروى فى الفقيه (٢) «سأل حفص الأعمور أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: كان لأبى أجير و كان له عنده شىء، فهلك الأجير و لم يدع وارثا و لا قرابه و قد ضقت بذلك فكيف أصنع، فقال: رأيك المساكين رأيك المساكين، فقلت: جعلت فداك! أنى ضقت بذلك فكيف أصنع فقال: هو كسبيل مالك فإن جاء طالب أعطيته».

و لعل ذلك فى خصوص هذا القسم من مجهول المالك باعتبار عدم الجهل به من كل وجه، لكون الفرض أن صاحب الدين معروف، و إن كان قد مات، أو يقال بجواز ذلك فى جميع أفراد المجهول، و اما التسليم إلى الحاكم فلا ينبغى التأمل فى جوازه بعد اليأس، و أما وجوبه فمحل منع للأصل و ظاهر النصوص هذا.

و لكن الذى يظهر من بعض الأصحاب أنه يكفى فى الصدقه به اليأس من صاحب الدين، و هو مع وجوب تقييده بعدم معرفه الوارث، و إن كان لا يسلمه إليه

١- ١ الوسائل الباب -٦- من أبواب ميراث الخنثى الحديث ٣.

٢- ٢ الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث ٧٦٧.

إلا- بعد معرفه موت مالكه- لا يخلو من بحث، لأصالة البقاء، اللهم إلا أن يقال إن بقاءه مع الياس من رجوعه غير مجد، بل هو كمجهول المالك المأبوس من معرفته، لاشتراكهما معا فى عدم التمكن من الوصول إلى المالك، و الصدقه مع الضمان إحسان محض، بل فيها إخراج المال عن التعطيل، بل ربما كان المديون محتاجا إلى فراغ ذمته، و لا سبيل غير

الصدقه، و لعل الأولى من ذلك تسليمه إلى الحاكم، لأنه ولى الغالب، بل الأولى مراعاة ذلك فى تشخيصه من الذمه.

و قد ظهر بذلك كله الخلل فى جمله من عبارات الأصحاب فى النقل و غيره، ففى النافع «و لو غاب صاحب الدين غيبه منقطعه نوى المستدين قضاءه و عزله عند وفاته موصيا به، و لو لم يعرفه اجتهد فى طلبه، و مع اليأس قيل يتصدق به عنه» و فى اللمعه «و يجب نيه القضاء و عزله عند وفاته و الإيضاء به لو كان صاحبه غالبا و لو يئس منه تصدق به عنه» و فى الرياض نسبة هذا القول إلى الشيخ و القاضى و جماعه و قد سمعت عبارته النهايه.

و فى القواعد «و لو غاب المدين و جب على المديون نيه القضاء و العزل عند وفاته و الوصيه به ليوصل إلى مالكه أو وارثه، و لو جهله اجتهد فى طلبه فإن أيس منه قيل يتصدق به عنه و فى اللمعه و يجب نيه القضاء و عزله عند وفاته و الإيضاء به لو كان صاحبه غائبا و لو يئس منه قيل يتصدق به عنه» و فى الدروس «و لو غاب المدين و جب نيه القضاء و العزل عند أماره الموت.

و أطلق الشيخ وجوب العزل، و ابن إدريس عدم وجوبه و الأشهاد و لو يئس منه تصدق به عنه و قال ابن إدريس: «يدفعه إلى الحاكم، و إن قطع على موته و انتفاء الوارث كان للإمام، و الحكم الثانى لا شك فيه، أما الأول فالحق التخيير بينه و بين إبقائه فى يده، و الصدقه مع الضمان، إلى غير ذلك من كلماتهم التى يعرف ما فيها من التأمل فيما ذكرنا.

و أحسنها ما فى التنقيح، فإنه بعد أن حكى ما فى السرائر من كونه للإمام قال: و هو الحق، لكن على تقدير العلم بموته و عدم وارثه أما إذا انتفى العلم بذلك

فحفظه أولى، حتى يظهر خبره أو خبر وارثه و أما النصوص فقد عرفت تشويشها خصوصا متن خبر هشام بن سالم (١) منها، و أوجدتها صحيح معاوية (٢) الذي أمر فيه بالطلب، بعد طلب السائل الصدقه لطول الطلب فتأمل جيدا و الله أعلم بحقيقه الحال.

[المسئله الرابعه الدين لا يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه]

المسئله الرابعه الأصل فى الدين أن لا- يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه أو قبض من يقوم مقامه شرعا، بعد دفع المديون، أو من يقوم مقامه، بل الظاهر اعتبار نيه كونه عن الدين فى الدفع، فلا يجزى الدفع المطلق فضلا عن المقصود به غير الدين، بل قد يقال: باعتبارها فى القبض أيضا فى أحد الوجهين، كل ذلك لأصلى عدم حصوله بدون ذلك، و عدم توقفه على غيره بعد الإجماع و السيره القطعيه، و ما يستفاد من تدبر النصوص مضافا إلى صدق تشخص الحق بذلك عرفا، و إن كان هو مشتركا بين المديون و الديان، و لذا اعتبر الدفع و القبض منهما، و لتفصيل هذه الجمله محل آخر.

و إنما المراد هنا أنه لو جعل مضاربه قبل قبضه لم يصح بلا خلاف أجده فيه، بل فى ظاهر المختلف و صريح السرائر و عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، لا لعدم ملكه و الا لم يجز بيعه مثلا بل لعدم تعيينه المعتبر فيها، كما تعرفه إن شاء الله فى بابها، و ل

ما رواه الباقر عليه السلام (٣) «عن أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يكون له مال على رجل يتقاضاه، فلا- يكون عنده ما يقضيه، فيقول له هو عندك مضاربه فقال: لا يصلح حتى يقبضه منه»

المنجبر سندا و دلالة بما عرفت، المتمم بالنسبه للمضاربه به إلى غير المديون بالاتفاق على عدم الفرق بينهما فى البطلان.

نعم قد يفرق بينهما بكون الربح جميعه للمديون إن ميزه و اتجر به، لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه، إذ لم يجعله و كيلا فى التعيين، و إنما جعله مضاربه

١- ١ الوسائل الباب ٢٢- من أبواب الدين الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ٢٢- من أبواب الدين الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب ٥- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ١ لكن عن أبى عبد الله عن أمير المؤمنين عليهما السلام.

فاسده، بخلاف ما لو كانت المضاربه به لغيره، فإن الربح جميعه للمالك، إذا أجاز لأنه و

كيل عنه في قبض الدين، فيتعين بتعيين المديون، و قبض الوكيل.

ولا- يرد أن فساد المضاربه يستلزم فساد القبض، لأنه تابع لها لمنع الملازمه، فإن فساد المضاربه إنما يقتضى فساد لوازمها، و قبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربه و أحكامها، فيكون بمنزله الوكيل بالنسبه إلى قبض المال، و المضاربه بالنسبه إلى العمل، فيبطل متعلق المضاربه خاصه، كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين و يفسد أحدهما، فإنه لا يقتضى فساد الآخر، فيكون للعامل أجره المثل، كما هو مقتضى المضاربه الفاسده مع جهله، و الربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين، و لو كان الشراء في الذمه فالربح للعامل، إن نوى الشراء لنفسه، و إلا فلا، كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد.

نعم ظاهره أن العامل يستحق الأجره إذا حصل الربح للمالك، و إلا فلا، و لعله لعدم ضمان عمله على تقدير صحه المضاربه، و مالا- يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لكنه لا يخلو من إشكال، و يأتي تحقيقه إن شاء الله في باب المضاربه، كما أن ظاهر إرادته الشهيد في الدروس من إطلاق كون الربح للعامل مع الشراء في الذمه، ما إذا نوى الشراء لنفسه لا للمالك، و إلا كان فضوليا في الواقع، و إن لزم بالثمن ظاهرا إذا لم يصرح بالغير، ضروره كون الفرق بين العين و الذمه ذلك، فالشراء بالأولى يقع لمالكها على الأصح و إن نوى به غيره، بخلاف الذمه كما هو محرر في محله.

فلا بد من تنزيل إطلاق الدروس على ذلك، قال فيها: و لا تصح المضاربه بالدين لا للمديون و لا لغيره لعدم تعيينه، فلو ضارب و ربح فالربح لصاحب المال، اما المديون إن كان هو العامل، أو المديون إن كان غير العامل، إلا أن يشتري في الذمه فيكون الربح له و عليه الإثم و الضمان.

و كيف كان فالفرق بينهما بما عرفت، لم أجد فيه خلافا بين من تعرض له من الفاضل و غيره، في القواعد «لا تصح المضاربه بالدين قبل قبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، و إلا فللمالك و عليه الأجره و إن كان محتاجا إلى التقيد

بالنسبه إلى بعض ما عرفت.

نعم توقف فيه في المسالك فقال: «إن المضاربه الفاسده إن اقتضت وكاله في القبض خارجه عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك، فإن الصيغه إنما اقتضت المعامله على الدين الذي في الذمه، و كما لا يمكن للأجنبي العمل به ما دام في الذمه، لأنه حينئذ أمر كلي لا وجود له في الخارج، فاقضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكاله كذلك، نقول في المديون فإنه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته، بل لا بد من إفرازه و الشراء به، كما سيأتى من أن العامل لا يصح له أن يشتري له إلا بالعين، و حينئذ فالمضاربه الفاسده إن كانت مجامعه للوكاله في تعيين المال، فهي واقعه في الموضعين، و إلا فلا.

و قد يدفع بظهور الفرق بينهما عرفا في استفاده الإذن من المالك في التمييز إذا كان المضارب غير المديون، لأن المتعارف فيه العمل بعين المضارب فيه، أما إذا كان المديون فلا ظهور فيه بالإذن في التمييز، لكونه في الحقيقه مقبوضا له، فربما يعامل به و هو في ذمته، بل لعل ذلك هو المتعارف فلا يستفاد منه الإذن في التمييز.

نعم قد يتوقف في ذلك من جهه أخرى و هي منع كون ذلك خارجا عن مقتضيات المضاربه، بل هو بعض لوازمها و توابعها، فينبغي أن يتبعها في الفساد، إذ الظاهر تقييد الأذن بالقبض، بصحة المضاربه لا مطلقا، فمع فرض فسادها سيما إذا كان العامل عالما بذلك لا اذن، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك من الدواعى لا الشرائط، لأن الاذن في القبض خارج عن حقيقه المضاربه، إذ يمكن قبض المالك أو غيره ثم يسلم العامل فالإذن على تقدير استفادتها من عباره المضاربه غير مقيد بصحتها فتأمل جيدا و الله أعلم.

[المسألة الخامسة الذمي إذا باع مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير]

المسألة الخامسة لا- خلاف في أن الذمي إذا باع من مثله مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير مع مراعاة شرائط الذمه كالتستر و نحوه جاز دفع الثمن لهذه المحرمات إلى المسلم عوضا عن حق له في ذمه الذمي بلا- خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه لإقرار شريعتنا له خاصة على ما عنده.

و من هنا لو كان البائع لها مسلما أو حربيا أو ذميا متظاهرا لم

يجز قبض أثمانها لفساد البيع، فيبقى المال على ملك صاحبه، فلا يجوز تناوله عن الحق وغيره بلا خلاف معتد به أجده في شىء من ذلك، بل ولا إشكال فيه بعد معلوميه ذلك من الشريعة، مضافا إلى ٢٢٤٠٩

الصحيحين (١) عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام «فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرا أو خنازير و هو ينظر إليهم فقضاها؟ فقال: لا بأس به أما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام».

و

صحيح زراره (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرا أو خنزيرا ثم يقضى منها فقال: لا بأس، أو قال: خذها»

و

خبر الخثعمى (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين، فيبيع الخمر و الخنازير فيقضيانه؟ فقال: لا بأس به ليس عليك من ذلك شىء»

و

خبر أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرا أو خنازير يأخذ ثمنه، قال: لا بأس».

و من المعلوم إرادته الذمى من إطلاق هذه الأخبار، لمعلوميه البطلان بالنسبه إلى غيره، و أن أثمانها سحت (٥) و لأنه المتبادر المعهود بيع ذلك فى بلاد الإسلام، و لذا صرح به فى السؤال

منصور بن حازم (٦) «فقال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحل لى أخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك»

و من التعليل يظهر عدم إرادته الفرض من إطلاق

ما دل على المنع (٧) «من أكل ثمن الخمر و لعنه و حرمة».

و من الغريب ما عن صاحب الكفايه من أن التقييد بما إذا لم يكن البائع مسلما مناف لإطلاق أخبار كثيره، فالحكم به مشكل، إلا أن يكون المقصود المنع بالنسبه إلى البائع، و أيده فى الحدائق ب

قوله عليه السلام «أما للمقتضى فحلال. و أما للبائع فحرام».

- ١-١ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢.
- ٢-٢ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٤.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٥.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب ما يكتسب به.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب ما يكتسب به ح-٦-٥-١-٢.

و فيه أن المراد من البائع الذمى الذى أقره الشارع على ما عنده بالنسبة إلى الأحكام

الظاهرية و إن كان معاقبا باعتبار تكليفه بالفروع، و ب

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل ترك غلاما له فى كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا، فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال: لا يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلا من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله راويتين من خمر بعد ما حرمت، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه و آله فأهريقتا، و قال: إن الذى حرم شربها حرم ثمنها، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها»

و مثله فى الصدقه خبر أبى أيوب (٢).

و فيه أن المتجه حمل الخبرين على عدم معرفه المشتري فيكون الثمن مجهول المالك، فيتصدق به، لا أن الثمن ملك للبائع لأنه قد أعطاه المشتري إياه باختياره، و إن فعلا حراما، كما عن بعض المحدثين الذين لا يبالون بما وقع منهم، و إلا فلا ينبغى التأمل فى ذلك بعد استقامه الطريقه خصوصا بعد

مرسله ابن أبى نجران (٣) الصحيحه إليه عن الرضا عليه السلام «عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا»

الدال على حكم المسلم الأصلى بطريق أولى، و منه يعلم الحال فيما لو أسلم الذمى قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه، فإنه يخرج بذلك عن ملكه، كما صرح به المشهور.

خلافًا للمحكي عن النهايه فقال يتولى بيعها له غيره،

للخبر (٤) «و ان أسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين؟ قال: يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خنازيره فيقضى دينه، و ليس له أن يبيعه و هو حى و لا يمسه»

و هو- مع كونه مقطوعا و فى سنده جهاله يمكن حمله على أن له ورثه كفارا يبيعون ذلك و يقضون ديونه، فلا يخرج به عما دل على أن المسلم لا يملك ذلك، و لا يجوز بيعه مباشره و لا تسبيبا كما هو واضح.

١-١ الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ٥٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث- ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥٧- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ٢.

و كذا لا ينبغي التوقف أيضا في التقييد بالاستتار الذي هو شرط الإقرار، و لا ينافيه ما في هذه النصوص من اطلاع المسلم عليه إذ يمكن فرضه على وجه لا ينافي الشرط المذكور، فتوقف المحدث البحراني فيه بل قال: الأقرب عدم اشتراطه في غير محله، كما عرفته في شرائط الذمه، و إطلاق الشيخ حل تناول ثمن الخمر مثلا من الذمي محمول على ذلك، كما اعترف به في الدروس.

على أنه قد يقال: ان إطلاق الأدله أو عمومها قاض بحرمة تناول أثمان هذه المحرمات، و عدم ملكها مطلقا، فينبغي الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن، و هو الأخذ من الذمي المستتر دون المتجاهر، و منه يعلم الوجه في

عدم إلحاق الحربى به خصوصا بعد عدم عموم في النصوص السابقه يشمله، بل قد يدعى انسياق خلافه منها باعتبار عدم معهوديه بيعه في بلاد الإسلام فتأمل جيدا.

بل قد يقال انه ينبغي الاقتصار في الذمي أيضا على ما إذا باع من مثله، أما إذا باع الخمر من مسلم أو حربى فيحرم تناول الثمن منه و من هنا قيده بذلك في التذكرة و لعله مراد من أطلق كالمصنف و غيره، للأصل المتقدم، اللهم إلا أن يقال: إن إقراره على مذهبه يقتضى جواز تناوله منه أيضا بعد أن كان مذهبه الجواز، و الحرمة على المسلم و الحربى، بل الفساد بالنسبه إليهما لا ينافى ذلك، إذ هو حكم آخر ضروره تحقق الفساد واقعا، حتى في بيعه من مثله، لإطلاق

ما دل على «أن ثمن الخمر سحت»

الشامل للجميع.

و جواز التناول منه لا ينافى كونه كذلك بالنسبه إليه، كما أوماً إليه الخبر السابق ب

قوله عليه السلام (١) «انه للمقتضى حلال و عليه حرام»

و هو جيد جدا، بل له مؤيدات كثيره تظهر بأدنى تأمل، و ان كان انطباق كلمات الأصحاب عليه لا يخلو من اشكال فتأمل جيدا فإن من ذلك يعلم الحكم في الجملة فيما لو اقترض ذمي من ذمي خمرا و أسلم أحدهما، فإن الظاهر سقوط القرض كما جزم به الفاضل و المحقق

الثانى، لكن في الدروس الأقرب لزوم القيمه بإسلام الغريم.

و فيه أنه مناف للأصل وغيره مما عرفت، و ان كان قد يشهد له ما احتملوه فيما لو أسلم ذمى إلى ذمى فى خمر فأسلم أحدهما قبل القبض من لزوم القيمة عند مستحليه، إلا- أنه غير مختص بإسلام الغريم، مع أن الذى اختاره الفاضل و المحقق الثانى هو بطلان السلم، و أن للمشتري أخذ دراهمه، و احتملا أيضا السقوط لا الى بدل و لا ريب فى أن الأقوى البطلان، و ان للمشتري أخذ دراهمه أما الأول فلعدم ملك المسلم الخمر و عدم مملوكيته عليه، و أما الثانى فواضح.

و فى القواعد فى باب الكفاله «إذا كان لذمى خمر على ذمى، و كفله آخر مثله، و أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل و المكفول له على إشكال فيهما لكن فى جامع المقاصد «إن أسلم صاحب الحق بطلت الكفاله و حصلت البراءة، و إن أسلم من عليه الحق بقيت الكفاله، و لعله يخالف ما سمعته منه سابقا، و الأقوى البراءة لما عرفت، هذا كله إذا اقترض خمرًا، أما إذا اقترض خنزيرا فالقيمة لازمه مطلقا، إلا إذا قلنا بأنه يضمن بمثله، فيأتى فيه حينئذ ما تقدم فى الخمر و الله أعلم.

[المسئله السادسة إذا كان لاثنين مال فى ذمم ثم تقاسما بما فى الذمم فكل ما يحصل لهما معا]

المسئله السادسة: إذا كان لاثنين فصاعدا مال فى ذمه أو ذمم ثم تقاسما بما فى الذمه أو الذمم بأن تراضيا على أن ما فى ذمه زيد لأحدهما، و ما فى ذمه عمرو لآخر لم يصح عند المشهور نقلا و تحصيلا، بل عن الشيخ و ابن حمزه الإجماع عليه، و حينئذ فكل ما يحصل من أحدهما لهما معا و ما يتوى بالتاء المثناه من فوق منهما للأصل السالم عن معارضه إطلاق القسمه بعد انصرافه إلى غيره، و لو للشهره و الإجماع السابق، مضافا إلى

صحيح سليمان بن خالد(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، و منه متفرق عنهما، فاقتهما بالسويه ما كان بأيديهما و ما كان غائبا عنهما، فهل لك نصيب أحدهما مما كان غائبا، و استوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

و

موثق ابن سنان (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام أيضا عن رجلين بينهما مال

١- ١ الوسائل الباب ٢٩- من أبواب الدين الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام الشركه الحديث ٢.

منه دين، و منه عين، فاققسما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر، يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله»

و

مرسل أبى حمزه (١) قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما و منه غائب، فاققسما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما، و لم يقتض الآخر، قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله»

و مثله الموثق عن محمد بن مسلم (٢) بل و

خبر غياث (٣) عن جعفر عن أبيه عن على عليهما السلام مع زياده و «ما يذهب بينهما»

فى الأخير.

فمن الغريب ما عن الأردبيلي من اقتصاره على خبر غياث دليلا للمشهور، ثم قال: و الشهره ليست بحجه، و ابن إدريس مخالف، و نقل عنه أن لكل واحد ما اقتضى كما هو مقتضى القسمة، و المستند غير معتبر لوجود غياث، كأنه ابن إبراهيم العنبري، و أدله لزوم الشرط تقتضيه، و كذا التسلط على مال نفسه، و جواز الأكل مع التراضى و التعيين التام ليس بمعتبر فى القسمة، بل يكفى فى الجملة كما فى المعاوضات، فإنه يجوز البيع و نحوه، و لأن الدين المشترك بمنزله دينين لشخصين و للمالك أن يخص أحدهما دون الآخر، فلو كان بتخصيص كل واحد قبل القسمة لأمكن ذلك أيضا فإن الثابت فى الذمه أمر كلى قابل للقسمة، و إنما يتعين بتعيين المالك، فله أن يعين، و لكن الظاهر أنه لا قائل به قبل القسمة».

قلت: قد يظهر من ابن إدريس ذلك، فإنه بعد أن حكى عن خلاف الشيخ و نهايته أنه إذا كان بين اثنين شىء فباعاه بثمان معلوم كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه فإذا سلمه حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه، لأن المال الذى فى ذمه المشتري غير مميز، فكل ما يحصل من جهته فهو شركه بينهما.

قال: «الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن لكل واحد من الشريكين على المديون قدرا مخصوصا، و حقا غير حق شريكه، و له هبه الغريم و إبرأؤه منه فمتى أبرأه أحدهما

١-١ الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام الشركه.

٢-٢ الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام الشركه.

٣-٣ الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام الشركه.

من حقه براء منه فقط، وبقى حق الآخر لم يبرء منه بلا خلاف، و إذا استوفاه و تقاضاه منه لم يشارك شريكه الذى وهب أو أبرأ أو صالح منه على شىء بلا خلاف، فلو كان شريكه بعد فى المال الذى فى ذمه الغريم، لكان فى هذه الصور كلها يشارك من لم يهب و لم يبرأ فيما يستوفيه منه و يقبضه، ثم عين المال الذى كان شركه بينهما ذهبت و لم يستحقا فى ذمه الغريم الذى هو المدين عينا لهما معينه، بل دينا فى ذمته، لكل واحد منهما مطالبته بنصيبه، و إبرأؤه منه و هبته، و إذا أخذه منه و تقاضاه، فما أخذ عينا من أعيان الشركه حتى يقاسمه شريكه فيهما.

و لم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبى جعفر الطوسى فى نهايته، و و من قلده و تابعه بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك فى كتاب له، و لا تصنيف، و كذلك السيد المرتضى و لا تعرضا للمسألة، و لا وضعها أحد من القميين، و انما ذكر ذلك شيخنا فى نهايته من طريق أخبار الآحاد، ورد بذلك ثلاثه أخبار أحدها مرسل، و عند من يعمل بأخبار الآحاد لا يعمل عليه.

و لو سلم الخبران تسليم جدل لكان لهما وجه صحيح مستمر على أصول المذهب و الاعتبار، و هو أن المال الذى هو الدين كان على رجلين، فأخذ أحد الشريكين و تقاضى جميع ما على أحد الغريمين، فالواجب عليه هيهنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه، لأنه أخذ ما يستحقه عليه و ما يستحقه شريكه أيضا عليه، لأن جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بانفراده دون شريكه الآخر، فهذا وجه صحيح، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسنا الظن براويهما. فليتأمل ذلك و ينظر بعين الفكر الصافى ففيه غموض».

و هو كما ترى صريح فى استقلال الشريك بأخذ حقه من غير حاجه إلى إذن الشريك الآخر، و أنه لا يشاركه فيما أخذه، لأن كلا منهما ديان مستقل، كما إذا باعا صفتين، بل قد يقال: لا دلالة فى كلامه على صحه قسمه الدين و لزومها، بحيث لو قبض أحد الشريكين جميع ما على المديون اختص به للقسمه، بل لعل كلامه الأخير الذى حمل عليه الخبرين صريح فى خلافه، و من هنا لم يشر المصنف و غيره إلى خلافه

فى المقام، و إنما ذكروا كلامه فى باب الشركة.

نعم قد وقع ذلك من بعض متأخرى المتأخرين كالأردبىلى و المحدث البحرانى و فاضل الرياض، و إن كان التحقىق خلافه أىضا فى ذلك المقام، لما سمعته من النصوص التى لم تفرق فى اشتراك الغریمین بما قبضه أحدهما بین كونه زائدا على حقه، و مساويا بترك الاستفصال فیها، و لفظ ما الواقع فى جوابها.

بل فى المختلف «أن الاعتبار يقضى بذلك، لأنه بعد أن حكى القولین قال:

و قول الشیخ لیس بعیدا من الصواب، و قیاس ابن إدیس القبض على الهبه و الإبراء غلط، لأن ذلك إسقاط للحق بالکلیه، فینتفى حق الشریک ضروره، أما فى صوره القبض فلیس كذلك، إذ المال مشترك، فإذا دفع إلى أحدهما فإنما دفع عما فى ذمته، و المدفع إنما هو للمال المشترك، فلا- یختص به القابض، قلت: بل قد یقال إن المتجه بعد أن وقع البیع صفقه، اشتراك الثمن المعین بینهما على حسب اشتراك العین الخارجیه و کلیته لا- ینافى ذلك، فکل منهما له نصف منه، لا- یمکن إفرازه بالقسمه و هو فى الذمه، بل لا یتعین الثمن ملکا لهما إلا بقبضهما معا، فهما معا حیثئذ بمنزله الدیان الواحد، فقبض کل منهما نصف قبض، لا أنه قبض للنصف، لعدم إمكان تعیین النصف من الدافع و المدفوع إلیه إذا كان أحدهما.

فالأصل حیثئذ یقتضى بقاء المدفوع على ملک الدافع حتى یقبضه الآخر، أو یجیز قبض الأول فىكون حیثئذ مشترکا بینهما لا أنه قبض أحدهما یملك نصفه، و یرقى النصف الآخر موقوفا على إجازة الشریک، فله اختیاره فىكون شریکا مع شریکه، و له مطالبه المدیون بنصفه، ضروره كون ذلك مناف لكون الثمن مشترکا، و کیف یتعین للقابض نصف مع عدم تعیین كون المدفوع ثمنا لعدم القبض منهما، إلا- أن النصوص السابقه صریحه أو كالصریحه فى ملک القابض نصفه، و أنه یشارکه الآخر، و لعل حکم المشهور بذلك من جهتها، لا للقاعده، و هى و إن كان موردها القسمه و کلام الأصحاب أعم، لكن لما كانت القسمه باطله فهى کعدمها، فیرقى حیثئذ قبض أحد الشریکین من غیر إذن صاحبه، و قد حکم فیها بالشركه فیما اقتضاه أحدهما.

نعم قد يشكل ذلك بأن الموجود فيها الحكم بالاشتراك، لا- أنه موقوف، و ليس حينئذ إلا للإذن الحاصل من القسمة التي بطلانها لا ينافى وجود الإذن بالقبض، فيكون الحكم بكونه ملكا بينهما متجها، بل قد يقال: إن هذه القسمة غير باطلة، و إنما هي غير لازمة فالإذن الحاصل منها غير باطل.

و من هنا حملوا

خبر على بن جعفر عليه السلام (١) عن أخيه عليه السلام المروى عن قرب الإسناد «سألته عن رجلين اشتركا في سلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟

قال: لا بأس»

على إرادته بيان الجواز، بل قد يقال: إن الإذن بالقبض الحاصل من القسمة ليس من

لوازمها و توابعها حتى يبطل بطلانها، بل هو كالإذن الحاصل بالمضاربه بالدين كما عرفته سابقا أو يقال: إن ما فى النصوص مبنى على الغالب من حصول رضا الشريك بقبض شريكه، بعد فرض هلاك الباقي و عدم إمكان تحصيله من المديون أو يقال غير ذلك.

لكن على بعض هذه الوجوه فى النصوص، يشكل حينئذ الدليل على ما عند الأصحاب من أن أحد الشريكين إذا قبض مقدار حقه مضى فى النصف مثلا و يبقى الباقي موقوفا على رضى الشريك، فإن أجازته كان له، و إلا كان الجميع من حق القابض، إذ المتجه بعد فرض عدم النصوص ما عرفت من توقف دخوله فى ملكهما على رضاهما معا، و إلا بقى على ملك الدافع، و ان كان هو مضمونا على القابض مع فرض جهل الدافع، باعتبار كون يده يد ضمان، و لا ينافى إجازة الشريك نيه الدافع و القابض أنه لخصوص المدفوع إليه بعد أن كانت لغوا، فيكفى حينئذ فى صحه الإجازة نيه الدفع عن الدين و القبض كذلك.

و بالجمله افراز حصه الشريك من العين المشتركة بالقبض لا يكون إلا بالقسمة من الشريكين و الرضا منهما، و من هنا ينقذ الإشكال فى صحه ضمان حصه أحدهما دون الآخر ضروره اقتضائه افرازها عن حصه الآخر، و لذا قال فى جامع المقاصد مؤيدا لكلام ابن إدريس: «إن صحه الضمان من الدلائل على التمكن من أخذ الحصه

منفرده عن الأخرى، و كذا جواز تأجيل أحدهما حصته بعقد لازم، بل أطال رحمه الله في تأييده حتى مال إليه، كما أن الفاضل في المختلف في آخر كلامه قد اعترف بقوته عكس ثانی الشهيدين في المسالك، فإنه لم يأل جهدا في تصحيح كلام المشهور و تقريبه للضوابط، إلا أنه لم يأت بشيء بعد التأمل.

فالتحقيق مع قطع النظر عن النصوص عدم تعيين ما قبضه أحدهما لأحدهما بل هو على ملك الدافع لأن المشترك بينهما كلي لا يتعين إلا بقبضهما معا ضروره تلازم ملك كل منهما بالقبض على ملك الأخر، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الأخر و إلا لاتجه كلام ابن إدريس.

نعم لو تشاحا في توكيل أحدهما عن الأخر في القبض، و لا أمكن قبضهما معا أقام الحاكم مقامهما شخصا آخر، أو كفى التخليه لهما أو غير ذلك، و لتحقيق المسئله مقام آخر، و إنما هذا كلام جاء في البين منشؤه نسبه جواز قسمه الدين إلى ابن إدريس و قد عرفت فساده، و أن بحثه في مقام آخر مذكور في باب الشركه، بل المشهور الذين ذهبوا إلى تعيين حصه القابض بما قبضه إن لم يشاركه الأخر، و إلا فنسبه شركته أقرب منه إلى القول بقسمه الدين فتأمل جيدا.

و كيف كان فقد ذكر غير واحد للاحتيال في قسمه الدين الحواله، و ذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه الذي في ذمه أحد المديونين و فيه أن ذلك و كاله لا حواله لأنها من البرى، بل لم أجد فيها خلافا سوى ما حكاه الشهيد في الحواشى المنسوبه إليه من توقف الفاضل في التذكرة في ذلك، و لا ريب في ضعفه.

نعم لو أحال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صح، كما أنه يصح الصلح منهما بجعل أحدهما نصيبه في ذمه أحد المديونين في مقابله نصيب شريكه في ذمه الآخر.

و في الدروس الأقرب الصحه و في جامع المقاصد أنه محتمل قلت: لم أجد وجها للعدم سوى دعوى شمول نصوص عدم قسمه الدين لذلك، إذ لو صح الصلح لكان المتجه حمل ما يقع منهما من دون عقده على معاطاته، مع أن النصوص قد أطلقت عدم تأثيرها مع أن في أسأله بعضها ما يقضى بحمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، على أن القسمه من أصلها

هى قريبه من الصلح إن لم تكن نوعا منه، فمع ظهور النصوص فى عدم قسمه الدين قد يستفاد منه عدمها أيضا و لو بالصلح، إلا أن ذلك كله كما ترى.

و لو قلنا بصحة ضمان حصه كل منهما أمكن القسمة أيضا بأن يضمن كل منهما حصه صاحبه التى فى ذمه أحد المديونين بإذنه، فيتهاترا، و يبقى كل من الدينين لكل منهما بلا- شركة، و لو كان الدين المشترك فى ذمه واحده و أراد أحدهما الاختصاص بحصته من غير إشكال صالح المديون عنها، بما يدفعه إليه من مقدارها، أو وهبها له بعوضها، أو أحال بها لدين عليه أو نحو ذلك و الله أعلم

[المسئله السابعه إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله]

المسئله السابعه قال الشيخ و من تبعه إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله اعتمادا على روايه

محمد بن الفضيل (١) «قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى دينا على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إلى ما لفلان عليك، فقد اشتريته منه، فقال: يدفع إليه قيمه ما دفع إلى صاحب الدين، و برء الذى عليه المال من جميع ما بقى عليه»

و

روايه أبى حمزه (٢) عن الباقر عليه السلام «سئل عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشترى منه بعرض ثم انطلق إلى الذى عليه الدين، فقال: أعطني ما لفلان عليك، فاني قد اشتريته فكيف يكون القضاء فى ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يرد الرجل الذى عليه الدين ماله الذى اشترى به من الرجل الذى له الدين».

و ظاهر الدروس العمل بهما، إلا أنهما كما ترى ضعيفتان و لا جابر لهما، بل شهره الأصحاب بقسميها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب و قواعده، و ليس فى ثانيهما أن الثمن أقل، فيمكن حمله على المساوى، و إلا- فإطلاقه مما لا يقول به أحد كإطلاق سؤال الأول، فالواجب حينئذ طرحهما أو حملهما، و كلام الشيخ كما

قيل على الضمان و إن كان فيه عدم معهوديه استعمال لفظ الشراء فيه و لو مجازا و أنهما ظاهران فى عدم علم المديون بذلك فلا رجوع عليه، و ليس فى الثانى تصريح بأنه أدى إلى صاحب

١- ١ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث- ٢.

الدين كى يستحق الرجوع على المديون، بل فيه أنه اشترى بعرض، فكيف يجامع الضمان، بل دفع قيمه فى الأول ظاهر فى العرض اللهم إلا أن يراد منها المقدار.

أو يقال بكون المراد على هذا التقدير تأديه الضمان عروضاً ضمنه، فكان له المطابقه بالقبضه، لكن على كل حال لا ريب بعد الحمل المزبور، و أبعد منه حملهما على الشراء الفاسد، و أن صاحب الدين قد أذن للمشتري أن يقبض من المديون مقدار ما أدى، و يبقى الباقي لصاحب الدين، فيكون المراد من البراءه فى الأول بالنسبه إلى المشتري، إذ هو كما ترى.

و لعل الأقرب منهما حملهما على الشراء للمديون نفسه، و لو بصيغه الصلح باذن من المديون أو بإجازة لاحقه، فيكون من صلح الحطيظه إذا فرض كون العوض من الجنس.

هذا و قد أساء الأدب فى السرائر فى المقام مع الشيخ حتى قال: إن كلامه تضحك منه الثكلى، حيث أنه فهم من إطلاق كلامه جواز البيع بالأقل و إن كان ربويًا و عدم التقابض فى المجلس و إن كان الثمن و المثل من النقدين.

و فيه أن إطلاق الشيخ منزل على إحراز شرائط البيع، و ليس فى قوله أقل شهاده على ذلك، إذ يمكن فرضه فى المتجانسين فى غير الربويين، بعد تسليم عدم صدق الأقل بالنسبه إلى قيمه المدفوع، على أنك قد سمعت أن مستنده الخبر ان الظاهر أولهما و الصريح ثانيهما فى كون الثمن من العروض، و من هنا قد انتصر الفاضل فى المختلف للشيخ حتى استوفى له حقه، و لا بأس فإن المؤمن له ناصر و الله بعد ذلك هو الغافر، خصوصاً بعد أن كان هذا كله لإظهار الحق و تدمير الباطل، بزعم القائل. و الله أعلم.

[المسأله الثامنه الأقوى حرمه القرض بشرط البيع محاباه أو الإجاره أو غيرها من العقود]

المسأله الثامنه الأقوى حرمه القرض بشرط البيع محاباه أو الإجاره أو غيرها من العقود، فضلاً عن الهبه و نحوها، وفاقاً للأستاذ الأكبر الشيخ جعفر، و شيخه الفاضل المتبحر الآقا محمد باقر على ما حكاه عنهما شيخنا فى مفتاح الكرامه، قال: و خالفهما فى ذلك أستاذنا الإمام العلامة أستاذ الكل فى عصره السيد محمد مهدى، بل

حكى فيه أيضا أن الأستاذ الآقا المزبور قد صنف رساله فى تحريم ذلك، مدعيا اتفاق الأصحاب و تظافر الروايات، و هو و إن كان قد يظهر من المختلف ذلك أيضا، حيث قال فى مسأله البيع بشرط القرض المتنازع فيه: إباحه البيع بالمحابه مع اشتراط القرض، لا العكس، بل عن الصيمرى حكايه ذلك عنه ساكتا.

لكن الإنصاف عدم كون المسأله من الإجماعيات، إذ فى القواعد «يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه، و نحوه فى التذكرة، اللهم إلا أن يريد بيع المقرض لا المقترض، فيكون خارجا عما نحن فيه، إذ هو بدون ثمن المثل نفع للمقترض لا المقرض، كما أن قوله فى التذكرة يجوز أن يقترض الزائد ثم يستقرض الأخر منه الناقص، ثم يتباريان، سواء شرط فى إقرضه ما يفعله الأخر أو لا، خلافا للشافعى» يمكن أن يكون المراد منه اشتراط نفس القرض، لا الإبراء، مع أنه غير ما نحن فيه، بل ما فى الغنيه من جواز أن يقرض غيره ما لا على أن يعامله فى بيع أو إجاره أو غيرهما، بدليل إجماع الطائفة، يحتمل كون المراد غير ما نحن فيه من المحابه، كالتهايه و السرائر و جامع الشرائع التى عبر فيها بمثل عباره المزبوره، من دون دعوى الإجماع كما قيل.

بل لعل ما حكاه فى كشف الرموز كما قيل عن الشيخ من الإجماع على أنه يجوز لمن يقرض ما لا أن يبتاع منه شيئا بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع، بل بسبب الإقراض، و أنه لا يعرف له مخالفا كذلك أيضا، و أنه لم يأخذه شرطا فى عقد القرض و إن كان هو السبب فيه، مع أن المحكى عن خلافه أنه قال: إذا باع دارا على أن يقرض المشتري ألف درهم، أو يقرضه البائع ألف درهم فإنه سائغ، و ليس بمحذور دليلنا إجماع الفرقه، إلا أنه و مع ذلك كله فلا يقطع بحصول الإجماع على الحرمة.

نعم نص عليها الفاضل فى التحرير فقال: «لو شرط فى القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئا أو يقرضه مره أخرى جاز، أما لو شرط أن يؤجره داره بأقل أو يستأجر منه بأكثر، فالوجه التحريم، و عن كشف الرموز أنه حكاه عن بعض الأصحاب و تردد هو فيه، و قيل انه يلوح من صاحب التنقيح و عن الأستاذ أنه حكاه عن المصنف و عن

أبي طالب الحسيني في رسالته الفارسيه.

و كيف كان فلا ريب في أنه الأقوى لصدق جر النفع به، المحرم فتوى و سنه، و لا يعارضه

ما دل على «أن خير القرض ما جر نفعاً»

، المحمول كما عرفت على عدم الشرط، و نحو ذلك مما تقدم، كما أنك قد عرفت الكلام في اشتراط الرهن و الكفيل على هذا الدين أو دين آخر، و في اشتراط الصحيح بدل الغله، و في اشتراط الإعطاء في بلد آخر أو غير ذلك، مما هو غير مناف لذلك، أو أنه دل عليه الدليل، أو أنه لا نقول به، فلاحظ و تأمل.

بل قد عرفت ما في دعوى المحقق الثاني من أن الممنوع اشتراط الزيادة في نفس مال القرض، أو صفته، و ما في تأمل الأردبيلي في حرمه اشتراط زيادة الصفه، و العبارات السابقه التي بعضها معقد صريح الإجماع أو ظاهره قد عرفت الحال فيها، و على تقدير إطلاقها فالتعارض بينها و بين ذلك من وجه، و لعل الترجيح للمقام، فلا وجه لدعوى تقييد هذا الإطلاق بها، كما أنه لا وجه لمعارضته بالإجماعات المحكيه على جواز البيع بشرط القرض، و بغيرها من الأدله المذكوره لذلك، فإنه قد أنهاها في المختلف إلى خمسة و عشرين، و إن كان في بعضها ما فيه، بعد وضوح الفرق بين المسألتين و أنهما ليسا من سنخ و أحد، ضروره عدم الاشتراط في عقد القرض، و إنما هو شرط في عقد البيع فلا بأس به، و إن كان محاباه، و كون ذلك هو السبب في فعل القرض، و إلا لم يقع من المقترض، لا يدرجه تحت أدله المنع كما هو واضح، و دعوى أن ما دل على حرمه جر النفع من الأخبار المرسله بل قيل العاميه في غايه الفساد، بعد ما عرفت من اتفاق الفتاوى على مضمونه، و أن في نصوصنا المعتمره ما هو مثله في الدلاله ك صحيح محمد بن قيس (١) و غيره المتقدمه سابقا التي هي دليل آخر للمطلوب، خصوصا صحيح محمد بن قيس منها ضروره أنه مع اشتراط محاباه في قرض الورق مثلا قد اشترط زائدا على رد مثلها، و قد نهى عنه، و لا ينافيه خروج اشتراط ما لا نفع فيه عنه، بعد معلوميه

كون المراد منه عدم اشتراط الزائد على ذلك مما يكون نفعاً للمقرض لا مطلقاً، و لو بقريته ذيله، و الورق فيه لا ريب في إرادته المثال منه لكل قرض، و بالجمله لا- ينبغي التأمل في دلاله جميع النصوص السابقه أو أكثرها على حرمة القرض، و لو أن كون الشرط للنفع في عقد آخر مسوغاً لذلك، لجاز اشتراط الهبه و

العاريه و نحوهما مما هو معلوم العدم نصاً و فتوى، و لعل المسأله من الوضوح لا تحتاج إلى إطناب، بل الداعى إلى هذا القدر من الكلام هو أنى قد عثرت على تحرير لبعض مشايخنا في هذه المسأله قد ذكر فيه أن هذه المسأله من أمهات المسائل بل مهماتها، و أنه قد كتب هو و غيره فيها رساله، و قد أطنب في المقال مختاراً للحل فيها، بل شدد النكير على القول بالحرمة، مستنداً إلى نصوص:

خير القرض ما جر نفعاً،(١)

و نصوص سلسيل (٢) التي قدمنا شطراً صالحاً منها في تأجيل المعجل، و إلى إطلاق العبارات السابقه التي بعضها معاقد الإجماع، مضافاً إلى العمومات، و إلى ما أورده على ما يقتضى المنع، مما يعرف جوابه بأدنى تأمل فيما ذكرنا.

كما أنه يعرف عدم الدلاله في شىء مما ذكره من النصوص المزبوره و إن أكثر منها، ضروره خلوها عن الاشتراط في عقد القرض، و لا- ريب في أنه لا- بأس به مع عدمه، و الإجماعات السابقه قد عرفت حالها، و العمومات يجب الخروج عنها، فليس للجواز حينئذ شىء يعتد به.

كما أنه ليس للمنع في شرط القرض بعقد البيع محاباه شىء يعتد به، و إن حكى في المختلف عن بعض من عاصره التوقف فيه، بعد أن قال: المشهور بين علمائنا الماضين و من عاصرناه إلا من شذ أنه يجوز بيع الشىء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً، و

لعله أراد بمن عاصره المصنف، فإن المحكى عنه التردد في ذلك و أن له كلاماً و احتجاجاً.

و كان ذلك هو الذى دعى الفاضل في المختلف إلى الإطناب في المسأله حتى ذكر

١- ١ الوسائل الباب ١٩- من أبواب الدين.

٢- ٢ الوسائل الباب ٩- من أبواب أحكام العقود.

للجواز خمسه و عشرين دليلا، و إن كان جملة منها تكريرا للدليل، أو لا يرجع إلى حاصل، و قد اعترف هو بأن بعضها ذكرناه للإلزام، لا- للاحتجاج، و العمده العمومات فى الشرط و البيع، و إطلاق نصوص الحيله الواردة فى حكاية سلسيل و غيرها، و اتفاق الأصحاب ظاهرا على الجواز، فإن المفيد و المرتضى و الشيخ و غيرهم قد نصوا على ذلك، و جعلوا الخلاف فيه للعامه، و أنه ليس لهم دليلا- على ذلك، بل نص المرتضى و الشيخ على الإجماع عليه، بل فى المختلف «اتفاق علماء الإماميه السابقون على الجواز، فإنهم قالوا: لا بأس ان يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك، بالنقد و النسيئه، و يشترط أن يسلفه البائع شيئا فى مبيع، أو يقرضه شيئا معلوما إلى أجل أو يستقرض منه» فيكون حجه، لما ثبت من أن إجماع الإماميه حجه، و بالجملة كان الإطناب فى ذكر كلمات الأصحاب و معاهد إجماعاتهم و ذكر ما يقتضى الجواز من ذلك و غيره خال عن الفائدة، لمعلوماته بأدنى ملاحظه، خصوصا مع عدم ما يقتضى المنع سوى ما ذكره الفاضل فى المختلف من صحيح يعقوب بن شعيب (١) المتقدم سابقا فى مسأله اشتراط النفع فى القرض، الذى هو مع خلوه عن النص على المحاباه و عن اشتراط ذلك فى العقد بلفظ «لا يصح» المشعر بالكراهه و صحيح محمد بن قيس (٢) المتقدم أيضا الذى هو مع التأمل دال على المطلوب لا عكسه، فلا أقل من أن يكون خارجا عنهما، و

خير خالد بن حجاج (٣) «جاء الربا من قبل الشروط»

و إنما يفسده الشروط الذى هو من القضايا المجمله المفسره بغيره من النصوص التى ذكرت فى الربا فى اشتراط النفع فى القرض و اشتراط الزيادة فى بيع المتساويين و نحو ذلك، و كون البيع محاباه نفعا و هو مشترط فى القرض، فيجب أن يكون حراما، الواضح فساده بأنه غير محل النزاع، إذ الكلام فى اشتراط القرض فيه، لا العكس، و دعوى التلازم بينهما ممنوعه كوضوح فساد الاستدلال أيضا بأنه لو جاز اشتراط المحاباه فى القرض لجاز اشتراط الهبه و العاريه، لأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لأفاد الحل، و مع اشتراطه فى القرض يحرم، إذ هو أيضا خارج عن

١- ١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين الحديث- ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين الحديث- ١١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف الحديث- ١.

محل البحث و غير ذلك مما لا ينبغي صدوره ممن له أدنى نصيب فى العلم.

فمن الغريب سطر(١)الفاضل لها فى المختلف، و أغرب منها جوابه عن الأخير منها بمنع الملازمه أولاً، و بعدم استحاله الثانى ثانياً، و خبر محمد بن قيس بعد اشتراك راويه بين الثقه و غيره لا يعول عليه، ضروره و ضوح فساده إن كان المراد التزام جواز ذلك فى عقد القرض، و إلا كان خارجاً عما نحن فيه، فالتحقيق فى الجواب ما عرفت و الله أعلم.

[المسأله التاسعه لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى]

المسأله التاسعه: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى، وفاقاً لصريح جماعه و ظاهر آخرين، لإطلاق الأدله، و خصوص الصحيحين (٢)، و خلافاً للصدوق فى المقنع، فأوجب التى تجوز بين الناس، للصحيح (٣) أيضاً «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس، كما أعطيته ما ينفق بين الناس»

القاصر عن مقاومه السابقين من وجوه، فيحمل على أخذ ذلك بالتراضى بينهما، و لم يكن فيه ربا. بل قد يرجح للمستقرض الدفع للإحسان، أو على إرادته قيمه الأولى إذا فرض تعذرهما، و ربما حمل على مهر الزوجه أو ثمن المبيع، و فيه مع خروجه عن الظاهر أن حكمهما حكم القرض.

نعم يمكن ثبوت الخيار فى المعامله بها مع عدم العلم، لأنه كالعيب بالنسبه إلى ذلك، و

الـالا-فلا- فرق بينهما و بينه، بل و بين المضاربه على الأقوى، فرأس المال الدراهم الساقطه دون الثانیه. و قد يحتمل جبر النقص بالربح، إلا- أنه ضعيف، لعدم كونه نقصاً فى رأس المال، و إنما هو نقص فى قيمته بسبب من غير التجاره. و كيف كان فلو تعذرت فالقيمه وقت التعذر، أو القرض أو المطالبه أو الأداء أو الأعلى، بوجوهه على حسب ما تقدم سابقاً فى تعذر المثلى، لكن ينبغي إعطاء القيمه من غير الجنس حذراً من الربا بناء على عموم جريانه لمثله، كما هو واضح. و الله أعلم.

[المسأله العاشره قال الفاضل و غيره لو قال المقرض للمقترض مثلاً إذا مت فأنت فى حل كان وصيه]

المسأله العاشره: قال الفاضل و غيره: لو قال المقرض للمقترض مثلاً إذا مت فأنت فى حل، كان وصيه و لو قال: إن مت، كان إبراء باطلاً، لتعلقه على الشرط،

١-١ ١ تنظرظ.

٢-٢ ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب الصرف الحديث- ٢-٤.

٣-٣ ٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب الصرف الحديث- ١.

و وافقه على الأولى فى الدروس، و نسب الثانى إلى القيل؛ و قال: الأقرب العمل بقصده و لعل وجه الفرق بين إن و إذا، أن إذا ظرف فى الأصل، و إن عرض لها معنى الشرط فكأنه قال: وقت موتى أنت فى حل، و ذلك مجزوم به غير مشكوك فيه، فلا تعليق فيصح، و ان حرف شرط مقتضى للشك فى كونه إبراء، و متى كان المعلق عليه مشكوكا فالمعلق أولى، و لا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا، لأن الاعتبار فى عدمه بالصيغه الواقعه إبراء، فمتى لم تكن واقعه على وجه الجزم، لم تكن صحيحه.

لكن قد يناقش أولا: بأن الوصيه قد تقع بلفظ إن، كما صرح به الفاضل فى وصايا الكتاب، فمع قصد الوصيه من الفرض لم يكن به بأس، و دعوى أن الشارع وضع إذا فى إنشاء الوصايا، دون إن كما عن حواشى الشهيد غير ثابتة، و ثانيا: ان المتجه البطلان مع قصد الإبراء دون الوصيه و لو بلفظ إذا، للتعليق الممنوع و دعوى - أنه مع الجهل بالقصد يحمل الأول على الوصيه، و الثانى على الإبراء المعلق أما لو علم إرادته الوصيه منهما صح فيهما، كما أنه لو علم إرادته الإبراء المعلق فسد فيها - يمكن منع شهادته العرف بذلك، و أنه لا فرق بينهما كما لا يخفى فتأمل و الله أعلم.

[المسئله الحاديه عشر الظاهر جواز الاقتراض و إن لم يكن له مقابل]

المسئله الحاديه عشر: الظاهر من النصوص و الفتاوى جواز الاقتراض و إن لم يكن له مقابل و قدره على القضاء لو طولب، خلافا للمحكى عن أبى الصلاح فحرمه و لعله ل

موثق سماعه (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشىء يتبلغ به، و عليه دين أ يطعم عياله حتى يأتى الله عز و جل بميسره فيقضى دينه أو يستقرض على ظهره فى خبث الزمان و شدة المكاسب، أو يقبل الصدقه؟ قال: يقضى بما عنده دينه، و لا يأكل من أموال الناس إلا و عنده ما يؤدى إليهم حقوقهم، إن الله عز و جل يقول «لا تأكلوا

أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و لا - يستقرض على ظهره إلا و عنده وفاء، و لو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمه و

١- ١ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب ٤ من أبواب الدين الحديث ٣ و ذيله فى الباب ٢ الحديث ٥.

اللقتين و التمره و التمرتين، إلا- أن يكون له ولي يقضى دينه من بعده، ليس منا من ميت يموت إلا- جعل الله له وليا يقوم في عدته، فيقضى عدته و دينه»

و لكنه مع شهاده ذيله بخلاف قوله في الجملة غير مقاوم للإطلاقات المعترضه بإطلاق الفتاوى.

مضافا إلى

خبر موسى بن بكر(١)قال: قال لى أبو الحسن عليه السلام: من طلب هذا الرزق من حله ليعود به على نفسه و عياله، كان كالمجاهد فى سبيل الله عز و جل، و إن غلب عليه فليستدن على الله عز و جل و على رسوله ما يقوت به عياله، فإن مات و لم يقضه كان على الإمام قضاؤه فان لم يقضه كان عليه وزره، إن الله عز و جل يقول: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ - إلى قوله- وَ الْعَارِمِينَ» و هو فقير مسكين مغرم»،

و نحوه غيره، بل

روى (٢) أيضا «أن من استقرض فى حق أجل سنه، فإن اتسع و إلا قضى عنه الإمام عليه السلام»

و

خبر أيوب بن عطيه(٣)الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله يقول: «كان رسول الله يقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، و إن ترك مالا فللوارث و إن ترك دينا أو ضياعا فإلى و على»

و الضياع بالفتح العيال، و نحوه غيره.

و

خبر أبى موسى (٤)«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام جعلت فداك يستقرض الرجل و يحج؟ قال: نعم قلت: يستقرض و يتزوج؟ قال: نعم إنه ينتظر رزق الله غدوه و عشيته»

إلى غير ذلك مما هو دال بإطلاقه و غيره على الجواز. بل ينبغى القطع به مع علم المقرض بذلك، فلا بأس حينئذ بحمل الخبر المزبور على نوع من الكراهه، أو على الاقتراض مع العزم على عدم الوفاء، أو غير ذلك.

و على كل حال فهو دال على الاكتفاء بالولى، و إن لم يكن يجب عليه الوفاء كما أفتى به الشيخ فى النهايه، و من الغريب مناقشه ابن إدريس له بعدم وجوبه عليه مع عدم قوله به، اللهم إلا أن يريد عدم جواز الاقتراض اعتمادا على الولى الذى لا يجب عليه

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٠.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب ضمان الجريره الحديث ١٤.

٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب الدين الحديث- ١.

الوفاء، و حينئذ يكون اجتهادا في مقابله النص، كقوله بعدم جواز الاستدانه لغير الواجب من الحج الذي قد عرفت تصريح الخبر به، قال في السرائر: «لا يجوز للإنسان أن يستدين ما يصرفه في نفقه الحج إلا بعد أن يكون الحج قد وجب عليه لوجود شرائطه، و يكون له مال إذا رجع اليه قضى منه دينه، و ما ورد من الأخبار في جواز الاستدانه للنفقه في الحج محمول على ما ذكرناه و حررناه، لا على من لا يكون الحج قد وجب عليه و لا يكون له مال إذا رجع إليه قضى منه دينه، لأن هذا لا يجب عليه الحج و هو على هذه الصفه، و إذا كان كذلك لا يجب عليه، فلا يجوز أن يستدين ليفعل ما لا يجب عليه».

و يمكن أن يريد بعدم الجواز الكراهه، خصوصا مع ذكره قبل ذلك «أن الأولى للمختار أن لا يستدين إلا إذا كان له ما يرجع إليه فيقتضى به دينه، فإن لم يكن له ما يرجع اليه فقد روى أنه إن كان له ولي يعلم أنه إن مات قضى عنه ذلك مقام ما يملك» إلى أن قال: «فإذا خلا من الوجهين فإنه يكره له الاستدانه و ليس ذلك بمحذور إذا كان عازما على القضاء منفقا له في الطاعات و المباحات» و هو صريح فيما قلنا، فمن الواجب حمل كلامه على ما ذكرناه و الله أعلم.

[المقصد السادس في دين المملوك]

إشارة

المقصد السادس من المقاصد التي استدعاها النظر في السلف في دين المملوك لكن ينبغي أن يعلم أولا: أنه لا يجوز للمملوك فضلا عن غيره أن يتصرف في نفسه بإجاره، و لا استدانه، و لا غير ذلك من العقود، و لا بما في يده ببيع و لا هبه إلا بإذن سيده و لو حكم له بملكه لما عرفته سابقا من كونه محجورا عليه، و أنه لا يقدر على شىء. بل لا يبعد عدم جواز التصرف له في نفسه لنفسه بما يزيد على ضروريات عيشه، و ما علم من السيره و غيرها عدم تسلط المولى على منعه منها من بعض حركات بدنه و نحوها، كالعلم بعدم توقف الرخصه في بعض الأفعال له على

إذن السيد، بل الظاهر أنها رخصه شرعيه حتى ينهيه السيد عنها، فيجب امتثاله حينئذ.

لكن المراد بعدم جواز ما فى المتن إذا كان الواقع العقد خاصه عدم ترتب الأثر عليه، فهو فضولى حتى لو قلنا بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيده، باعتبار أنه تصرف فى لسانه المملوك للسيد من غير إذنه، إلا أن ذلك لا يمنع من صلاحية العقد للتأثير مع الإجازة، و منه ينقذ صحه عقد العبد للغير حتى مع نهى السيد له، فضلا عن الوقوع بغير إذن، إذ أقصاه الإثم فى التلفظ بذلك، و هو لا يقتضى الفساد بالنسبه إلى ترتب الأثر. لكن لا يخلو من تأمل.

و على تقديره لا- ثمر فى صحته الإجازة كما هو واضح، بل لا يخلو المنع فى المتن و غيره من تأمل أيضا لابتناؤه على الحجر عليه حتى فى الذمه التى يتبع بها بعد العتق و إلا لم يتجه منعه من الضمان التبرعى و نحوه الذى لم يتوقف على ملك أو تمليك غير صالح للعبد، و فى ثبوت دليل له غير الآيه (١) التى قد سمعت البحث فيها سابقا لا- يخلو من بحث، و لعله لذا كان خيره الفاضل فى التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيد لكن يقوى فى النظر المنع لظاهر الفتاوى و غيره.

نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذى يقوم مقام العاربه له، بناء على صحتها له من دون إذنه، كما هو الظاهر، بل قد يقال بجواز الإباحه المضمونه بالتلف له، للأصل السلام بلا معارض و ليس ذلك قدره للعبد، بل قدره للحر على ما له، فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و كذا لا- يجوز له التصرف إذا أذن له المالك أن يشتري لنفسه لما عرفته سابقا من استحاله ملكه شرعا، فإذا نه له فيه كعدمها، فيقع الشراء له باطلا، بل الظاهر بطلانه للسيد أيضا، لعدم إذنه بالشراء له، و دعوى- أن الشراء لنفسه قد تضمن أمرين: الاذن فى الشراء و تقييده بكونه لنفسه، فإذا بطل المقيد بقى المطلق، لأن المطلق جزء المقيد فيقع للمولى، لأنه إذن فى الابتاع فى الجملة-

واضح البطلان لأن الإذن إنما تعلق بأمر واحد، وهو المقيّد المخصوص بالعبد فحيث لم يصح كان الابتياح باطلاً، لأنه غير مأذون فلا يثمر ملكاً للمولى. لأنه يأذن فيه على هذا الوجه.

نعم قد يقال: ليس المراد من ذلك تقييد الشراء بكونه للعبد، بل هو أشبه شىء بالمقارنات الاتفاقية، وإنما المراد الشراء، فنيته حينئذ لنفسه لاغية، والفرض أن الشراء مأذون فيه، وليس غير السيد يقع له، فهو كما لو قال السيد لعبده: اشتر لي فاشترى العبد لنفسه، فإن الظاهر عدم تأثير نيته، وكقول القائل لو كيله: اشتر لي بعين هذا المال فاشترى به الوكيل ناوياً نفسه، فإن الظاهر صحة الشراء ولغو النيته.

ففيه العبد هنا لنفسه بعد أن كان غير قابل للتملك من قبيل نيه الوكيل نفسه مع كون الشراء بعين المال، بل من قبيل نيه العبد الشراء للدابة، بل ما نحن فيه أشبه شىء بما لو قال القائل: اشتر بعين مالى لزيد كذا، فإنه لا ريب في صحة الشراء لصاحب المال وإن نوى المشتري أنه لزيد، إلا أنه بعد أن كان المالك للمال المجعول ثمناً غيره كانت النيته لاغية، فكذا المقام فتأمل جيداً.

و على ذلك فالتردد حينئذ في جواز تصرف العبد ينشأ من اقتضاء الإذن في الشراء لنفسه الإذن في التصرفات وإن بطل الأول بتعذر ملكية العبد، ومن أن الإذن له في التصرف إنما كانت تبعية لشرائه لنفسه، أما إذا كان غير مالك فلا إذن، إذ يمكن أن لا يرضى المولى بالتصرف مع فرض كونه المالك، ولا ريب في أنه الأقوى، بل قد يمنع حصول الإذن في التصرف بالإذن بالشراء لنفسه، وإن قلنا بملكيتها التي لا يسوغ له التصرف معها باعتبار كونه محجوراً عليه هذا.

و لكن في المتن فيه تردد. لأنه يملك وطئ الأمة المبتاعه. مع سقوط التحليل في حقه ولا يخفى عليك أن ما ذكره وجهها لأحد شقى التردد لا ينطبق على ذلك، ولو حمل على كون ذلك من السيد ولو بقريته عدم ملكية العبد لإرادته انتفاع العبد بما يشتريه له لم يتجه التردد حينئذ، ضروره وضوح الجواز.

اللهم إلا أن يكون وجه المنع فيه ان الأذن قد وقعت سابقه على الملك فلا

تأثير لها، كما أن وجه الجواز فيه أنه يملك وطى الأمة المبتاعه بالإذن المزبوره مع سقوط التحليل فى حقه، بناء على اقتضائه التمليك الممتنع بالنسبه إليه، مع أنه لا- معنى لتحليله أمه الغير، إذ الفرض عدم وقوع غير الإذن السابقه، فلم يبق مستندا لجواز الوطاء إلا الإذن السابقه، فإذا أثرت فيه ففى غيره بالأولى.

لكن هذا مبنى على كون جواز الوطاء أوضح من غيره، حتى يصح جعله دليلا بالأولويه، و على كل حال فالعباره كما ترى. لكن ما فى التذكرة قد يرمى إلى ما ذكرنا فى الجمله، قال: «لو أذن المولى لعبده فى الشراء للعبد صح، و الأقرب أنه لا يملكه العبد، فحينئذ يملكه المولى لاستحاله ملك لا مالك له، و لكن للعبد استباحه التصرف و الوطاء لو كان أمه، لا من حيث الملك بل لاستلزامه الأذن» هذا و فى المسالك جعل منشأ التردد، كون العبد يملك وطى الأمة المبتاعه، يحتمل أمرين، معترفا بوضوح فسادهما معا، و فى شرح الترددات لأحد تلامذه المصنف على الظاهر «إذا أذن المولى لمملوكه فى الشراء لنفسه، هل يملك بذلك؟ تردد فيه المصنف و منشأ النظر إلى عموم قوله تعالى (١) «صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ» و قد عرفت فيما مضى أن النكره فى سياق النفى تعم. و فى الاستدلال بهذه الآيه تعسف إلى أن قال: و إلى الالتفات إلى أنه يستتبع وطى الأمة المأذون له فى ابتياعها لنفسه، و لا- شىء من الأسباب المبيحه للوطاء موجوده هنا إلا التملك، فيلزم القول به، اما الأولى فلاين الأسباب المقتضيه للاستباحه العقد و هو منتف هنا، و التحليل، و هو منتف أيضا لافتقاره الى اللفظ الدال عليه، فلم يبق سوى الملك.

و أما الثانيه، فظاهره لاستحاله وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بدون لازمه، و لو قيل بالمنع من الوطاء أصلا إلا مع صريح اللفظ كان وجها، و لقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا، إذا الإذن فى الشراء مستلزم للإذن فى الوطاء و هذا

إنما يتأتى على قول من لم يجعل للتحليل لفظا معيناً» وهو كما ترى. من غرائب الكلام. و ما كنا لنؤثر أن يقع ذلك ممن له أدنى نصيب فى العلم. و فى القواعد:

«و لو أذن له المولى فى الشراء لنفسه فى تملكه أى المولى إشكال، و هل يستيح العبد البضع الأقرب ذلك، لا- من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن»، و فيه: تأييد لما قلناه

سابقا فى الجملة و الله أعلم و كيف كان فإذا أذن له المالك فى الاستدانه لنفسه على حسب إذنه فى الشراء له، جرى فيه البحث السابق الذى منشأه عدم ملكيه العبد المشترك بين المقامين، بعد فرض إرادته الإذن له بأن يملك بالاستدانه، و احتمال أن له شغل ذمته بالإذن و إن كان الذى استدانه ملكا للمولى، فإذا رضى المقرض يكون العوض فى ذمه العبد المأذون، ستعرف ما فيه.

نعم إن أذن له فى الاستدانه له كان الدين لازما للمولى قولاً- واحدا كما فى المسالك، و بلا خلاف كما فى غيرها، بل و لا إشكال ضروره كونه كالوكيل، بل هو أولى باعتبار عدم مال للعبد، يؤدى منه، إذ هو لا يقدر على شىء، و لا فرق بين أن يقصد المقرض العبد أو سيده، و لا بين أن يقصد العبد نفسه أو سيده، و لو صرح المولى للعبد بأن المراد شغل ذمته أى العبد للمولى على معنى كون المال المقرض للسيد، و الشغل لذمه العبد، كان قرضا فاسدا يتبع به من استولت يده، و يستقر على المباشر لإتلافه، و إن كان قد يشكل فيما إذا علم المقرض بالحال، و أقدم على ذلك، و كان المتلف المولى، لأنه هو الذى ضيع ماله، فيتبع به العبد بعد عتقه، لعموم

«على اليد»(١)

. و يدفع بأنه يلتزم بذلك إذا كان صحيحا، فمع فرض الفساد يتجه الرجوع على المولى حتى مع العلم بالفساد، كما فى غيره من العقود الفاسده، و كذا إن كان أذن له فى الاستدانه لنفقته الواجبه على المولى بل و غيرها إن

استبقاه أو باعه بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن المهذب الإجماع عليه، للتعليل السابق الذى لا فرق فيه بين كون المنتفع العبد أو السيد، بعد أن كان هو الآذن للعبد الذى

لا يقدر على شىء، و لصحيح أبى بصير(١) وغيره الظاهر فى أن مدار كون دين العبد على المولى إذنه له فيه،

قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل يأذن لمملوكه فى التجاره فيصير عليه ديناً، فقال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شىء على المولى، و يستسعى العبد فى الدين»

و فى

خبر شريح (٢) قال أمير المؤمنين عليه السلام: فى عبد بيع و عليه دين؟ فقال: دينه على من أذن له فى التجاره، و أكل ثمنه»

و

فى الموثق (٣) سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات و ترك ديناً و ترك عبداً له مال فى التجاره و ولداً و فى يد العبد مال و متاع، و عليه دين استدانه العبد فى حياه سيده فى تجارته، فإن الورثه و غرماء الميت اختصموا فيما فى يد العبد من المال و المتاع و فى

رقبه العبد؟ فقال: أرى أن ليس للورثه سبيل على رقبه العبد، و لا على ما فى يده من المتاع و المال إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما فى يده من المال للورثه، فإن أبو أ كان العبد و ما فى يده للغرماء يقوم و ما فى يده من المال، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمه العبد عن أموال الغرماء رجعوا على الورثه فيما بقى لهم إن كان الميت ترك شيئاً و إن فضل من قيمه العبد و ما كان فى يده عن دين الغرماء ردوه على الورثه».

و

فى خبر أشعث (٤) عن الحسن عليه السلام «فى رجل يموت و عليه دين قد أذن لعبده فى التجاره، و على العبد دين؟ قال: يبدأ بدين السيد»

و من الإجماع على عدم وجوب البدأه يعلم عدم إرادته ذلك من الأمر، و فى الرياض الاستدلال عليه ب

خبر طريف (٥) بياع الأكفان- «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لى كنت أذنت له فى الشراء و البيع، فوقع عليه مال للناس، و قد أعطيت به مالا كثيراً؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام إن بعته لزمك ما عليه و إن أعتقته فالمال على الغلام- و هو مولاك».

١-١ الواسئال الباب- ٣١- من أبواب الدين الحديث- ١.

٢-٢ الواسئال الباب- ٥٥ من أبواب العتق الحديث- ٢.

٣-٣ الواسئال الباب- ٣١- من أبواب الدين الحديث- ٥.

٤-٤ الواسئال الباب- ٥٥- من أبواب العتق الحديث- ١.

فى آخر(١)ان طريف الأكفانى كان أذن لغلام له فى البيع و الشراء فأفلس و لزمه دين، فأخذ بذلك الدين الذى عليه، و ليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله عليه السلام، «فقال: إن بعته لزمك الدين، و إن أعتقته لم يلزمك الدين فأعتقه و لم يلزمه شىء»

، و لا- يقدح ما فىهما من اشتراط البيع بعد عدم القائل بالفرق بينه و بين الإبقاء بل قيل إنه أولى، كما أن قصور السند فىهما و غيرهما منجبر بما سمعت من الإجماع المعتضد بعدم الخلاف.

نعم هما مع

خبر عجلان(٢)عن الصادق عليه السلام «فى رجل أعتق عبدا و عليه دين؟

قال: دينه عليه و لم يزد العتق إلا خيرا»

حجه القول الذى أشار إليه المصنف بقوله و إن أعتقه قيل: يبقى الدين فى ذمه العبد و القائل به الشيخ فى النهايه و القاضى و جماعه على ما حكى، بل لعله ظاهر التذكرة.

و قيل: بل يكون باقيا فى ذمه المولى، و هو أشهر الروايتين و القولين، بل هو المشهور بين الأصحاب نقدا و تحصيلا: ل صحيح أبى بصير(٣)السابق و غيره، القاصر غيره عن معارضته سندا و لا جابر، بل و دلالة إذ الأولان و إن صرح فىهما بالتفصيل بين العتق و غيره مما هو قابل لتخصيص صحيح أبى بصير و غيره، إلا أنها لا تصرح فيها بالتفصيل بالاذن و

عدمه الذى صرح به فى صحيح أبى بصير، و الأذن بالبيع و الشراء فىهما أعم من الإذن بما تضمناه من الدين الذى لزم العبد، فتخصيصهما بالصحيح المزبور أولى للشهره بقسميها، و لقاعده كون العبد بالإذن فى الاستدانه باقيا فى ذمه المولى كالوكيل، و إن أنفقها على نفسه، و لاستصحاب ضمان المولى، بناء على أن المشغول مع الإذن ذمه المولى، لا أن العبد المشغول، و المولى يجب تأديته عنه، و إلا كان الأصل بالعكس، و منه ينقدح ضعف آخر للدعوى: و هو أنه لم يتجدد سبب صالح للشغل حال العتق، فهو مرجح آخر أيضا، مضافا إلى غير ذلك.

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الدين الحديث- ٣-

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب العتق الحديث- ١-

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب الدين الحديث- ١-

ولا- ينافى ما فيهما من كون الدين على المولى، إن باع، إذ يمكن كما فى الحدائق و الرياض كون ذلك للحيلولة بينه و بين أصحاب الدين بالبيع، لا من حيث أن المال لازم بأصل الاذن فى التجاره، و الحال أن الاذن لم يحصل فى الاستدانه و فيه أنه لا حيلولة بعد فرض عدم الاذن فى الاستدانه، ضروره كونه يتبع به العتق، فلا يمنع المالك من بيعه كما هو واضح على أن هذا الكلام مناف للاستدلال بهما سابقا على المسأله الأولى المبني على وقوع ذلك من المولى، فلا بد حينئذ من طرحهما فى مقابله ما عرفت أو حملهما على ما ستسمع، من حمل نصوص الاستسعاء عليه فى مسأله الإذن له فى التجاره، دون الاستدانه. و أما خبر عجلان فهو مع ضعف سنده و لا- جابر- و احتمال كون مرجع الضمير المجرور بعلى فيه إلى المولى، و لا ينافيه الذيل - مطلق يقيده صحيح أبى بصير، و لو سلم كون التعارض بينهما من وجه أيضا كان الترجيح له بما عرفت سابقا فتأمل جيدا.

و كيف كان فقد ظهر لك أن دين العبد إذا كان بإذن مولاه كان لازما و حينئذ ف لو مات المولى كان الدين فى تركته، و لو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم كما دل عليه الموثق السابق، بل فى المسالك «إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانه منه، و إلا فالجميع غرماء المولى، و إن كان لا يخلو من بحث، إلا أن الحكم لا إشكال فيه».

و خبر(١)البدأه مع قصور سنده جدا مطرح أو محمول على ما ذكرناه، و ربما أول بتعميم دين السيد لدين عبده، و البدأه بالنسبه إلى الإرث و الوصايا، و بالحمل على صوره الأذن فى التجاره دون الاستدانه، فيخص حينئذ دين السيد بدين نفسه دون عبده، و يجعل الأمر بأداء دين العبد المفهوم بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاه و لا بأس به، و إن كان ما ذكرناه سابقا أولى و الله أعلم.

و إذا أذن له فى التجاره، اقتصر على موضع الإذن. فلو أذن له بقدر معين أو زمان أو مكان أو جنس كذلك لم يزد عليه كما فى كل محجور عليه؛ و فى التذكرة نسبتة إلى علمائنا. و ما عن القاضى - من أنه «إذا أذن له يوما فهو مأذون أبدا حتى

يحجر عليه»- فى غاية الضعف، كقول أبى حنيفه بحصول الإذن من السيد بمجرد عدم نهيته، بل قال: «لو أذن له فى القصاره أو الصبغ صار مأذونا فى كل تجاره» إذ لم نعرف له مستندا فى شىء من ذلك، بل أصول المذهب تقضى بخلافه، ضروره عدم استفاده الإذن من السكوت فيما سكت عنه و لا فى غيره و لو أطلق له التجاره اقتصر على ما يستفاد منها، و لعله مختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه نعم لا يدخل التزويج فيها قطعا، و لا الصدقه؛ بل فى الدروس و لا إجاره نفسه، و أما إجاره رقيقه و دوابه ففى دخولها نظر، من عدم انصراف لفظ التجاره إليها، و من أن التاجر ربما فعلها، و استقر به فى الدروس. و فى القواعد «الأقرب أن له أن يؤجر أموال التجاره» و عن القاضى أنه يؤجر نفسه و يستأجر غيره و يزارع و يستأجر الأرض، و المرجع فى ذلك كله إلى العرف.

و لا يثبت كونه مأذونا بقوله، بل بالسماع أو البيئه، و فى الدروس أو الشيع.

و فى القواعد أنه الأقرب، لكن قد يشكل- إذا كان المراد منه ما يفيد الظن المتاحم و أنه يحكم به على المولى، إن أنكر- بعدم الدليل، بل قيل: إنه لضعفه لا يثبت به الملك الذى بيد شخص، فكيف يحكم به على المولى، نعم لا بأس بجواز الأقدام به على المعامله، و إن كانت الدعوى- لو أنكر السيد- باقيه، بل فى جامع المقاصد «لا يبعد الإكتفاء بخبر العدل، إذ الأصل فى خبر المسلم الصحه، و قد تأكد بالعداله بل لو أخبر من أثمر خبره أمكن القبول، إذ ليس ذلك بأقل من خبر مدعى الوكاله عن الغير فى بيع ماله، و ليس بأقل من خبر الصبى بالهديه، و لو أظفر بموافق على هذا لم اعدل عنه» قلت: بل مقتضى ما ذكره الاكتفاء بدعوى العبد التى لا- معارض لها لكن لا يخفى عليك أن الاحتياط يقضى بخلاف ذلك، و إن كانت السيره بما ذكره، و فى التذكره الأقرب عندى عدم قبول الشيع.

و كيف كان فيجوز أن يحجر عليه و ان لم يشهد، و عن القاضى أنه «لا بد من إشاعته فى سوقه، و علم الأكثر، و لا يكفى علم الواحد، بل للواحد السامع الحجر معاملته، لعدم تمام الحجر» و لا ريب فى بعده، إنما الكلام فى الحجر عليه بذلك،

أو إلى أن يبلغ كالوكيل، و لو اختلف المولى و المعامل فى تقدم الحجر على المعامله و تأخره عنها كان القول قول المعامل، إذا كان صوره الدعوى أن الحجر قد وقع فى غد، و المعامل أنكر ذلك، و لتمام الكلام فى ذلك محل آخر، و لو قال: حجر على السيد لم يعامل. بل فى الدروس و إن أنكر السيد، لأنه المتعاطى للعقد، و احتمله فى القواعد. و فيه نظر لأن الحجر فعل السيد و حق له، و الشرط فى صحه العقد إليه، لا القصد إليه من حيث كونه صحيحا، و لذا جاز المتعه بالمرأه المخالفه و شراء الغائب ممن لا يرى جوازه من العامه، و غير ذلك، و من هنا قال فى التذكرة: مذهبنا الجواز بعد أن حكى عن أحد وجهى الشافعيه خلافه.

و يقبل إقرار المأذون فى الدين مطلقا أو للتجاره إذا أقربه لها و إن كان لأبيه أو ابنه، خلافا لأبى حنيفه فلم يقبله لهما، و ما فى التذكرة «من أن المعتمد عدم قبول إقراره بديون المعامله» يمكن أن يريد مع عدم الأذن، و إلا كان واضح الضعف نعم هو كذلك لو كان بغير المأذون فيه، إذ هو كغير المأذون الذى لا يقبل إقراره على سيده بمال أو قصاص أو غيرهما بل فى القواعد هل يتعلق بدمته نظر، و إن كان ضعيفا لعموم جواز إقرار العقلاء، فالأقوى تبعيته به بعد العتق، كما أن الأقوى قبول إقراره بالجنايه الموجهه قصاصا أو مالا لو صدقه المولى، بل ينبغى القطع به للعموم المزبور، و مانعيه السيد قد ارتفعت بتصديقه.

و لو أذن السيد لعبده فى المعامله بمقدار كذا و دفع إليه ما لا ليتجر به فعاد و بيده أعراض يدعى أنه شراها فى ذمته، و أن دينها باق، و أنه قد تلف ما كان بيده، و أنكر السيد ذلك، ففى جامع المقاصد، أن قبوله مستبعد جدا و فيه أنه يمكن القبول بعد فرض الإذن بالشراء بالذمه.

و لو أذن له السيد فى التجاره بمقدار كذا و لم يدفع إليه شيئا، فعاد، و بيده أعراض يدعى شراها فى ذمته و بقاء الثمن، و أنكر السيد فالأقوى قبول إقراره، نظرا إلى كونه أمينا و إلى شهاده الحال، و مقتضى الإذن، و لتضرر معامليه إن لم يقبل، و احتمال فى جامع المقاصد العدم لعدم حجيه شهاده الحال، و الضرر يدفع

بالإشهاد، قال: و ليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل. وفيه: منع عدم قبول إقرار الوكيل في مثل ذلك.

نعم لو أقر العبد المأذون بأن ما في يده ملك لفلان وديعه أو غصبا و نحوه، ففي القبول إشكال كما في جامع المقاصد أيضا من أنه كالوكيل، و من أن ما بيده لمولاه، و لعل الثاني لا يخلو من قوه، و لو اشترى المأذون للتجاره ففي الدروس طولب بالثمن و إن علم البائع كونه مأذونا بخلاف الوكيل، فإنه عرضه للزوال يعزل نفسه و فيه بحث بناء على ما سمعته سابقا من المسالك و غيره نعم لو طولب السيد جاز قطعاً.

و لو أذن له السيد في الابتاع انصرف إلى النقد و إن كان الأمر بالكلية ليس أمراً بجزئى معين، بل مقتضاه التخيير إلا أن النسيئه لما كانت أمراً زائداً على الابتاع - إذ هي إنما تكون بالشرط - لم يكن الإذن فيه إذناً بذلك، كغيره من الشرائط بخلاف النقد، فإنه ليس زائداً على طبيعه الابتاع، و لعل هذا أولى مما أجاب به الفاضل، لما أورد عليه قطب الدين الرازى بما سمعت من اقتضاء الأمر بالكلية التخيير، من أن البيع أعم، فلا يدل على النسيئه بإحدى الدلالات الثلاث.

إذ فيه أولاً: أنه معارض بالنقد، و ثانياً: بأن عدم دلالة على النسيئه بالخصوص لا ينافى التخيير المزبور، كما في سائر ألفاظ الكلي، و ثالثاً: ما أورد عليه القطب من أنه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام، لجواز كون اللزوم غير بين، اللهم إلا أن يريد ما ذكرناه سابقاً، لكن المحكى عنه أنه عدل عن هذا الجواب إلى جواب آخر و هو أنه اختص النقد بواسطة قرائن خارجيه عينيه و هي الإضرار بالمولى في النسيئه بثبوت شىء في ذمته بخلاف النقد، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال، أو لا غرض له فيه - و فيه منع الإضرار في سائر الأحوال و ربما يكون له غرض و صلاح، على أن محل البحث مع التجرد عن القرائن، و إلا فهي لا ينضب، و قد يكون الإذن في الابتاع من دون أن يدفع إليه شىء.

و بالجمله لا محيص عما ذكرناه سابقاً الذى يؤيده في الجملة

موثق الساباطى (١)

المروى فى كتاب النكاح «عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من آخر جاريه بثمان مسمى، ثم افترقا، قال: وجب البيع، و ليس له أن يطأها و هى عند صاحبها حتى يقبضها أو يعلم صاحبها، و الثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد»

فتأمل، و البحث فى البيع كالبحت فى الابتاع.

و لو أطلق له النسيئه كان الثمن فى ذمه المولى لأنه كالوكيل عنه و لهذا لو تلف الثمن الذى دفعه إليه لزم المولى عوضه لأن

تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد، و ليس المراد الثمن المعين، لأن تلفه يبطل البيع، فلا يلزم المولى عوضه من غير فرق بين تلفه بتفريط و غيره هذا. و فى المسالك «لو لم يكن السيد أذن بالشراء فى الذمه فاشترى بها، ثم تلف الثمن الذى دفعه إليه لم يلزم السيد بدله، و حينئذ فإن تبرع السيد و دفع ثانيا صح العقد له، لأن العبد حينئذ كالفضولى للسيد، و البيع وقع له، فإذا دفع الثمن صح له، و إلا فسخ البائع العقد».

و قد يشكل بأنه إن أجاز المولى لم يكن للبائع الفسخ، و إلا انفسخ البيع لنفسه و ليس للبائع إبقاء العقد راضيا بكون الثمن فى ذمه العبد يتبعه به بعد العتق، إذ ليس للعبد ذمه يشغلها اختيارا بمعاوضه من دون إذن السيد، بل و مع إذنه لا لأن المعامله سفهيه، إذ يمكن اقترانها بما يخرجها عن السفه بل لاقتضاء ذلك كون المبيع ملكا للسيد، لأن العبد لا يملك على الأصح، و الثمن على العبد فيملك المثل حينئذ من لا يملك عليه الثمن، و ذلك فى المعاوضات غير جائز، اللهم إلا أن يدعى خروج الفرض عن هذه القاعده، باعتبار عرضيه عدم ملك العبد، و أن ذمه العبد للسيد باعتبار تسلطه على الحجر عليها.

لكن ظاهر أصحابنا عدم ذلك من غير فرق بين العبد و غيره. نعم ستسمع ما فى التذكرة فى خصوص الضمان. و يمكن أن يكون ما سمعته من المسالك مأخوذا مما فى التذكرة، قال: «لو أسلم إلى عبده ألفا للتجاره، فاشترى فى الذمه على عزم صرف الألف فى الثمن، فالأقرب أنه لا يجب على المولى دفع البدل، لأنه أذن بالمعامله بما دفعه، و هو ينصرف بالشراء بالعين».

لكن السيد إن دفع ألفا آخر مضى العقد، وإلا فللبائع فسخ العقد، وهو أحد الأقوال الشافعية، والثاني: أنه يفسخ العقد كما لو اشترى بألفين، لأن المولى حصر إذنه فى التصرف فى ذلك الألف، وقد فات محل الإذن، فبطل البيع، والثالث: أنه يجب على السيد ألف آخر، لأن العقد وقع له، والتمن غير متعين، فعليه الوفاء بتمامه ولا بأس به إن كان السيد قد أطلق له ذلك، بل هو المتعين حيثئذ، وإلا فالوجه ما قلناه» ولعل مرادهما بقريته مقابله وجوه الشافعية الفضولى لا أن له الفسخ وعدمه مع فرض عدم إجازة السيد والله أعلم.

و كيف كان ف إذا أذن له فى التجاره، لم يكن ذلك إذنا لمملوك المأذون بناء على أنه يملك، أو أن المراد من هو فى خدمته من عبيد السيد مجازا باعتبار صدق الإضافة بأدنى ملابسه، وعلى التقديرين فليس الأذن له فى التجاره إذنا له لافتقار التصرف فى مال الغير إلى صريح الإذن أو كالصريح، وليس هذا منه لغه ولا شرعا ولا عرفا، بل ليس للمأذون استنابته كما انه ليس له استنابه غيره، لأن الإذن فى التجاره إنما وقعت له، وهى لا تقتضى إذنا فى التوكيل الذى لا يدخل تحت اسم التجاره فما عن أبى حنيفه- من أن للمأذون أن يأذن لعبده فى التجاره- واضح الضعف.

نعم قد تقتضى القرائن فى بعض الأحوال أن المراد من الإذن فى التجاره ما يشمل الحاصل منها بالوكاله، خصوصا إذا كان الوكيل أحسن نظرا من المأذون، وربما يؤدى نظر المأذون إلى الاعتماد على نظر بعض الأشخاص، و مباشره الشراء له كما هو واضح والله أعلم.

و لو أذن له فى التجاره دون الاستدان ناصا على ذلك أو مقتصرأ فى الأذن على ما يشملها فاستدان و تلف المال فى يده كان لازما لذمه العبد يتبع به بعد العتق الذى هو حال التمكّن من الأداء على المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلأ بل عن الخلاف الإجماع على ذلك، لوجود سبب الضمان بالنسبه إليه دون سيده، فيبقى الباقي على أصاله براه ذمته، بل الظاهر الإجماع على عدم اشتغالها.

و إن كان قد قيل و القائل الشيخ فى النهايه أنه يستسعى العبد

فيه معجلا للغرور بالإذن بالتجاره الذى من الواضح منعه بحيث يستلزم الرجوع و ل صحيح أبى بصير(١)المتقدم آنفا المحمول- كما فى الرياض- على علم المولى باستدانتة مع عدم منعه عنه، الظاهر فى حصول الإذن منه له بالفحوى و لا كلام فيه، أو على الاستسعاء برضا المولى كما أفصح عنه

خبر روح بن عبد الرحيم (٢)عن الصادق عليه السلام «فى رجل مملوك استتجره مولاة فاستهلك مالا كثيرا، فقال: ليس على مولاة شىء، ولكنه على العبد، و ليس لهم أن يبيعوه، و لكن يستسعى، و إن حجر عليه مولاة فليس على مولاة شىء و لا على العبد»

و نحوه

خبر أبى بصير(٣)لكن سؤاله «رجل استأجر مملوكا»

و فى ذيله «و إن عجز عنه فليس على مولاة شىء و لا على العبد شىء» بدل قوله فى هذا الخبر «و إن حجر عليه»

إلى آخره، بل فى الوافى أنه يشبه أن يكون الخبران واحدا وقع فى أحدهما تصحيف، و الأمر سهل، أو على تقييد الاستسعاء بعد العتق و إن كان قد يخدم الأول: بأنه مناف لإطلاق الصحيح المزبور أولا، و بأنه لا دليل غير الصحيح على أن حكم إذن الفحوى ذلك و استفادته منه بعد عدم الشاهد و عدم ظهوره فيه كما ترى، و

موثق وهب (٤)عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاة حتى صار عليه مثل ثمنه، قال: يستسعى فيما عليه»

إنما هو فيما كان فى أصل التجاره و لعله لا يقول به الخصم، فالمتجه حينئذ إلحاقها أى الفحوى بالإذن الفعلية، أو العدم، بل الظاهر

الإلحاق فيما فرضه منها من علم المولى و عدم المنع، ضروره كونه رضا فعليا بعد تسليم أنه فحوى، فلم يفقد إلا التصريح المعلوم عدم دوران الحكم مداره، و الثالث: بأنه لا يجب الاستسعاء بعد العتق، إذ هو حينئذ كغيره من أفراد المعسر الذى ينتظر إيساره، و الثانى: بإمكان كون المراد من قوله و إن حجر إلى آخره أنه لا شىء لهم عليه و لا على مولاة إن كان قد أدانوه مع تحجير مولاة عليه، اللهم إلا أن يدعى أن الظاهر الأول، و لا ينافيه الاحتمال و فيه منع بل

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الدين- الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الدين- الحديث- ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الدين- الحديث- ٦.

لعل الظاهر ما ذكرناه و إن جزم بالأول فى الحدائق، و قيد الصحيح المزبور به حيثند.

لكن فى المسالك حمل الصحيح المذكور على الاستدانه للتجاره، قال: «و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعى العبد و غيره، و الأقوى أن استدانه لضروره التجاره إنما يلزم مما فى يده، فإن قصر استسعى فى الثانى، و لا يلزم المولى من غير ما فى يده، و عليه تحمل الروايه.

و فيه أولاً: أن الروايه لا تقبل ذلك بعد تعليق السعى فيها على عدم الإذن، و ثانياً: أنه لا دليل على تقييد ضمان المولى بما فى يد العبد مع فرض الإذن، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصاً موثق زراره^(١) منها، فلا ريب فى أن المتجه مع الإذن ضمان السيد مطلقاً. و لعل الأولى من ذلك كله حمل خصوص الاستسعاء على

المأذون إذنا لا يراد منها إلا رفع الحجر عنه و الإثم عليه، لا أن المراد منها الإذن التى تشبه الوكاله فتأمل جيداً.

ثم إن ظاهر إطلاق المشهور عدم الفرق بين علم المدين بحاله و عدمه، خلافاً لابن حمزه فيتبع به بعد العتق فى الأول، و يستسعى فى الثانى، قال فى الوسيله: المملوك إذا استدان لم يخل من ثلاثه أوجه: مأذون فى الاستدانه، أو فى التجاره دون الاستدانه أو غير مأذون، فالأول: حكم دينه حكم دين مولاه، و الثانى ضربان: فإن علم المدين أنه غير مأذون فيها بقى فى ذمته إلى أن يعتق، فإن لم يعلم استسعى فيه إذا تلف المال، و الثالث: يكون المال ضائعاً إلا إذا بقى المال فى يده، أو كان قد دفع إلى سيده.

و هو- مع غرابته بالفرق بين الثالث و الأول من الثانى- واضح الضعف، إذ لا دليل له فى الثانى الذى هو محل الخلاف بينه و بين المشهور إلا ما سمعته دليلاً للنهائه الذى قد عرفت قصوره عن إفاده ذلك، و لو أنه قال فى الأول بالضياع كالثالث لكان له وجه، باعتبار أن المالك هو الذى قد أقدم على إتلاف ماله، و إن كان قد يدفعه منع ذلك بعد فرض أن العبد له ذمه يتبع بها بعد العتق، فأدله الضمان بحالها.

نعم لو مات العبد قبل العتق اتجه الضياع، مع أن الظاهر بقاء حكم المديونية عليه، فالتبرع بالوفاء عنه و للاحتساب من الزكاه أو غيرها من الحقوق وجه فتأمل جيدا. و أما ما يحكى عن أبى الصلاح من التفصيل بين المأذون فى الاستدانه و عدمه، فالأول على المولى و الثانى يتبع به بعد العتق من غير تعرض للتجاره فمرجهه إلى المشهور، كما هو واضح، و كذا ما فى المختلف، و القواعد، و جامع المقاصد من أنه إن استدان لضروره التجاره كان على المولى، و إلا يتبع به بعد العتق، ضروره كون المنشأ فى ذلك حصول الإذن فى الأول و لو لأن الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه و عدمه فى الثانى، و مراد المصنف - و غيره ممن أطلق التبعيه به بعد العتق - الاستدانه فيما لا - اذن للمولى فيه، كغير الضرورى للتجاره، أو الأعم منهما، بناء على أن وجوده ضرورى للتجاره لا الاستدانه له.

و على كل حال فهو نزاع فى موضوع خاص، لا - أصل المسأله، فإن الجميع متفقون على أن استدانه المأذون فى التجاره على المولى إن كان قد أذن له فيها، و إلا فعلى العبد يتبع بها بعد العتق.

نعم ما سمعته من المسالك ظاهر فى مخالفه إطلاق المتن و غيره، بل لم أجد له موافقا عدا ما فى الدروس فى الجمله، فإنه قال تاره: «و لو اجتمع إذن السيد و رضا المستحق فإن كان نكاحا فسيأتى إنشاء الله، و إن كان غيره، فإن كان بيده مال التجاره تعلق بها، لأن موجب الإذن فى الالتزام الرضا بالأداء. و أقرب ذلك ما فى يده، و هل يتعلق بكسبه من احتطاب و احتشاش و التقاط، اشكال، لعدم تناول الإذن فى التجاره إياه، و أنه بالإذن صار الجزء المؤدى من كسبه» و أخرى «و لو ركب أى المأذون الديون، لم يزل ملك السيد عما فى يده فيصرف فى الديون، فإن فضل عنه شىء استسعى على قول الشيخ فى النهايه. ل صحيحه أبى بصير(١) و فى المبسوط يتبع به إذا تحرر، و

فى روايه عجلان(٢) «إن باعه السيد فعليه، و إن أعتقه فعلى المأذون،»

١- ١ الوسائل الباب - ٣١ من أبواب الدين الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٤٥ من أبواب العتق الحديث - ١.

و قال الفاضل. يلزم المولى».

و هى كما ترى فيها اضطراب من وجوه، و التحقيق ما أوأنا إليه، من حمل نصوص الاستسعاء على ما سمعت، و ما دل على التزام المولى على ما عرفت، و ربما كان فى خبرى (١) طريف إيماء فى الجملة إلى ما ذكرنا، ضروره أن وجه التزام المولى لو باعه أى المأذون إذنا يراد منها رفع الحجر الحيلولة بين أرباب الدين و بينه، بخلاف ما لو أعتقه فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و من ذلك ظهر لك الحال فيما لو لم يأذن له فى التجاره و لا الاستدانه و الحال أنه استدان فتلف المال فى يده، إذ لا إشكال فى كونه إذا كان كذلك لازما لذمته يتبع به لعموم أدله الضمان دون المولى للأصل و غيره بل و لا خلاف فيه، و إن قال الشيخ: «انه يذهب ضياعا» لكن فسرته فى السرائر بما فى المتن.

نعم ربما يظهر غير ذلك من الضياع فى عبارته الوسيله السابقه، مع أنه يمكن حمله عليه، فيرتفع الخلاف حينئذ، و على تقديره فهو فى غايه الضعف لمنافاته أدله الضمان السالمه عن المعارض هذا.

و لكن فى الرياض «أنه لو بادر إلى الاستدانه من دون إذن بالمره، لزم فى ذمته و يتبع به إذا أعتق، و لا يلزم المولى شىء بلا خلاف. للأصل و صحيح أبى بصير و موثق وهب (٢) ثم قال بعد نقلهما: «إن ظاهرهما أنه يتبع به حال الرق بالاستسعاء، و به أفتى ظاهرا بعض الأصحاب، و يشكل برجوعه إلى ضمان المولى فى الجملة، فإن كسبه له بالضروره».

و يمكن دفعه بجواز التزامه فى صورته علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الراجع إلى الأذن بالفحوى، كما هو ظاهر الموثقه و الصحيحه، و إن كانت الإضافه إلى إذن الفحوى مطلقه أو عامه إلا أنها محتمله للتقييد بالصوره المزبوره جمعا بين الأدله، و يفرق حينئذ بين الأذن الصريح و الفحوى، باستلزام الأول الضمان على السيد مطلقا مع عجز المملوك عن السعى أصلا و عدمه، و اختصاص الضمان عليه بصوره

١-١ الوسائل الباب ٣١ من أبواب الدين الحديث ٢-٣.

٢-٢ الوسائل الباب ٣١ من أبواب الدين الحديث ٦.

قدره العبد على السعى و عدمه مطلقا مع العجز، على الثانى، هذا.

و

فى الصحيح (١) «فى الرجل يستأجر مملوكا فيستهلك مالا كثيرا؟ فقال: ليس على مولاه و ليس لهم أن يبيعوه، و لكن يستسعى و إن عجز عنه فليس على مولاه شىء و لا على العبد شىء»

و نحوه الخبر (٢)، لكن تبديل عجزه عنه-، حجر عليه مولاه و عليه يمكن حمل الخبرين الأمرين بالسعى على صورته رضا السيد، و إلا فيتبع به بعد العتق، و هو غير بعيد لو لم يكن فى السند قصور. و فى المتن تصحيف، هذا و ربما يحمل الاستسعاء على ما بعد العتق، فيندفع الأشكال، و لكن يلزم آخر، و هو: عدم استسعاء الحر فيما عليه، إلا أن يكون هذا مستثنى، لكنه فرع ظهور الخبرين فى الحمل، و هو محل نظر، بل لعلهما فى الاحتمال الأول ظاهران كما لا يخفى.

قلت: إذا أحطت خبرا بجميع ما ذكرنا تعرف أن كلامه محل للنظر من وجوه منها- ما قد عرفت من أنه لا إشكال نسا و لا فتوى فى أن غير المأذون فى التجاره و الاستدانة دينه عليه، يتبع به بعد العتق، و موضوع خبر أبى بصير، المأذون فى التجاره دون الاستدانة الذى قد عرفت البحث فيه. نعم ما ذكره من الوجه فى توجيه النصوص جيد إن كان يرجع إلى ما ذكرناه سابقا، و إلا فهو محل للنظر أيضا، و بالجملة كلامه فى غايه التشويش، و كان المسألة غير محرره عنده، و لا غرو بعد ما سمعت من كلام غيره كالشهيد فى الدروس و غيره. و الله أعلم.

[فرعان]

إشاره

فرعان قد تقدم حكم

[الفرع الأول إذا اقترض أو اشترى بغير إذن كان باطلا]

الأول منهما: و هو ما إذا اقترض العبد أو اشترى بغير إذن سيده أو إجازته كان باطلا و حينئذ ف تستعاد العين مع بقائها ان شاء المالك، ضروره أن له إباحتها له، مضمونه عليه، إذ ليس هو كالطفل لا تصح الإباحه له بعوض، و أنه متى سلطه المالك لم يكن له ضمان عليه، و السفه بالرضا

١- ١ الوسائل الباب ١١ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ٣١ من أبواب الدين الحديث- ٤.

بالضمان- الذى قد يذهب المال معه ضياعا- يمكن فرض ارتفاعه، و دعوى- امتناع كل معاملته مع العبد و إن لم تفد تملكها- لا دليل عليها، إلا نفى قدره فى الآيه (١)المستفاد منه الحجر مطلقا من غير فرق بين ذمته و غيرها، و فيه بحث قد تقدم سابقا، و قد صرح فى ضمان التذكرة، بصحة ضمان العبد من دون إذن سيده لكونه تصرفا فى ذمته و لا ضرر فيه على السيد.

و على كل حال فإن تلفت العين فى يد العبد يتبع بها إذا أعتق و أيسر و لا يلزم المولى شىء بلا خلاف، إلا إذا كان العبد مأذونا بالتجاره، ففيه البحث السابق و كأن المصنف أعاد هذا الفرع مع ذكره سابقا للنص على بطلان الشراء و القرض، خلافا لبعض الشافعية، فصححه مع القول بأن العبد لا يملك، لأنه تصرف

فى ذمته على وجه لا يضر السيد، فالعين المشتره حينئذ ملك للسيد، و كذا المقترضه مع قبضها و إن كان العوض فى ذمه العبد، إلا أن المحكى عنه جواز رجوع البائع و المقرض بالعين، لإعسار العبد.

و فيه: أنه لا- يتم مع العلم بحاله، و قبض السيد للعين المقترضه فأراد المصنف التنبيه على فساد قوله بالتصريح ببطلان الشراء و القرض، للحجر عليه، و لعدم أهليه العبد للملك، و أنه لا- معنى لملك المولى بغير عوض أصلا كما أنه لا معنى له بعوض فى ذمته مع عدم رضاه، بل و لا- معنى له و العوض فى ذمه العبد، لامتناع حصول ملك المعاوضه لمن لم يكن العوض منه، و إن كانت المقدمه الأخيره لا تخلو من بحث، كما أن دعوى الحجر عليه حتى بالنسبه إلى ذلك كذلك. و الله أعلم.

[الفرع الثانى إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف فى يده كان المقرض بالخيار]

الفرع الثانى: إذا اقترض مالا- فأخذه المولى فتلف فى يده، كان المقرض بالخيار بين مطالبه المولى، و بين اتباع المملوك إذا أعتق و أيسر لثبوت يد كل منهما على المال بغير حق، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد، لم يرجع المولى على العبد بشىء و إن كان غار إله كما قيل، بل ظاهرهم أنه مفروغ منه، من عدم تعلق ضمان العبد لمولاه، و ثبوت المال له على ماله، و لا دليل على تجددده بعد العتق.

نعم لو كان الرجوع عليه بعد عتق العبد، و الفرض أنه كان مغرورا له، اتجه رجوعه عليه للغرور، كما أنه لو رجع على العبد بعد عتقه، اتجه له الرجوع على سيده إذا لم يكن قد غره، لاستقرار التلف في يده.

و إشكال الأخير بأن الرجوع و إن كان حال الحرية إلا أن ابتداء الثبوت في ذمه السيد بالتلف في حال الرقيه التي لم يكن العبد يستحق معها كاشكال سابقه بأن رجوع السيد على العبد و إن كان في حال حرية، إلا أن ابتداء الثبوت في حال الرقيه التي لا يتصور ملك السيد لها على مملوكه.

- يدفعهما معا منع الثبوت قبل الرجوع، و إن كان لتمام تحقيق ذلك- و تحقيق الضمان في الأيدي المتعاقبه على معنى مشغول الذمه بحيث يكون دينا عليه هل هو من كان القرار عليه، و غيره انما يستحق الرجوع عليه، لا أنه مشغول الذمه، أو أن الجميع قد اشتغلت ذممهم و ان برأت بدفع البعض، أو أن الخيار بيد صاحب المال، أو غير ذلك- محل آخر و الله أعلم.

[خاتمه أجره الكيال و وزان المتاع على البائع]

خاتمه لا- خلاف في وجوب أجره الكيال و وزان المتاع و العداد و الذراع مع توقف التسليم عليها على البائع سواء كان المبيع كليا في الذمه أو جزئيا معلوما من صبره مشتمله عليه، أو غير ذلك، و في وجوب أجره ناقد الثمن و وزانه و كياله و عداده على المبتاع للمقدمه، لكن قد يستشكل في النقد، بعدم وجوبه اعتمادا على أصاله الصحه، و يدفع بأنه يجوز القبض لها لا أنه يجب ذلك، للأصل، و لأن الواجب تسليم الصحيح، و لانه قد يمتنع على القابض إثباته أن المعيب من المقبوض.

و كذا لا- خلاف في وجوب أجره بائع الأمتعه الناصب نفسه لذلك على البائع مع أمره له، بل إذنه فيه، و عدم قصد التبرع من العامل، لاحترام عمل المسلم الموجب لذلك شرعا، و ان لم يكن قد استحضر الأمر العوض بل و لا

المأمور، بل مقتضى ذلك و ان لم يكن ناصبا نفسه لذلك مع كون العمل مما له أجره فى العاده، و كذا الحال فى أجره مشتريها أى الأمتعه فإنها على المشتري مع أمره أو إذنه على نحو ما تقدم فى البائع و إطلاق المقنعه و الوسيله كون أجره الدلال على المبتاع و المنادى على البائع منزل على ما ذكرنا قطعا.

و لو تبرع الدلال أو غيره بأن فعل لا يقصد الأجره لم يستحق أجره قطعا للأصل و لو أجاز المالك بيعه، نعم قد يتجه استحقاق الأجره إذا كان قد فعل بقصدها فضولا عن المالك و قد أجازته، إذ هو كغيره من أفراد الفضولى الذى تؤثر فيه الإجازة اللاحقه، بل قد يحتمل تأثير الإجازة فى الفعل الذى لم يقصد به التبرع، بناء على جريانها فى العقود و الأفعال. لكن على كل حال لا تلازم مع هذا القصد اجازة نفس البيع و اجازة الجعل، فله الاقتصار على الأول دون الثانى.

و قد ظهر من ذلك كله أنه إذا باع الدلال أمتعه شخص على حسب ما قدمنا و اشترى أمتعه أخرى لآخر فأجره ما بيع على الأمر بالبيع و أجره الشراء على الأمر بالشراء إذ لا مانع من تعدد الداليتين بالجعل فى السلعتين و (١١) إن كان الدلال و أحدا. نعم لا يتولاهما الواحد (١٢) فى السلعه الواحده، بأن يكون سمسيرا (١) لبائعها، و سمسيرا لمشتريها، لاقتضاء سمسره كل منهما مراعاة مصلحته المنافيه لمصلحه الآخر، ضروره ابتناء البيع على المغالبه و المماكسه، فمصلحه كل منهما بغير الأخرى، فلا يكون اجتماعهما حتى يصح أخذ الجعل للواحد عليهما.

و ربما أشكل ذلك بإمكان كون السعر منضبطا فى العاده على وجه لا يزيد و لا ينقص، فيكون المراد من الدلاله للبائع مثلا وجود المشتري، و من الشراء و جود البائع، أو أنهما اتفقا على سعر مخصوص، فيكون المراد إيقاع العقد.

و قد يدفع - مع أن ذلك خلاف الغالب، بل يمكن منع السمسره فيه، بل

١-١ السمسار: المتوسط بين البائع و الشارى و الساعى للواحد منهما فى استجلاب الأخر، و هو غير الدلال، معرب - سيب سار - بالفارسيه أقرب الموارد.

يمكن القطع بعدمها في الثاني - أنه ينبغي أن يعلم أنه لا- تأمل في جواز أخذ الأجرتين على الإيجاب و القبول، بناء على صحه الاستيجار على مثله، خلافا للمحكي عن عميد الدين، فمنع الإجاره عليه لعدم كونه مما يستأجر عليه عادة، و ضعفه واضح.

فليس المراد حينئذ بعدم توليتهما الواحد أنه لا يجوز أخذ الجعلين لوأحد على الإيجاب من البائع و على القبول من المشتري.

و دعوى- أن ذلك عمل واحد فهي إجاره واحده موزعه عليها- يدفعها أن ذلك تغيير لفظي، لا- يليق حمل عبارات أعيان الأصحاب عليه، مع أنه يمكن منع كونه إجاره واحده، بل هما عملان مستقلان قد يختلفان في الجعل، و قد يتفقان، و قد يجعل لأحدهما دون الآخر، بل المراد أنه لا يتولى الجعل على البيع و على الشراء، الواحد، ضروره اقتضاء الجعل على البيع كونه جعلاً على الأثر الحاصل من تمام الإيجاب و القبول، و هو متحد بالنسبه إلى البائع و المشتري، فتحصيل قبول المشتري مستحق على الدلال بالجعل على البيع، فليس له أن يأخذ جعلاً- منه عليه، و كذلك العكس، بل هو كما لو جعل له جعلاً على بيعه من زيد الذي من الواضح عدم جواز أخذ جعل من زيد على شرائه له، و الفرق بينه و بين ما يمكن فيه بالخصوصيه و عدمها غير مجد، بعد اشتراك عله المنع.

فمن هنا قال الأصحاب: لا يتولاهما الواحد، أى لا يتولى الواحد الجعل على تمام البيع من البائع و المشتري، و لكن لا بأس بتولى الاثنين ذلك، على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على تمام البيع، فيكون فعل كل منهما مقدمه لتحصيل الأثر للآخر الذى يستحق به الجعل على من جعل له فتأمل جيداً. فإنه دقيق نافع فى عموم المنع لأفراد المسأله مضافاً إلى ما يشعر به

مرسل ابن أبى عمير(١) عن بعض أصحابنا «قال: اشترت لأبى عبد الله عليه السلام جاريه فناولنى أربعه دنانير فأبيت قال: اما لتأخذنها فأخذتها، فقال: لا تأخذ من البائع».

و لو فرض أن كلاً من البائع و المشتري قد جعلاً له جعلاً- فإن كان المراد الإيجاب و القبول لم يكن إشكال في جواز أخذ الجعلين منهما تقارن أمرهما أو تلا-حق، و إن كان المراد الجعل على تمام البيع فليس له الرجوع إلا على من قصد العمل له، و الرجوع عليه، كما يرمى إليه ما في التحرير و ليس له أن يأخذ عن سلعه واحده أجرتين من البائع و المشتري، بل يأخذ ممن يكون عاقداً له و وكيلاً فتأمل.

و مع فرض قصدهما معا احتمال سقوط الأجره من رأس، و توزيعها عليهما و تقديم السابق. و قد يحتمل استحقاقهما معا إذا كان المقصود الجعل من كل منهما على تمام العمل، على معنى أنه لم يرض بإيقاع العمل إلا بالجعلين، فهو كالجعله الواحد من شخصين على عمل واحد، و لا- ينافي ذلك ما قلناه سابقاً المبني على فرض رضاه بكل من الجعالتين على تمام العمل من دون علم الآخر، لا أنها جعله واحده منهما معا على العمل، فتأمل جيداً.

و قد ظهر من ذلك النظر في جملة من عبارات الأصحاب، ففي التنقيح «في بعض نسخ الكتاب: أى النافع» و لا يجمع بينهما الواحد: أى لا

يجمع بين الشراء و البيع الشخص الواحد، فيكون موجبا قابلاً، و المشهور- لواحد- بغير ألف، و له حينئذ تفسيران، أحدهما: أنه لا يجمع بين الأجرتين الشخص الواحد، بمعنى أنه لا يأخذ أجره البيع من الإذن فيه كلها، و لا أجره الشراء من الإذن فيه كلها، بل يأخذ من كل واحد أجره ما فعل له، فيأخذ أجره الإيجاب من الإذن في البيع، و أجره القبول من الإذن في الشراء، و ثانيهما: إذا أمراه بالبيع و الاتباع، فالأجره على السابق، و إن اقترنا و كان الغرض توليه طرفى العقد، فالأجره عليهما، و كذا إن تلاحقا و كان الغرض مجرد العقد، و إن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسره لكل منهما، فللواسطه أجرتان على قدر العملين».

و فيه نظر من وجوه، و إن كان قد أخذ كثيراً من ذلك من الدروس، فإنه قال:

«و أجره الدلال على أمره، و لو أمراه فالسابق، فإن اقترنا و كان الغرض توليه طرفى العقد فعليهما، و كذا لو تلاحقا و كان مرادهما مجرد العقد، و لو منعنا من توليه

الطرفين امتنع أخذ أجرتين، و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد».

لكنه كما ترى خصوصا وقد عبر بذلك من يرى جواز تولى الطرفين. على أن الكلام فى الدلال الذى هو السمسير لا مجرد متولى العقد، و الأصل فى تعرض متأخرى الأصحاب لذلك ما فى المقنعه و النهايه، «و من نصب نفسه لبيع الأمتعه كان له أجره البيع على البائع، دون المبتاع، و من نصب نفسه للشراء كان أجر ذلك على المبتاع فإن كان وسيطا يبتاع للناس و يبيع لهم، كان له أجره على ما يبيع من جهة البائع، و أجره على ما يشتري من جهة المبتاع».

و فى السرائر «ليس قصد شيخنا فى ذلك أن يكون فى عقد واحد بائعا مشتريا، بل يكون تاره يبيع، و تاره يشتري فى عقدين، لأن العقد لا يكون إلا بين اثنين».

و فى المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال: «ليس بجيد، لأننا نجوز كون الشخص الواحد و كيلا للمتعاقدين، كالأب يبيع على ولده من ولده الأخر و حينئذ يستحق أجره البيع على ما أمره و أجره الشراء على ما أمره، و قوله: العقد لا يكون إلا بين اثنين، قلنا: مسلم: و هو هنا كذلك لتعدد المسبب كالأب العاقد عن ولديه».

قلت: لا ريب فى أن مراد الشيخ ما ذكره ابن إدريس، كقوله فى الوسيله: و من نصب نفسه للأمرين، فأجرته على من عمل له، و إن لم يكن لما ذكره من العله السابقه، بناء على أن مراده منها ما فهمه منها فى المختلف، كما أنه لا ريب فى ضعف ما فى المختلف، بناء على إرادته استحقاق الأجرتين فى الفرض الذى قد أوضحنا منعه سابقا، و يمكن إرادته الأجره على الإيجاب، و الأجره على القبول و لا بحث فيها.

لكن فى الرياض قد حكى عنه صريحا و المحكى عن المحقق الثانى، و ظاهر النهايه القول باستحقاق الأجرتين على تمام البيع، نظرا إلى أن الأمر بالعمل اقدم منه على التزام تمام الأجر بحصول الأمور به، و رضائه بذلك، و لا مدخل لاتحاد العمل، و كأنه مال إليه فقال: و لعله غير بعيد سيما مع كون متعلق الأمرين طرفى الإيجاب و القبول، و جهل أحدهما بأمر الآخر.

و فيه ما عرفته سابقا، بل ليس فى جامع المقاصد ما أرسله عنه، بل ظاهره

أو صريحه ما قلناه، كما أنك قد عرفت كون مراد النهايه ذلك أيضا، بل هو محتمل المختلف إلى غير ذلك من كلماتهم التي يعرف ما فيها من الإحاطه بما ذكرنا و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا هلك المتاع فى يد الدلال من غير تفريط لم يضمه بلا خلاف و لا إشكال لأنه أمين نعم لو فرط ضمن و لكن لو اختلفا فى التفريط و عدمه كان القول قول الدلال مع يمينه كما فى كل أمين ما لم يكن بالتفريط بينه فتقدم حينئذ على قوله كما هو واضح و كذا لو ثبت التفريط و اختلفا فى القيمة كان القول قوله أيضا لأصاله براءه ذمته من الزائد ما لم يكن بينه، فتقدم على قوله.

و بالجملة حكمه حكم غيره من الأمناء و غيرهم، لكن فى المقنعه و النهايه أنه إن قال له المالك: بعه نسيئه بدراهم مسماه فباعه نقدا بدون ذلك كان مخيرا بين أن يفسخ البيع، و بين أن يمضيه، و يطالب الواسطه بتمام المال؛ و فيه: أنه ليس له سبيل على الواسطه بالتمام بعد الإجازة، اللهم إلا أن يريد به تمام ما باعه به و كان الواسطه قابضا و قد أجاز البيع و القبض؛ و فيهما أيضا أنه إن قال: بع هذا المتاع و لم يسم له ثمننا، فباعه بفضل من قيمته، كان البيع ماضيا، و إن باعه بأقل من قيمته كان ضامنا لتمام العقد حتى يسلمها إلى صاحب المتاع على الكمال، و هو كما ترى.

و لذا نسبه فى التحرير إلى الرداءه و يمكن تأويلها إلى الضوابط، و فيهما أيضا «أنه إن اختلف الواسطه و صاحب المتاع فى القول بالبيع بكذا، كان القول قول صاحب المتاع بيمينه، و له أن يأخذ المتاع إن وجد به بعينه، فإن كان قد أحدث فيه ما ينقصه أو يستهلكه ضمن الواسطه من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع» و فيه: أنه لا وجه لضمان الواسطه ذلك، لما عرفت إلى غير ذلك مما فى المقنعه و النهايه مما لا يوافق الضوابط، و كذا الوسيله فلاحظ و تأمل. و الله أعلم بحقيقه الحال.

[كتاب الرهن]

إشاره

كتاب الرهن الذى هو مصدر رهن أو اسم للشئ المرهون الذى يجمع على رهان. كسهم و سهام، و ربما قيل: و رهن لكن عن الأخفض أنه قبيح، لعدم جمع فعل على فعل إلا قليلا:

كسقف و سقف، بل هو جمع الجمع.

و على كل حال فتمام النظر فيه يستدعى فصولا

[الفصل الأول فى الرهن]

الأول: فى الرهن و هو لغه الثبات و الدوام و فى المسالك «و عن المصباح المنير: أو الحبس بأى سبب كان، قال الله تعالى (١) «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ» و أخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أنسب إن افتقر إلى المناسبه» قلت: ليس له معنى شرعى جديد يحمل عليه لفظه فى الكتاب و السنه كما حرر فى محله، و إن طفحت عباراتهم بأنه شرعا وثيقه لدين المرتهن لكن لا يريدون بذلك أنه حقيقه شرعيه بل المراد حقيقه عند المشرعه.

و لذا نسبه فى المحكى عن مجمع البحرين إلى عرف الفقهاء، و تسامحوا فى تعريفه، المقصود منه مجرد التصوير و التمييز و لو بذكر الشرائط فيه، فلا يناسب الإيراد عليه بلزوم الدور فيه، بذكر المرتهن فيه الذى يمكن تغييره بصاحب الدين أو من له الوثيقه، و بأنه غير شامل للرهن على الدرك و الأعيان المضمونه مما ليس دينا الذى تسمع البحث فى صحه الرهن عليهما و عدمه، و بنحو ذلك.

بل نوقش فى لفظه بعدم المطابقه فيه بين المبتدأ الذى هو لفظ مذكر، و الخبر الذى هو لفظ الوثيقه المؤنث، مع أنه قد يدفع بأن لفظ الوثيقه يستوى فيه التذكير و التأنيث فى الاستعمال، كما صرح به بعضهم، فخرجت التاء عن التأنيث، بل قيل:

إن التاء فيها للنقل من الوصفيه إلى الاسميه.

و على كل حال فلا ينبغى الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقيا

على معناه اللغوى، و إنما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص، أو الانجاس، أو اللفظ الدال على ذلك على حسب ما سمعته فى البيع، لا نفس الوثيقه التى هى معنى اسمى له، خارج عما نحن فيه من البحث عن العقود، فلا بد من حمل عبارته المصنف على إرادته جنس الوثيقه، أو نحو ذلك مما ينطبق على العقود.

و المراد كما ستعرف فيما يأتى من الوثيقه للدين ما يستوفى منها، لا أن المراد يستوفى بسبب حبسها، و إن لم يصلح الاستيفاء منها، كأى الولد، و العين الموقوفه و نحوهما، و لا إشكال فى ثبوته: أى الرهن فى الجملة، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات المذهب أو الدين.

كما لا ريب فى أنه يفتقر عقده إلى الإيجاب و القبول بل قد يظهر من المتن و من عبر كعبارته توقف صدقه أو صحته على ذلك، بل صرح بعضهم بذلك، و مقتضاه عدم جريان المعاطاه فيه لكن صرح فى التذكرة بأن الخلاف فيها فيه كالخلاف فى البيع.

و أشكله فى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا.

و فيه أنه يمكن دعوى السيره عليه هنا أيضا كالبيع، بل لا بأس بالتزام الفرق بينها و بين العقد، بجواز الرهن الحاصل بها بخلافه، و إن كان لا يخلو من تأمل، ضروره صدق الرهن على الحاصل بها، فيشمله أدله اللزوم الذى هو مقتضى السيره أيضا و لعلهم تركوا التعرض لها هنا لعدم الفرق بينها و بين العقد فى الحكم.

لكن قد عرفت سابقا أن التحقيق عدم كون المعاطاه فى البيع و غيره فردا من مسمياتها، و على تسليمه فهى ليست من الصحيح منه، ضروره اعتبار العقديه فى تحقق مفهومه، كما هو المنساق من نحو المتن، فى صحته، فلا يجرى حينئذ شىء من أحكامه عليها، و إلا لزم تعدد مفهوم البيع و لو من جهه الأحكام، و هو مقطوع بعدمه، بملاحظه الأدله، الظاهره فى أنه وحدانى كما هو واضح.

و كيف كان ف الإيجاب: كل لفظ دل على الارتهان، كقوله: رهنتك أو هذه وثيقه عندك، أو ما أدى هذا المعنى كوثقتك، و هذا رهن عندك، بل و أرهنت، بناء على ما فى المسالك و التنقيح من أنها لغه قليله، و زاد فى المسالك:

«أنه لا يبلغ شذوذها حد المنع، و أنها أوضح دلالة من كثير مما عدوه».

و عن الصحاح و المصباح و القاموس: رهن و أرهن بمعنى، فما عن المهذب البارع من أنه لا يقال: أرهن - اجتهاد فى مقابله النص، و نفى لا- يعارض الإثبات، مضافا إلى ما تعرفه من التسامح فى عقد الرهن فى الجملة، حتى استقرب فى التذكرة، عدم اشتراط اللفظ العربى فيه، و وافقه فى الدروس: فلا شك حينئذ فى تناول العقود.

للعقد بها.

بل فى الدروس «لو قال: خذه على مالك، أو بمالك، فهو رهن، و لو قال:

أمسكه حتى أعطيك مالك فأراد الرهن جاز، و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن» و لعل ذلك كله - كما فى المسالك - لأن الرهن ليس على حد العقود اللازمه، لأنه و إن كان لازما من طرف الراهن، لكنه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب اللزوم، و لزوم ما يعتبر فى اللازم ترجيح من غير مرجح، خصوصا مع البحث فى اعتبار ما ذكره فى اللازم، فيبقى حينئذ على مقتضى عموم الوفاء بالعقود، الشامل لكل ما قصد به عقد الرهن من الألفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص، و لا صيغه خاصه.

لكن فيه أن ترجيح جانب الجواز أيضا ترجيح من غير مرجح، و الأصول تقتضى عدم لحقوق أحكام الرهن، و المراد من العقود المأمور به بالوفاء بها المتعارفه نوعا و صنفا، فالمعلوم منها و لو بمعونه كلام الأصحاب يجب الوفاء به، و ما لم يعلم فضلا عن المعلوم عدمه لا يجب الوفاء به، اللهم إلا أن يمنع ذلك، و يقال: إنه إن سلم إرادته المتعارف منها، فالمراد المتعارف نوعها: أى البيع و الإجاره و الصلح و نحوها، و أما بالنسبه إلى ما ينقده به كل واحد منها فاللفظ شامل لكل ما قصد به العقد من الألفاظ إلا ما علم خروجه، أو حصل الشك فى تناول العام له من شهره عظيمه و نحوها، كما ادعوه فيما عدا الصيغ الخاصه للعقود اللازمه.

و بالجمله مدار المسأله على ذلك، و لا ريب فى أن الاحتياط يقتضى الأول، و الظن يقوى فى الثانى، إلا أن الظاهر اعتبار العربيه فيه على القولين لانصراف الإطلاق إليه، بل فى جامع المقاصد «تمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمى مع القدره على العربى» أما الماضويه فقد اعتبرها فى التذكره، بل ربما استظهر ذلك و المقارنه و تقديم الإيجاب على القبول، و العربيه، من المبسوط، و فقه الراوندى، و الوسيله و الغنيه، و السرائر، و جامع الشرائع، و النافع، و الإرشاد، و التبصره، و غيرها، مما اقتصر فيه على اعتبار الإيجاب و القبول، بدعوى انصرافهما إلى ذلك كله، و إن كان فيه ما فيه.

بل ما فى التذكره لا ينطبق على ما صرح بجوازه فيها، من هذا رهن، أو وثيقه عندك، و لو قيل: إنهما بمعناه أو أدل منه - من حيث دلالة الاسميه على الثبوت - رد بأنه قد شرط لفظ الماضى لا معناه، و بأن ذلك يستلزم جواز البيع بها، بأن يقول هذا مبيع لك بكذا، و هو لا يقول به نعم، يمكن أن يقال: إنه احترز بالماضى عن المستقبل خاصه، كما يشعر به قوله بعده بلا فصل، فلو قال: أرهنك كذا أو أنا أقبل لم يعتد به أو هو مع الأمر، و إن كان قد سمعت من الشهيد جوازه، كما أنك سمعت مدار الأمر فى المسأله.

و كيف كان ف لو عجز عن النطق بالإيجاب، و لو لخرس عارضى كفت الإشاره المفهمه للمقصود بأى عضو كان بلا خلاف أجده فيه، لقيامها حينئذ مقام اللفظ كما يفهم ذلك مما ورد فى تلييه الأخرس و تشهده.

و لو كتب بيده و الحال هذه و عرف ذلك من قصده جاز أيضا، لأنه من الإشاره أو أولى منها أو مساو لها، و لا يجزى شىء منهما مع عدم العجز قطعاً، لحصر الشارع،

المحلل و المحرم، فى الكلام (١)

و دليل البدليه خاص بحال العجز، فمن الغريب دعوى بعض متأخرى المتأخرين الجواز فيه أيضا مدعى عدم الدليل بالخصوص

على حال العجز، فليس إلا الاكتفاء بكل ما يدل على الرضا، وهو عام للحالين وفيه ما لا يخفى.

و أما القبول ف هو كل لفظ دل على الرضا بذلك الإيجاب و الكلام فيه كما فى الإيجاب، بل قد يظهر من المتن و غيره توسعه الأمر فيه أزيد من الإيجاب، حيث جعله هو الرضا من دون اعتبار لفظ دال عليه، فضلا عن أن يكون مخصوصا، و لعل الفارق بينه و بين الإيجاب أن الرهن لازم من قبل الراهن، لأنه يتعلق بحق غيره، فيجوز أن يعتبر فى حقه مالا يعتبر فى حق المرتهن، حيث أنه من قبله جائز، لأنه يتعلق بحقه، فيكفى فيه ما يكفى فى العقود الجائزه المحضه لكن ظاهر الأصحاب اعتبار القبول القولى.

نعم قد احتمل الفاضل فى التذكرة، و القواعد، الاكتفاء بالاشتراط فى عقد البيع عنه، فلو قال: بعتك هذا الكتاب و اشترطت عليك أن ترهننى دارك، فقال المشتري: قبلت و أرهنتك صح حينئذ، مع أن التحقيق خلافه أيضا بعد الإغضاء عن جواز تقديمه على الإيجاب، ضروره عدم حصول إنشاء الرضا بالإيجاب بذلك، و إنما دل الشرط على أنه يرضى بالارتهان حاله، كما هو واضح بأدنى تأمل فى نظائره و ربما يأتى لذلك تتمه إن شاء الله.

و على كل حال فلا ريب فى أنه يصح الارتهان سفرا و حضرا بلا خلاف فيه بيننا بل الإجماع بقسميه عليه، كما أن السنه شامله بإطلاقها للحالين، و الشرط فى الآيه (١) مبنى على الغالب فإن عدم الكاتب عاده لا يكون إلا فى السفر، فهو نحو قوله (٢) «وَ إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ إِلَى قَوْلِهِ، فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا» فإن عدم الماء يكون فى السفر غالبا فما عن بعض العامه من عدم جوازه فى الحضر للآيه فى غايه الضعف، خصوصا بعد اشتمالها على اشتراط عدم الكاتب، و هو غير شرط بموافقه الخصم، و بعد

١- ١ سورة البقره الآيه- ٢٨٣-

٢- ٢ سورة النساء الآيه- ٤٣- و سورة المائده الآيه- ٦- و لكن الآيه «وَ إِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ» إلى آخرها.

ورد عن النبي صلى الله عليه وآله (١) «انه رهن درعه عند يهودى و هو حاضر بالمدينه»

و الله أعلم.

و كيف كان ف هل القبض من المرتهن شرط فى صحه الرهن و ترتب آثاره عليه قيل : و القائل الشيخ فى أحد قوليهِ، و ابن إدريس، و الفاضل و ولده، و المحقق الثانى و الشهيد الثانى، و غيرهم لا- يشترط بل حكى أيضا عن البشرى، و الجواهر، و تخليص التلخيص، و المقتصر، و غايه المرام، و إيضاح النافع، و غيرها. بل فى السرائر نسبته إلى الأكثر من المحصلين، و فى كنز العرفان إلى المحققين، فيكفى فى الصحه حينئذ الإيجاب و القبول مع اجتماع باقى الشرائط و يتبعها اللزوم، بل فى الغنيه و السرائر لا خلاف فى حصول الصحه بدونهِ، و إن الخلاف إنما هو فى لزومه بدونهِ.

بل و كذا التذكرة و التحرير، و التنقيح، و المسالك، و الروضه، و غيرها، حيث أنهم قد جعلوا الخلاف فى ذلك دون الصحه، و احتمال إرادتها من اللزوم الذى هو محل الخلاف فى كلامهم ياباه ظاهر كلماتهم، و صريح الغنيه و السرائر و المسالك و غيرها، بل لعل احتمال العكس فى كلام من جعل الصحه موردا للنزاع كما هو ظاهر كثير بل الأكثر أولى. خصوصا بعد عدم الثمره المعتد بها لها قبل اللزوم، بل عن إيضاح النافع الجزم به، لكن الإنصاف عدم خلوه من البعد كما ستعرف فلاحظ و تأمل.

و قيل و القائل المفيد و الشيخ فى القول الآخر و بنو الجنيد، و حمزه، و البراج، و الطبرسى، و غيرهم، على ما حكى عن بعضهم نعم يشترط ذلك فى صحه الرهن، بل عن الطبرسى الإجماع عليه، بل ربما ظهر من بعضهم ما هو المحكى عن بعض أهل اللغه من عدم تحقق مسمى الرهن بدونهِ، و إن كان هو واضح الضعف ضروره كون لفظ الرهن كباقى ألفاظ العقود المعلوم عدم توقف صدقها على غير العقد من قبض و نحوه، و ان اعتبر فى ترتب الأثر، كالتقابض و القبض قبل التفرق فى الصرف

و السلم، و القبض فى الهبه و نحو ذلك، بل لعل وصف الرهان بالمقبوضه فى الآيه (١) مما يشهد لذلك، و حمله على الوصف الكاشف، خلاف الأصل فى الوصف بلا مقتضى، بل المقتضى على خلافه متحقق.

نعم لا بأس بجعل الصحه موقوفه عليه و إن تحقق الاسم بدون، و هو الأصح عند المصنف، و الشهيد، و غيرهما تبعاً لمن عرفت ممن ظاهر كلامه اعتباره فى الصحه دون اللزوم:

ففى المقنعه «و لا يصح الارتهان الا بالقبض» و فى النهايه «لا يدخل الشىء فى أن يكون رهناً إلا بعد قبض المرتهن له و تمكنه منه» و فى الوسيله «الرهن إنما يصح بثلاثة شروط: الإيجاب، و القبول، و القبض برضا الراهن إلا إذا اشترط فى العقد» لكن قد عرفت أن محل النزاع فى الغنيه اللزوم، فيمكن أن يكون قد حمل عباره الشيخين عليه، قال فيها: شروط صحته سته، إلى أن قال بعد ذكرها:

«و إذا تكامل هذه الشروط صح الرهن بلا خلاف، و ليس على صحته مع اختلال بعضها دليل، و أما القبض فهو شرط فى لزومه من جهه الراهن دون المرتهن، و من أصحابنا من قال يلزم بالإيجاب

و القبول، لقوله تعالى (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و القول الأول هو الظاهر من المذهب الذى عليه الإجماع، و إذا تعين المخالف باسمه و نسبه لم يؤثر خلافه».

و أصرح منها ما فى السرائر، فإنه أيضاً ذكر أن شروط صحته سته ثم قال:

«و إذا تكامل هذه الشروط صح الرهن بلا خلاف، و ليس على صحته مع اختلال بعضها دليل، فأما القبض فقد اختلف قول أصحابنا فيه، هل هو شرط فى لزومه أم لا؟ فقال بعضهم: إنه شرط فى لزومه من جهه الراهن دون المرتهن، و قال الأكثرون المحصلون منهم: يلزم بالإيجاب و القبول، و هذا هو الصحيح إلى أن قال:

١-١ سورة البقره الآيه ٢٨٣.

٢-٢ سورة المائده الآيه - ١.

و الأول مذهب شيخنا أبي جعفر فى نهايته، و شيخنا فى مقنعه، و الثانى: مذهب لشيخنا فى مسائل خلافه، فإنه رجع عما ذهب إليه فى نهايته» إذ هو كما ترى صريح فى فهمه اللزوم من عبارتى المقنعه و النهايه، و قد ظهر من ذلك الاضطراب فى كلمات الأصحاب المحررين للنزاع.

و على كل حال فالمحصل أن الأقوال فى المسأله ثلاثه، و إن كان مقتضى جميع المحررين للنزاع أو أكثرهم أن المسأله ثنائيه الأقوال، إلا أن التبع يقضى بما ذكرنا، الأول: عدم المدخليه له فى الصحه و اللزوم، و هو خيره الخلاف و السرائر و غيرهما ممن عرفت. و الثانى: توقف

الصحه عليه و هو ظاهر المقنعه، و النهايه، و الوسيله و غيرهم، بل هو صريح المحكى عن الطبرسى. و الثالث: توقف اللزوم عليه دون الصحه، و هو خيره المقنعه.

و أما الاحتمالات: فهى أكثر من ذلك، إذ منها أنه- شرط للصحه على جهه الكشف، بل هو مقتضى إطلاقهم الشرطيه عليه ضروره عدم كون المراد منها فى المتأخر غير الكشف، و من هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادته ذلك على جزء سبب الصحه، فإطلاق الشرطيه عليه حينئذ على ضرب من المجاز، كما جزم به فى جامع المقاصد.

و منها أنه شرط للزوم كذلك، بناء على أن السبب فى تأثيره: أى اللزوم العقد، فشرطه المتأخر حينئذ لا يكون إلا على جهه الكشف، و من هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادته ذلك على جزء السبب فى اللزوم؛ كما جزم به فى المسالك، و أن إطلاق الشرط عليه مجاز، لكن قد يمنع تسبب العقد اللزوم، لانفكاكه عنه كبيع خيار المجلس و غيره، بخلاف الصحه، فيمكن أن يكون هو السبب فى اللزوم، و تقدم العقد حينئذ شرطه.

و منه ينقدح احتمال ثالث: و إن كان الفرق بينه و بين القول بأنه جزء سبب فى اللزوم فى الثمره غير ظاهر.

و كيف كان فقد كفيينا مؤنه هذه الاحتمالات و غيرها بإمكان تحصيل الإجماع المركب على نفيها، لما عرفت من انحصار الخلاف قديما و حديثا في الأقوال الثلاثة التي يقوى في النظر فيها الأول، للايه، و غيرها مما دل على لزوم العقود، حتى جعله الأصل فيها، و إليه يرجع أصاله عدم الاشتراط الراجع إلى ظهور الأدله في كون العقود هي الأسباب لمدلولاتها من غير حاجه إلى شىء آخر.

و لظهور النصوص في ترتب الأحكام على صدق الرهن الذى لا ريب فى عدم توقف صدقه على القبض، بل لا يخفى على من تصفحها على كثرتها ظهور ترتب أحكام الرهن المقبوض على ما تحقق مسماه فيه من غير تعرض للقبض و عدمه، و لو كان معتبرا فى صحه أو لزوم و جب التفصيل، و إلا لزم الإغراء بالجهل، بل لعل ترك الاستفصال فيه دليل العموم.

نعم يستفاد منها على وجه لا يسع الفقيه إنكاره استحقاق المرتهن على الراهن قبضه، لأن الأصل فى مشروعيته التوثق، و لا يتم غالبا إلا به، بل لا يخفى ظهور النصوص فى المفروغيه من ذلك، كما يرمى إليه ذكر أحكام المقبوض بمجرد ما قيل فى السؤال أنه رهن، و كأن هذا هو الذى غر القائل بالشرطيه، لكنك خير فى أنه أعم منها، إذ الأقوى وجوب الإقباض على الراهن إذا طلبه المرتهن، و إن لم يكن شرطا فى صحه أو لزوم كما جزم به فى التحرير، و لعله لما ذكرنا بل و لما ستسمعه مما ذكره دليلا للشرطيه، بل لعل مبنى الرهانه على ذلك.

لكن توقف فيه فى القواعد، فقال: «ليس القبض شرطا على رأى، و هل له المطالبه به؟»

إشكال» إذ الظاهر أن مراده على تقدير عدم الشرطيه كما اعترف به فى جامع المقاصد موجه للإشكال بنحو ما ذكرنا، و بانتفاء المقتضى، إذ العقد لا يقتضيه، و لا سبب غيره، و الإرشاد التوثق بالقبض فى الآيه (١) لا يدل على كون ذلك مستحقا للمرتهن على الراهن بمجرد العقد، و مما ذكرنا يظهر لك أن الترجيح للأول.

هذا. و لكن فى القواعد بعد ذلك أنه لا يجبر الراهن على الإقباض، فلو رهن و

لم يسلم لم يجبر عليه، و قد قيل: إنه جزم بعد التردد، و لعل الأولى جعل ذلك منه على تقدير الاشتراط، كما يشهد به التأمل لكلامه أولا و آخرا فلاحظ و تأمل.

و قال أيضا فيها فى الفصل السادس: «و إذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامه اليد» كما أن ما عن المبسوط - من أنه «إذا جن الراهن أو أغمى عليه، أو رجع قبل القبض، قبض المرتهن، لأن العقد أوجب القبض» - ينبغى حمله على ما قلناه، ضروره أنه لا وجه له معتد به على تقدير الشرطيه، و إن سمعت فى الصرف دعوى مثل ذلك من بعضهم فى التقابض، فأوجه بالعقد مع توقف الصحه عليه، لكنه مع أنه لم يدعه أحد هنا، فيه ما عرفت، على أن المحكى عنه فى المبسوط أنه قال: «و الأولى أن نقول أنه يلزم بالإيجاب و القبول» فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك.

و على كل حال فلا- تنافى بين وجوب الإقباض و بين القول بعدم الشرطيه الذى قد عرفت قوته، و يزيده قوه، ضعف دليل المخالف، إذ ليس إلا الأصل، الذى ليس بأصيل بعد العقد و ما دل على لزومه و صدق الرهن، و الآيه التى ادعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجيته فى المقام، خصوصا بعد ظهور التقييد فيه فى تمام الإرشاد، أو أنها إنما دلت على مشروعيه الرهن المقبوض، فينفى غيره بالأصل المقطوع بالإطلاقات.

و بالجملة دعوى - دلالة الآيه على الشرطيه فى الرهن بعد ظهورها فى إرادته الإرشاد، كما يومى إليه التعليق على السفر، و عدم الكاتب، و أنه لا قائل بوجوب أخذ لرهن كما يستفاد من الجملة - فى غايه الفساد كما هو واضح.

و

خبر محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر عليه السلام كما فى كتب الأصول و كثير من كتب الفروع، أو الصادق عليه السلام كما فى قليل من الأخيره «لا رهن إلا مقبوضا»

المعتضد ب ما رواه العياشى (٢) عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك، الذى هو بعد الإغضاء عن سنده، و أنه من قسم الموثق، و إن قال الشهيد و غيره: أنه مردود، لاشتراكه

١- ١ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٢.

بين الثقة و الضعيف، لأن المراد منه هنا البجلى الثقة، بقرينه روايه عاصم عنه، بناء على أنه ابن حميد، و أن ابن سماعه فيه، الحسن بن محمد بن سماعه، و أن طريق الشيخ إليه قوى، و الإغضاء عن كونه موافقا لجمهور العامه، و منهم أبو حنيفه، و الشافعى، و أحمد، فى إحدى الروايتين، خصوصا مع شدة التقية فى زمانه عليه السلام، و الإغضاء عن احتمال إرادته بيان اعتبار كون الرهن مما يقبض كما يومى إليه عدم تخصيص القبض للمرتهن.

محتمل لإرادته بيان نفي الاعتداد به فى الاستيثاق و الطمأنينه، لا الشرطيه، بل لعل الظاهر منه ذلك، بعد أن كان المنفى فيه، العين المرهونه، لا العقد الذى يوصف بالصحة و البطلان، و بعد أن كان الظاهر منه استدامه القبض للعين المرهونه، باعتبار نفي الرهن بدونها، الظاهر فى لزوم اتصافها بذلك لصفه الرهن، و الإجماع بقسميه كما ستعرف على عدم اعتبار الاستدامه، و بذلك يضعف دلالة الآيه أيضا، و يقوى إرادته الإرشاد منها، بل قد يستفاد منها و من الخبر مشروعيه الرهن بغير قبض، كما هو المختار، و إن كان لا يحصل به تمام الاستيثاق فى بعض الأحوال.

و الإجماع المحكى عن الطبرسى المعارض بنفى الخلاف من ابني زهره و إدريس عن الصحة بدونه كما أن إجماع ابن زهره على اعتباره فى اللزوم معارض بما سمعته من ابن إدريس و المقداد، بل دعوى تبين خلافه، لعدم المصرح باعتباره فى اللزوم دون الصحة غيره، على أنه قد اعترف بوجود المخالف إلا أنه غير قادح، لمعروفيته باسمه و نسبه، و لا ريب فى قدحه و إن كان كذلك، على طريقتنا فى الإجماع كما بين فى الأصول محررا، فقد بان من ذلك فساد دعوى الشرطيه على كل حال، و إن كانت هى فى اللزوم أوضح فسادا، ضروره عدم دليل للصحة حينئذ على وجه يوصلها عن اللزوم غير نفي الخلاف المزبور المعارض بما سمعت، فلا ريب حينئذ فى قوه القول بالعدم مطلقا فتسقط حينئذ جميع الفروع التى ذكرها فى المقام و أطنبوا فيها لكن لا بأس بالتعرض إلى جملة منها بناء على الشرطيه.

فمنها أنه لو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد عقد الرهن، و لم يصح

بناء على اعتباره فى الصحه بلا- خلاف أجده فىه، لكونه قبضا غير مأذون فىه أو منهى عنه، لما عرفت من وجوب الإقباض علىه بالعقد، فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقاؤه، بل لا يقطعه إلا حصول المقطوع به من الشرط و هو القبض المأذون فىه.

فدعوى إطلاق دليل الشرطيه الذى لا ينكر انسياقه إلى المأذون فىه، خصوصا بعد استقراء نظائر المقام مما كان القبض فىه تتمه السبب، و خصوصا بعد معارضه قاعده عدم سقوط حق الغير إلا- برضاه، و خصوصا بعد عدم الخلاف فىه لا يصغى إليها، كدعوى وجوب الإقباض علىه بالعقد الذى لم يكن سببا تاما فى حصول مدلوله، لأن الفرض توقف الصحه على الإقباض، بل الظاهر أنه كذلك لو قلنا بأنه شرط للزوم، ضروره عدم اقتضاء العقد الجائر وجوب إلزامه.

نعم قد يقال: بجواز قبضه للمرتهن، باعتبار تعلق حق الرهانه فىه المقتضيه للقبض باعتبار بنائها على التوثق الذى لا يتم غالبا الا به، فهو و إن كان باقيا على ملك المالك، إلا أنه لا يمنع ذلك من قبضه للمرتهن، بعد اقتضاء حق الرهانه ذلك شرعا، لكن لا يؤثر هذا القبض لزوما فى حق الراهن، للأصل و غيره، مع احتمال له لإطلاق ما دل على اللزوم به، فهو كالتصرف فى الهبه و المعاطاه المقتضى للزوم من الجانبين، و عدم وجوب الإقباض غير اللزوم بالقبض و لعله لذا حكى عن الكفايه الإشكال فى اعتبار الإذن، بناء على كون القبض شرطا فى الصحه دون اللزوم، و إن كان الظاهر ما ذكرنا أولا.

و أما على المختار من عدم الاشتراط و أنه يجب على الراهن الإقباض، فليس للمالك منع المرتهن من قبضه، بل و لا يتوقف على إذنه، لتعلق حق الرهانه المقتضى لذلك شرعا، فهو كما لو شرط الرهانه المشتمله على القبض بعقد لازم، أو نذرهما مثلا و احتمال وجوب مراعاة الأذن- لكونه باقيا على ملكه، و إن كان إذا امتنع أجبره الحاكم، فإن لم يمكن قام مقامه فى التسليم- لا يخلو من وجه، إلا أن الأقوى ما ذكرنا.

فما عن الكفايه- من الجزم بوجوب إذن الراهن على القول بعدم الاشتراط فى اللزوم فضلا عن الصحه، و اختاره بعض مشايخنا. بل زاد علىه الجزم باحتياجه

على تقدير اشتراطه فى اللزوم دون الصحة- واضح الضعف، و لعلهما بنى الأول على عدم وجوب القبض و إن قلنا بعدم شرطيته، لكنك قد عرفت ضعفه سابقا فلاحظ و تأمل.

و منه تعلم الحال فيما لو اشترط الرهن فى عقد لازم، فإنه على المختار لا بد من الرهن و القبض، إلا أن الظاهر كون وجوب القبض من مقتضى الرهانه كما عرفت، لا من جهة الشرطيه التى ليست هى إلا الرهانه المحققه بدونه، نعم يتجه ذلك على القول بأنه شرط فى الصحة، ضروره عدم تعلق حق الرهانه بالعين المشترط رهنها بدونه، فلا يجدى مجرد العقد الذى لم يتعقبه قبض، إذ هو كالرهن الفاسد، و صحه إطلاق الرهن على العقد كما ذكرناه سابقا لا ينافى كون المراد هنا الرهن المخصوص.

أما لو قلنا بأنه شرط للزوم ففى المسالك «ينبغى أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض و إن لم يلزم من قبل الراهن، لأن ما يجب الوفاء به الرهن الصحيح، و هو أعم من اللازم» لكن فيه أنه لا تحصل الفائده المطلوبه من اشتراطه، فينبغى التقييد فى الاشتراط برهن مقبوض، اللهم إلا- أن يدعى دلالة القرائن على ذلك، بناء على الاكتفاء بمثلها أو يقال: إن الرهن المشروط فى العقد اللازم يستحق القبض و إن قلنا بكونه شرطاً فى اللزوم كما حكاه فى المسالك عن الشهيد، و لعله راجع إلى ما ذكرنا من دلالة القرائن على ذلك، و الا فليس ما يقتضى استحقاقه بمجرد اشتراطه غيره، هذا كله إذا اشترط الرهن خاصه.

أما إذا اشترط القبض معه فالمتجه بناء على ما ذكرنا سابقا فى الشرائط وجوبها على المشترط عليه، و إجباره عليه، فإن لم يمكن تسلط على الخيار. نعم على ما تقدم من الشهيد، يتجه ما صرح به هنا من عدم وجوب ذلك عليه، بل أقصاه تسلط ذى الشرط على الخيار، و هو خيره الفاضل فى المقام، لكن فيه ما عرفت سابقا و الله أعلم.

و قد ظهر من ذلك كله عدم صحه الرهن بالقبض من غير اذن بناء على اعتباره فى صحته و كذا لو أذن فى قبضه ثم رجع بإذنه قبل قبضه إذ هو كغير المأذون فيه، ضروره عدم اللزوم عليه بالإذن الذى له الرجوع فيها، للأصل و غيره، فيتجه حينئذ جميع ما ذكرنا فيه سابقا، و لا يقال: إن الإذن هنا قد أسقطت حقه

من الرجوع، بناء على الشرطيه فى اللزوم، إذ قد عرفت أن المسقط له شرعا إنما هو القبض، لا الإذن فيه، بل لو صرح بالإسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلك الإسقاط، لعدم كون الجواز هنا كالخيار، بل هو من الأحكام الشرعيه لا الحقوق المالكيه التى يتسلط عليها الإسقاط كل ذلك مع عدم الخلاف فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ممن اعتبر الإذن فى القبض، سواء قلنا إنه شرط فى اللزوم أو الصحه.

و كذا لا- يصح الرهن لو نطق بالعقد ثم جن، أو أغمى عليه، أو مات قبل القبض مثلا- بناء على اعتباره فى الصحه بلا خلاف أجده، لظهور ما دل على شرطيه الاختيار إلى تمام سبب الصحه إنما الكلام فى البطلان بذلك على تقدير اعتباره فى اللزوم، فربما قيل به، لأنه حينئذ من العقود الجائزه المعلوم بطلانها بعروض ذلك.

وفيه: أنه لا دليل على عموم ذلك فيها بحيث يشمل المقام الذى هو يؤوله إلى اللزوم بالقبض ليشبه بيع الخيار، و يصلح لقطع الاستصحاب و تقييد إطلاق دليل الصحه فيقوم حينئذ من انتقل إليه ولايه التصرف مقامه، مراعىا للمصلحه حيث يجب عليه ذلك، و لا منافاه بين انتقال عين المال إلى الوارث أو ولايته إلى الولي، و بين تعلق حق الرهانه، بل أقصاها أنها جائزه كما كانت للأصل و بذلك يفرق بين المقام و غيره من العقود الجائزه، كالوكاله و العاريه و الوديعة، إذ ليس هو مثلها قطعا، بل هو كبيع الخيار، و كالهيه بعد القبض قبل التصرف التى يجوز الرجوع فيها للمالك قبله، و لا مجال لاحتمال البطلان فيهما.

و لعله لذا جزم فى التذكرة بعدم البطلان فى الأولين، بل كان عليه ذلك بالنسبه إلى الأخير أيضا، إلا أنه لم يرجح فيه فيها، بل المتجه عدم الفرق فى ذلك بين الراهن و المرتهن على كل من قولى الصحه و اللزوم.

لكن فى الدروس، اختار البطلان فى الثلاثه بالنسبه إلى الراهن، ثم قال:

«و لو مات المرتهن انتقل حق القبض إلى وارثه، و الفرق تعلق حق الورثه و الديان بعد موت الراهن به، فلا- يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن، فإن الدين باق،

فيبقى وثيقه»، وقال أيضا «و لو جن المرتهن أو أغمى عليه قام وليه مقامه».

و فيه ما لا يخفى بناء على أنه شرط في الصحة، كما هو ظاهر كلامه في أصل المسألة، بل و على تقدير كونه شرطا في اللزوم، ضروره كون المتجه عليه البطلان مطلقا، أو الصحة كذلك، لاتحاد المدرك و الفرق الذى ذكره بالنسبه إلى الموت غير مجد، بعد أن كان للورثه و الديانه الفسخ، إذ لا يلزم عليهم القبض المقتضى للزوم، فتجدد تعلق حق الديانه و الوراثه لا يبطل الحق المتعلق سابقا كما هو واضح.

نعم احتمال الصحة مع موت المرتهن أوضح منه مع موت الراهن، و بذلك كله تعرف الاضطراب فى جملة من كلمات الأصحاب فى المقام، و احتمالاتهم التى منها ما يقضى بكونه معتبرا عندهم فى الصحة، و منها ما يقضى باعتباره فى اللزوم، و قد أشكل على ثانى الشهيدين الذى جعل النزاع فى الأخير المراد من نحو المتن، و لا ريب فى ظهوره فى الاعتبار فى الصحة، فلا إشكال فيه من هذه الجبهه.

كما أنه لا- إشكال فى عدم البطلان بعروض شىء من ذلك للراهن أو المرتهن، بناء على المختار، كما صرح به جماعه ممن خيره ذلك، بل حكاه فى الدروس عن المبسوط معترفا بإشعاره بعدم الشرطيه، و إن كان للمرتهن طلبه للتوثق به، و هو مما يرشد إلى موافقته للمختار، كما حكيناه سابقا، ثم إنه لا يخفى عليك الحال بعد الإحاطه بما ذكرنا فيما لو كان الرهن مشترطا فى عقد لازم، ثم عرض نحو الأمور الثلاثة قبل الرهن أو بعده قبل الإقباض، و الله أعلم.

و كيف كان ف ليس استدامه القبض شرطا بل يكفى تحققه فى الصحة أو اللزوم بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، و هو الحجه بعد العمومات التى يمكن إرادتها للشيخ فى الاستدلال عليه بأخبار الفرقه، إذ لم نجد المتحد منها الدال على ذلك صريحا، فضلا عن المتعدد.

نعم ربما تجشم دلالة النصوص الواردة فى منفعه الرهن و علتة المعلوم كونها للراهن التى تتوقف غالبا على قبضه الرهن، و الأمر سهل بعد ما عرفت الذى منه

يظهر ضعف ما عن أبي حنيفة، وأحمد، ومالك، من اشتراط الاستداه كالأبتداء، للآيه التي قد تقدم البحث فيها. بل عن الأردبيلي ان ظاهر التذكرة ذلك فى مسأله منع المرتهن من التصرف قلت: الموجود فيها هناك «الرهن وثيقه لدين المرتهن، فإن جعلنا القبض شرطاً أو كان لازماً استحق المرتهن إدامه اليد، ولا يزال يده إلا للانتفاع، على خلاف قد سبق» ويمكن أن يريد و لو بقرينه أنه ممن حكى الإجماع على عدم اشتراط الاستداه قبل ذلك، الاستحقاق لا على جهة الشرطيه، و لعله كذلك لما عرفت من اقتضاء حق الرهانه ذلك.

فلو عاد إلى الراهن و إن لم يكن بعنوان الوكاله عن المرتهن أو تصرف فيه تصرفاً لا ينافى كونه رهناً لم يخرج عن حق الرهانه سواء كان ذلك باذن المرتهن أولاً، و إن كان الظاهر تحقق الإثم عليه مع عدم الإذن فى بعض الأحوال و الله أعلم.

و منها: أنه لو رهن ما هو فى يد المرتهن لزم الرهن على القولين من غير حاجه إلى إذن بالقبض، و لا- مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض، و لو كان استيلاء يد المرتهن عليه غضباً وفاقاً لإطلاق الأكثر، لا لتحقق القبض الذى هو شرط، لوضوح بطلانه فى الأخير المنهى عنه، فيكون فاسداً لذلك، إذ النهى و إن كان لا- يقتضى الفساد فى غير العباده، إلا أن القبض على تقدير اعتباره ركن، و عدم اقتضاء الفساد إنما هو بعد تمام الأركان، و إلا لاجتزى بالقبض بغير إذن لو لم يكن مقبوضاً، و قد عرفت بطلانه و ليس الإرهان إذناً باستداه القبض قطعاً، مع أنه لا يتم فى التصريح بحرمه استداه القبض الأول، بل لعله باطل فى الأول أيضاً ضروره ظهور أدله الشرطيه فى اعتبار القبض للرهن، فلا يجزى قبض العاريه و الوديعه مثلاً، و الفرض أنه لم يتجدد إذن فى استداه القبض للرهن.

- بل لعدم تناول دليل الشرطيه لمثل الفرض، ضروره ظهوره فى غير المقبوض،

أما هو فيبقى على أصاله اللزوم في العقد، فيتحقق رهنه حينئذ، وهو على القبض الأول حتى انه لو كان مضمونا بغصب، أو بيع فاسد، أو سوم، أو عاربه مضمونه أو نحو ذلك بقي عليه، كما هو خيره الأكثر، بل لا خلاف أجده إلا من الفاضل في القواعد، و المحكى عن يحيى بن سعيد، و لا تنافي بين رهنه و ضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنه، كالتعدى في المرهون.

نعم يقوى ارتفاع الضمان بالإذن من الراهن في استدامه القبض للرهن، وفاقا لجماعه، بل عن حواشى الشهيد نفى الخلاف عنه، لا انتقاض الحال الأول، بل هو شبه الوكاله في القبض عنه، و دعوى- ظهور دليل الضمان في مثل الغصب في عدم ارتفاعه إلا بالتأديه المعلوم انتفاؤها في المقام و إن اذن، فسبب الضمان الأول لم يرتفع، و إن اذن في الاستدامه و ارتفع الإثم بذلك، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان الذى هو مقتضى السبب الأول لم يسقط كما صرح به في القواعد، و جامع الشرائع و الإيضاح، و حواشى الشهيد، و غايه المرام، و جامع المقاصد، على ما حكى عن بعضها، إذ هو ترتب شرعى و الإسقاط كالإبراء إنما يجدى في الحق الثابت في الذمه مثلا، و ليس المقام منه قطعاً، إذ لا شىء في الذمه حينئذ، لكون المراد من الضمان فيه انه لو تلفت العين ضمن مثلها، و لا معنى لإسقاطه قبل حصوله، كما انه لا معنى لإسقاط سببيه السبب الذى جعل الشارع غايه ارتفاعه التأديه المعلوم انتفاؤها في المقام- يدفعها أولاً: منع عدم صدق التأديه على نحو ذلك، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك، و انه من تصرفه فيه، فهو كما لو تاب الغاصب و طلب من المالك قبض ماله فقال له: لبيق عندك وديعه، و كما لو أرهن المالك مغصوبا عند غير الغاصب، و قد اذن للراهن في قبضه منه و قبضه، و دعوى- التزام الضمان في ذلك و نحوه- أيضا كما ترى يمكن ان يقطع بعدمه، و انه ظلم واضح، فلعل المراد من التأديه في خبر الضمان ما يشمل مثل ذلك، لا انه القبض الفعلى خاصه.

و ثانيا ظهور كون المراد من الخبر ما إذا بقيت يد الضمان على حالها، لا ما إذا تغيرت و صارت يد امانه مثلا، فيبقى حينئذ على أصاله البراءه التى لا يعارضها

استصحاب الضمان، بعد ما عرفت من ظهور دليله فى غير الفرض، و من معلوميه كون السبب فى الضمان العدوان، و الفرض زواله بالائتمان، فلا وجه للاستصحاب.

و عدم ارتفاع الضمان بالإسقاط - مع أن فيه بحثا. بل عن الشيخ السقوط لحصول سبب الوجوب، فليس إبراء مما لم يجب، و تبعه المصنف فيما يأتى، و الفاضل فى التحرير - لا - مدخليه له فيما نحن فيه الذى فرض حصول الإذن من الغاصب باستدامه القبض، على أنه رهن، أو وديعه، أو عاريه مثلا، و أنه بذلك صار أمانه فى يده، و دعوى الفرق - بين المقام، و الوديعة التى هى استنابه عن المالك فى الحفظ و القبض لمصلحه، بخلاف ما نحن فيه، بل و العاريه و التوكيل على البيع و الإعتاق على إشكال - غير مسموعه، فإن دقيق النظر يقضى بعدم الفرق بين الجميع.

كما أنه يقضى بعدم الفرق بين المغصوب و بين غيره - مما هو مضمون كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم، أو الشراء الفاسد أو نحو ذلك - فيما ذكرنا من الحكم، و من ذلك تعرف النظر فيما فى القواعد، و جامع المقاصد، و غيرهما، و قد يأتى إن شاء الله لذلك تتمه فتأمل جيدا.

و على كل حال فقد ظهر لك أن السبب فى لزوم الرهن فى مفروض المتن ما قلناه، لا ما سمعت الذى قد عرفت أنه لا يتم فى الغصب، و لذلك فصل فى المسالك، و الروضه بين المغصوب و غيره، فاعتبر الإذن و مضى الزمان فى الأول، دون الثانى، و لا ريب فى ضعفه، بل لم اعرف هذا التفصيل لغيره عدا الفاضل فى ظاهر التذكرة، و إن حكاها فى الروضه عن بعض، و لعله هو مراده.

كما أنه لم اعرف وجهها معتدا به لاعتبار مضى الزمان و إن قيل فى توجيهه:

أن الإذن فى القبض يستدعى تحصيله، و من ضرورياته مضى زمان، فهو دال على القبض الفعلى بالمطابقه، و على الزمان بالالتزام، و لما لزم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامى، لتعذر المطابقى، و هو كما ترى، ضروره أن اعتبار الزمان من باب المقدمه لحصول القبض، فلا يعقل اعتباره مع حصول ذى المقدمه كما هو واضح.

و لو علل بأن المنساق من القبض فى مثله بعد فرض شمول دليل الشرطيه له ذلك، لكان أولى، و إن كان فيه منع واضح أيضا، خصوصا بعد عدم تعذر الحقيقه، بأن يرجعه إلى صاحبه ثم يقبضه منه، أو يتوكل عنه فى قبضه و إقباضه، فيكون كالموجب و القابل.

و أما الإذن فبناء على عدم اعتبار القبض السابق لكون الفرض أنه غضب، و على أنه شرط فى مثل الفرض فالمتجه اعتبارها ليكون استدامه القبض مستنده إليها، فيتحقق القبض المأذون فيه بعد الرهانه ضروره صدقه على الاستدامه لكن قد عرفت أن التحقيق عدم اعتبار القبض فى مثل الفرض، و من هنا اتجه القول باللزوم و إن لم يحصل إذن فى الاستدامه، كما هو مقتضى إطلاق الأ-كثر الذين لم يفرقوا بين الوديعه و العاريه، و المغصوب، فى عدم اعتبار الاذن و مضى الزمان، بل لا خلاف محقق أجده فى ذلك فى الأولين.

نعم حكى فى الدروس من الشيخ الحكم بأنه لا بد من مضى زمان يمكن فيه القبض منهما، و لعله يلزم ذلك فى الثالث، الا أنه لم نتحقق ما حكاه عنه، إذ المحكى عنه فى المبسوط، و الخلاف انه قال: «إذا كان له فى يد رجل مال وديعه، أو عاريه، أو إجاره، أو غضبا فجعله رهنا عنده بدين له، كان الرهن صحيحا و يكون ذلك قبضا إذا أذن له الراهن فى قبض عين الرهن» و زاد فى الثانى «و إذا لم يأذن له لم يكن على كونه قبضا دليل» كما أنه حكى عن الأول فى مسأله ما إذا أذن له و جن تم القبض و صح، و قد قيل: أنه لا يصح إلا بعد أن يأتى عليه زمان يمكن قبضه فيه.

و الجميع كما ترى ليس فيه اشتراط مضى الزمان المعروف نقله عن الشافعى و إنما اقتصر على الإذن خاصه، من غير فرق بين المغصوب و غيره، و لعله لتحقق القبض المعبر بها، إذ الاستدامه كالاتداء و لا يجدى القبض الأول اما فى المغصوب فواضح، و أما فى غيره فلأنه ليس قبض رهانه و ان كنا لم نشترط تعقب القبض للرهانه و هو جيد، بناء على اعتبار القبض فى مثل الفرض لعدم تيقن حصول الشرط بغير ذلك.

نعم فيه ما ذكرنا سابقا من عدم الدليل على اشتراطه فى هذا الحال. فيلزم بدونه

على تقدير الشرطيه، و إلا فعلى المختار من عدم الشرطيه أصلا فلا بحث فى اللزوم، و سقوط هذا الكلام من أصله و الله أعلم.

و منها: أنه لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد منقولا كان أو غيره غيبه لا يصدق معها القبض لو خلى بينه و بينه فيما يكفى فيه ذلك لو لا الغيبه لم يصر رهنا صحيحا، بناء على الاعتبار فى الصحه، أو لازما على اعتباره فى اللزوم حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن، و يقبضه بما يصدق معه من تخليه، أو نقل بلا خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد، نسبته إلى نص الأصحاب و غيرهم، لعدم حصول الشرط بدون ذلك، و لا يكفى الإذن مع مضى زمان يمكن فيه القبض و إن كان المرهون غير منقول، لمنع حصول التخليه بذلك، فضلا عن حصولها بالاذن خاصه.

نعم قد يقال: لا حاجه إلى الإذن فضلا عن مضى الزمان لو كان المرهون مقبوضا للمرتهن سابقا و إن كان غائبا عنه حال العقد استصحابا لحكم القبض السابق. مع احتمال العدم أيضا كما عن أحد وجهى الشافعيه حتى مع مضى الزمان، بل لا بد من الحضور فعلا، بل عن أحد الوجهين عنهم أيضا أنه لا بد من النقل فعلا للمنقول مثلا و إن كان فيه ما لا يخفى.

و لعل ذلك لا ينافى ما تقدم سابقا المفروض فيه وقوع الرهن على المقبوض عنده لكن بهذا النوع من القبض، لا أنه رهنها و هو أى الغاصب و نحوه غائب عنها، إلا أن استدلال بعضهم هناك باستصحاب حكم القبض ينافى ذلك، و حينئذ فيكون كلامهم شاهدا لما قلنا أولا- الذى الحيله بناء عليه فى رهن الغائب إذا لم يكن مقبوضا للمرتهن، و كان مقبوضا للراهن بأن يوكله فى القبض عنه، فيجعل استدامه قبضه للرهن، فيصح حينئذ، اللهم إن أن يمنع صحه الوكاله فيما هو فى حكم القبض، و لا يخفى عليك سقوط هذا البحث من أصله على المختار.

و كيف كان ف لو أقر الراهن بالإقباض قضى به عليه لعموم (١)

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

لكن إذا لم يعلم كذبه فإنه لا- عبره بإقراره قطعاً، فلا يشمل الجواز المزبور و لو رجع عن إقراره السابق لم يقبل رجوعه كما فى كل إنكار بعد إقرار، و إلا- لم يكن الإقرار جائزاً عليه على كل حال، كما هو مقتضى الخبر السابق، و ما عن المبسوط- من أنه قوى القبول فى آخر كلامه، لجريان العاده بوقوع الشهاده فى الوثائق قبل تحقق ما فيها، بل استقر به فى التذكرة- واضح الضعف، بل كأنه اجتهاد فى مقابله النص و مخالف لأصالة الصحه فى قول المسلم و فعله.

نعم قد تسمع دعواه لو ادعى المواطاه على الإقرار و الاشهاد عليه إقامه لرسم الوثيقه، حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض و يتوجه له اليمين حينئذ على المرتهن كما صرح به جماعه، لجريان العاده بذلك و لعموم (١)

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و اختاره المصنف بقوله على الأشبه مشعرا بوقوع الخلاف فيه، بل صرح به فى شرح الترددات، و ان لم يحضرنى الآن نسخته، إلا أنه لا يخلو من وجه، لتكذيب دعواه بظاهر إقراره السابق.

و كذا لو ادعى الغلط فى إقراره و أظهر تأويلا ممكنا، كأن قال: انى أقبضته بالقول: فظننت الاكتفاء به حيث يمكن فى حقه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى ما كتبه و كيلى، فظهر مزورا و نحو ذلك، و إن صرح بالسماع فيه فى التذكرة، و الدروس، و

المسالك، و الروضه، و محكى المبسوط، و لعله لأنه لم يكذب إقراره فى الحقيقه، فيشمله العموم المزبور الذى يعارضه عموم الإقرار من وجه فيرجح عليه بفتوى من عرفت، و لا دليل على عدم قبول الدعوى المكذبه و البينه كذلك على كل حال بحيث يشمل المقام الذى قد عرفت فتوى لجمله من الأساطين بالسماع فيه، بل ربما نقل أن الأشبه سماع التأويل الممكن و إن كان الإقرار فى مجلس الحكم لكن فى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث- ١- ٣- لكن فيه « و اليمين على من ادعى عليه».

التذكرة نظريه و لم يرجح بل كأنه مال إلى عدم السماع، و قد تقدم في أول بيع الحيوان ماله نفع في المقام فلاحظ و تأمل.

هذا كله إذا شهد الشاهدان بإقراره أو اعترف هو به، أما لو شهدا بنفس الإقباض و مشاهدته لم تسمع دعواه، و لم يتوجه له اليمين، بل في التذكرة «و كذا لو شهدا على إقراره بالإقباض بعد إنكاره الإقرار» فتأمل.

ثم إنه لا يخفى عليك تصوير المسألة بالنسبه إلى المرتهن، و فيما إذا كانت العين في يد الراهن أو المرتهن أو ثالث موجوده أو تالفه، بأن قال: تواطأنا على الإقرار، ثم أخذه من دون إذن فتلف، كما أنه لا يخفى عليك جريانها على القول باعتبار القبض في الصحة و اللزوم و عدمه و الله أعلم.

و كيف كان فعلى الشرطيه و عدمها لا- يجوز تسليم المتاع الا برضا شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل، على الأشبه وفاقا لصريح التحرير، و الدروس، و ظاهر القواعد، و اللعمه، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه، و المانع الشرعي كالمانع العقلي خلافا للمحكى عن المبسوط فيما قبضه التخليه، لعدم اقتضاءها التصرف، و استجوده في المسالك و غيرها.

لكن قد يناقش بمنع تحقق التخليه التي يصدق القبض معها بدونه، ضروره أنه سلطنه عرفيه زائده على السلطنه الشرعيه المتحققه بالعقد في نحو البيع، و كونه كالمالك لا- يحقق القبض، إذ يمكن منعه بالنسبه إليه أيضا لتوقف دخوله و نحوه من التصرفات على إذن الشريك، فليس مقبوضا له، و التخليه التي يتحقق معها القبض:

هي ما يحصل بها السلطنه على القبض الفعلي، بحيث لو أراد له لأوقعه، فمع فرض المانع عنه كما في المقام و لو شرعا لم تحصل السلطنه المزبوره.

و على كل حال فلو سلمه إياه عدوانا ففي القواعد «في الاكتفاء به- أي على الشرطيه نظر»- أقربه ذلك، للقبض و إن تعدى في غير الرهن، و وافقه عليه ولده كما قيل، و ثانی المحققين، و الشهيدين و غيرهم، لأن النهي انما هو لحق الشريك خاصه، إذ الفرض حصول الاذن من قبل الراهن الذي هو المعترف شرعا، و كونه قبضا

واحدًا لا- ينافى الحكم بالوقوع، لاختلاف الجبهه و قد يشكل بمنافاته لما حكى من كلامهم فى باب الهبه من التصريح بعدم الاكتفاء، للنهى المانع، كما لو وقع بدون إذن الراهن، و قد تقدم التحقيق فى باب القبض.

و لو و كل المرتهن الشريك على القبض، و قد أذن له الراهن جاز بلا خلاف و لا إشكال، بل فى جامع المقاصد قوه الاكتفاء باذن الراهن للشريك و المرتهن فى القبض من دون أن يأذن للمرتهن فى توكيل الشريك، بل جزم به فى المسالك.

نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف، و لو أذن الراهن للمرتهن فى القبض فنازعه الشريك نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما، فيكون قبضا عن المرتهن، كما أنه لو تنازعا فى الاستداه و كان مما يؤجر و لم يتهايئا، جعله الحاكم على يد عدل يؤجره و يقسم الأجره على الشريكين، و فى الدروس و يتعلق الرهن بحصه الراهن من الأجره و ليكن مده الإجاره لا تزيد عن أجل الحق، فلو زاد بطل الزائد و تخير المستأجر الجاهل، إلا أن يجيز المرتهن و يأتى تمام الكلام فى ذلك إنشاء الله و الله أعلم.

[الفصل الثانى فى شروط الرهن]

الفصل الثانى فى: شروط الرهن اى المرهون صحه أو لزوما و قد ذكر المصنف بعضا منها فقال و من شرائطه:

أن يكون عينا مملوكا يمكن قبضه و يصح بيعه، سواء كان مشاعا أو منفردا و تفصيل البحث فيها أنه لا خلاف أجده فى الأول منها، بل ربما استشعر من عبارتى الغنيه و السرائر ذلك أيضا، سوى ما تسمعه من الخلاف فى خدمه المدبر، و هو الذى حكاه فى المختلف، و إلا- فلم نجد خلافا فى غيرها لأحد من العامه فضلا عن الخاصه.

و على كل حال فلو رهن ديننا، لم ينعقد الرهن على المشهور نقلا- و تحصيله بل ربما استشعر من عبارتى السرائر، و الغنيه، الإجماع عليه، و هو الحجج إن تم أو دعوى ظهور الأدله و لو بمعونه الشهره فى اعتبار العينيه بهذا المعنى فى صحه عقده أو مفهومه، بل لعل الشك فى الأخير كاف،- لا لأن القبض معتبر فى الرهن،

و هو غير ممكن فى الدين الذى هو أمر كلى لا وجود له فى الخارج يمكن قبضه؛ و ما يدفعه المديون ليس عين الدين، بل هو أحد أفرادها، فإن فساده واضح.

أما أولاً: فلاقتضائه الصحة ممن لم يقل بالشرطية، مع أنه صرح بالمنع فى السرائر، و القواعد، و غيرهما ممن لا يقول بالشرطية.

و ثانياً: لا يتم على تقدير اشتراطه فى اللزوم، فإن أقصاه عدم اللزوم، لا الصحة، مع أنه صرح فى الغنية بالمنع مع أنه ممن يقول بكونه شرطاً للزوم دون الصحة.

و ثالثاً: معلوميه عدم الفرق بين قبض الدين فى البيع فى الصرف فيه و غيره، و الهبة و غيرها، و بين الرهن، و لا ريب فى صحة قبضه بتعيين المديون، و صدق قبض الدين على ذلك المدفوع، و إن كان هو أحد الأفراد التى يوجد فيها الكلى.

و رابعاً: أنه لا يتم لو كان الدين المرهون على المرتهن، لكونه مقبوضاً له، و لذلك صح التصارف بما فى الذمم، و كان ذلك تقابضاً منهما قبل التفرق، و لا لان الرهن ليس إلا من حيث عدم الوثوق باستيفاء ما فى الذمه، فكيف يستوثق فى استيفائه بمثله، إذ فيه مع كونه غير تام فيما لو قبضه و أبقاه رهناً عنده، بل و غير تام فيما لو كان الدين على المرتهن، إذ من الواضح اختلاف الناس فى سهوله القضاء و عسره، فكم من ديون متعينة الحصول يصلح الاستيثاق بها دون غيرها مما يئس من تحصيلها كما لا يخفى.

بل و لا لما فى الرياض صريحا و غيره ظاهرا من الشك فى حصول الذى هو شرط فى الرهن بذلك، بدعوى ظهور النصوص فى كون المقبوض الرهن نفسه الذى جرى عليه العقد، لأفرده، و صدق القبض عرفاً لا يستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدله هنا، بل هو قبض لا يتناول ما عليه فى الذمه.

بل قد يمنع صدق القبض عليه عرفاً مع بقاءه على ملك الديان، و إن أجرينا عليه حكم المقبوض لو انتقل إلى المديون نفسه، فالأصول حينئذ بحالها بعد صرف الإطلاقات إلى ما عرفت من القبض، بل عموم الوفاء بالعقود منصرف إلى إطلاق النصوص فى الرهون، فإنه بملاحظتها و النظر فيما ورد فى بعضها - مما هو كالتعليل

لشرعيه الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل فى أغلب أفراد المفروض - يحصل الظن القوى بل المتأخم للعلم بأن عقد الرهن لا يصح إلا فيما يمكن قبضه بنفسه قبضا حسيما، فينزل عموم الوفاء على ذلك، إذ هو الصحيح لا غيره كما ستسمع ذلك فى نظائر المقام مما لا يمكن قبضه وبيعه كالحر و شبهه.

و من ذلك تعرف عدم بناء المنع فى رهن الدين على شرطيه القبض، و إن حكم به الفاضل فى التذكرة، ضروره كون الحاصل منه اشتراط كون الرهن مما يقبض قبضا حسيما، سواء قلنا باشتراط القبض فى الصحه أو اللزوم أو لم نقل، كما أن منه يعلم دفع العجب عن العلامه فى القواعد، حيث حكم بعدم صحه رهن الدين مع قوله بعدم الاشتراط، كالحلى فى السرائر، و تصريحه بالبناء فى التذكرة لا يقضى بكونه كذلك فى القواعد، إذ ذلك كله بعد ما عرفت دعوى بل دعاوى خاليه عن الشواهد، بل هى بخلافها متحققه، ضروره عدم الفرق بين قبض الرهن و غيره، خصوصا بعد رهن المشاع الذى هو راجع إلى الكليه أيضا، بل و رهن الكلى الخارجى و لو بوصيه و نحوها قبل قبضه، كضروره حصول الوثوق برهنه بالطريق الذى ذكرناه.

فلا- ريب فى كون المتجه الصحه، كما احتمله فى الدروس بناء على اشتراط القبض فى الصحه، فضلا عن اللزوم، و فضلا عن المختار من عدم الشرطيه أصلا بل كون الرهن مما يقبض لو سلمنا اشتراطه متحقق، كما عرفت، و لعله لذا احتمل فى الدروس، و الروضه الصحه كهبه ما فى الذمم، بل جزم به فى المسالك و المحكى عن مجمع البرهان.

نعم قد يحتمل كون المراد من الدين فى كلام المصنف و غيره خصوص المؤجل منه الذى لا يستحق الديان قبضه، فإنه قد يتجه المنع فيه، بناء على شرطيه استحقاق القبض فعلا، لعدم التمكن من الإقباض، و الانتظار الى حلول الأجل لا يجدى فى حصول شرط صحه الرهن، و هو المنفى، لا ذاك و لا ما إذا رضى المديون بتعجيل الحق و نحو ذلك مما يتصور فيه الصحه.

لكن قد عرفت انه لا- دليل على الشرطيه المزبوره على وجه لا يكفى فيها استحقاق القبض المتأخر عند حلول الأجل، فالعمده حينئذ ما سمعته من الإجماع، و ان كان دون

تحصيله خرط القتاد- و دعوى ظهور النصوص- و لو بمعونه فتوى المشهور- فى اعتبار كون الرهن عينا لا دينا فى صحته، أو مفهومه، على نحو اعتبار العين و المنفعه مثلا- فى البيع، و الإجاره، و لا- ينافيه إطلاق الشرطيه فى كلامهم بعد تعارف إطلاقها عندهم على المقوم، بل يكفى الشك فى الأخير و لو للشهره و غيرها

لعدم إطلاق يحتج به حينئذ للنفي و الأصل الفساد.

و كذا الكلام لو أرهنه منفعه كسكنى الدار و خدمه العبد غير المدبر الذى لا أجد فيه خلافا، بل فى المسالك أنه موضع وفاق، بل قيل: إنه قد يظهر من جماعه، و لعله الحجه و إن علل مع ذلك بأن الدين إن كان مؤجلا فالمنافع تتلف إلى حلول الأجل فلا تحصل فائده الرهن، و إن كان حالا فيقدر ما يتأخر قضاء الدين بتلف جزء من المرهون، فلا يحصل الاستيثاق، و لأن المنافع لا يصح إقباضها إلا بإتلافها، فكان عدم الصحه متجها على القول باشتراط الإقباض، و بدونه، بل فى المسالك «ان الأمر على ما اختاره المصنف من الاشتراط واضح» و تبعه فى الرياض.

لكن تأمل فيه فى حاشيته على الروضه، فقال: «إن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو عوضه، و لو بيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، و المنفعه يمكن جواز ذلك فيها، بأن يؤجر العين و يجعل الأجره رهنا، و قريب منه القبض لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعه، و يكون عوضها رهنا، إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، إذ رهن الأجره جائز، إنما الكلام فى المنفعه نفسها، و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد، إمكان رهنه، و المانع عارض».

و فيه أنه ليس خروجاً بعد أن كان مورد العقد المنفعه، لا الأجره التى لا كلام فى جواز رهنها، و الفرق بعروض المانع غير مجد، فالعمده حينئذ الإجماع المؤيد بدعوى ظهور النصوص فى كون الرهن عينا لا منفعه، و لو على الوجه الذى سمعته سابقا، و إلا كان المتجه الجواز و إن قلنا بالاشتراط ضروره اجراء الشارع قبض الأعيان ذوات المنافع مجرى قبض المنافع فى الإجاره و غيرها.

و دعوى- اختصاص ذلك بالإجاره لمكان الحاجه إلى المنافع، و الا- فقبض العين ليس قبضا تاما فى الإجاره، بخلاف رهن المنافع، فإنه لا حاجه تمس إليها- واضحه المنع و عدم تماميه القبض لا ينافى إجراؤه مجراه، فلا ريب حينئذ فى أن العمده ما قلناه، كما يرمى إليه التصريح بالمنع من القائلين بالشرطيه و عدمها، و تلف بعض المنافع إلى حلول الأجل أو إلى الاستيفاء غير قادح، بعد أن كان الاستيثاق فى المجموع الذى هو كاف فى صحه الرهن، سيما مع التصريح بذلك، فلا دليل حينئذ إلا ما عرفت فى دعوى الإجماع هنا أقرب منها فى الأول و الله أعلم بحقيقه الحال.

نعم لهم كلام فى خصوص رهن خدمه المدبر ستسمعه إنشاء الله و لكن قبل الكلام فى ذلك ينبغى أن يعلم أن فى رهن المدبر نفسه تردد أو خلاف، و الوجه عند المصنف و غيره من المتأخرين بل فى المسالك نسبتة إلى الأكثر أن رهن رقبته إبطال لتدييره كبيعته و هبته و نحوهما من العقود التى يكون الغرض منها ملك من انتقل إليه، أو استيفاء الدين من قيمته، إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع فى التدبير الذى هو من العقود الجائزه، كغيره، من الوصيه، فيكون حينئذ قصد شىء منها كافيا فى الرجوع، للتنافى بينه و بين القصد السابق للتدبير، خلافا للمحكى عن الشيخ من الصحه، لأن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن، و يجوز فكه، فلا يتحقق التنافى بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، بل بالتصرف فيه.

لكن الموجود فى المحكى عن مبسوطه كالذى فى السرائر إذا دبر عبده و رهنه بطل التدبير، لأن التدبير وصيه، و رهنه رجوع فيها، و إن قلنا إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا، لانه لا دليل على بطلانه.

نعم زاد «فعلى هذا إذا حل الأجل فى الدين و قضاه المدين من غير الرهن كان جائزا، و إن باعه كان له ذلك، و عن خلافه إذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير، و صح الرهن، إن قصد بذلك فسخ التدبير، و إن لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن، و استدل بعدم الخلاف و الإجماع على أن التدبير بمنزله الوصيه، و الوصيه له الرجوع فيها، فكذا التدبير، فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه- إلى

أن قال:- و إن قلنا: إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا» و هما معا كما ترى، لا تصريح فيهما بذلك، بل ظاهرهما عدم القول به.

نعم يحكى عن الأردبيلي التصريح به مدعيا عدم المنافاه بينهما، و كأنه توقف فيه في المسالك: و في تدبير التحرير «الأقوى أن رهن المدبر ليس إبطالا له، و عتق بعد الموت، و يؤخذ من التركة قيمته تكون رهنا».

و عن الكفايه «أن في المسأله أقوالا ثلاثه- القول بصحه الرهن، و أن رهن رقبته إبطال لتدييره،- و القول بعدم الصحه، و القول بأن التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه في الدين فيبطل».

و أنكر عليه في الحدائق و غيرها، القول الثانى: و فى التذكرة يصح رهن المدبر عند علمائنا، لكن لعله فهمه من عباره الخلاف السابقه المقيد ذلك بعدم قصد الفسخ أو أخذه من الدروس، فإنه حكاه عن النهايه قال، «و رهن المدبر إبطال لتدييره عند الفاضلين، و على القول بجواز بيع الخدمه يصح فى خدمته» و فى النهايه «يبطل رهن المدبر» و فى المبسوط و الخلاف «يصح و يبطل تدييره» ثم قوى صحتها فإن بيع بطل التدبير، و إلا فهو بحاله، و تبعه ابن إدريس و هو حسن.

و كيف كان فالاحتمالات- التى بعضها أقوال- سته، أو سبعة، و إن أمكن فى بعضها إرجاعه إلى آخر أحدها: صحه الرهن و إبطال التدبير، ثانيها: الصحه و مراعاة التدبير، ثالثها: ما سمعته من التحرير، رابعها: ما سمعته من الخلاف، خامسها صحتها معا على أن يكون رهنا إلى موت السيد فينعتق، و تبطل الرهنه، فيكون كرهن المال الذى فيه الخيار لغير الراهن، و كرهن العبد المشروط حرته بناء على صحته، أو المنذور كذلك فى مده مخصوصه، أو العبد الجانى عمدا أو خطأ، و المرتد عن فطره، و المريض المأبوس منه، و كبيع المدبر على رأى المفيد، القائل بأنه إذا مات سيده تحرر، و ليس للمشتري عليه سبيل، و لعل هذا هو الذى قواه فى السرائر، بل لعله المحكى عن الأردبيلي.

سادسها- ما حكاه فى الكفايه من عدم صحه الرهن، سابعها: عدم الصحه إذا

كان المقصود رهنه بحيث يستوفى منه الدين، مع قصد عدم الرجوع بالتدبير، أما إذا كان مقصوده رهنا باقيا على صفه التدبير فيصحان معا، و الإطلاق منصرف إلى الثاني.

و لعل الأقوى الأول إذا كان التدبير مما يجوز له الرجوع فيه، لإطلاق أدله الرهن، و اجتماع الشرائط حال العقد، و لأن الرهن للتوثق الذى ينافيه ذلك، فإن لم يكن كذلك بأن كان واجبا عليه بنذر و نحوه فليس حينئذ إلا الخامس أو السادس، و كأن الأول منهما لا يخلو من قوه، خصوصا إذا قلنا بجواز بيعه منزلا على الخدمه أولا إلى موت السيد الذى ربما يرجع إليه ما سمعته من المفيد، بل هو الذى يقضى به التدبير فى كلام الدروس أولا.

و قد تلخص من ذلك أنه حيث يكون التدبير مما يجوز الرجوع فيه الأقوى الأول، سواء صرح بكونه يستوفى منه المال على كل حال إذا لم يؤد الدين، أو أطلق، أما صحه الرهن فلوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و أما بطلان التدبير فللمنافاه و إلا لصح تدبيره و هو رهن.

و كون التدبير عتقا بصفه، فينبغى بطلان الرهن لا بطلانه، ليس من مذهبنا، للإجماع على جواز الرجوع به كالوصيه، و لا يحتاج إلى سبق فسخ التدبير، بل و لا إلى قصده على أقوى الوجهين، أو القولين، كما تعرفه إن شاء الله فى محله، و تقدم له نظائر فى الخيار و غيره، و يأتى فى الوصايا و غيرها، فهو حينئذ كبيع و هبته و نحوهما بل كبيع المال الموصى به لشخص أو هبته أو رهنه مما يحصل به الرجوع قهرا لا قصدا.

نعم لو صرح بكونه رهنا باقيا على تدبيره جاء فيه الوجهان السابقان اللذان قد تقدم قوه أولهما، و أنه يكون كرهن الجانى و المنذور عتقه، و المريض المأبوس من برئه هذا كله مع إرادته رهن رقبته.

أما لو صرح برهن خدمته، مع بقاء التدبير فى المتن قيل: يصح، التفاتا إلى الروايه المتضمنه لجواز بيع خدمته، و قيل لا، لتعذر بيع المنفعه منفرده و هو أشبه لكن لم نعرف القائل بالأول، و إن حكاه غيره أيضا. نعم ربما نسب

إلى الشيخ فى النهايه، إلا- أنى لم أجده فيها، لا فى الرهن و لا فى التدبير، و لكن قال: «لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره، إلا أن يعلم المشتري أن البيع للخدمه، و أنه متى مات هو كان حرا لا سبيل له عليه».

و فى الدروس «و تبعه على ذلك جماعه» فيمكن أن يكون وجه النسبه إليه القاعده التى ذكرها غير واحد، و هى - كل ما جاز بيعه جاز رهنه- إلا- أن ذلك يقتضى القول به لغيره أيضا، و لعله لذا قال فى الدروس: «و لا يجوز رهن المنفعه لعدم إمكان بيعها، و لأن المنافع لا بقاء لها، فلا ينتفع بها المرتهن إلا خدمه المدبر، وفاقا لجماعه و قد سلف» و الذى سلف له فى كتاب التدبير جواز البيع، قال: «و صريح الرجوع رجعت فى تدبيره، أو نقضت، أو أبطلت و شبهه، دون إنكار التدبير، أما لو باعه أو وهبه و لما ينقض التدبير، فأكثر القدماء على أنه لا- ينقض التدبير، فقال الحسن: «بيع خدمته، أو يشترط عتقه على المشتري، فيكون الولاء له» و قال الصدوق:

«لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشتري إعتاقه عند موته». و قال ابن الجنيدي:

«تباع خدمته مدته حياه السيد». و قال المفيد: «إذا باعه و مات تحرر و لا سبيل للمشتري عليه». و قال الشيخ فى النهايه: «لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره، إلا- أن يعلم المشتري بأن البيع للخدمه». و تبعه جماعه و الحلون إلا الشيخ يحيى، على بطلان التدبير بمجرد البيع، و حمل ابن إدريس بيع الخدمه على الصلح مدته حياته، و الفاضل على الإجاره مدته فمدته حتى يموت، و قطع المحقق ببطلان بيع الخدمه، لأنها منفعه مجهوله، و الروايات مصرحه بها(١)، و أن رسول الله صلى الله عليه و آله باع خدمه المدبر، و لم يبع رقبه، و عورضت ب

روايه محمد بن مسلم (٢)، «هو مملوكه، إن شاء باعه، و إن شاء أعتقه»

و أوجب بجعل البيع على الرجوع قبله، توقيفا، و الجهاله فى الخدمه غير قادحه، لجواز استثناء هذا، على أن المقصود فى البيع فى جميع الأعيان هو الانتفاع و لا تقدير لأمده، فالعمل على المشهور، و تخريجه- على تناول البيع الرقبه، و يكون

١- ١ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب التدبير الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث- ١.

كمشروط العتق - باطل بتصريح الخبر، و الفتوى بتناول الخدمه دون الرقبه».

قلت: قد يظهر من المفيد خلافه، بل يمكن تنزيل بعض عبارات غيره عليه، على أن يكون إطلاقهم بيع الخدمه منزلا على أنه لا ثمره معتدا بها لهذا البيع إلا الخدمه، بل يمكن تنزيل الروايات على ذلك، محافظه على قاعده عدم وقوع البيع على المنافع، و احتمال تخصيصها بذلك موقوف على قابليتها، إذ هي -

خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: «باع رسول الله صلى الله عليه و آله خدمه المدبر و لم يبع رقبه».

و

خبر أبي مريم (٢) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يعتق جاريه عن دبر أ يطأها إنشاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مده حيوته؟ فقال: نعم أى ذلك شاء فعل».

و

خبر علي (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حياته قال: إن أراد بيعها باع خدمتها فى حياته فإذا مات أعتقت الجاريه، و إن ولدت أولادا فهم بمنزلتها».

و

خبر أبي بصير (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد و الأمه يعتقان عن دبر فقال: لمولاه أن يكتبه إن شاء، و ليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته، و له أن يأخذ ماله إن كان له مال».

و الجميع لا صراحه فيها، بل هي قابله للتنزيل على ما ذكرنا، بل خبر أبي بصير منها كالصريح فيه، و إن كان لا قائل بما فيه من اشتراط مشيئه العبد، بل نوقش فى أسانيدھا جميعا بالسكوني، و أبان، و القاسم بن محمد، و اشتراك أبي بصير. و إن كان يدفعها عمل من عرفت بها، و سكون الأصحاب الى اخبار السكوني، و عدم قدح اشتراك أبي بصير بعد عداله الجميع، كما حرر فى محله، بل لعل روايه عاصم عنه هنا يعين أنه «ليث»، مضافا إلى روايه الجميع فى التهذيب و الاستبصار؛ بل خبر أبي مريم

١- ١ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث - ٣.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث - ٢.

و أبى بصير منها قد رواه فى الفقيه أيضا، بل الأول منهما قد أرسله الصدوق فى الهدايه أيضا.

و من الغريب ما فى الحدائق فى المقام من أنى لم أقف بعد التتبع على روايه جواز بيع الخدمه، و الموجود فى كلام جملته منهم إنما هو بهذا العنوان من غير نقل مضمونها و منه يظهر قوه القول بالعدم، لما عرفت فيما تقدم من تعليل عدم صحه بيع المنفعه، مع عدم وجود ما يعارضه و يوجب الخروج عنه، و الروايه المذكوره غير معلومه، لعلها من روايات العامه.

و أغرب منه ما فى مفتاح الكرامه حيث رده بأن هذه الروايه قد اعترف بها المحقق و العلامه و غيرهما، بل قال الشهيد: و الروايات مصرحه بها، فكان هناك روايات و ليس ما يحكونه إلا كما يروونه، و قد روى فى الهدايه عن الصادق عليه السلام إلى آخر خبر أبى مريم، ثم قال فلا تصغ إلى ما فى الحدائق من احتمال كونها من روايات العامه، حيث لم يقف عليها بعد التتبع، إذ هما معا كما ترى.

و كيف كان فبناء على أن ما جاز بيعه جاز رهنه، لا مناص عن العمل بها، إن لم يكن المراد منها ما ذكرنا، المؤيد بموافقته بيعه مدبرا للضوابط فى الجمله، ضروره عدم خروجه بالتدبير عن الملك المقتضى لجواز سائر التصرفات، و هذا الذى يعبر عنه ببيع الخدمه، و يمكن تنزيل تلك العبارات أو أكثرها عليه، و يبقى قاعده عدم جواز بيع المنافع على حالها الذى لم يخصصها أحد منهم فى كتاب البيع و غيره و الله أعلم.

و أما الثانى: و هو اعتبار الملك فلا أجد خلافا فى اشتراط كونه مما يملك، فلا يصح رهن غير المملوك كالحشرات و الخمر و الخنزير للمسلم، كما ستعرف، لعدم إمكان استيفاء الدين منه، كما أنه لا أجد خلافا فى اشتراط كونه مملوكا للراهن أو مأذونا فيه، لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدون ذلك.

و حيثئذ ف لو رهن ما لا يملك لم يمض و وقف على اجازته المالك لأن الظاهر جريان الفضولى فيه، بناء على موافقته للضوابط، أو أنه أولى من النكاح الوارد فيه ذلك، أو لأنه ثابت فى البيع و لم يفرق أحد فيه و بين غيره من العقود

فتوقف بعض متأخري المتأخرين فيه هنا- و إن قلنا به في البيع- في غير محله.

و احتمال- أنه على غير قياس الفضولي، لأنه ليس رهنا على دين المالك له بغير إذنه- واضح الضعف، ضروره عدم الفرق بينهما بعد فرض تأثير الأذن السابقه فيهما معا، فليس إلا تأخيرها و هو غير قادح فيهما معا، فهو إن لم يكن على قياس الفضولي فحكمه حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له، فلا ينبغي التوقف في القسمين معا.

بل لا يبعد صحه رهن التبرع كالوفاء و الضمان، فلو رهن مال نفسه على دين رجل آخر من غير إذنه بل مع نهيه صح، كما نص عليه في التذكرة، لإطلاق الأدله.

نعم يتوقف على إذن المديون لو رهنه عنه بعنوان الوكالة مثلا، و لو رهنه متبرعا في أصل الرهنه، لكن قصده مع ذلك الرجوع على المديون لو بيع بالدين فإن أجاز الديان ذلك احتمال الإلزام به، و إلا كان رهنا و لا رجوع له عليه، و لعل مثله يجرى في وفاء الدين.

و كذا في التوقف على الإجازة لو رهن ما يملك و ما لا يملك في عقد واحد لكن إذا فعل ذلك مضى في ملكه، و وقف في حصه شريكه إن كان مشتركا بينهما على إجازته و كذا إذا لم يكن مشتركا، و الإشكال في تبعض الصفقه هنا كالبيع واضح الدفع، كما حرر في محله، كالإشكال في أصل رهن المشاع من أبي حنيفة محتجا بعدم إمكان قبضه و هو خطأ محض، و بأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصته الشريك، و هو- مع أنه أخص من الدعوى، إذ لا يجرى إلا في رهن الحصه المشاعه من بعض معين في الدار المشتركه مثلا- يمكن أن يكون الحكم فيه بناء على صحه إلزام الراهن بالقيمه لأنه كإتلافه، و يمكن أن يكون كالتلف من الله سبحانه فلا يلزم بشيء، و يحتمل بناء الحكم فيه على الاختيار و الإيجاب فالأول كالإتلاف، و الثاني كالتلف، و لعل القول بالالتزام على كل حال أولى، لأنه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه.

إلا- أنه قد يقال يكون الرهن ما قابله من حصه الراهن لا قيمه، كما أن الظاهر توقف صحه القسمه على إذن المرتهن كباقي التصرفات، لكنه أطلق في الدروس فقال: «لو رهن نصيبه في بيت معين من جمله دار مشتركه صح، لأن رهن المشاع عندنا جائز، فإن استقسم الشريك و ظهرت القرعه له على ذلك البيت، فهو كإتلاف الراهن يلزمه قيمته، و لا يلحق بالتلف من قبل الله تعالى» و نحوه عن التذكرة.

و على كل حال فرهن المشاع لا اشكال فيه عندنا، بل و لا خلاف، بل قد عرفت أن ظاهر الدروس الإجماع عليه، بل عن صريح الغنيه ذلك، بل في التذكرة يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه، أو من غير شريكه، و سواء كان ذلك مما يقبل القسمه أو لا- يقبلها، و سواء كان الباقي للراهن أو لغيره، مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده، أو حصه من الدار المشتركه بينه و بين غيره عند علمائنا أجمع، فذلك كله مع إطلاق الأدله الحجه على أبي حنيفه.

نعم يعتبر في الرهن أصل الملكيه كما عرفت و حيثذ ف لو رهن المسلم خمرا أو خنزيرا أو نحوهما مما لا يملكه المسلم لم يصح بلا خلاف أجده فيه، و لو كان عند ذمى لعدم ملكيه الراهن لها و عدم سلطنه على بيعها و وفاء دينه منها.

و لو رهنها الذمى عند المسلم، لم يصح أيضا، و لو وضعها على يد ذمى، على الأشبه الأشهر بل المشهور شهره عظيمه، بل لا خلاف أجده فيه إلا من المحكى عن المبسوط و الخلاف في خصوص ما لو وضعه على يد ذمى، قال: «إذا استقرض ذمى من مسلم مالا، و رهن بذلك خمرا يكون على يد ذمى آخر يبيعها عند محل الحق فباعها و أتى بثمنها جاز له أخذه، و لا يجبر عليه» و زاد في الأخير أن له أن يطالب بما لا يكون ثمن محرم، و قد يقال: بعدم صراحتة في الخلاف، خصوصا الأخير، بل مراده جواز أخذ الثمن مما جعله الذمى رهنا عند ذمى آخر على هذا الدين، و إن كان رهنا فاسدا.

و التعليل- بأن الحق في وفاء الدين للذمى، فيصح الرهن كما لو باعها و وفاه

ثمنها، لأن الرهن لا يملك للمرتهن، وإنما يصير محبوسا عن تصرف الوارث- لم نجده له، و كأنه لغيره، ذكره له، و رده بأن يد الذمى الودعى كيد المسلم الذى لا بد من اعتبار تسلطه على البيع، و الاستيفاء من الرهن، و هو هنا ممتنع، و إن كان قد يناقش فيه بمنع كون يده، يده، ضروره عدم لزوم كونه و كيلا عنه، لعدم اشتراط استدامه القبض.

نعم المانع ما أشرنا إليه، من عدم صحه تعلق حق المسلم فى الخمر على الوجه المزبور، و هو معتبر فى المرتهن.

و على كل حال فخلافه غير متحقق، و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، لعدم صحه تعلق حق المسلم فى الخمر المنهى عن قربها على وجه يسلط هو أو الحاكم على بيعها و الاستيفاء منها، بل لعله كذلك فيما لو مات الذمى المديون لمسلم، أو فلس و لم يكن عنده إلا- خمر أو خنزير، و لا ينافى ذلك جواز أخذ ثمنها منه لو باعها، إذ ليس هو تعلق بها، و لذلك ليس له جبره على بيعها، و لا اشتراط ذلك فى عقد لازم، بل ليس له أن يأمره بذلك، لكونه محرما على الذمى، إذ هو مخاطب بالفروع، و كذا لا ريب فى ضعف ما سمعته منه من جواز الامتناع عن قبض ثمنه، و فاء مع فرض كونه مثل الحق، ضروره عدم الفرق بينه و بين غيره بعد جواز تناوله منه كما هو واضح.

و لو رهن أرض الخراج كالمفتوحه عنوه و التى صولح أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين و ضرب عليهم الخراج لم يصح عند المصنف و الجماعة، لأنها لم تتعين لواحد من المسلمين نعم يصح رهن ما بها من أبنيه و آلات و شجر لكونها مملوكة لصاحبها، بخلافها هى كما أنه يصح رهنها مع الآثار، بناء على أنها تملك تبعا لآثار التصرف، بل لا يبعد حينئذ صحه رهنها نفسها دون الآثار، لكونها مملوكة ما دامت الآثار، كما عساه يظهر من الدروس، خلافا للمسالك فقال: «و إلا صح جواز رهنها تبعا لآثار التصرف من بناء و شجر و نحوهما لا منفردة» إلا أن الأمر سهل.

انما الكلام مع العلامه و غيره ممن جوز بيعها تبعا للآثار، و منع من

رهنها كذلك، ضروره أن المتجه له جواز رهنها تبعاً للآثار، لعدم الفرق، و احتمالاً - باعتبار أن الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين، فلا- يصح بيع الأرض، أو باعتبار أن الأخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقاً، فنزلت على ما إذا تصرف فيها بهما، و لم يرد هنا شىء - كما ترى، خصوصاً بناء على قاعده ما جاز بيعه جاز رهنه، هذا. و قد قيد جماعه البناء بما إذا لم يكن معمولاً من ترابها، و إلا كان حكمه حكمها و يمكن دعوى كون السيره فى الآجر و الأوانى و غيرها على خلاف ذلك.

و أما الثالث: فلا- ريب فى اعتباره بناء على اشتراط القبض فى الصحه ف لو لو رهن ما لا يصح و لا يمكن إقباضه كالطير فى الهواء غير معتاد العود و السمك فى غير المحصور من الماء بحيث يتعذر قبضه عادة لم يصح رهنه ، بل و على عدمه لعدم الاستيثاق بمثل ذلك.

لكن فى المسالك «أنه يمكن القول بالصحه، لعدم المانع» و تخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه، لعدم صحه بيعه، يندفع بإمكان الصلح عليه، و كليه- ما صح بيعه صح رهنه،- ليست منعكسه عكسا لغويا و قد تقدم مثله فى الدين و هو لا يخلو من وجه، مع فرض إمكان الاستيفاء بصلح و نحوه مما لا يكون نادراً، و إلا لم يخل من نظر، كما فى الرياض، فإن مجرد الإمكان مع الندره غايه غير محصل للمقصود الذاتى بالرهن، و هو الاستيثاق و معه لا يحصل ظن بتناول ما دل على لزوم العقود لمثله، و لعله لذا اشترط الشرطين من لم يشترط القبض.

و كيف كان فإذا كان معتاد العود و الماء محصوراً فالصحه متجهه على التقديرين كما صرح به بعضهم، و هل العبره بإمكان الإقباض عند التسليم؟ أو عند العقد؟ فلو رهن ما لا يمكن إقباضه عند العقد فاتفق القدره عليه فأقبضه، صح على الأول، و بطل على الثانى.

و لو رهن ممكن الإقباض عند العقد، فاتفق تعذر به، صح الرهن إذا تمكن من إقباضه بعد ذلك على التقديرين، و لعل الأمر فى المقام على حسب ما تقدم فى البيع

بالنسبة إلى اشتراط القدره على التسليم، التي هي في المقام أولى بالاعتبار، بناء على اشتراط القبض فيه، وإن كان مقتضى الأصل المستفاد من إطلاق الأدله عدم شرطيه كل ما شك فيه، فتأمل جيدا فإنه يمكن الفرق بين البيع و بين المقام باعتبار عدم الغرر في الأول، دون الثاني، الذي لا سغه أيضا في إيقاع عقد الرهن عليه مراعى بالقبض، بخلاف المعاوضه، و من هنا ينقذح الشك في أصل الشرطيه إن لم يكن إجماع حتى على القول باعتبار القبض، و الله العالم.

و كذا لو كان مما يصح إقباضه و لكن لم يسلمه بناء على اعتباره في الصحه، و لم يلزم بناء على اعتباره في اللزوم، و صح بدون التسليم، بناء على عدم اعتباره في صحه، و لا لزوم، إلا أنه ينبغي أن يعلم أن المراد من الأول، بقاء الصحه مراعاة، إلى أن يحصل ما يقتضى الفسخ من قول أو فعل، و إلا فعدم التسليم أعم من ذلك، ضروره عدم اشتراط مقارنه التسليم للعقد كما هو واضح.

و كذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا لنفى السبيل في الكتاب العزيز و قيل: و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه يصح رهنه و يوضع على يد مسلم، و هو أولى عند المصنف، و الفاضل و الشهيدين و غيرهم لمنع تحقق السبيل بذلك، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره بذلك، و مع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع و يوفيه، و مثل هذا لا يعد سييلا، لأن مثله يتحقق بالموت و التفليس و نحوهما.

و فيه: أن ذلك يقتضى جوازه و إن وضع في يده إذ لا تسليط له، و إن كان في يده إلا بالطريق المزبور، و الفرض أنه غير سبيل، و لو سلم و كالتة عن الراهن أمكن منع كونها سييلا للكافر، بل هي من سبيل المؤمن كإيداعه و نحوه، بل يد المسلم هنا نحو يد الذمى التي قالوا هناك أنها لا تجدى في ارتهان المسلم الخمر، لكونها يد المرتهن، فالمتجه بناء المسأله على صحه تعلق حق الرهانه للكافر في المسلم و المصحف، و عدمها، من غير فرق بين الوضع على يد المسلم و عدمه، و لعله لذا أطلق

المنع فى التذكرة و غيرها، بل ربما ادعى أنه معقد محكى الإجماع.

لكن الإنصاف عدم خلو القول بالصحة مطلقا من قوه، إن لم يثبت إجماع على خلافها لمنع كونه سبيلا، بل هو أسهل من إجاره المسلم نفسه للكافر، و لا بأس بتعلق حق الكافر بهما كما فى الموت و التفليس، و به يفرق بينه و بين تعلق حق المسلم فى الخمر، و الخنزير، إلا أنه يمكن دعوى تحقق الإجماع مع الوضع فى يد الكافر بخلاف الوضع على يد المسلم و الله أعلم.

و أما الرابع: فلا ريب فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدونه ف لو رهن وقفا لم يصح إذ لا يجوز بيعه، و إن كان مملوكا كالموقوف عليه، و على تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا، فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا، و ما يبايع للحاجه قد يتطرق إليه فى وقت الاحتياج إلى بيعه عدمها، فلا يكون مقصود الراهن حاصلا، و لعله لذلك أطلق من تعرض له، لكن قد يمنع منافاه هذا الاحتمال للرهن، كما فى الجانى و المرتد هذا.

و فى المسالك «لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه» و نحوه فى غيرها أيضا، و حينئذ فإطلاق من تعرض هنا، لعدم جواز ذلك عنده، أو لعدم وثوق الراهن، إذ يمكن انتقاله قبل بيعه إلى غير الراهن بموت و نحوه مثلا، بناء على قدح مثل هذا الإجمال فى الرهن، و تحرير المسألة قد تقدم فى كتاب البيع و نماؤه إنما يكون رهنا تبعا، لا أن عقد الرهن يكون عليه قبل تحققه.

و كذا لا يصح رهن منذور العتق مطلقا أو مقيدا بالتعجيل، أو بوصف كمجىء وقت، أو شرط كعافيه مريض، بناء على عدم جواز بيعه. و من الغريب أن الفاضل فى التذكرة مع اشتراطه فى الرهن ذلك، جوز رهن المعلق على الوقت، أو الوصف، ثم قال: «و هل يباع لو حل الدين قبل الوصف؟ الأولى المنع، لأنه و ان لم يخرج عن ملكه بنذر، إلا أنه قد تعلق به حق لله تعالى، و بيعه مبطل لذلك الحق» و لعله لا يخلو من وجه فى الوصف؛ أى الشرط لأصالة عدم حصوله، و لذا خص التردد فيه فى

القواعد، و الدروس ثم قال فى الأخير: «و على الصحة لو وقع الشرط، أعتق و خرج عن الرهن، و لا يجب اقامه بدله إذا كان المرتهن عالما بحاله، و إلا فالأقرب الوجوب هنا».

و فيه: منع كون ذلك الأقرب، كما أن الوجه عدم الصحة فى أصل المسألة، لأن ذلك لا يسوغ البيع للمالك. فلا يجدى الراهن، بخلاف احتمال قتل العبد بالجنايه و نحوها، فان ذلك لا يمنع البيع للمالك، و احتمال صحة البيع لعدم حصول الشرط غير كاف فى صحة الرهانه كما هو واضح، فتأمل جيدا.

ثم إنه ينبغى أن يكون المراد من البيع مطلق النقل و لو بالصلح، فلو اجتمع فيه الشرائط المزبوره إلا انه لا يصح خصوص بيعه، و إن صح الصلح عليه صح رهنه، ضروره عدم اختصاص البيع بذلك بعد إمكان الاستيفاء منه، و حيثئذ فلا يجوز رهن كل ما لا يجوز للمالك نقله، و إن كان عينا مملوكه له يمكن قبضها، و منه المكاتب و لو مشروطا، لأن الكتابه عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها، و احتمال العجز فى المشروط غير مجد، و أما أم الولد فتسمع الكلام فيها فى آخر المبحث إنشاء الله.

و كيف كان ف يصح الرهن للمشتري فى زمن الخيار، سواء كان للبائع، أو للمشتري، أولهما، لانتقال المبيع بنفس البيع على الأشبهه خلافا للشيخ حيث حكم بعدم الانتقال، لو كان الخيار للبائع أو لهما إلا بعد مضى زمن الخيار، و قد تقدم ما فيه سابقا، لكنه أشكل فى المسالك الرهن على الأول أيضا، فيما إذا كان الخيار للبائع أولهما بما فيه من التعرض لإبطال البائع و مثله بيعه، و ما أشبهه من الأمور الناقله للملك، قال: «و تحرير المسأله يحتاج إلى تطويل. نعم لو كان الخيار له خاصه فلا إشكال، و يكون الرهن مبطلا للخيار، و كذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له، أولهما، و يكون فسخا للبيع».

قلت: قد تقدم منا فى باب الخيار ما يعلم منه تحرير المسأله، و نزيد هنا أن الصور سته، إذ الخيار إما للبائع، أو للمشتري، أولهما، و الراهن البائع، أو المشتري، فإن كان الأول: و قد رهنه هو كان فسخا، و لا يشكل صحة الرهن بعدم

الملك قبله، إذ الظاهر حصوله في مثله في آن ما قبله، بل لعل القصد المتعقب للرهانه كاف في الفسخ. وإن كان المشتري، فقد عرفت سابقا أن الاحتمالات في بيعه ثلاثه، نفوذ البيع و مطالبه ذى الخيار لو فسخ بالمثل أو قيمه، و بطلان البيع و صحته متزلزلا، فعلى الأول لا ينبغي التوقف في صحه الرهانه، كما أنه لا ينبغي التأمل في البطلان على الثانى، أما الثالث: ففي الصحه و عدمها عليه احتمالاتان، أقواهما الصحه.

و إن كان الثانى: و الراهن البائع، فإن أجاز المشتري الخيار و الرهانه صح، و ان أجازه دونها بطلت، و إن فسخ الخيار ففي صحه الرهانه وجهان، ينشئان من وقوع الرهانه في غير ملك، و من أولويته من إجازة المالك، و أما إذا كان الراهن المشتري فلا ريب في أنه إجازة، و لا يأتي فيه الإشكال السابق، و من ذلك يعلم الحال في باقى الصور.

و رهن الواهب الموهوب الذى يصح له الرجوع فيه فسخ للهبه، كرهن البائع ذى الخيار المبيع، بل و كذا رهن غريم المفلس عينه التى له الرجوع فيها، و الإشكال المتقدم سابقا قد عرفت دفعه.

نعم يحتمل جعل المدار على ما دل على جواز تصرف ذى الحق فما ثبت كونه كذلك و جب القول بتقدير الفسخ في آن ما، و إلا- لم يجز حتى يفسخ محافظه على الضوابط هذا. و فى الدروس «و لو رهن غريم المفلس عينه التى له الرجوع فيها قبله، فالأ-جود المنع، و أولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسه، و رهن الموهوب فى موضع يصح فيه الرجوع كرهن ذى الخيار» و قد يريد فى الأول قبل الفس، و إلا لم نجد فرقا بينه و بين رهن الموهوب و الله أعلم.

و يصح رهن العبد المرتد لا عن فطره و الأمه و الخنى مطلقا، بلا خلاف صريح أجده فيه، للأصل و العمومات فى البيع و الرهن و غيرهما، و احتمال عدم التوبه غير مناف لماليته، كاحتمال عدم براء المريض، بل قد يقوى الجواز و لو كان عن

فطره لذلك أيضا، وفاقا للشيخ، و يحيى بن سعيد و الفاضلين و الفخر فى شرح الإرشاد، و الشهيدين، و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، للأصل و العموم السابقين، بل ربما ظهر من بعضهم المفروغيه من بيعه، فينبغى أن يكون رهنه كذلك، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع.

و دعوى- انه بمنزله ما لا نفع فيه، أو غير المملوك، أو المستحق للغير، أو نحو ذلك مما يمنع جواز بيعه أيضا- واضح البطلان، كدعوى الفرق بين البيع و الرهن بإمكان الانتفاع به فى الأول منفعه حاله، بخلاف الثانى، الذى يراد منه الوثوق المفقود فى المقام، لاحتمال قتله، إذ منع اعتبار الوثوق فى الرهن بحيث يقدر فيه مثل ذلك، خصوصا فى مثل هذه الأزمنه المتعذر إقامه الحد فيها، بناء على أنه وظيفه الإمام، و ان منه حد المرتد، بل لو قلنا بوجوب قتله على سائر المكلفين الذين منهم الراهن و المرتهن، لم يمنع ذلك تعلق حق الرهانه فيه ما دام غير مقتول.

و الحاصل لا- ينبغى التأمل فى الجواز بناء على جواز بيعه، كما أنه لا ينبغى التأمل فى العدم، على تقدير العدم، و لعل الأقوى جوازهما معا، لإطلاق الأدله و عمومها، فما عن أبى على- من عدم جواز رهن المرتد، بل مقتضى إطلاقه و إن لم يكن فطريا، للخروج عن الملك واضح الضعف خصوصا فى غير الفطرى، و إن وافقه الفاضل فى التذكرة فى الفطرى، و استشكل فيه فى القواعد، قيل: و ربما مال إليه فى الإيضاح، و لعله لعدم قبول توبته ظاهرا و باطنا، فيكون من الأعيان التى لم تقبل التطهير، فلا يجوز بيعه فلا- يجوز رهنه، و إن كان قد يمنع العموم للأعيان النجسه بحيث يشمل ذلك المسبوق بالملك، و ليس نفعه بمباشرته، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و كذا رهن الجانى خطأ على المشهور، بل ظاهر تخصيص المصنف التردد فى العمد عدم الخلاف فيه. و هو كذلك من غير المحكى عن المبسوط، لكنه أبطل الرهن فيه، و فى العمد، فلا جهه لاختصاصه بالعمد حيث قال و فى العمد تردد بناء على أن المنشأ ذلك.

و كيف كان ف الأشبه بأصول المذهب الجواز فيهما لحصول المقتضى الذى هو استجماع شرائط الرهن حال الرهانه، و عدم المانع، إذ لم يثبت مانع حق الجنايه عن البيع و نحوه، فضلا عن الرهانه، و احتمال القصاص و الاسترقاق للكل أو البعض غير قادح، كما إذا جنى و هو رهن، إذ لا- يعتبر فى الاستيثاق نفى سائر الاحتمالات، بل قد يقال فى مثل الجنانى خطأ انه إذا رهنه المولى التزم بفكه لأن الخيار بيده، فيكون ذلك منه اختيارا للفك، فلا إشكال حينئذ فى الصحه، و منه ينقدح وجه اختصاص المصنف التردد فى العمد الذى يكون الخيار فيه لغير المولى.

و على كل حال فحق الجنايه مقدم على حق الرهانه، تقدم أو تأخر بلا خلاف بل و لا إشكال، لتعلق حق الجنايه بالرقبه، بحيث يذهب بذهابها، بخلاف حق الدين الذى وضع الرهن بسببه، فإن فك منها حيث يمكن الفك بقى حق الرهانه ثابتا و إلا بقى الفاضل عن حق الجنايه رهنا إن لم يكن مستوعبا تمام الرقبه.

و لو أقر المرهون بالجنايه و صدقه الراهن و المرتهن فكالجنانى، بخلاف ما إذا صدقه الراهن خاصه، أما لو كان المصدق المرتهن ففى الدروس بطل الرهن، إلا أن يعفو المجنى عليه أو يفديه أحد، أو يفضل منه فضل عن الجنايه، و يحتمل بقاء الرهن، لعدم صحه إقرار المرتهن، و اعتراف الراهن بالصحه.

قلت: لا ريب فى ضعف الاحتمال حيث يكون للجنانى الاسترقاق و قد استرق إذ صحه احتمال الرهن مع علم المرتهن بكونه مال الغير فى غايه الضعف، كضعف احتمال رجوع المجنى عليه على الراهن لو بيع الرهن لتكذيب المرتهن، و إن كان قد أخذ ثمنه عن دين الراهن الذى لم يقصر فى الإقرار، و إن كان لم ينفذ على المرتهن.

نعم له دفعه إليه على جهه المقاصه، و لو قال الراهن: أعتقته أو غصبته أو جنى على فلان قبل أن أرهنه، حلف المرتهن على نفى العلم، و غرم الراهن للمقر له، للحيلولة، و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له، لأن الحق له، لا للراهن، لعدم

جواز الحلف لإثبات مال الغير، فإذا حلف المجنى عليه، بيع منه ما قابل الجنايه و بقى الفاضل رهنا، و إن حلف العبد حكم بحريته، و لو نكل المقر له، احتمال ضمان المولى للحيلولة، و العدم للتقصير بالنكول، و المراد من الضمان للعبد أن يفكه من الرهن، فإن لم يفعل و قد بيع و جب فكه من المشتري و لو بأضعاف قيمته بل الظاهر ضمانه منافعه التي استوفاهما المشتري، فضلا عما استوفاهما هو قبل الرهانه.

نعم لا يضمن ما فات منها لعدم ضمان منافع الحر بالفوات، و لو جنى العبد بعد الرهانه، ففكه المرتهن على أن يبقى العبد رهنا على مال الفك و الدين جاز مع رضا المولى لأن الحق لا يعدوهما و قد اتفقا عليه، بل في الدروس «انه لو شرط في الرهن على الدين الثاني فسخ الأول، ففي اشتراطه هنا بعد، لأن المشرف على الزوال إذا استدرك كالزائل العائد، فالزوال ملحوظ فيه، فيصح الرهن عليه، و على الدين السالف، و يحتمل المساواه، لأنه لما لم يزل فهو كالدائم، و الأصحاب لم يشترطوا الفسخ».

و إن كان لا يخفى عليك ضعف الوجه الأول، إلا أن الذي يسهل الخطب ما ستعرفه فيما يأتي من أنه لا يشترط في الرهن على الثاني فسخ الأول بلا- خلاص، و لو كانت الجنايه على المولى فان كانت عمدا اقتص منه، و إن كانت خطأ أو عمدا و لم يرد القصاص، لم يكن له أخذ المال من المرتهن، لعدم ثبوت مال له على ماله، و إلا لزم تحصيل الحاصل، فيبقى الرهن بحاله حينئذ.

نعم لو دفع المرتهن له مالا من نفسه لإسقاط حق القصاص، محافظه على إبقاء الرهن جاز، إذ ليس هو إثبات مال على ماله، لكن أطلق في الدروس فقال: «لا يجوز أخذ المال من المرتهن في الخطأ و العمد، و لا افتكاكه».

و لعله لا- يريد ما ذكرنا، فإن المتجه فيه الجواز، كما أن المتجه فيما لو جنى على مورث مولاه ثبوت ما كان للمورث من القصاص و الافتكاك للمولى، على ما صرح به في الدروس، لأنه باسترقاقه يكون بحكم مال المورث الذي يتعلق به وصاياه و ديونه

و منه ينتقل إلى الوارث، أما لو جنى على عبد موله فله القصاص قطعا إلا أن يكون أبا للمقتول، و في الدروس «و ليس له العفو على مال إلا- أن يكون مرهونا عند غير المرتهن المجنى عليه، أو عنده و اختلف الدينان، فيجوز نقل ما قابل الجنايه بدلا من المجنى عليه، إلى مرتته» و لا يخلو من نظر، و تسمع إنشاء الله تمام الكلام في هذه الأحكام عند تعرض المصنف لها.

و كيف كان فان كان المرتهن غير عالم برده العبد، أو جنايته و قد اشترط رهنه في بيع تخير في فسخ البيع، لان الشرط اقتضاه سليما. نعم لو كان عالما بهما لم يكن له خيار، و كذا لو تاب أو فداء موله ثم علم، و إن اختار الإمساك في الأول فليس له المطالبه بأرش يكون رهنا، للأصل كما لو قتل قبل علمه. و الله أعلم.

و لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل و لكن كان يمكن إصلاحه بتجفيف و نحوه صح بلا خلاف، بل في المسالك قولاً واحداً، بل و لا- إشكال، ضروره وجود المقتضى و ارتفاع المانع، ف يجب حينئذ على الراهن الإصلاح، لأن ذلك من مؤنه حفظه، كنفقه الحيوان.

و كذا إن شرط بيعه، جاز و إن لم يمكن إصلاحه بلا خلاف و لا إشكال لحصول المقصود بالرهن بهذا الشرط، فبيعه الراهن حينئذ، و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع جبره الحاكم، فان تعذر باعه المرتهن، أو الحاكم دفعا للضرر، و جمعا بين الحقين.

و كذا لو كان مما لا يفسد إلا بعد الأجل، بحيث يمكن بيعه قبله، أو كان الدين حالا لحصول المقصود بالرهن مع ذلك كله و أما إن لا يمكن شىء من ذلك، و قد شرط الراهن فيما يفسد قبل الأجل عدم البيع قبل الأجل بطل الرهن كما صرح به جماعه، بل لا أجد فيه خلافا لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، بل المراد من الشرط الرابع إمكان الاستيفاء من الرهن عند ارادته.

لكن في المسالك احتمال الصحه، كما لو أطلق قال: «و شرط عدم البيع لا يمنع صحه الرهن، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك صيانه للمال» و فيه أنه

لا معنى لحكم الشارع مع صحة الشرط، و إن كان باطلا بطل الرهن المشروط فيه، بناء على بطلان العقد بمثله.

نعم لو أطلق اتجاه القول بالصحة، وفاقا للفاضل، و الشهيدين، و المحقق الثاني، و المحكى عن غيرهم فيبيعه المالك عند خوف الفساد، و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع جبره الحاكم جمعا بين الحقين، و لتوقف صحة الرهانه المحمول عليها فعل المسلم على ذلك، و خلافا للمحكى عن الشيخ، و ظاهر ابني زهره، و إدريس، لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل، فلا يجبر عليه الراهن، و حينئذ فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه إلى الأجل، و فيه منع عدم اقتضاء عقد الرهن ذلك في مثل الفرض كما هو واضح.

و من ذلك ظهر لك قوه ما أشار إليه المصنف بقوله و قيل: يصح و يجبر مالكة على بيعه في صورته الإطلاق التي هي محل هذا القول بحسب الظاهر، كما عن المبسوط حكايته كذلك، لا الأعم منها و من صورته الشرط التي قد عرفت قوه البطلان فيها، هذا كله في المعلوم فساده قبل الأجل حال الرهانه، أما إذا طرء ما يقتضى فساده قبل الأجل بعدها، فلا ينبغي التأمل في بقاء الصحة حينئذ و البيع و جعل الثمن رهنا جمعا بين الحقين.

و الفرق بينه و بين ما سبق واضح، بل الظاهر كون الحكم هنا كذلك، و إن قلنا بالبطلان مع الإطلاق و من هنا قال في الدروس: «و إن طرء الفساد بعد القبض لم يفسخ العقد، و لو قلنا ببطلان رهنه مع عدم شرط البيع، لأن الطارى لا يساوى المقارن» و من ثم يتعلق الرهن بالقيمه لو أتلف الرهن متلف و هي دين، و لا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع و يتعلق بثمنه، بل هو كذلك أيضا و إن كان قد اشترط عليه عدم البيع قبل الأجل على جهة التأكيد، إذ لم يكن المقصود من الشرط ما ينافى الرهانه نعم لو فرض تصريح المشروط بعدم البيع حتى مع طرء المفسد، أمكن القول بالبطلان فتأمل جيدا. ثم ان الظن بالفساد الذى ينافى الوثوق عرفا كالعلم، بخلاف الاحتمال

بل و الشك، بل و بعض أفراد الظن.

و كيف كان فما يتفرع على الشرط الرابع مما تركه المصنف عدم جواز رهن أم الولد، فإنها و إن كانت عينا مملوكة يمكن قبضها، لكن لا يجوز بيعها، و من هنا نسب المنع في المحكى عن الإيضاح. و حواشى الشهيد إلى الأصحاب.

لكن فيه أن المحكى عن أبي على الجواز، بل لم يستبعده في المختلف، و في جامع المقاصد فيه قوة، بل قيل: إنه قد يظهر من موضعين من المبسوط، و كذا الغنية، بل هو الأقوى إذا كان في ثمن ربتها مع إعسار مولاها، وفاقا للتحرير، و الدروس، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و احتمال - يسار المولى قبل حلول الأجل فلا يجوز بيعها، فينتفى المقصود من الرهن - غير قادح بعد أن كان الإعسار مستصحباً مع أنه يمكن القول بأن له الحبس حينئذ، حتى يفيه المولى، بل قد يتجدد إعساره فلا تنتفى فائده الرهانه أصلاً.

قال في الدروس: «لو رهنها فتجدد له اليسار انفسخ الرهن، و وجب الوفاء و يحتمل بقاءه حتى يوفى، لجواز تجدد إعساره قبل الإيفاء، و لعله أقرب» فظهر من ذلك أن الإشكال في رهنها في الفرض كما في القواعد ضعيف، نعم يتجه المنع مع اليسار إذ احتمال كفايه حبس المال عن المالك في صحه الرهن و إن لم يجز بيعه خلاف المفهوم من الأدله، و إلا لجاز رهن الوقف و نحوه، كاحتمال الاكتفاء باحتمال تجدد الإعسار المجوز للبيع، بعد فرض اقتضاء الأصل عدمه، و فقد الشرط حال العقد، فما في القواعد عن احتمال الجواز فيه في غايه الضعف، و أضعف منه احتمالها في غير ثمن ربتها، اكتفاء في الرهن بالحبس المزبور الذى قد عرفت ضعفه.

نعم قد يقال بجواز رهنها في بعض المواضع المستثناه من حرمة بيعها، إذا تصور إمكان رهنها فيه، لكونه حينئذ رهنًا فيما يجوز بيعها فيه.

ثم إنه لا يتوهم اقتضاء الشرط الرابع عدم جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير، بناء على حرمة التفرقة بينها و بينه، لعدم كون الرهن تفرقه، و لذا ادعى الإجماع على جوازه في محكى التذكرة و الإيضاح.

و عن السرائر «يجوز رهن الجارية و إن كان لها ولد صغير إجماعاً» بل الظاهر ذلك و إن قلنا بجواز بيعها منفردة فى الرهن، لعدم لزوم الرهن للتفرقة فلا يحرم، مع أن الأقوى و جوب بيع الولد معها لو أريد بيعها فى الرهن، لتوقف صحه البيع الذى اقتضاه الرهن على بيعه معها، فيجب حينئذ مقدمه.

و ما فى القواعد- من احتمال جواز بيعها منفردة، و يقال: إنها تفرقه اضطراريه- واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء عقد الرهن بيعها منفردة، و إن كانت قد رهنه كذلك، فيضم ولدها حينئذ معها، سواء باعها المالك أو بيعت جبراً عليه، و لذا ترك الاحتمال فى الدروس و غيرها، فباعان حينئذ، ثم يختص المرتهن بقيمه الأم و ان نقصت بضمه إليها، أما لو زادت فقيل: تقسم الزيادة على نسبه ثمن الجارية و الولد فيختص المرتهن على النسبه فلو قومت مع ولدها بماء و عشرين، و مفردة بماء، و ولدها مفرداً بعشره، كان الزائد بالاجتماع عشره، فيقسم أحد عشر حصه، يختص المرتهن منها بعشره، و المالك بواحد.

و قد يشكل - بعدم استحقاق المرتهن هذه الزيادة الحاصله بانضمام غير المرهون من مال المالك، فينبغى اختصاصه بها أجمع، و لم يكن للمرتهن إلا- قيمه الجارية منفردة- و يدفع بإمكان دعوى استحقاق المرتهن الاجتماع بعد فرض تعلق الرهانه بها و هى ذات ولد، بل قد يحتمل اختصاصه بها، و أنه ليس للمالك إلا قيمه الولد منفرداً، لكن العدل، ملاحظه تتساويهما فى الزيادة.

و فى القواعد «تقوم منفردة، و منضمه، ثم ملاحظه النسبه، فلو قومت منفردة مثلاً بماء و منضمه بماء و عشرين، كان قيمه الولد السدس، قال: و يحتمل تقدير قيمه الولد منفرداً حتى تقل قيمته، فإذا قيل عشره فهو جزء من أحد عشر لو كانت قيمه الأم مائه».

و فى الدروس «إما أن يقوم جميعاً ثم يقوم الولد وحده، أو يقوم الأم وحدها، و مع الولد، أو كل منهما وحده، لأن الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه لمكان اشتغالها بالحضانة، و الولد تنقص قيمته منفرداً لضياعه، و وجه تقويم الأم وحدها أن الرهن

و رد عليها منفردة، و هو قول الشيخ، و كذا لو حملت بعد الارتهان و قلنا: بعدم دخول النماء المتجدد، أو كان قد شرط عدم دخوله».

قلت: ما ذكره أخيرا يقتضى أن الزيادة كلها للمالك، لأنها فى قيمة الولد، و النقصان الذى حصل فى الجارىه بالضم مستحق على المرتهن، لعدم صحه بيعها بدونه و قد رضى بها رهنا و هو على هذا التقدير جيد، كما أنه لو فرض زياده قيمه الجارىه به دون قيمه الولد، يتجه اختصاص المرتهن بها، إنما الكلام لو حصلت الزيادة لهما بالضم، أو النقصان، و قد عرفت الحال فيه فتأمل جيدا.

ثم إن ظاهر المصنف و غيره ممن اقتصر كإقتصاره على الشروط الأربعة، عدم اشتراط أمر آخر غيرها، لكن فى القواعد «لا يصح رهن المجهول»، و فى المحكى عن مواضع من المبسوط، بل عن الخلاف، نفى الخلاف عن عدم صحه الرهن فيما فى الحق. بل قيل: ظاهره نفيه بين المسلمين، و فى التذكرة «لو كان ما فى الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا فى المظروف خاصه، للجهااله على اشكال، و يصح الرهن فى الحق عندنا، و إن تفرقت الصفقه إذا كان له قيمه مقصوده».

و فى الدروس «لا يصح رهن أحد العبدین أو العبيد لا بعينه، للغرر، بل قال:

و الظاهر أنه يعتبر علم الراهن و المرتهن بالمرهون مشاهده أو وصفا» و هو ظاهر الشيخ حيث منع من رهن الحق بما فيه للجهااله، و جوزة الفاضل، و اكتفى بتمييزه عن غيره، و الشيخ نقل الإجماع على بطلان رهن ما فيه، و يصح رهن الحق عنده.

قلت: إن تم هذا الإجماع كان حجه على خصوص معتقده، و ما شابهه من المجهول من جميع الوجوه، و إلا فالإطلاقات تقتضى الجواز، و نفى الغرر إنما هو فى العقود المبنيه على المغابنه، لا فى مثل الرهن المبني على غبن الراهن للمرتهن، كالواهب بالنسبه إلى المتهب.

قال فى التذكرة فى باب بيع الغائب: «الأقرب جواز هبه الغائب غير المرئى و لا الموصوف و رهنه، لأنهما ليسا من عقود المغابنات بل الراهن و الواهب مغبونان و المرتهن و المتهب مرتفقان، و لا خيار لهما عند الرؤيه، كما إذا أرهنه المال الغائب،

أو وهبه له، لانتفاء الحاجة اليه، و معلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين، أما لو شرط في كل من الهبه و الرهن موصوفين في عقد البيع مثلا فظهر بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض» و هو جيد جدا.

نعم قد يتجه البطلان في غير المعين كأحد العبدین أو العبيد، كما جزم به في المختلف، و في حواشى الشهيد، و جامع المقاصد «المراد بالمجهول الذى لا يصح رهنه المجهول من جميع الوجوه، أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد إليه، و ما فى الحق كالشاه من القطيع لا يتوجه القصد إليها، و أما المجهول لا كذلك، كهذه الصبره، إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به».

قلت: يمكن منع عدم توجه القصد إلى ما فى الحق، بعد القطع بكونه مما يرهّن، و إن لم يعلم جنسه و لا نوعه، و من هنا كان ظاهر المختلف جوازه. نعم هو كذلك فى الشاه من القطيع بعد إرادته الإيهام الذى تنتفى معه الشرائط الأربعة، بل لا يصح رهنها مع إرادته الإطلاق، لا لأن المطلق لا يمكن قبضه إلا بقبض الفرد الذى هو غير مرهون، إذ هو مع أنه غير تام- بناء على عدم اعتبار القبض إلا إذا قلنا باعتبار كونه مما يقبض عليه أيضا- واضح المنع، ضروره صدق قبض الكلى يقبض فرده، بل لعدم جواز بيعه لو بقى على إطلاقه، لعدم اشتراط القبض، أو لأنه قبض الجميع مقدمه لقبض الواحد، و احتمال استحقاق المرتهن على الراهن تعيينه عند اراده البيع فيصح حينئذ لذلك، يمكن منعه للأصل و غيره، و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر بل منع، و لو فرض أنه أرهنه شاه، ثم عينها له و قبضها المرتهن لم يبعد الصحه، و كذا لو أرهنه صاعا من صبره، و إن لم يقبضه بعينه، و فى تنزيله على الإشاعه و عدمها الوجهان، و لعل الأقوى الأول، فتأمل جيدا.

فظهر من ذلك كله أن ما لا يجوز رهنه من المجهول، لا ينفك عن فقد أحد الشرائط الأربعة، و غيره لم يثبت عدم جواز رهنه، بل إطلاق الأدله يقضى بخلافه، و عدم معرفه مقابله للحق فى بعض أحوال الجهل غير قادح، إذ لا- يعتبر فى الرهن إمكان استيفاء تمام الحق منه، بل يكفى فيه الوثوق باستيفاء بعضه، و الله أعلم.

[الفصل الثالث فى الحق]

الفصل الثالث فى: الحق الذى يجوز أخذ الرهن عليه و هو كل دين ثابت فى الذمه قبل الرهانه أو مقارنا لها فى وجه تسمعه إنشاء الله يمكن استيفاءه من الرهن كالقرض، و ثمن المبيع و الأجره و حينئذ ف لا يصح الرهن فيما لم يحصل سبب وجوبه أى ليس بثابت حال الرهن ك ما فى القواعد نحو الرهن على ما يستدينه منه أو على ثمن ما يشتره فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهنا بلا خلاف أجده بيننا، بل فى التذكرة، و جامع المقاصد، الإجماع عليه، بل و لا إشكال، ضروره ظهور أدله المقام فى كون الرهن وثيقه على مال المرتهن، و لا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده، فلا يشمل عموم الوفاء بالعقود، بعد فرض عدم صدق الرهن عليه، كما هو واضح.

و ما عن أبى حنيفه، و بعض وجوه الشافعيه- من الجواز، و أنه يصير رهنا بالقرض- فى غايه الضعف، كدليله الذى مقتضاه حينئذ تأخر أثر الإنشاء عن سببه الذى هو العقد، و هو معلوم الفساد عندنا، بل لا يصح الرهن على الأعيان التى ليست بمضمونه على من فى يده، كالوديعة و العاربه غير المضمونه و نحوها بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكى منهما مستفيض، و به يخرج عن عموم الوفاء بالعقود، لو كان مشمولاً لها باعتبار صدق الرهن عليه عرفاً.

أما المضمونه كالمغصوبه و العاربه المضمونه و المقبوض بالسوم و نحوها، ففي الرياض أن الأكثر على عدم صحه الرهن بها، و لعله للأصل بعد عدم دليل للصحه، لعدم الإجماع بعد استقرار فتوى الأكثر على الخلاف، و اختصاص الآيه و جمله من النصوص بالدين، و عدم انصراف إطلاق باقيها بحكم التبادر إلى محل الفرض

و المراد بالعقود الأمور بالوفاء بها المتداوله فى زمن الشرع، و فى كون محل الفرض منها نوع شك و غموض. و ان علم تداول جنس الرهن، و تسميته رهنا حقيقه فى اللغه و العرف غير معلوم، فلم يبق إلا الأصل المقتضى للفساد.

مضافا إلى اقتضاء صحه الرهن بها صحته فى غير المضمونه، ضروره عدم الفرق بينهما، إذ المراد من ضمانها، الالتزام بالمثل أو قيمه عند التلف الذى هو غير معلوم الحصول، ف ضمانها حينئذ متعلق على شرط، كتعليق ضمان غيرها على التلف بالتفريط الذى لم يعلم حصوله، فهما بالنسبه إلى ذلك سواء، بل كل منهما مضمون عند العقد فى الجملة، و إن كان فى الأولى بمجرد التلف، و فى الثانية به مع التفريط، و هو غير مجد.

لكن قد يناقش فى ذلك كله، بانقطاع الأصل بإطلاق أدله الرهن الذى لا ينافيه اختصاص مورد بعضها بالدين، لصدق اسم الرهن الذى هو للأعم من الصحيح و الفاسد عليه فى عرف المتشرعه، فضلا عن اللغه الذى هو بمعنى الحبس، فيشملة حينئذ إطلاق الأدله، و يحكم بصحته مع عدم العلم بالفساد.

كما أنه يحكم باندرجه فى عموم الوفاء بالعقود، و إن سلم إرادته المتداول منها فى ذلك الزمن، إلا أنه يكفى فى إثباته معلوميه تداول الجنس مع معلوميه صدق ذلك الجنس على فرده الذى لم يعلم فساده، و خروج الرهن على غير المضمون بالإجماع غير قادح، على أنه قد يفرق بينهما بتعلق العهد فيها بأحد الأمرين عينها أو بدلها بخلاف تلك، فإنه لا عهده فيها لإمكان تلفها بغير تفريط، فلا حق للمرتهن فى بعض أحوالها.

و أما إشكال أصل الرهن عليها- بأن المقصود من الرهن استيفاء الحق المرهون عليه منه، و لا يعقل استيفاء الأعيان الموجوده من الرهن- فواضح الدفع، بأنه يكفى فيه التوثق به، لأخذ العوض عند الحيلولة، أو التلف الذى هو محل الحاجه، و لذا جاز أخذ مال الغاصب المساوى لما غصبه أو المخالف مع الامتناع عن رد العين و تعذر جبره.

على أن إرادته استيفاء نفس الحق من المرهون لا- يتم في الدين المجمع على جواز الرهن عليه، ضرورة عدم كون الثمن عين الدين الكلي الذي اشتغل به الذمه إذ لا ريب في مغايرته لجزئياته، و لو في الجملة، سيما على القول بأن وجوده في الخارج في ضمن الفرد، لا عينه، على أن ذلك كله في الرهن على الدين، لا مطلق الرهن المفروض شموله للرهن على العين الذي معناه ما ذكرناه.

و على كل حال فالإشكال من هذه الجبهة واضح الفساد، كل ذلك مضافا إلى المعتبره المستفيضه المتضمنه لنفي البأس عن الاستيثاق للمال، ك

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن السلم في الحيوان و الطعام و يؤخذ الرهن؟ فقال: نعم استوثق من مالك ما استطعت»

و نحوه غيره الشامله بإطلاقها لمحل الفرض، ضرورة صدق الماليه عليه فلا بأس بالاستيثاق له.

و المناقشه- بأن الاستيثاق بهذا الرهن أول الكلام، فإنه لا استيثاق إلا بعد صحته و عدم جواز رجوع الراهن فيه- واضحة الفساد، ضرورة إرادته نفس الرهن من الاستيثاق فيها، فالمراد أنه لا- بأس بأخذ الرهن لمالك، و هو شامل للدين و العين، فيدل على الصحه، و يجري عليه جميع أحكام الرهن.

فمن الغريب وقوعها من بعض الأساطين كالمناقشه بكون الخارج عن ذلك من الرهن الفاسده أضعاف الداخل، فيخرج عن الحجية، ضرورة فسادها بمنع كونه مما يخرج به عن الحجية بعد ملاحظه الأصناف، خصوصا إذا كان

المعيار الوصول إلى حد الاستهجان، فلا ريب حينئذ بعد ذلك كله في أن الأقوى صحه الرهن عليها، وفاقا للفاضل، و الشهيدين، و المحقق الثاني، و غيرهم، بل قد يقال:

بصحته للمضمون بحكم العقد كالثمن و المبيع و نحوها، بل ظاهر الدروس و غيرها تلازم الحكم بالصحه فيه، للحكم بالصحه في الأعيان المضمونه، قال: «و يجوز على عهده الثمن لو خرج مستحقا، و كذا المبيع و الأجره و عوض الصلح إن جوزنا الرهن على الأعيان و الضرر بحبس الرهن دائما مستند إلى الراهن، و لعلهما إذا أمنا الاستحقاق يتفاسخان». و في جامع المقاصد بعد أن فرغ من البحث في ضمان

الأعيان، قال: «و مثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري، أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد المبيع، و قد صرح باستوائهما بالحكم المصنف في السرائر، و شيخنا في الدروس، و إن كان المصنف في التذكرة - مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونه - منع من الرهن بعهدته البيع، و ليس بواضح، و ما علل به منعه الارتفاق مردود، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلا، و الظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذرا من نقصانها كالرهن على المبيع».

قلت: الموجود فيما حضرني من التذكرة في المقام «و أما الأعيان المضمونه في يد الغير إما بحكم العقد كالمبيع، أو بحكم ضمان اليد كالمغصوب، و المستعار المضمون و المأخوذ على وجه السوم، و كل أمانه فرط فيها و بقيت بعينها، فالأقوى جواز الرهن عليها» و ظاهره أنها مسأله واحده، اللهم إلا أن يريد بالمضمون بحكم العقد غير درك المبيع.

نعم كلامه في باب الضمان منها كالصريح في جواز الرهن على الدرر، محتجا عليه ب

خبر داود بن سرحان (١) عن الصادق عليه السلام «سألته عن الكفيل و الرهن في بيع النسيئه؟ قال: لا بأس»

و إن كان في استدلاله ما فيه.

لكن في باب الرهن أيضا في مسأله عدم جواز أخذ الرهن على ما لا يستوفى منه قال: «كلما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به، و ما لم يجز أخذ الرهن به لم يجز أخذ الضمين به، إلا ثلاثه أشياء عهده البيع يصح ضمانها، و لا يصح الرهن بها، و الكتابه لا يصح الرهن بها على إشكال سبق، و الأقرب صحة الضمان فيها، و ما لا يجب لا يصح أخذ الرهن به، و يصح ضمانه، لأن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإرفاق، فإنه إذا باع عبده بألف و دفع رهنا يساوى ألفا، فكأنه ما قبض الثمن و لا ارتفق به، و المكاتب إذا دفع ما يساوى كتابته، فما ارتفق بالأجل، لأنه كان يمكنه بيع الرهن و إمضاء الكتابه، و يستريح من تعطيل منافع عبده، بخلاف الضمان، و لأن ضرر الرهن يعم، لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه، بخلاف

الضمان» فظهر من ذلك كله أن كلامه فيه مختلف.

و كيف كان فقد يقال بالفرق بينهما باعتبار عدم علم الاستحقاق في عهده الثمن و المبيع، و احتمال غير كاف في صحة الرهن، و ان كان لو تحقق لظهر انكشافه من أول الأمر، بخلاف الأعيان المضمونه، فإن الاستحقاق لردّها عينا أو بدلا معلوم الثبوت، بل لا يخفى على السارد، للنصوص الواردة في الرهن أنه لا تناول في شىء منها لذلك، حتى النصوص التي ذكرناها آنفا، ضروره عدم مآل له ظاهرا عند غيره حتى يستوثق له، و منه ينقدح الشك في صدق الرهن عليه، بحيث يندرج في عموم الوفاء بالعقود و الإطلاق العامى المبني على ضرب من المسامحه لا عبره به و لا وثوق، فالقول بالمنع فيه و إن قلنا بالجواز هناك لا يخلو من قوه، خصوصا مع ملاحظه عدم أمد له ينتظر غالبا، و الرهن على غير المعلوم من الدين حال الرهن ثم علم إن جوزناه لعدم شرطيه العلم به، كما في سائر ما يعتبر في المعامله لا يقضى باجزاء حكم الرهانه عليه حال عدم العلم، كما هو المفروض في محل البحث، و بذلك يفرق بينه و بين الضمان الذى ليس فيه سوى شغل الذمه الذى يعلم بعد حصول الدرك كما أومى إليه فيما سمعته من التذكرة.

نعم لا مانع من التزام صحته لو بان بعد ذلك كون العين في العهده لفساد البيع على نحو صحته في الدين المحتمل، و كيف كان فقد عرفت أنه لا بد من الثبوت حال الرهن، لعدم تصوره حقيقه بدونه، بل لا بد من سبق ثبوته على تمام الرهن، لأن الشرط للسبب شرط لاجزائه كما في سائر شروط العقود، فلو شرك بين السبب و الرهن في عقد كما لو قال المشتري: صالحتك عن هذا العبد بألف و رهنت الدار بها، فقال:

قبلت أو قال: قبلت الصلح ثم قال: قبلت الرهانه لم يصح، وفاقا لصريح الكركى و ظاهر غيره، بل في الرياض حكايته عن الأكثر، فضلا عن رهن العبد نفسه، لوقوع إيجاب الرهن على التقديرين الذى معناه التوثيق قبل ثبوت الحق، بل قيل: إنه غير معقول، و حصوله بعد ذلك لو كان مجزيا في صحته التي هي بحسب حاله، لا جزء لو تأخر عن الإيجاب و القبول، خصوصا إذا كان قبل القبض بناء على أنه من تمام

السبب فتأمل.

و دعوى- كون المعترف فى عقد الرهن أن لا- يسبق بتمامه الحق، لا- بعضه- لا- شاهد لها، بل الشواهد بخلافها، ضروره ظهور الآيه (١) و النصوص، (٢) بتعقب الرهن بتمامه للحق، حتى يصدق أنه استوثق على ماله، و ليس الاستيثاق الذى هو بمعنى الرهن الجزء الأخير من القبول، حتى يكون قد تأخر عن ثبوت الحق، أو قارنه، بل هو عبارته عن تمام عقد الرهن، كما أنه ليس فى عقد الرهن ما يقضى بالفرق بينه و بين غيره من العقود، المعلوم تأخر تمام

عقودها عما يعتبر فى صحتها، فلو أوجب البيع مثلاً على ما لا يصح بيعه، ثم انتقل إلى الصحة قبل تمام القبول أو قبل الشروع فيه لم يصح قطعاً.

بل حكى عمن جوز ما نحن فيه من العامه الاعتراف ببطلان قول المولى لعبده كاتبك على ألف، و بعتك هذا الثوب بكذا، فقال العبد: قبلتهما، أو قال: قبلت الكتابه و البيع، و الفرق بين المقامين صعب، و أطرف شىء اشتراط الشافعيه فى الجواز تقدم إيجاب البيع على إيجاب الرهن، إذ تقدمه بعد عدم تأثيره الحق فى الذمه غير مجد، فلا فرق بين تقدم إيجاب البيع عن إيجاب الرهن و تأخره، كما هو واضح.

و بالجملة جواز ذلك غير متجه على أصولنا، فما يحكى عن مالك، و الشافعى و أحمد، و أصحاب رأى من الجواز فى غايه الضعف، و من الغريب تردد بعض الأساطين من أصحابنا فيه، ففى القواعد «لو شرك بين الرهن و سبب الدين فى عقد ففى الجواز إشكال، ينشأ من جواز اشتراطه فى العقد، فتشريكه فى متنه أكد، أى فى الالتزام، لاحتمال عدم الوفاء بالشرط، و من توقف الرهن على تماميه الملك، لكن يقدم السبب فيقول: بعتك هذا العبد بألف و ارتهنت الدار بها، فيقول: اشترت و رهنت، و لو قدم الارتهان لم يصح» و فى الدروس «و هل يجوز مقارنة الرهن للدين؟ فيه وجهان، فيقول: بعتك الدار بمأه و ارتهنت العبد، فيقول قبلتهما أو

١- ١ سورة البقره الآيه ٢٨٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الرهن.

اشتریت و رهنه، و لو قدم الرهن لم یجز».

بل فی التذکره «لو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين مثل أن یقول بعثک هذا العبد بألف و ارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشتریت و رهنه، أو قال:

أقرضتک هذه الدراهم و ارتهنت بها دارک، فالأقرب الجواز، لأن الحاجه تدعو إليه، فإنه لو لم ینعقد لم یتمکن من إلزام المشتري بعقده، ولأن شرط الرهن فی البیع و القرض جائز لحاجه الوثيقه، فكذا مزجه بهما، بل هو أولى، لأن الوثيقه هنا- آكد، فإن الشرط قد لا یفی به».

لکن الجمیع كما ترى بعد الإغضاء عما فی الأمثله من تقديم قبول الرهن علی إیجابیه، إذ الحاجه مع عدم رجوعها إلى الحرج لا تكون دلیلاً مثبتاً لحکم شرعی و اشتراط الرهن لا یشرط فیہ شرائط عقد الرهن من ثبوت الحق و نحوه، فجوازه لا یستلزم جواز ذلك، بل الظاهر كما قدمنا فی بحث الشرائط من البیع صحه اشتراط رهن المبیع نفسه علی معنی رهنه بعقد جدید بعد انتقاله.

بل لو جوزنا اشتراط نتیجه العقد بدونه، و قلنا: إن الشرط یقوم مقامه كقیام الصلح مقام بعض العقود، و ان لم یلحقه حکم ذلك العقد، اتجهت الصحه حیثئذ، لعموم أدله الشرط السالم عن معارضه ما دل علی اشتراط ذلك مثلاً فی الرهن، لأن المفروض عدم كونه من الرهن، و إن حصلت نتیجته بالشرط، بل لو قلنا بصحه اشتراط نتیجه علی وجه یلحقه أحكام الرهن، علی معنی أن للرهن سببیین العقد و الشرط، أمکن جواز اشتراط كونه رهنه علی دین سابق، فضلاً عن اشتراط رهن غیره مما هو مملوك للراهن سابقاً، فینتقل حیثئذ مقارنة لتعلق حق الرهانه به أو مقدما علیه، كما هو مقتضى الاشتراط الذى یراد منه الرهن بعد ثبوت الحق كما قیل.

و علی کل حال لا یستلزم الصحه فی محل البحث، بل لو قلنا بصحه اشتراط رهنه علی الثمن فی العقد علی المعنی المزبور، لم یستلزم الصحه أيضاً، لإمكان دعوى اشتراط سبق الحق علی عقد الرهن، لا علی اشتراطه المقتضى للاقتران، أو سبق الحق علیه باعتبار بساطته، بخلاف عقد الرهن الذى هو مرکب من الإیجاب و القبول، و لا یتصور

مقارنتهما لثبوت الحق، بل أقصاها المقارنه للسبب بالطريق المذكور فى كلامهم، و هو مقتضى لوقوع الإيجاب قبل حصول الحق الذى هو شرط فيه، لكونه شرطاً للعقد بتمامه فتأمل جيداً فإنه دقيق و الله العالم.

و كيف كان فليس المراد من الثابت فى المتن و غيره اللازم لصحة الرهن على الثمن فى مده الخيار، بناء على حصول الشغل بالعقد و الرهن على غيره مما هو متزلزل بلا خلاف أجده فيه، لإطلاق الأدله. نعم فى التذكرة «لا شك فى أنه لا يباع الرهن فى الثمن ما لم يمض مده الخيار» مع أنه لا يخلو من نظر، بل منع فيما إذا حل الدين قبل أجل الخيار.

بل المراد من الثابت، الحاصل فى الذمه و إن لم يكن لازماً، فلا يصح على ما لم يحصل سبب وجوبه بل و لا على ما حصل سبب وجوبه فى الجملة و لكن لم يثبت به فى الذمه كالدیه قبل استقرار الجنایه فى الخطأ المحض، و شبه العمد، و قبل انتهاء حالها و ان علم أنها تأتى على النفس الذى هو سبب ثبوت الدیه، على المشهور نقلاً و تحصيلاً، بل مقتضى الإطلاق عدم الفرق فى الجنایه على ما فيه الدیه و غيره، و لعله لان الشارع لم يرتب عليها حكماً قبل انتهاء حالها، فهو حينئذ تمام السبب فلا ثبوت قبله، و القطع بأنه يحصل أحد السببين لا يجدى فى جواز أخذ الرهن، لعدم ثبوت الحق حينئذ قبل حصول سببه.

لكن فى المسالك «ربما قيل: بجواز الرهن على الجنایه التى قد استقر موجبها و إن لم تستقر هى، كقطع ما يوجب الدیه، فإن غايته الموت و لا يوجب أكثر منها، بخلاف ما دون ذلك، و ليس ببعيد» و تبعه غيره.

و فيه أنه على احتمال سريان الجنایه لم يكن لذلك القطع تأثير، و لا سببه، بل المؤثر حينئذ الموت، و لا معنى للرهن قبل ثبوت الحق. نعم لو كان المؤثر للدیه القطع المزبور و الموت لا- أثر له، اتجه حينئذ الرهن لثبوت الحق، لكن ظاهر النص و الفتوى خلافه، فإطلاق المتن و غيره حينئذ متجه، و قد عرفت أن القطع بحصول أحد السببين غير الحصول فعلاً، و كان ذلك هو الذى أوهم القائل، مع أنه لو تم

لجاز الرهن على المتيقن ثبوته من الديه فى الجنايه على ما لا يوجبها، كقطع اليد مثلا، فإن النصف متيقن فى ضمن تمام الديه أو مستقلا، و لا يلتزم به القائل المزبور و الفرق بينهما لا- يخلو من تكلف، ثم من المعلوم أن الديه فى الخطأ على العاقله، و أنها مقسطه على ثلاث سنين.

و لكن لا يجوز الرهن على قسط كل حول إلا بعد حلوله لعدم تعيين المستحق عليه منها قبله، و إن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذى يعقل، و إن كان فاقدا لها قبله، لا غيره، و إن كان جامعا لها سابقا، و استصحب الجامعيه إلى مضى الحول غير مجد، بعد أن كان جزء سبب الثبوت مضى الحول، فإذا مضى صح الرهن حينئذ من ذلك المتعين الذى قد ثبت فى ذمته.

أما الديه فى شبه العمده فيصح الرهن عليها بمجرد حصول سبب ثبوتها، لأنها على الجانى و إن كانت مؤجله إلى سنتين، لكن كأجل الدين، فلا يمنع من الرهن بها بعد أن كانت متعلقه بذمته، و إن مات فى تركته.

اللهم إلا- أن يقال إن الأجل فيها كالأجل فى ديه الخطأ، بمعنى أن مضييه جزء سبب الاستحقاق، فيتجه حينئذ عدم الرهن بها أيضا، و ستمنع إن شاء الله فى كتاب الديات ما يؤكد ذلك، و إن كان فى بعض العبارات هناك ما يوهم اشتغال الذمه بها قبل الحول، و لكن غير مستقر لاحتمال الموت و الإعسار عند الحول، إلا أنه محمول على ضرب من التوسع، ضروره اقتضاء التدبر فى كلامهم هنا و هناك كون المراد بالخطاب بها الحكم التكليفى، لا الدينى الذى لا يسقط بالموت، و لا بالإعسار، فلاحظ و تأمل.

و قال فى الدروس: «و لا يصح الرهن على الديه قبل استقرار الجنايه، و إن حصل الجرح، و يجوز بعد الاستقرار فى النفس و الطرف، فإن كانت مؤجله فبعد الحلول على الجانى، أو على العاقله فى شبه العمده و الخطأ، و يجوز على الدين المؤجل و الفرق تعيين المستحق عليه فيه، بخلاف العاقله، فإنه لا يعلم المضروب عليه عند الحلول، و يحتمل قويا جوازه فى الشبهه على الجانى لتعيينه، و لو علل بأن الاستحقاق

لم يستقر إلا- بعد الحلول في الجنايه، شمل الجاني و العاقله، إلا- أنه ينتقض بالرهن على الثمن في الخيار، فالظاهر جواز أخذ الرهن من الجاني كالدين المؤجل» و لعل بناء المسأله على ما ذكرنا أولى بعد الإغضاء عما في بعض كلامه، و نسأل الله التوفيق لتحقيق ذلك في محله فتأمل.

و كذا لا- يصح الرهن على مال الجعالة قبل الرد لعدم استحقاق المجعول له قبل العمل، بلا خلاف أجده فيه، بل و قبل تمام العمل و إن شرع فيه، خلافا للفاضل في التذكرة، فجوزه بعد الشروع قبل التمام، لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مده الخيار، و أشكله في المسالك بعدم استحقاق شىء و إن عمل الأكثر، قال: «و الفرق بينها و بين الخيار واضح، لأن البيع متى أبقى على حاله انقضت مده الخيار، و ثبت له اللزوم، و الأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شىء، و الأصل عدم الإكمال».

قلت: مدار الحكم على الاستحقاق بالشروع و عدمه، و ظاهرهم في الجعالة الثانى و لعلها غير الأجره على العمل التى يملكها بالعقد، كما هو مقتضى المعاوضه، و إن كان لا يستحق تسليمها إلا بالعمل، بخلاف الجعالة التى مورد العقد فيها أنها عوض العمل، لا ملكه على المجعول له، و لذا كانت جائزه بالنسبه إليه، و تحقيق الحال فى محله إنشاء الله.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز الرهن على مال الجعالة بعده أى العمل، بل و لا خلاف، بل فى التذكرة الإجماع، لحصول الاستحقاق به كما هو واضح، و يجوز على مال الكتابه المطلقه بلا خلاف على ما فى المسالك، بل و لا إشكال، لثبوت الحق بها و لزومها من الطرفين، بل و المشروطه على الأقوى، وفاقا للمشهور عند المتأخرين، لأنها لازمه للمكاتب مطلقا عندنا كما فى المختلف، بل لو قلنا: بالجواز بالنسبه إليه خاصه، أو إلى المولى معه اتجه الصحه أيضا، لعدم منافاته لاستحقاق المولى كالثمن فى مده الخيار كما أنه لا ينافيها تسلط المولى على رده فى الرق، إذ قد لا يريده.

و من ذلك يظهر لك ضعف القول بعدم الجواز، كما عن الشيخ، و القاضي، و الحلبي، و سبطه يحيى بن سعيد، للأمرين المزبورين اللذين قد عرفت عدم اقتضائهما ذلك، بعد تسليم الأول منهما، بل و ظهر لك ان تأديه المطلوب الذى قد عرفت الحال فيه بقول المصنف و كذا مال الكتابه، و لو قيل بالجواز فيه كان أشبه غير جيد إذا الخلاف كما عرفت مختص بالمشروطه، بل الخلاف فيها ضعيف جدا، لضعف دليله و الأمر سهل ف يبطل الرهن عند فسخ الكتابه المشروطه ممن له فسخها، لذهاب الاستحقاق به كالفسخ بالخيار كما هو واضح.

و كيف كان فقد عرفت فيما مضى أنه يعتبر فى الحق كونه عهده، أو دينا فى الذمه يمكن استيفاؤه من الرهن الذى هو بمعنى الوثيقه لصاحب الحق مع التعذر أولا معه، و إلا لم يكن وثيقه ف لا يصح على ما لم يمكن استيفاؤه من الرهن كالإجاره المتعلقه بعين المؤجر مثل خدمته فإنه مع تعذرها بموت و نحوه، بل بعصيان منه تنفسخ الإجاره فليس للمرتهن استيفاؤها من الرهن، و ثبوت أجره المثل عليه فى بعض الأحوال الأجر الخاص، كما لو انتفع بنفسه فى مده الإجاره، أو أجر نفسه لغيره، و لم يجز المستأجر الأول، و اختار الرجوع على الأجير، لأنه هو المتلف لا تسوغ أخذ الرهن، لعدم معلوميه تحققها، فالرهن عليها حينئذ رهن على الحق قبل ثبوته، بل على احتمال ثبوته، بل كل معين من ثمن أو أجره أو نحوها لا يصح الرهن عليه، لعدم إمكان استيفائه من الرهن، و لذا قال فى التذكرة: «لا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت فى الذمه، كالثمن المعين، و الأجره المعينه فى الإجاره، و المعقود عليه فى الإجاره إذا كان منافع معينه مثل إجاره الدار، و العبد المعين، و الحمل المعين مده معلومه، أو لحمل شىء معين إلى مكان معلوم، لأنه حق يتعلق بالعين، لا بالذمه، و لا يمكن استيفاؤه من الرهن، لأن منفعه العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها، و تبطل الإجاره بتلف العين».

لكن قد يشكك ذلك كله بإطلاق أدله الرهن و الاستيثاق للمال التى يكفى فيها الاستيفاء من الرهن فى بعض الأحوال، كما إذا استوفى المنفعه المؤجر مثلا، أو

منعها في مثل الدابة على الأقوى، فإن قيمتها حينئذ تثبت في ذمته، فيستوفى من الرهن نحو ما سمعته في الأعيان المضمونه، و احتمال الانفساخ- بموت و نحوه مع أن الأصل عدمه- غير منافع، كما لا ينافى احتمال الفسخ في الخيار.

بل لعل الضمان في المقام أولى مما ذكره الشهيد في الدروس، من أنه لو ارتهن المستأجر على مال الإجاره خوفا من عدم العمل بموت أو شبهه فهو كالرهن على الأعيان المضمونه، و هو صريح في الجواز هنا بناء على الجواز هناك، مع أن المال هنا قد انتقل بالعقد إلى غيره، فليست الأجره حينئذ له، حتى يستوثق لها، بخلاف المنفعه و الأجره المعينه و المبيع المعين و نحوها مما هي مملوكة له في الظاهر، فله أن يستوثق على تسليمها إليه، و على احتمال ضمان من في يده لها، و قد سمعت ما في التذكرة في الأعيان المضمونه، و أن منها المضمون بحكم العقد، مع قوله بعدم صحة الرهن على الدرك، فيمكن أن يريد بالمضمون بحكم العقد ما نحن فيه فتأمل جيدا.

إلا- أنى لم أجد خلافا بينهم في عدم جواز الرهن على ذلك، فالجرأه على الجزم به لا تخلو من مخالفه الجزم، فالأولى التوقف في المسألة أو الحكم بالعدم، و لعله لما أشرنا إليه سابقا من عدم تحقق العهده، كى يتجه الرهن، و احتمالها غير كاف في الحكم بالرهن ظاهرا كالدين المحتمل فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل فلا- إشكال كما لا- خلاف في أنه يصح الرهن فيما هو ثابت في الذمه كالعامل المطلق في الذمه الذى لا يبطل بالموت، لعدم اشتراط المباشرة فيه، فمع التعذر و شبهه يباع الرهن حينئذ و يستوفى منه العمل كما هو واضح و لو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر ممن له الدين الأول مساويا له في الجنس و القدر أو مخالفا و جعل ذلك الرهن عليهما معا مصرحا بذلك أو اتفقا معا على ارادته جاز بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، و مشغوليته بالدين الأول غير قادحة بعد أن لم تكن منافية للثانية، فهو كما لو رهنه عليهما من أول الأمر.

و من هنا يعلم أنه لا حاجة إلى إبطال الرهانه الاولى، ثم التجديد لهما كما صرح

به غير واحد، بل يعلم أنه لا- يحكم ببطلان الأولى لو أطلق رهانته على الدين الثاني من غير تعرض للاول، لما عرفت من عدم التنافى فالأصل بقاؤها حينئذ، و دعوى ظهور الإطلاق فى ذلك ممنوعه، فتردد الشهيد حينئذ فى بطلان الأولى فى صوره الإطلاق فى غير محله.

نعم قد احتمله فى القواعد فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبى، و قد أجاز المرتهن الأول رهانته عنده، و البطلان فى خصوص ما قابل دين الثانى لو فرض زيادته عليهما، و العدم مطلقا من غير ترجيح لأحد الثلاثة كالتحرير، و الدروس، و غيرها.

مع أن الأقوى الأخير منها فيه، وفاقا للتذكرة، و جامع المقاصد، أيضا، لعدم التنافى حتى لو كان الرهن لا يفى إلا بدين الثانى، لإطلاق الأدله و وجوب الوفاء بالعقد، و لا- يمتنع كون الشىء رهنا بمجموع لا- يفى ثمنه بأدائه، لأن الأداء ثمره الرهن بعد تحققه، لا نفسه، و إنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته و قلته.

و تقديم دين شخص فى الأداء على الآخر لا ينافى تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمره الرهن و مقصوده، و لا محذور فى أن يكون المقصود فى بعض أولى و أسبق من البعض الآخر، و إن استويا فيما له المقصود و الثمره.

و لأنه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين و تقديم أحدهما على الآخر فى الأداء ثم تأديه الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلا، ففى العقدين المستقلين أولى، لوقوع الثانى بعد القطع بصحة الأول، فلا بد فى طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة.

و دعوى أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبه إلى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، و اختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متناف لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافى اختصاص الآخر، و قد ثبت الرهن الثانى بالسبب الطارى و إجازة المرتهن الأول فيبطل الأول- يدفعها منع المنافاه كما عرفته مفصلا و اجازة المرتهن انما توجب تقديمه عليه بناء على اقتضاء العقد ذلك لا بطلان الأول.

و أوضح منها منعا دعوى كونها موجهة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني، لأن المنافاه باعتبار مقصود الراهن مختصه به، بخلاف ما زاد، إذ الرهن متعلق بالمجموع، فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع، وإلا لم يقتض في شيء منه، ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة و الزيادة بالنسبه إليه لا تنضب، فقد يكون في وقت الرهانه كثيرا يبقى منه بقيه بعد الدين الثاني، ثم يتجدد النقصان، و بالعكس، و يستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له.

و على كل حال فيترتب على كل من الاحتمالات الثلاثه حكم إسقاط المرتهن الثاني حقه من الرهن، فعلى ما اخترناه يبقى رهنا عند الأول، و على الثاني لا- حق له، و على الثالث لا حق له فيما قابل الدين الثاني كما هو واضح، و لو لم يعلم المرتهن الأول برهن الثاني حتى مات الراهن، و فك الرهن لم يبطل الرهن، بناء على عدم اعتبار القبض، لكونه لازما من طرف الراهن، فليس للورثه و لا للغرماء المنع لسبق التعلق، فإن أجاز الأول قبل الفك ففيه الاحتمالات.

نعم ان كان قد بيع الرهن في دين الأول فقد يقوى بطلانه حينئذ، و إن فضل منه شيء، لعدم تناول الرهانه للثمن فلم يبق له موضوع، أما لو بقي من عين الرهن بقيه و قد قضى دين الأول، أو بقي تمام الرهن لقضاء دينه من غيره، فقد يتجه نفوذ الرهن للثاني، و يختص به عن الغرماء، و ليس للأول المنع بعد فرض سقوط تعلقه من الرهن، و لم يكن قد رد الرهن في حال تعلقه، لكون المفروض عدم علمه حتى فك الرهن منه، كما أنه لا- أثر لإجازته، فلم يبق مانع من النفوذ، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و احتمال- عدم صحه أصل الرهانه حال كونه رهنا عند الأول- يدفعه أنه لا إشكال في الصحه مع الإجازة التي هي مقدمه لإسقاط مانعيه حقه، فعلم قابليه العقد للتأثير مع ارتفاع المانع بالإجازة، أو بالفك، فإذا فرض عدم علم المرتهن الأول حتى فك منه، اتجه نفوذ الثاني.

و من ذلك كله يظهر لك ما في عبارته القواعد قال بعد ذكر الاحتمالات في المسأله السابقه: «و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن

دين الأول من دون الغرماء، إشكال، و لا حكم لإجازه الأول و لا فسخه بعد موت الراهن» بل فيها نظر من وجوه آخر أيضا تظهر بأدنى تأمل و لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من الإشكال، لإمكان الفرق بين الإجازه و الفك، باقتضاء الأول تعلق الرهانه من أول الأمر، لأنها كاشفه على الأصح، بخلاف الثانى، و يأتي إنشاء الله تمام الكلام فى ذلك و الله العالم.

و لو زاد فى الرهن للدين الواحد جاز بلا- خلاف، حتى من أبى حنيفه، و لا- إشكال لإطلاق الأدله من غير حاجه إلى إبطال الأول، و استيناف عقد جديد، و الظاهر كون الجميع حينئذ كالرهن الواحد الذى حكمه بقاء الرهنه ما دام شىء من الدين باقيا إن كان قد صرح بكونه رهنا على كل جزء من الدين، أو اتفقا على ذلك، بخلاف ما إذا صرحا بكونه على التقسيط، أو بكون مجموعه رهنا على المجموع، أو اتفقا على ذلك، فإنه ينفك من الرهن فى الأول بالنسبه، و فى الثانى بأداء شىء من الحق و ليس للديان الامتناع من قبض البعض، مخافه انفكاك الرهن بعد الشرط عليه و الإقدام منه على ذلك، و ان تردد فيه فى الدروس مما سمعت، و من أدائه إلى الضرر بالانفساخ، لكنه فى غير محله.

كما ان تردده فى حمل الإطلاق على الأول كذلك أيضا، ضروره غلبه تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، مضافا إلى ما عن المبسوط من الإجماع و التقابل بين الأجزاء فى المبيع و نحوه من عقود المعاوضه، لا يقضى بذلك فى الرهن المراد به الاستيثاق لمجموعه على جميع اجزاء الدين، فلا ينفك حينئذ بتمامه و لا جزء منه بأداء البعض، إلا مع التصريح، أو ما يقوم مقامه.

و من الغريب ما فى الدروس حيث أنه بعد أن ذكر صحه اشتراط الرهانه على كل جزء جزء، فبقى مجموعه رهنا ببقاء شىء من الدين، و اشتراط رهنه عليه لا على كل جزء منه، و يفسخ حينئذ بأداء شىء من الدين قال: «و إن أطلق فى حمله على المعنى الثانى أو الأول نظر، من التقابل بين الاجزاء فى المبيع فكذا فى الرهن، و من النظر إلى غالب الوثائق فإن الأغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره

من الرهن و هذا قوى» و قال فى المبسوط: «إنه إجماع» و هو كما ترى مع أنه لا ينطبق تعليله الأول على الوجه الثانى، و إنما هو صالح للتوزيع الذى لم يذكره هو، و تسمع فيما يأتى إن شاء الله تمام الكلام فى المسأله.

و على كل حال فقد ظهر لك أن الرهن المضاف حكمه حكم المضاف إليه، بعد ظهور كون المقصود منه رهانته على حسب الأول و ما عن أبى حنيفه- من أنه يكون رهنا بالنسبه على معنى قسمه الدين على قيمه المضاف إليه الرهن يوم قبضه، على المضاف يوم قبضه، فلو كانت قيمه الأول ألفا مثلا، و قيمه الثانى خمسمائه، و الدين ألف مثلا قسم أثلاثا ثلثان فى المضاف إليه، و ثلث فى المضاف- لا شاهد له، بل الشواهد على خلافه.

و قد بان لك أن صور الرهن ثلاثه و تسمع إن شاء الله تمام الكلام فيها الأولى:

رهن المجموع على كل جزء من الحق الثانى: الرهن عليه لا على كل جزء منه الثالثه:

رهن الأجزاء المشاعه على الأجزاء كذلك، و فى الأخيره ينفك بعضه بأداء بعض، و يبقى الباقي، كما أنه كذلك لو استدان رجلان كل منهما ديننا ثم رهنا مشتركا بينهما، و لو بعقد واحد مطلق، ثم قضى أحدهما فإن حصته تكون طلقا، لانصراف رهن كل منهما إلى ملكه على دينه إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين، و إلا اتبع الشرط الذى لا يقدر فيه عدم ملكيه كل منهما للجميع، بعد فرض رضا كل منهما بذلك، و المال غير خارج عنهما.

و لو تعدد المرتهن و اتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف مع تساوى الدين و أما مع اختلافه فربما احتتمل ذلك أيضا، لأنه الأصل فى التشريك، إلا أن الأظهر التقسيط على مقدار الدين، كما هو الأصل فى اجتماع الأسباب المعبر سببيه كل منهما، و لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون إذا و فى به فالزائد من أحد الدينين إن استحق قضاؤه من الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون تعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من تعلق الآخر، و ان لم يستحق قضاؤه منه امتنع كونه رهنا بالمجموع، و قد فرض كونه كذلك، فظهر أن التقسيط

أولى، فإن و في فلا بحث، و الا قسط عليهما بحسبهما كما هو واضح.

نعم هذا كله في التعدد ابتداء دون التعدد في الأثناء، فإنه لا عبره به على الظاهر سواء كان في الرهن أو المرتهن، كما في ورثته كل منهما لو تعددوا، فلو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بأداء حصته من الدين، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين، لم ينفك بمقداره من الرهن، و ذلك لأنه قد تعلق الدين بكل جزء منه في حيوة الموروث، و قد انتقل إلى الورثة على هذا الحال، فلا يتوهم أنه كتعلق حق الغرماء بالتركة التي لا ريب في انفكاك نصيب أحد الورثة بمقدار ما يخصه من الدين، و إن قلنا ان التعلق كتعلق حق الرهانه، لا كأرش الجنايه، لكن لما لم يكن ذلك سابقا على الموت، و إنما هو بعده كان تعدد الورثة بمنزله تعدد الراهن، فتأمل جيدا و الله اعلم.

[الفصل الرابع في الراهن]

الفصل الرابع في الراهن و يشترط فيه بالنسبه إلى صحه الرهن له و لغيره كباقي العقود كمال العقل فلا يصح من الصبي و لا المجنون و لو مع الإجازة لسلب العبارة و في لزومه جواز التصرف فلا يلزم من السفية و المملوك و نحوهما إلا مع إذن الولي، لكن ذلك بالنسبه إلى عقودهم، أما لو عقدوا للغير و كاله أو فضولا فكجائزى التصرف في اللزوم.

و كذا يعتبر في لزومه أيضا الاختيار ف لا ينعقد مع الإكراه الذي لم يخرج عن قصد اللفظ و المعنى، فإنه إذا تعقبه الرضا بعد ذلك لزم على الأقوى أما إذا كان إكراها مخرجا له عن القصد المزبور فلا يصح، و ان تعقبه القصد و الرضا بعد ذلك، كما حرر في محله.

و يعتبر فيه أيضا إذا كان الرهن لنفسه أن يكون مالكا، أو بحكم المالك، كالمستعير الذي يأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف لبعض أحكامه.

و حينئذ ف يجوز لولي الطفل مثلا و إن لم يكن اجباريا رهن

ماله إذا افتقر إلى ذلك للاستدانه ونحوها بلا خلاف أجده فيما بيننا، وإنما حكى عن بعض الشافعيه، و لا ريب في فساده، لكن مع مراعاة المصلحه التي هي الأحسن الذي «نهى الله (١) عن القرب إلى ماله بدونه» كأن يستهدم عقاره فيروم رمه و إصلاحه أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف، أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود له أى للطفل من بيعها، إذا لم يمكن البيع أو غير ذلك من المصالح التي لا تنضب لاختلافه باختلاف الأمكنه و الأزمنه و الأحوال.

فالضابط فيه الميزان المزبور التي تقتضى أيضا غالبا وضع الرهن على يد عدل يجوز إيداعه منه، أو من يطمئن به عليه من التلف ونحوه، بل قد تقتضى صحه رهن ماله فيما إذا اشترى له بمأه نسيئه ما يساوى مائتين، و رهن من ماله ما يساوى ماءه، فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطه الظاهره، و إن عرض فلا ضرار، أيضا.

بل قد يقال: بالجواز فيما إذا لم يرض إلا برهن تزيد قيمته عن المأه إذا كان مما لا يخشى تلفه كالعقار ونحوه، بل عن التذكرة قوه جوازه إذا كان على يد من يجوز إيداعه، و بالجمله الأمر في ذلك غير منضبط، و مع فرض تعدد أفراد المصلحه و لا ترجيح تخير، و الطفل في المتن و غيره من باب المثال، ضروره الجواز أيضا لولى المجنون و السفیه أيضا و المسأله غير مخصوصه بالرهن، بل هو كغيره من التصرفات لهم المحرر جملة من أحكامها في غير المقام و الله أعلم.

[الفصل الخامس في المرتين]

الفصل الخامس: في المرتين و يشترط فيه: ما يشترط في الراهن من كمال العقل و جواز التصرف و الاختيار على حسب ما سمعته في ذلك كله، لكن الظاهر أنه لا بأس بقبول السفیه و المفلس الارتهان الذي ليس بمستحق على المديون بشرط و نحوه، إذا كان الدين من غيره، أو منه قبل الحجر، لأنه ليس تصرفا ماليا، و لا مناف له، بل فيه مصلحه

للمال، و لعل المراد من عبارته المصنف و نحوها ما لا يشمل هذا الفرد من الارتهان، و الأمر سهل.

و على كل حال فلا ريب فى أنه يجوز لولى اليتيم مثلا أخذ الرهن له على ذلك كما نص عليه غير واحد بلفظ الجواز، لإطلاق ولايته الشامله لذلك، و قبول الاتهاب و الوقف له و نحوها، بل قد يجب عليه ذلك فيما لو توقف الأحسن المعتبر فى الآيه الكريمة(١)فى التصرف فى ماله عليه، كما لو باع ماله نسيئه لغير ذى ملاءه وثاقه، بل الظاهر كفايه الثانى فى لزوم أخذ الرهن قال فى التذكرة:

«لو كان المشتري موسرا لم يكتف الولي به، بل لا بد من الارتهان بالثمن» نعم قال أيضا: لو لم يحصل أو حسن الظن بيساره و أمانته، أمكن البيع نسيئه بغير رهن، كما يجوز إبطاع ماله.

وفيه: أن المتجه عدم البيع مع عدم الحصول، إذ الاكتفاء باليسار مع عدم الوثاقه لا يخلو من إشكال، بل منع خصوصا فى الفاسق الذى لم يعرف منه الوفاء، فضلا عن المعروف بعدمه، ضروره كون إبقاء المال أو بيعه لغيره بدون ثمنه أحسن من ذلك، و يمكن أن يريد معنى الواو من - أو - أو أن ذلك من غلط النسخ، فيكون الجواز بغير رهن مع حسن الظن بيساره و أمانته كما ستعرف ذلك إن شاء الله.

أما لو كان ثقه غير ملىء فقد يقوى الجواز، و الأحوط أخذ الرهن، و ليس المراد من الأحسن فى الآيه الفرد الأعلى الذى لا أحسن منه، على معنى النهى عن التصرف بأموالهم إلا - به، ضروره اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل، إذ ما من حسن إلا و هناك أحسن منه، بل المراد مطلق الأحسن من عدم القرب، إلا أن مقتضاه حينئذ التخيير فى الأفراد و إن تفاوتت، مع أن فى الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسر الفرد الأعلى مطلقا إشكالا إن لم يكن منعا، خصوصا لو فرض أحسنه إقراض مال الطفل من إبقائه لغرق و حرق و نحوهما، و فرض وجود الطالب الثقه

الملى و الرهن و الكفيل فإنه لا إشكال فى وجوب إقراضه، و حرمة إقراضه من الفاسق المجرد عن الملاءه و الرهن

و الكفيل و نحوها، و إن كان إقراضه مع انحصار الأمر فيه أحسن من الإبقاء، اللهم إلا أن يقال: إن مثله لا يعد أحسن، و إنما أوجبنا، مع الانحصار، لأنه أقل قبحا من الإبقاء المؤدى لتلف المال و ضياعه، و إلا فهو لا حسن فيه مع اتفاق غيره ممن فرض.

و قد يقال: إن المراد بالأحسن من غيره من الأفراد الموجوده، فيجب حينئذ تقديم الفرد الأعلى مع وجوده، و لكن لا يجب تطلبه مع وجود الفرد الأدنى، فيكفى حينئذ في نفيه أصله عدم حصوله، كما أنه يصدق على الفرد المتيسر أنه أحسن من غيره، لعدم وجود فرد آخر، إذ غيره مما هو أعلى منه لو حصل كان فردا، فهو فرض فرد لا فرد فعلا، فلا يقدر كونه أحسن.

إلا- أنه و مع ذلك فالأحوط و الاولى عدم المبادره إلى المتيسر مع مظنه حصول فرد آخر أعلى منه، أو الاحتمال المعتد به، اكتفاء بأصله العدم، إلا- أن يكون في المبادره صلاح يرجح على المصلحه التي في الانتظار، بل قد يقال برجوع ذلك إلى الأول، ضروره كون الأ-حسن في الفرض المزبور الإبقاء منتظرا للفرد الأعلى المظنون أو المحتمل احتمالا- معتدا به، كما أن الأحسن مع فرض كون المبادره أصلح الفرد المتيسر، و بالجمله الميزان ما ذكرناه و هو جيد جدا.

أو يقال: إن المراد به ما يعد حسنا عند العقلاء، فلا يراد من الأحسن معنى التفضيل بل المقصود الرخصه في القرب لأموالهم بما يعده أهل المعرفة حسنا، و أن فاعله من المحسنين، لكن قد يقال: إنه بعد التأمل راجع إلى الأول، أو الثاني في الثمره، كما أن احتمال إرادته الإطلاق من الآيه من دون تقدير مفضل عليه مخصوص من القرب، أو الغير بدعوى أن لها مصاديق ينقحها العرف، نحو ما قيل في الوجدان المنفى في آيه التيمم (١) و أنه لا حاجه إلى تقدير متعلقه من الأماكن القريبه أو غيرها كذلك أيضا.

و قد بان لك من ذلك كله المدار في المسأله الذي على الفقيه تحريره، و إلا فالخصوصيات غير منضبطه، تختلف باختلاف الأحوال، فليس على الفقيه حصرها،

و لا تعليق الحكم عليها، و إن وقع ذلك من بعض الأصحاب فالمراد به الغلبه.

كما أنه بان لك أيضا أنه لا يجوز أن يسلف ماله إلا مع ظهور الغبطه له، كأن يبيع بزياده عن الثمن إلى أجل و أنها ربما توقفت على كونه من ثقه ملئى ء برهن أو كفيل، بل أطلق فى المسالك أنه حيث يجوز يجب كون المديون ثقه مليا، و يرتهن على الحق ما يفى بقيمته مع الإمكان.

بل: قال سابقا: «إنه يعتبر فى الرهن كونه مساويا للحق أو زائدا عليه، ليتمكن

استيفاؤه منه، و كونه بيد الولى أو يد عدل ليتم التوثق و الإشهاد و لو أخل ببعض هذه ضمن» و إن كان فيه أن ذلك كله ينبغي تقييده بتوقف التى هى أحسن عليه، و أن الإبقاء بدون شئ ء من ذلك هو الأحسن كالمحكى عن حجر التذكرة من أنه يرتهن به رهنا وافيا، فإن لم يفعل ضمن.

و على ذلك بنى قول المصنف لا- يجوز له إقراض ماله إذ لا- غبطه. نعم لو خشى على المال من غرق أو حرق أو نهب و ما شاكلة جاز إقراضه و أخذ الرهن بل فى المسالك هنا أيضا يقرضه من الثقه الملى و يرهن عليه و يشهد كما مر، و قال أيضا: «من مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه، بتسويس الحنطه و شبهها، فيقرضها من الثقه الملى مع الإمكان بالرهن، لإمكان جحوده و تعذر الإيفاء».

و قال المصنف و لو تعذر أى الرهن اقتصر على إقراضه من الثقه غالبا و ظاهره كما فى المسالك أن مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقه و لا مليا، لانضباط الدين بالرهن، كالمحكى عن الإرشاد، و اللمعه، و رهن التذكرة، و حجر القواعد، بل عن بعضهم التصريح بذلك، و فى التذكرة اعتبار الرهن و الملاءه و الثقه جميعا مع الإمكان، و أسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.

و عن المبسوط لا يجوز القرض إلا فى موضع الضروره، كالخوف من نهب أو حرق أو غرق، فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقه ملئى يقدر على قضائه، إلى غير ذلك من كلماتهم التى لا بد من إرجاعها إلى الميزان الذى ذكرناه سابقا، الذى منه يعرف الحال فيما لو تعذر الثقه و الارتهان و الملاءه و نحو ذلك، و كان الخوف من الغرق و نحوه

حاصلا، إذ لا-ريب في أنه في بعض الأحوال يكون الأحسن إقراضه، و لو من الفاسق المعسر، لأنه مرجو الحصول في الدنيا و الآخرة، و في بعضها الأحسن إبقاؤه باعتبار ضعف احتمال التلف بالنسبة إلى الإقراض من الفاسق المعسر، خصوصا بعد ملاحظته كون التالف ظلما يعوضه الله جل شأنه على صاحبه في الدنيا و الآخرة.

و على كل حال فالأولى إيكال الأمر إلى الضابط المذكور الذي هو مختلف باختلاف الأحوال و الأزمنه و الأمكنه، بل معرفه الأولياء فيه مختلفه، و من ذلك يعلم عدم اعتبار العدالة الشرعيه، فإنه ربما يكون السبيل الأحسن في غيرها، لكن قد يظهر من جمع اللعمه- الثقة و العدل- اعتبارها، و في المسالك «المراد بقولهم الثقة غالبا الثقة في ظاهر الحال، يعنى الإكتفاء بظاهر أمره، و لا- يشترط العلم بذلك لتعذره، فعبروا عن الظاهر بالغالب، نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة، لا أن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل، لأن ذلك غير كاف».

قلت: قد عرفت أن المدار على غير ذلك، و يمكن أن يكون المراد من الثقة غالبا من تطمئن به النفس بالنسبة إلى الوفاء، بل لا يعتبر في ذلك العلم للمعسر، بل يكفي فيه التتبع لأغلب أحواله المفيد اطمينا كما هو المعتاد و الأمر في ذلك كله سهل بعد ما عرفت.

إنما الكلام في أنه أي الضابط المزبور معتبر في تصرف المولى لنفسه، أو يكفي فيه عدم الضرر على الطفل، فعن النهايه و الوسيله «أنه يجوز للمولى اقتراض مال الطفل إذا كان متمكنا من قضائه»، و عن حجر التذكرة «لا يحتاج الأب إذا باع مال ولده عن نفسه نسيئه أن يرتهن له من نفسه، و كذا لو اشترى له سلما مع الغبطه بذلك» و عنه و عن جامع الشرائع اشتراط الملاءه المصلحه للطفل، بل عن السرائر «لا يجوز له بحال، لأنه أمين و الأمين لا يجوز له أن يتصرف في أمائته» و إن كان هو واضح الضعف، لمخالفته الآيه و الروايه ف

في صحيح أبي الربيع (١) أنه «سئل الصادق عليه السلام عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه؟ فقال: إن على بن الحسين عليهما السلام قد كان

يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك»

و

فى خبر ابن أسباط (١) «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»
و نحوه خبره الآخر (٢) و خبر غيره مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القرض أو القراض، فلا ينبغي التأمل فى جواز ذلك للولى فى الجملة.

و إنما البحث فى اشتراط ذلك بما اشترط به التصرف بالنسبة إلى الغير من كونه الأحسن، أولاً، مقتضى إطلاق الآيه الأول، بل لعلها فى تصرف الأولياء لأنفسهم أظهر، كما أنها أقوى من إطلاق بعض الأخبار، و ترجح عليه، و إن كان التعارض بينها من وجه فالأحوط الاقتصار فى تصرفهم على ذلك، خصوصاً غير الأب و الجد منهم، فإنه قد يحتمل فيهما الاكتفاء بعدم الضرر و تمام الكلام فى ذلك فى غير المقام و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا اشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه، أو لغيره أو وضع الرهن فى يد عدل معين صح بلا خلاف، بل عن الغنية الإجماع عليه، لعموم (٣)

«المؤمنون عند شروطهم» (٤)

و «أوفوا» و خصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد بل و لزم و لم يكن للراهن فسخ الوكالة وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً- و تحصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف، مشعراً بعدمه بيننا، و لعله كذلك، فإننى لم أجده إلا من الشهيد فى اللمعة، بناء منه على ما سمعته من مذهبه من عدم اللزوم فى نحوه من الشروط فى العقود اللازمة، و قد عرفت ضعفه.

نعم عن المبسوط أنه حكى الخلاف فى ذلك بلفظ القيل، و يمكن أن يريد الشافعى كما يشهد له ما يظهر من السرائر، فمن الغريب قول المصنف فيه على تردد و إن ذكروا وجهه: كون الوكالة من العقود الجائزه التى من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ، و اشتراطها لا يقتضى لزومها، و إلا لم تبطل بالموت، أو عدم

١-١ الوسائل - الباب - ٧٥- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧٥- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٠- من أبواب المهور الحديث - ٤.

٤-٤ سورة المائدة الآية - ١.

لزوم الشرط و إن كانت فى عقد لازم، و انما أقصاها التسليط على الفسخ، أو أن الرهن و إن كان لازما من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح، و الأصل براءة الذمه من اللزوم، فيكون كالشروط فى العقود الجائزه.

و الجميع كما ترى إذ فى الأول: أن الوكاله و إن كانت من العقود الجائزه بالذات، لكن لا- بأس بلزومها من جهه العارض كالشرط و نحوه، و دعوى أنه غير مقتضى لذلك- يدفعها فرض كون المراد منه البيع و كاله، فهو كما لو صرح باشتراط عدم العزل، لا أن المراد مطلق الوصف بها و إن عزل بعد ذلك، و احتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضى عدم تريب الأثر لو وقع، بل أقصاه الإثم يدفعه أنه مناف لكون المؤمن عند شروطه، و البطلان بالموت- لانتفاء الموضوع، ضروره كونها استنابه تذهب بذهاب المنوب عنه- لا يقتضى جواز العزل.

و فى الثانى: ما تقدم سابقا من منافاته لما دل على لزوم الشروط، و الوفاء بالعقود، على أن التسلط للفسخ هنا لا فائده فيه، بل يزيد ضررا، إذ الفرض أنه شرط فى عقد الرهن لنفسه، ففسخه يزيد ضررا، و من هنا جزم فى الدروس فى المقام باللزوم، و لعله لما عرفت، و إن لم يقل به فى غيره، بل فى المسالك «أن الوكاله هنا مما العقد كاف فى تحققها، فلا يحتاج بعده إلى صيغه أخرى لها، لان الفرض منها مجرد الإذن بأى لفظ اتفق، و قد تقدم أنما العقد كاف فى تحققه، كجزء من الإيجاب و القبول، فحيث يكون لازما يلزم، و إن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفى العقد فى تحققه» و قد أشار بذلك إلى تفصيل قد حكينا سابقا عن الشهيد فى الشرائط بين ما تحتاج إلى أمر آخر غير العقد المشترط فيه، و بين ما لا يحتاج إلى ذلك، بل كان العقد كافيا فى لزومها، و هو و إن كان فيه ما فيه أيضا، إلا أنه قد يناقش فى كون الوكاله هنا من القسم الثانى، بل و فى حصول الإذن بعد أن كان المراد من الشرط إيقاع الوكاله بعد عقد الرهن، إذ لا معنى لإنشائها بلفظ الشرط المعلوم عدم صلاحيته لذلك، فتأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد من اشتراط الوكاله هو ما أشرنا إليه سابقا من

البيع عنه، و ليس المراد نفس الوكاله و حينئذ لا يحتاج إلى أمر آخر غير الشرط- في العقد الذى قد استحق به، بمقتضى عموم
(١)

«المؤمنون عند شروطهم»

- عليه البيع عنه، و انحلال ذلك إلى الوكاله لا يقتضى كون المراد اشتراطها على وجه تحتاج إلى صيغه بعد العقد، أو أن المراد
اشتراط أثر عقد الوكاله، أو نحو ذلك، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع فى وجه إطلاق الأصحاب لزوم الوكاله متى اشترط فى عقد
لازم و الله اعلم.

و فى الثالث: أن الشرط على الراهن فيكون لازما لأن الفرض لزوم العقد من جهته. نعم لو وقع شرط على المرتهن أمكن عدم
لزومه عليه باعتبار أن له فسخ العقد المشروط فيه.

و كيف كان فلا اشكال بل و لا خلاف فى أنها: أى الوكاله المشترط تبطل بموته أى الراهن كبطانها بموت الوكيل، سواء كان
المرتهن أو غيره لما عرفت من أن لزومها الحاصل من الاشتراط ما دام محلها باقيا، لا- إذا خرج عن قابليه النيابة و الاستنابه
اللذيينهما من مقومات الوكاله.

نعم تبطل هى خاصه دون الرهانه لعدم الارتباط بينهما، ضروره تبعيه الرهانه للدين الذى لم يختلف فى حالى موت كل منهما، و
حياته. و من هنا حكى الشهيد عن إمام فخر الإسلام أنه نقل الإجماع على انتقال حق الارتهان إلى المشتري لو باعه المرتهن، و
هو فى ذمه الراهن من شخص فتغير مالكة الدين - كتغير مالكة العين المرهونه بموت الراهن و المرتهن - غير قاذح فى انتقال
حق الرهانه، فضلا عن تبين كون الدين لغير المرتهن بإقرار، أو بينه على أنه كان وكيلا فى الدين و الارتهان كما هو واضح.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لو مات المرتهن المشروط و كالتة لم تنقل إلى الوارث و كالتة، لكن ذكر المصنف و غيره إلا أن يشترطه
بل لم يعرف فيه خلاف بينهم و كذا إن كان الوكيل غيره أى المرتهن.

و ربما أشكل بأنه لا معنى لاشتراط انتقال الوكالة التي تبطل بالموت، و بأنه لا معنى لاشتراط وكالة الوارث على معنى حصولها بنفس الشرط فى العقد على حسب حال المورث و ربما يكون غير موجود حال الاشتراط، فضلا عن كونه غير قابل.

و يدفع بأن المراد بالاشتراط ما عرفت من البيع عنه للمرتهن، أو لوارثه فالشرط عليه هو البيع عنه، و هو صحيح بالنسبة إلى المرتهن و وارثه و الأجنبى، و الوكالة فيه تبعيه لا أصلية، أو يراد اشتراط التوكيل عليه بصيغه جديده للوارث، إلا أن الأول أولى و أدق، كما أن اشتراطها على الراهن بعد موته لا بد من تنزيهه على الوصيه، ضروره عدم صحه الوكالة بعد الموت و الله أعلم.

و قد تلخص من ذلك و مما ذكرناه فى غير المقام أن المراد بقول الأصحاب تلزم الوكالة إذا اشترطت فى عقد لازم، أحد أمرين:

الأول: إرادته الوكالة العقدية، و هذه لا ريب فى عدم تحققها بالشرط الذى هو فى الحقيقة معنى مباين لإيجابها، فلا يتحقق حينئذ عقدها بذلك، و لا يقال: انهما عقدان بل هو عقد واحد مشتمل على شرط مفيد للإلزام بحصولها، فيحتاج فى الوفاء به إلى إيجاد عقدها و لزومها، إما لكون المراد و لو من القرينه إرادته عدم العزل، و إما لكون المراد البيع و كيلا- عنه من حين إيجاد صيغه التوكيل إلى حصولها البيع، فلو عزله فى الأثناء لم يؤثر، لكونه منافيا للشرط الذى هو البيع عنه و كيلا من حين التوكيل.

نعم لا- ريب فى جريان باقى أحكام الوكالة عليها، كالفسخ بالموت و الجنون و الإغماء و نحو ذلك، مما كان دليله شاملا للوكالة المشروطة فى عقد لازم و غيرها لكون كل منهما وكالة و لم يفد الشرط إلا كونها لازمه على المشروط عليه، بمعنى عدم جواز فسخها منه باعتبار وجوب الوفاء بالشرط لا غير ذلك، من أحكام الوكالة، و لعل هذا هو الموافق لكلمات الأصحاب، خصوصا مع ملاحظه ما ذكرناه فى وجه الاستدلال على انفساخها بالموت، و خصوصا مع ملاحظه إطلاق اسم الوكالة عليها، و هى عندهم عبارته عن العقد المخصوص، و لا ينافى ذلك قولهم أنها لا تنتقل بموت المرتهن مثلا

إلى وارثه الا مع الشرط، ضروره صلاحيه إلزام تحصيلها بعقدها على الراهن مثلا بالنسبه إلى وارث المرتهن و غيره، لعموم أدله الشرط، لا أن المراد انتقال الوكاله من دون عقدها إلى الوارث بالشرط كما هو واضح.

و الثاني: أن يراد بالوكاله المصداق الموافق لمصداقها مع عدم التقييد بكونها وكاله، نحو ملك العين بعوض معلوم و إن لم يكن بيعا، و قد ذكرنا سابقا صحه اشتراط ذلك بعد عدم دليل على انحصار مفاده في عقد الوكاله التي أقصاها أنها تفيده، لا أنه لا يكون إلا بها، فيبقى عموم الشرط حينئذ بحاله.

نعم لا- يلحق ذلك شىء من أحكام الوكاله الثابته لها من حيث كونها وكاله، لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادها، أما الانفساخ بالموت و الجنون و الإغماء فقد يقال: بثبوتها باعتبار لحوقها لمعنى النيابة المفروض تحققها في المعنى الشرطى، إذ لا يعقل نيابته و هو ميت أو مجنون أو مغمى عليه، كما لا يعقل نيابته عنهم.

و بالجملة كل حكم ثبت للوكاله من حيث معنى النيابة يلحق المستفاد من الشرط، ضروره كونه نيابه، و إن لم يكن وكاله، دون غيره من الأحكام الثابته للوكاله باعتبار مفهومها المفروض عدمه في المعنى الشرطى، و أما اشتراط هذا المعنى بالنسبه إلى الوارث أو الأجنبي فلا- بأس به، لعموم المؤمنون و غيرها، و ليس هو من الوكاله المحتاجه إلى عقد و هذا جيد و ينطبق عليه اللزوم مع الاشتراط في عقد لازم، إلا أنه بعيد عن كلمات الأصحاب و الله العالم.

و لو مات المرتهن و لم يعلم أن الرهن في تركته، لم يحكم به في ذمته، لأصالة البراءه، و لعله تلف منه بغير تفريط، و لا في ماله لأصالة عدمه فيما هو في ملكه بمقتضى ظاهر يده المحكوم شرعا بأنه لورثته، بمقتضى عموم (١)

«ما تركه الميت»

و حينئذ فلو كان الرهن فيها في الواقع فهو كسبيل ماله في الظاهر، كما في السرائر، و القواعد، و التحرير، و غيرها حتى يعلم بعينه بقيام بينه و نحوها، و ان اشتبه بنظائره فيها، فإن المرجع فيه حينئذ إلى الصلح و نحوه، لا أن المراد حتى

يعلم بشخصه و خصوصه، ضروره عدم خروج المال عن ملك صاحبه بالاشتباه، بل الظاهر تقديمه على الغرماء، لكونه كالشريك فى الأعيان.

و إن كان قد يحتمل مساواتهم باعتبار كون الاشتباه كالتلف فى الرجوع إلى الضمان، و لعله لذا قال المصنف فى باب الوديعه: «إذا اعترف بالوديعه ثم مات و جهلت عينها قيل: تخرج من أصل تركته، و لو كان له غرماء، فضاقت التركة حاصهم المستودع، على تردد» و إن كان هو واضح الضعف.

و كيف كان فلا- بد من حمل العبارة على ما ذكرناه، و ان كانت لا تخلو من إبهام و لذا تركها فى القواعد و غيرها و الأمر فى ذلك سهل. نعم قد يشكل أصل الحكم بذلك و ان كان ظاهرهم الجزم به هنا، كما اعترف به فى المسالك، بأن الأصل بقاؤه فى المال الذى كان فى زمن الحياه ملك و رهن، فلا قضاء لليد بالملك بعد العلم بأنها كانت أعم، و الأصل عدم التلف، كما أن الأصل عدم تركه له غير الموجود، فينحصر الرهن حينئذ فى التركة الموجوده بمقتضى الأصل الشرعى الذى هو بعد فرض حجته كالبينه و نحوها، و أصاله عدم كونها من التركة الموجوده لا- أصل لها، إذ ليس لها حاله سابقه كان خارجا عنها حتى تستصحب.

و ما فى المسالك- تبعا لجامع المقاصد فى الجملة من أنه يمكن أن يقال:

لا تعارض بين الأصلين، فأصاله بقاء المال يمكن أن يجمع أصاله البراءه، لأن المال بيد المرتهن غير مضمون، بل هو امانه يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا، و حديث (١)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

لا بد من تخصيصه بالأمانات، و لم يعلم هنا ما يزيل الأمانه، فيبقى أصاله براءه الذمه رافعه لاستحقاق الراهن فى المال و الذمه، لعدم التعارض، فيتم ما أطلقوه حيث يشته الحال.

- واضح الضعف بعد ما عرفت من اقتضاء أصاله بقاء المال، و أصل عدم التلف، و أصل عدم تركه له غير الموجود- كونه فى المال، و ليس هذا من ضمان المال حتى يقال: إن الأمانه خرجت من

عموم «على اليد»

و فى مضاربه القواعد «و لو مات العامل

و لم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه صار أسوه الغرماء على إشكال» و ستمسح ما فيها.

و فى التذكرة فى الوديعه «نعم قد يتجه ما ذكره فيما لو علم بالرهن، و لم يوجد فى التركة قطعاً، كما إذا كان سيفاً مثلاً و لا سيف فيها، مع أنه قد يقال: بالضمان فيه أيضاً، لأصاله البقاء، و

عموم «على اليد»

المسلم استثناء تلف الأمانه منه بغير تفريط، الثابت بالبينه أو بيمين لا سائر أحوال الأمانه، فالتلف الذى لم يدع الأمين كونه بغير تفريط، و لا علم كونه كذلك على قاعده الضمان.

بل لو سلم أن المستثنى تلف الأمانه مطلقاً، حتى يكون الأصل فى تلفها عدم الضمان إلا بأن يعلم كونه بتفريط، فهو بعد إحراز التلف، أما إذا لم يكن معلوماً بل الأصل يقتضى عدمه، فلا، و عدم الوجود فى التركة أعم منه قطعاً، إذ يمكن جعله فى حرز لا يعلم به إلا- هو، فعموم على اليد بحاله، بل فى الحقيقة ليس ذلك تضميناً بل هو رد للأمانه المحكوم ببقائها بمقتضى الأصل الذى لا فرق بين الأمين و غيره فى الخطاب به».

قال فى القواعد: و لو مات المستودع و لم توجد الوديعه فى تركته فهى و الديون سواء على إشكال: أى فى كيفية الضمان لا فى أصله، هذا إن أقر أن عنده وديعه، أو عليه وديعه أو ثبت أنه مات و عنده وديعه، أما لو كانت عنده فى حياته و لم توجد بعينها، و لم يعلم بقاؤها فى الضمان إشكال» و عن شرح الإرشاد «نسبه الضمان إلى نص الأصحاب» و فى التذكرة «قد بينا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعه و لم توجد فى تركته، فإن الذى يقتضيه النظر عدم الضمان، و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعية الضمان».

و قد بان لك من ذلك كله أن الصور سته:

الأولى: علم الرهن فى جملة التركة.

الثانية: أن يعلم أنه كان عند الميت و لم يعلم كونه فى التركة أولاً؟ تلف بغير تفريط أولاً؟.

الثالثة: أن يعلم كونه عنده كذلك، و لكن ليس فى التركة قطعاً.

الرابعة: أن يعلم تلفه في يده و لم يعلم كونه بتفريط أو لا؟.

الخامسة: أن يعلم كونه عنده إلى أن مات، و أنه لم يتلف منه، إلا أنه لم يوجد في التركة.

السادسة: كذلك، إلا أنها مع احتمال التلف بعد الموت، كل ذلك مع عدم التقصير منه بترك الوصيه و الإشهاد، و حكم الأولى واضح، كحكم ما لو علم الرهن بعينه، أما ما عداها فقد يقوى الضمان في غير الرابعة التي قد عرفت احتمالها فيها، إلا أن الأقوى خلافه، كما أن الأقوى في بعض صور الضمان التقديم على باقي الغرماء، بل لعله محتمل في جميعها، لما عرفت من أنه في الحقيقه رد للأمانه نفسها، لا ضمان لها.

أما إذا لم يعلم أن في التركة رهنا، لعدم العلم بأصل الرهانه فلا إشكال في كون الحكم في الجميع كسبيل مال الميت، عملا بظاهر اليد، و أصاله عدم الرهن، و يمكن حمل عباره المصنف و غيره عليه. بل لعله كذلك في العلم بأصل الرهانه في الجمله، إلا أنه لم يعلم الفك و عدمه، و إن كان قد يحتمل الحكم بها لأصالتها، خصوصا إذا كانت العين مشخصه، و قد علم أنها كانت رهنا عند الميت، ثم لم يعلم أنها قد خرجت عنه و دخلت في ملك الميت، أو أنها باقيه على الحال الأول، فتأمل.

و احتمال - خروج الرهن عن حكم الوديعة و المضاربه، ل

خبر عمر بن رباح القلاء^(١) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك و ترك صندوقا فيه رهون، بعضها عليها أسماء أصحابها، و بكم هو رهن، و بعضها لا - يدرى لمن هو، و لا - بكم هو رهن، فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه؟ فقال: هو كماله.»

يدفعه معلوميه عدم العمل بظاهر الخبر فيما نحن بصدده، بل يكون ذلك كمجهول المالك، أو يحمل على عدم معرفه كونه رهنا، أو نحو ذلك مما لا يخالف الضوابط فتأمل جيدا. فإن المسأله غير محرره في كلامهم، بل لعل المغروس في الذهن عدم الضمان في كثير من صورها و الله أعلم.

١-١ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - لكن في السند محمد بن رباح.

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن من الراهن أو من يقوم مقامه قطعاً، و من نفسه إذا كان وكيلاً- عنه و كاله شامله له بالتصريح أو العموم الذى هو مثله، بل و مع إطلاق الوكاله على المشهور، بل فى المختلف «من غير كراهه لتحقق الموكل عليه بالبيع منه، ضروره صدقه عليه» خصوصاً مع اشعار عدم التعرض للخصوصيه بالغائها، و أن المراد بيعه بثمنه من أى مشتركان، و دعوى- ظهور الوكاله فى عدم بيعه عليه، أو فى البيع على غيره من غير تعرض له، فحينئذ لا يجوز إلا بالإذن، أو وجود قرينه تدل عليه، كما اختاره فى جامع المقاصد هنا- لا شاهد لها، و لو سلم الانسياق فهو انسياق أظهره لبعض الأفراد، لا أن ذلك هو المراد.

و هذا البحث لا يخص المقام، بل هو جار فى غيره، و تمام الكلام فيه هناك، إلا أن ظاهر المصنف فيما تقدم عدم بيعه من نفسه فى إطلاق الوكاله، و عن أبى على:

«لو وكل المرتهن فى بيعه لم اختر له بيع ذلك، خاصه إذا كان الرهن مما يحتاج إلى استيفاء أو وزن، أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده و شريكه، أو ما يجرى مجراهما» و ظاهره الكراهه و إن حكى عنه المنع، و الله أعلم.

و المرتهن أحق من استيفاء دينه من الرهن من غيره من باقى الغرماء، سواء كان الراهن حياً و قد حجر عليه للفلس أو ميتاً، على الأشهر بل المشهور بل لا خلاف فيه فى الأول، بل و الثانى عدا ما عساه يظهر من الصدوق، حيث أنه روى الروايه الداله على الاشتراك التى رماها فى السرائر بالشذوذ، و فى الدروس بالهجر، و هو فى معنى الإجماع، بل فى الأول دعواه صريحا و لعله كذلك إذ خلاف الصدوق- مع أنه غير متحقق، لعدوله عما ذكره فى أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلا ما يفتى به- غير قادح فهو الحجه حينئذ، مضافاً إلى ما دل من النصوص (١) و غيرها على كون الرهن وثيقه للدين، و فائدها شرعا و عرفا استيفاء الدين منها.

خبر عبد الله بن الحكم (١) - الضعيف المرتفع القول عن الصادق عليه السلام «عن رجل أفلس و عليه الدين لقوم، و عند بعضهم رهون، و ليس عند بعضهم فمات، و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، فقال: يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص».

- محمول على الرهانه بعد الفلوس، أو مطرح ك

مكاتبه سليمان بن حفص (٢) - الذى لم ينص علماء الرجال على توثيقه، بل و لا مدحه، - إلى أبى الحسن عليه السلام «فى رجل مات و عليه الدين و لم يخلف شيئاً إلا رهنا فى يد بعضهم، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن، أ يأخذه بماله، أو هو و سائر الديان فيه شركاء فكتب

جميع الديان فى ذلك سواء، يتوزعونه بينهم بالحصص»

فمن الغريب و سوسه بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور لهما، و لا- غرابه بعد اختلال الطريقتيه، نعم لو زاد الرهن عن الدين اختص الغرماء بالزائد.

و أما لو أعوز الرهن عن وفاء الدين و قصر ضرب صاحب الدين مع الغرماء بالفاضل بلا خلاف و لا إشكال لأن دينه فى الذمه لا محصور بالرهن كما هو واضح و كيف كان ف الرهن أمانه فى يده لا يضمه لو تلف عنده بغير تفريط، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ظاهر كشف الحق و غيره الإجماع عليه، بل عن الخلاف، و الغنيه، و السرائر، و التذكرة، و المفاتيح، دعواه صريحا، فمن الغريب نسبته فى الدروس إلى الأشهر، مشعرا بوجود الخلاف فيه بيننا، نعم هو معروف بين العامة.

فعن أبى حنيفه أنه مضمون، و عن شريح، و النخعى، و الحسن البصرى، أنه مضمون بجميع الدين، و إن كان أكثر من قيمته، لأن الرهانه تذهب بما فيها، و ربما حكى عنهم أنه مضمون بجميع قيمته، فيتراد ان الفضل حينئذ بينهما. و عن الثورى، و أصحاب الرأى أنه يضمه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فإن كان قيمته أقل سقط من الدين بقدر قيمته و إلا سقط الدين و لا يضمن الزيادة.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٩ من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٩ من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٢.

و

قال الصادق عليه السلام فى صحيح جميل (١) «عن رجل رهن عند رجل رهنا فضع الرهن فهو من مال الراهن، و يرتجع المرتهن بماله عليه»

و

فى صحيح إسحاق بن عمار الصيرفى (٢) «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الرجل يرتهن العبد فيصبيه عورا و ينقص من جسده شىء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه، قال: إن الناس يقولون إن رهن العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان فى جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته؟ قال: جنايته فى عنقه».

و

فى خبره الآخر (٣) عنه أيضا «قلت له: الرجل يرهن الغلام أو الدار، فتصبيه الآفه على من يكون؟ قال: على مولاه، ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون؟ قلت: هو فى عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب عن مال هذا، ثم قال:

أ رأيت لو كان ثمنه ماءه دينار فزاد و بلغ مأتى دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: و كذلك يكون عليه ما يكون له»

إلى غير ذلك من الأخبار الداله على المجمع عليه بين الأصحاب، المشتمله على بيان الوجه ردا على العامه العمياء، المستفاد منها الدلاله بما دل من النصوص على أن منفعه

الرهن للمالك، بضميمه قاعده «أن من كان النفع له، كان النقصان عليه».

كما تضمنه

الخبر النبوى (٤) المشهور الذى استدل به هنا غير واحد من الأصحاب:

«لا يغلق الرهن من صاحبه، له غنمه، و عليه غرمه»

أى لا يملكه المرتهن بالارتهان و

فى الآخر (٥) «الخراج بالضمان»

فإذا كان خراجه للراهن بلا خلاف، كان ضمانه عليه.

- ١-١ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ مع اختلاف يسير.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٤ مع اختلاف يسير.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٦.
- ٤-٤ المستدرک ج - ٢ - ص ٤٩٥.
- ٥-٥ المستدرک ج - ٢ - ص ٤٧٣.

معلومه الطرح بين الأصحاب، و أنها خرجت مخرج التقيه، أو محموله على التفريط، أو نحو ذلك.

ك

خبر محمد بن قيس (١) عن الصادق عليه السلام «عن أبي جعفر عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب

الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يسوى ما رهنه، فليس عليه شىء».

و

موثق ابن بكير (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان سواء فليس عليه شىء».

و

خبر أبى حمزه (٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول على عليه السلام فى الرهن يترادان الفضل؟ قال: كان على عليه السلام يقول: ذلك، قلت: كيف يترادان الفضل؟ فقال: إذا كان الرهن أفضل مما رهن به، ثم عطب يرد المرتهن بالفضل على صاحبه، و إن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن، قال: و كذلك كان قول على عليه السلام فى الحيوان و غير ذلك».

و

خبر عبد الله بن الحكم (٤) «سألت الصادق عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهنا على ألف درهم، و الرهن يساوى ألفين فضاع فقال يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص مما رهنه عليه فالرهن بما فيه».

و

خبر إسحاق بن عمار (٥) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم، فهلك، أ على الرجل أن يرد على صاحبه مأتى درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعه، قلت: فهلك نصف الرهن فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم».

إلى غير ذلك من النصوص التى يمكن حملها على صورته التفريط، كما يشعر به

١- ١ الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٣.

- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٥.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٢.

قوله في الأخير ضيعه، بل أوضح منه

مرسل أبان (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرهن: إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه ترادا الفضل فيما بينهما»

بل هو كالصريح في أن مراد علي مما روه عنه عليه السلام من تراد الفضل فيما بينهما في صورته الاستهلاك، لا ما فهمه بعض العامة.

و علي كل حال فالمسألة من الواضحات، و حينئذ فهو أمانه يجرى عليه حكمها الذي منه تصديقه في دعوى التلف، من غير فرق بين ذهابه وحده، أو مع جملة من ماله.

لكن

في مرسل أبان (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام سأله كيف يكون الرهن بما فيه؟ إن كان

حيوانا، أو دابه، أو ذهباً، أو فضه، أو متاعاً، فأصابته جائحه حريق أو لص، فهلك ماله أو بعض متاعه، و ليس له علي مصيبته بينه، قال: إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه، و إن قال: ذهب من بين مالي و له مال فلا يصدق»

و به أفتى ابن الجنييد قال فيما حكى عنه: و المرتهن يصدق في ضياع الرهن إذا كان جائحه ظاهره، أو إذا ذهب متاعه و المرهون، فإن ادعى ذهاب الرهن وحده، لم يصدق و لم أجد له موافقا منا.

نعم حكى عن مالك أنه إن كان تلفه أي الرهن بأمر ظاهر كان من ضمان الراهن، و إن ادعى تلفه بأمر خفي ضمنه المرتهن، كما أنه لم أجد موافقا للصدوق فيما حكى عنه من عدم ضمان المرتهن لو ترك تعاهد الرهن و نشره، مع حاجته إليهما فتلف بذلك، عملا ب

ما أرسله في الفقيه (٣) «في رجل رهن عند رجل مملوكا فجذم أو رهن عنده متاعا فلم ينشر ذلك المتاع و لم يتعاهده و لم يحركه فأكل - يعني أكله السوس - ينقصه من ماله بقدر ذلك؟ قال: لا»

و يمكن حمله على عدم علم المرتهن باحتياجه، أو على اشتراطه التعاهد على الراهن، أو غير ذلك، كما أنه يمكن حمل الأول على

١-١ الواسئل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٧.

٢-٢ الواسئل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - مع اختلاف يسير.

٣-٣ الواسئل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٩.

إرادته حصول التهمة الموجهة لليمين عليه، فلا ريب في أن العمل فيهما على المشهور.

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا يسقط من حقه أي المرتهن شيء ما لم يتلف في يده بتفريطه فأما إذا كان بتفريط حصل التهاثر قهرا مع حصول شرائطه، وإلا- كان كل منهما مديونا للآخر، واحتمال التهاثر على كل حال- الظاهر ما سمعته من النصوص المحمولة على ذلك، أو الظاهر فيه،- بعيد لقصورها عن الجراه بها على مخالفه الضوابط، خصوصا بعد احتمال جريانها على الغالب من المساواة، واحتمال إرادته شبه التهاثر منها أو غير ذلك، فما عساه يوهمه عبارته المصنف وغيرها، لا بد من تقييده بما ذكرنا.

وعلى كل حال فالمشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين عدم جواز تصرف المرتهن في الرهن من دون إذن الراهن فلو تصرف المرتهن حينئذ فيه أي في الرهن بركوب أو سكنى مثلا أو إجاره من دون إذن الراهن أتم وضمن العين لو تلفت بقيمتها يوم الهلاك، أو يوم التعدي، أو يوم المطالبة، أو أعلى القيم على البحث السابق والآتي في الغاصب ونحوه.

ولزمه أجره (١١) المثل في الأولين على المشهور، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، لأنه انتفاع بمال الغير بغير إذنه.

و

الحسن كالصحيح (١) «عن أبي جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في الأرض البور يرتنها الرجل ليس فيها ثمره، فزرعها

وأنفق عليها من ماله، أنه يحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»

ولغير ذلك.

والأجره المسماه في الثالث، إذا كان قد قبضها المستأجر، وأجاز المالك عقد الإجاره والقبض، فإن لم يجز القبض رجع بها على المستأجر إذا كانت في الذمه وإلا تخير بين الرجوع عليه والرجوع على المرتهن، وإن لم يجز العقد ولم تمض مده تصلح لاستيفاء ما يقابل بأجره عادة، فضلا عن المنفعة المقصوده بالإجاره لم يكن

له شىء عندهما، أما إذا أسلمها وقد مضت إحدى المدتين كان له أجره المثل على المستأجر بفوات المستأجر منفعه ماله فى يده التى هى يد ضمان، بل قد يقال: بأن له الرجوع على المرتهن لأنه بإجارته صار غاصبا، فيتخير المالك فى الرجوع على من شاء منهما.

و منه ينقدح ضمانه: أى المرتهن كل منفعه للرهن تفوت عنده، إذ كان قد تعدى فيه و إن لم يستوفها، بل ينقدح ضمانه فى الفرض، و ان لم يتسلم المستأجر العين، بناء على أن عقده عليها، و بذلها للمستأجر تعد، كما صرح به فى المسالك، و ان لم يتسلمها منه، نعم لو كان مجرد عقد فضولا و لم يسلمها إياه و لا بذلها له لم يكن تعديا.

و كيف كان فلا فرق فى عدم جواز تصرف المرتهن بين كونه قد أنفق على الرهن بوجه شرعى أو لم ينفق، لقبح التصرف فى مال الغير على كل حال، و حينئذ ف إن كان للرهن مؤنه كالدابة، أنفق عليها و لو كان قد تصرف فيها بركوب و نحوه ظلما و تقاصا كما فى النافع، و القواعد، و التحرير، و الإرشاد، و الكتاب، و اللعنه، و غيرها، بل فى الدروس عليه المتأخرون: أى تهاترا قهرا مع اجتماع الشرائط من التساوى فى النوع و الصفه.

و قيل إن الشيخ فى نهايته و الحلبي، و ابنى حمزه، و سعيد قالوا إذا أنفق عليها كان له ركوبها أو يرجع على الراهن بما أنفق قال فى النهايه: «إذا كان الرهن الدابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه، و كذلك إذا كانت شاه و شرب لبنها كان عليه نفقتها، و إذا كان عند إنسان دابه، أو حيوان، أو رقيق رهنا، فإن نفقتها على الراهن دون المرتهن، فإن أنفق المرتهن عليها كان له ركوبها، و الانتفاع بها، أو الرجوع على الراهن بما أنفق»، و قال أبو الصلاح: «يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيوانا يتكفل مؤنثه أن ينتفع بظهره أو خدمته أو صوفه أو لبنه، و إن لم يتراضيا، و لا- يحل شىء من ذلك من غير تكفل مؤنثه و لا- مرضاه، و الأولى أن يصرف قيمه منافعه فى مؤنثه».

و فى الوسيله: و إن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن، فإن أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه ما لم ينتفع به، فإن انتفع به و لم ينفق رد قدر ما انتفع به، نحو ما فى جامع الشرائع، كما قيل، إلا أن الأخيرين كما ترى لا صراحه فيهما بالخلاف، بل يمكن إرجاع كلامهما إلى ما عليه الأصحاب، فانحصر الخلاف حينئذ فى النهايه التى هى متون أخبار، و ليست كتاب فتوى، و فى أبى الصلاح الذى نقل لنا كلامه، و ليس النقل كالعيان.

و على كل حال فمستندهما فى ذلك

صحيح أبى ولاد(١)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابه أو البعير رهنا بماله إله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه، و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه، فليس له أن يركبه،»

و

خبر السكونى «(٢) عن جعفر عن أبيه عن آباءه عن على عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

الظهر يركب إذا كان مرهونا، و على الذى يركب نفقته، و الدر يشرب إذا كان مرهونا، و على الذى يشرب نفقته»

الذين يمكن حملهما على مساواه الحقين، و الإذن و لو للعاده، أو لأن رهنه مع عدم الإنفاق قرينه على ذلك، و لا سيما إذا كان عدم الركوب و الحلب مما يفسده، أو على غير ذلك.

بل لا- بأس بطرحهما، بعد اعراض معظم الأصحاب عنهما بل فى التذكرة «ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بلا خلاف»، و فى السرائر «لا يجوز للمرتهن التصرف فى الرهن على حال، للإجماع على أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن» و مخالفتها لقاعده «عدم التصرف فى مال الغير بغير إذنه» و قاعده الضمان لما يتلفه المتلف، و الرجوع بما عرفه على الوجه الشرعى، مضافا إلى عدم صراحتهما فى المقابله، و لا فى منع المقاصه.

فمن الغريب بعد ذلك كله ما فى الدروس من أن المشهور جواز الانتفاع، قال:

«و نفقه الرهن على الراهن لا على المرتهن، فإن أنفق متبرعا فلا رجوع، و إن كان بإذن الراهن، أو الحاكم عند تعذره أو أشهد عند تعذر الحاكم، رجع بها على الراهن،

١-١- الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب الرهن الحديث - ١.

٢-٢- الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب الرهن الحديث - ٢.

و لو كان له منفعة كالركوب و الدر فالمشهور جواز الانتفاع بهما، و يكون بإزاء النفقة، و هو فى روايه أبى ولاد و السكونى و فى النهايه «إن انتفع، و إلا رجع بالنفقة».

و منع ابن إدريس من الانتفاع، فإن انتفع تقاصا و عليه المتأخرون، و الروايتان ليستا بصريحتين فى المقابله، و لا- مانعتين من المقاصه، نعم تدلان على جواز ذلك و هو حسن، لثلا تضيع المنفعه على المالك نعم يجب استيذانه إن أمكن و إلا فالحاكم».

و فيه مضافا إلى ما عرفت أن ضياع المنفعه على المالك إن لم يستوفها لا- يجوز الاستيفاء لأنه أعم من الإذن من المالك و الاستناد فيه إلى الخبرين يقضى بالعمل بما فيهما من المقابله أو المقاصه التى إن لم تكن صريحتيهما فهى ظاهرهما، و هو حجه كالصريح، فلا مناص حينئذ عن طرح الخبرين بالنسبه إلى ذلك كله فى مقابله ما عرفت، أو حملهما على الإذن و نحوه أو على توقف الحفظ على الانتفاع المزبور، فإن بعض الدواب يفسده عدم الركوب، و عدم الحلب و شرب اللبن، لانه مما يفسده البقاء، فضمانه بالقيمه كبيعته من غيره، من الإحسان فى حفظ الأمانه، و الفرض أن حمل الخبرين على ذلك و نحوه أولى من العمل بهما، و مع فرض عدم قبولهما لشيء من ذلك فطرحهما متجه كما هو واضح.

ثم إن المصنف و غيره قد أطلق جواز الإنفاق، و لا بد من تقييده بعدم التمكن من إنفاق المالك لامتناع و عدم إمكان جبر، و لا توصل إلى ماله، أو لغيبه كذلك، ضروره كون النفقه عليه لا على المرتهن، بل قد يظهر من جماعه تقييده أيضا بعدم التمكن من الحاكم، و إلا- وجب الرجوع إليه و الاستيذان منه، و هو فى محله، لأنه ولى الممتنع و الغائب فى نحو ذلك، بل ربما ظهر من بعضهم اعتبار الإشهاد فى الرجوع بما أنفقه عند تعذر المالك و الحاكم و إن كان واضح المنع، ضروره تعسره أو تعذره، فهو مصدق بمقدار ما أنفقه، و فى دعوى نيه الرجوع، لأنه أمين شرعى على ذلك، و مع التهمه عليه اليمين، بل ربما ظهر من بعض هنا عدم اعتبار الحاكم، بل يشهد له بعض كلماتهم فى باب الوديعه و اللقطه، بل عن المهذب البارع، أن من عدا الشهيد لم

يشترطه، قال: اشترط الشهيد فى جواز الرجوع بالنفقة إذن المالك أو الحاكم، فإن تعذر فالإشهاد، و لم يشترط الباقون إذن الحاكم، و هو أولى، و ان كان فيه أنه اشترطه الفاضل فى التذكرة، بل هو فى معقد ما تسمعه من شهره المسالك و غيرها.

و على كل حال فلعل وجه عدم اشتراط الحاكم أن المرتهن باستيما المالك قائم مقامه عند تعذره أو امتناعه، فلا حاجة إلى رجوعه إلى الحاكم، خصوصا مع اندراجه فى المحسنين، و تعلق غرضه بالإنفاق، باعتبار توقف بقاء الرهن الموضوع وثيقه له على دينه عليه، بل قد يقال لذلك بالاكْتفاء فى جواز رجوعه بما أنفقه عدم إنفاق المالك، لا امتناعه مع عدم إمكان جبره أو غيبه و نحوهما، و إن كان ينافيه ظاهر كلامهم، و أصاله براءة الذمه، و أصاله عدم قيام الغير مقامه فى شغل ذمته من غير إذنه.

بل لا يبعد اندراجه فى هذا الحال فى سلك المتبرعين الذين لا حرمة لأموالهم.

و لا يكفى نية الرجوع بعد أن كان الخطاب بالإنفاق لغيره، الذى يمكن أن يكون عدم بذله النفقه منه لغفله، أو ظن وجودها أو نحو ذلك، فلا بد من مطالبته بها أولا، فإن بذل و إلا أجبر، فإن لم يمكن أنفق بإذن الحاكم أو بدونه على البحث السابق.

و فى المسالك و غيرها أن المرتهن إن أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم، و إلا استأذنه، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنيه الرجوع، و أشهد عليه ليثبت له استحقاقه. و كيف كان فلا بد من تقييد إطلاق المصنف الإنفاق بما عرفت، كما أنه لا بد من تقييده المقاصه باجتماع شرائطها، و يمكن قراءه عباره المصنف أو تقاضى بالضاد المعجمه كما عن بعض النسخ، إلا أنه يبعده وقوع هذه اللفظه فى غيرها من عبارات الأصحاب، و الأمر سهل بعد وضوح المقصود و الله أعلم.

و المشهور بين الأصحاب بل لم أجد فيه خلافا بينهم أنه يجوز للمرتهن أن يستوفى دينه مما فى يده و إن لم يكن وصيا عن الراهن على البيع إن علم و إن ظن بل و إن خاف جحود الوارث للدين أو للرهانه و كانت التركة قاصره مع اعترافه بالرهن و لم تكن عنده بينه مقبوله، و فى الرياض «قد صرح به

الأصحاب من غير خلاف يعرف». بل عن شرح الإرشاد «الإجماع على أن للمرتهن الاستيفاء من الرهن وإن لم يكن وكيلا في البيع، أو انفسخت وكالته بموت الراهن، إن خاف جحود الراهن، أو الورثة للحق، و لم يمكن إثباته عند الحاكم، لعدم البينه، أو غيره من العوارض» و عن مجمع البرهان «الإجماع أيضا إن لم تكن له بينه مقبوله أو لم يمكن إثباته عند الحاكم».

و الأصل في ذلك - مضافا إلى الحرج، و الضرر، و ما دل على المقاصه، و فائده الرهن و غير ذلك -

مكاتبه المروزي (١) لأبي الحسن عليه السلام «في رجل مات و له ورثه، فجاء رجل فادعى عليه مالا، و أن عنده رهنا، فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال، و لا بينه له، فليأخذ ماله مما في يده، و يرد الباقي على ورثته، و متى أقر بما عنده، أخذ به و طوب بالبينه على دعواه، و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم يقم البينه و الورثه ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقا»

و المناقشه في سندها بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها.

كما أن منها يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله أما لو اعترف بالرهن، و ادعى دينا، لم يحكم له، و كلف البينه و له إحلاف الوارث إن ادعى عليه العلم بل لم يشترط في الخبر دعوى العلم، بل ظاهره توجه اليمين عليهم بمجرد الدعوى بالدين، و إن كان يمينهم على نفى العلم، لأنه لنفى فعل الغير و على كل حال فالخبر ظاهر في الحكم المزبور، و شموله لصوره عدم خوف الجحود غير قادح، بعد معلوميه عدم ارادتها، لوجوب الاقتصار فيما خالف أصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه على المتيقن.

و منه يعلم الوجه في اعتبار عدم البينه كما ذكرناه، و نص عليه في الخبر، وفاقا لجماعه، و إن أطلق المصنف بل و غيره، بل عن مجمع

البرهان التصريح بأنه لا يشترط عدم البينه، و لا عدم إمكان الإثبات عند الحاكم، بل قال: و «الروايه غير صريحه بالاشتراط، و إنما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب»

و إن كان فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت الذى منه يعلم ضعف ما عن بعضهم من إلحاق الحاجه إلى اليمين بخوف الجحود، و لذا نفى الاعتماد عنه فى المسالك و غيرها.

بل لولا- ظهور إلغاء الخصوصية و لو بضميمه ما سمعته من الإجماع من شرح الإرشاد لأمكن التوقف فى إلحاق خوف جحود الراهن، لما عرفت من عدم كون الحكم على القاعده، ضروره أنه ليس من المقاصه المشروطه بامتناع من عليه الحق، و لا يكفى فيها الخوف، إلا أنه لا مناص عن الحاقه بعد الإجماع المزبور، المعتضد بتصريح جماعه، و بظهور عدم الخصوصية للوارث، بل لا- بأس بإلحاق خوف عدم قبول البينه أو جرحها أو نحو ذلك و على كل حال فالمعتبر فى الجواز الخوف، لا طلاق الخبر المزبور، و ما فى القواعد من اعتبار العلم لا يخلو من نظر، كاعتبار غيره الظن و الله أعلم.

و لو وطئ المرتهن الأمه مكرها لها على ذلك من غير إذن الراهن كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر، و قيل: عليه مهر أمثالها، و لو طاوعته، لم يكن عليه شىء كما تقدم تحقيق ذلك كله و تحقيق أرش البكاره فى بيع الحيوان فلاحظ و تأمل، إذا المسأله من واد واحد و لا- خصوصيه للمرتهن عن غيره، هذا. و قد عرفت فيما تقدم صحه اشتراط وضع الرهن ابتداء و استدامه أو استدامه خاصه على يد عدل فصاعدا مطلقا، أو معين، أو غيرهما مطلقا أو معين، و إن لم يكن عدلا أو نحو ذلك من الشرائط السائغه التى تلزم بعموم

«المؤمنون»

و «أوفوا» من غير خلاف أجده فيه بيننا، بل عن التذكرة نسبه اشتراط وضع الرهن على يد عدل إلى علمائنا، بل عن الخلاف دعوى الإجماع عليه صريحا، بل قال: منا و من جميع الفقهاء إلا ابن أبى ليلى.

نعم فى القواعد «يشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله، و هو الجائر التصرف و إن كان كافرا، أو فاسقا، أو مكاتبا لكن بجعل، لا صبيا و لا عبدا إلا بإذن مولاه» و لعله لأنه و كيل عن المرتهن نائبا عنه فى القبض، كما عن التذكرة، و إن كان قد يناقش فيه بمنع الوكاله، ثم إذا كان المشترط من الوضع استدامته التى لا مدخله لها فى

صحته الرهن، و لا لزومه، بل و فى الابتداء بناء على أنه كذلك فلا بأس حينئذ بتراضيهما على وضعه فى يد صبي، خصوصا إذا كان مأمونا رشيدا، و كان اعتبار الجعل فى المكاتب لحجر التصرف عليه فى منافعه بغير الاكتساب، بل اعتبر بعضهم فيه كونه بأجره المثل فصاعدا.

نعم ينبغى تقييده بما إذا لم يأذن مولاه، و إلا فلا يعتبر الجعل، لأن الحق لهما، فلا بأس إذا أسقطاه، و الظاهر عدم اعتبار تعيين الموضوع عنده فى صحته الشرط لعموم الدليل، و عدم إفضاء جهالته هنا إلى الجهالة فيما يشترط عدمها فى صحته، كالبيع و الإجاره، فإن اتفقا حينئذ عليه فلا بأس، و الا قطع نزاعهما الحاكم بالتعيين كما إذا لم يشترطا، و ليس لأحدهما و لا للحاكم عزله من دون داع بعد تعيينه فى العقد أو الاتفاق عليه بعد اشتراط كليهما فيه، الذى يكون بالاتفاق كمشترط الخصوصية.

نعم لو كان الشرط العدل فخرج عن العدالة فطلب أحدهما نقله أجيب إليه، فإن اتفقا على غيره، و إلا وضعه الحاكم عند ثقته، و كذا لو تغير حاله بمرض، أو كبر أو نحوهما بحيث لا يقدر على الحفظ معه، بل و كذا لو حدثت له عداوة دنيوية مع أحدهما و إن لم يخرج بها عن العدالة، إذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل التى يترتب عليها الضرر، و لذا لم يأمن العدو عدوه، فهو حينئذ غير مراد من الشرط، كما أنهما إذا اتفقا على عزله جاز أيضا، و إن لم يتغير حاله، لأن الحق لهما، و لو اختلفا فى التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث، و لو مات العدل نقلاه إلى من يتفقان عليه، فان اختلفا نقله الحاكم، و لو كان الوضع على يد عدل بالاتفاق من دون الشرط فأراد أحدهما عزله دون الآخر رجع الأمر إلى الحاكم فى إقراره أو نقله، هذا كله مع القول بعدم استحقاق المرتهن استدامه القبض حال الإطلاق، و إلا اتجه قبض المرتهن له فى بعض هذه الأحوال و الله العالم.

و كيف كان ف إذا وضعه على يد عدل مثلا فللعدل المتطوع رده عليهما قطعا لعدم لزوم ذلك عليه، أو تسليمه إلى من يرتضيانه لما

عرفت من أن الحق لهما و لا يجوز له تسليمه مع وجودهما و عدم معلوميه امتناعهما إلى الحاكم الذى لا ولايه له عليهما فى هذا الحال، للأصل و غيره و لا إلى أمين غير الحاكم و غيرهما من غير إذنهما لعدم جواز الإيداع للودعى من غير إذن و حيثئذ ف لو سلمه إلى من لا يجوز تسليمه ضمن هو و من تسلمه، و إن كان له الرجوع على العدل مع الغرور.

و فى القواعد «لو لم يمتنعا من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن، و لو أذن له الحاكم ضمن أيضا، لانتفاء ولايته عن غير الممتنع، و يضمن القابض» لكن ينبغى تقييد ضمان الحاكم إذا كان مرادا من الضمير بما إذا كان عامدا، و الا كان من الخطأ فتأمل، فإنه قد يمنع ضمان الحاكم ابتداء، و إن رجع عليه، قال فى جامع المقاصد: أى ضمن الدافع و إن اغتر بإذن الحاكم، لكن فى هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد، و إلا فهو من خطأ الحاكم» انتهى و إن كان لا يخلو من بحث فى الجملة و الله العالم.

و كذا يضمن العدل لو سلمه إلى أحدهما من دون إذن الآخر، هو، و من تسلمه حتى لو كان الراهن على معنى أنه لو تلف فى يده تعلق الرهن بقيمته أو مثله، و ما عن الأردبيلي - من جواز تسليمه إلى الراهن، لأنه مالك و لاستصحاب جواز تسلمه - غريب، ضروره عدم اقتضائهما ذلك، بعد تعلق حق المرتهن الذى هو أولى منه فى ذلك، و لذا قيل: إنه لو احتمل جواز التسليم إليه كان له وجه، و إن كان فيه أنه لو سلم اقتضاء إطلاق الرهانه التسليم إلى المرتهن، إلا أن مفروض المقام اشتراط وضعه على يد عدل، الظاهر فى عدم ذلك.

نعم لو كان وضعه على يده اتفاقا منهما من غير شرط اتجه ذلك، بناء على الاقتضاء المزبور، لكن الذى يظهر من ثانى الشهيدين فى المسالك عدم اقتضاء عقد الرهانه مع الإطلاق ذلك، بل يظهر منه انه مفروغ منه، و هو إن لم يكن إجماعيا محل نظر، و قد ذكرنا فى مبحث القبض ما يستفاد منه عدم الإجماع، و ما يستفاد منه استحقاق المرتهن الوضع عنده، إلا - أن يشترط خلافه فلاحظ و تأمل.

و لو استترا عن قبضه من العدل بعد أن طلب منهما أقبضه الحاكم الذى هو ولى الممتنع و لو كانا غائبين و أراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدل آخر من غير ضروره، لم يجوز و يضمن لو سلم هو و من تسلمه و كذا لو كان أحدهما غائبا لوجوب الصبر عليه إلى الحضور من الغيبه التى لا- تقصير معها، و الأصل عدم ولايه الحاكم فى مثل ذلك، و إطلاق ولايته عن الغائب فى بعض المقامات إنما يراد منه مع الحاجه و المصلحه و نحوهما، لا نحو ذلك، ضروره عدم جواز استيلاء الحاكم على أموال الغائبين بمجرد غيبتهم، بل فى المسالك «أن من القواعد المقرره فى بابها أن الودعى ليس له دفع الوديعه إلى الحاكم مع إمكان المالك، و لا مع غيبته إلا مع الضروره» و ما نحن فيه من ذلك، و به بان الفرق بين ولايه المالك و الحاكم.

نعم إن كان هناك عذر كسفر و مرض و نحوهما سلمه إلى الحاكم أو من يأذن له، لثبوت ولايته حينئذ و من هنا لو دفعه إلى غيره حينئذ من غير إذن الحاكم ضمن و لو كان ثقة، أما لو تعذر الحاكم و افتقر إلى الإيداع أودع من ثقة و أشهد و لا ضمان، و الظاهر جواز دفعه من أحدهما فى هذا الحال إذا كان ثقة، بل لعله أولى، لكن فى القواعد «لو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجه و تعذر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن، و الفرق أن العدل يقبض لهما، و الآخر يقبض لنفسه» و فيه أن العدالة تنفى ذلك فتأمل و الله أعلم.

و لو وضعه على يد عدلين (١١) جاز إجماعا، محكيا عن التذكرة إن لم يكن محصلا، لكن لم ينفرد به أحدهما (١٢) عن الآخر و لو أذن له الآخر (١٣) إذا كانا قد صرحا لهما بإرادته الاجتماع، أو أطلقا، بناء على انصرافه إلى ذلك، باعتبار ظهور اختيار الاثنين فى عدم الإكتفاء بحفظ أحدهما، نعم لو حصلت قرينه على عدم إرادته الاجتماع كان لأحدهما الانفراد بحفظه، كما أن له تسليمه إليهما من دون إذن الآخر فى حالى اعتبار الاجتماع و عدمه، ضروره كون المراد الاجتماع فى الحفظ، و إلا فالمال لهما، فإذا أرادا تسليمه وجب فورا على كل منهما، فما عن بعضهم - من

عدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع إلا بإذن الآخر - واضح الفساد.

و كيف كان فلو سلم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كل منهما الكل، لحصول سببه من كل منهما بالتفريط من الدافع، و التعدى باستقلال اليد من المتسلم، فللمالك الرجوع على كل منهما، الواجب عليه حفظه جميعه، منضمًا مع الآخر، و التساوى فى ثبوت سبب الضمان مع اتحاد العوض المضمون، لا يقتضى التقييط، بعد أن كان كل منهما سببا، فهو كالأيدى المتعاقبه المعلوم عدم التقييط فيها، و إن تساوت فى ذلك و اتحد العوض، و دعوى أنهما بمنزله أمين واحد، ممنوعه، ضروره إن كل واحد أمين مستقل على الجميع، غايه ما فى الباب أنه قد شرط عليه انضمام الآخر اليه، فما عساه يظهر من الفاضل من الميل إلى التنصيف، فيه ما لا يخفى.

و الظاهر أن قرار الضمان على من ضمنه المالك منهما، لو تلف بآفه سماويه، إن لم يثبت إجماع على قاعده «قرار الضمان على من تلف فى يده المال» كما عساه يظهر منهم فى باب الغصب. لكن فى المقام حكى عن فخر المحققين و ابن المتوج أن الأصح استقراره على من ضمنه المالك، و احتمله فى المسالك، و استشكل فيه فى القواعد، و هو يرمى إلى عدم الإجماع المزبور بحيث يشمل المقام، و حينئذ يتجه ما قلناه ضروره عدم الدليل على رجوعه على الآخر بعد أن كان رجوع المالك عليه بحق، و لم يكن منه غرور له.

و دعوى - أن المتعدى أقوى من المفرط فيساوى المباشر حينئذ، كما أن الثانى يساوى السبب، فيكون أولى فى قرار الضمان - لا ترجع إلى محصل يعتمد عليه شرعا.

و أضعف منها التعليل بأن الضمان و إثبات اليد وجوديان، و تارك الحفظ عدمى و سببه الوجودى للوجودى أقوى و أولى من سببه العدمى، و بأن اليد العاديه سبب بسببه التضمين بالتسليم، مع كونها عله تامه فى التضمين، فكانت أقوى و أولى مع أن مقتضى ذلك خصوصا الأولين عدم جواز رجوع المالك على الدافع أصلا، لا أن القرار خاصه على المتسلم، كما أن مقتضى تعليل رجوع المالك على الدافع بأنه

مضيع بتسليمه و المتسلم حافظ قد عمل بمقتضى الاستيمان، عدم جواز الرجوع على المتسلم أصلاً، فضلاً عن كون القرار على الدافع، و الجميع كما ترى خصوصاً بعد جزم من تعرض لهذا الفرع بجواز رجوع المالك على من شاء منهما، و إنما الكلام فى قرار الضمان.

فالتحقيق فيه أنه على من ضمنه المالك إن لم يثبت الإجماع المزبور، فتأمل.

فإن المقام ربما حصل فيه خبط من بعضهم، لكن ستسمع فى كتاب الغصب ما يقتضى جريان قولهم قرار الضمان على من تلف المال فى يده، على القواعد الشاملة للمقام، إن لم يكن هو من موضوع ما ذكره فى كتاب الغصب، و حينئذ يتجه القرار على الآخر الذى تلف المال فى يده دون العكس، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لو باع المرتهن الرهن حيث يجوز له ذلك أو العدل و دفع الثمن إلى المرتهن وفاء أو وثيقه إذا كان له ذلك ثم ظهر فيه أى المبيع عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن الذى قبض الثمن المملوك للراهن، وفاء أو وثيقه، إذا الفسخ بالعيب إنما هو من حينه بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

لكن قد يشكل - إذا كان وثيقه، بأن رهانته فرع رهانه المبيع و الفرض رده بالعيب، فترد وصف الرهانه معه، فتبطل بإبدالهما، لعدم اجتماع البدل و المبدل منه.

- و يدفع أولاً: بمنع فرعيه رهانيته عليه، ضروره عدم انتقاله رهنا، بل لا بد من استحقاق رهن الثمن من سبب جديد، من اشتراط و نحوه، فضلاً عن الارتهان الجديد.

و ثانياً: بعد التسليم بمنع اقتضاء الرد بالعيب، رجوع وصف الرهانه التى بطلت فى المبيع بالبيع، و انتقل إلى الثمن بمجرد دخوله فى ملك الراهن فلا يبطله الفسخ الطارى، لكن قد يقال: مقتضى ذلك أنه لو كان العيب بالثمن إما أن لا يكون للراهن الرد من دون إذن المرتهن، و إنما يتعين له الأرش، لتعلق وصف الرهانه به، فيكون كالتصرف المسقط له، أو أن له ذلك، و لا- تعود الرهانه، لعدم رجوعها

بالرد بالعيب، و كلاهما محل بحث، لعدم صدق التصرف على التعلق المزبور، حتى يتعين الأرش، كعدم عود الرهانه، إذ لا أقل من أن يكون الفسخ بالعيب كالإتلاف المقتضى تعلق الرهانه بالقيمه التي هي بدله.

وقد يقال فى الفرض أن له رد المبيع بالعيب فى الثمن من دون رد الثمن نفسه، باعتبار تعلق حق الرهانه به، المانع من رده، و إن لم يصدق عليه أنه تصرف منه، كى يتعين له الأرش فيرد حينئذ عوض الثمن. نحو ما احتمال فيما لو اشترى من ينعق عليه فبان أنه معيب.

أما إذا رد الثمن بإذن المرتهن فلا إشكال فى عود الرهانه فى المبيع، بناء على ظهور إذنه فى عود المبيع رهنا، و حينئذ لم يثبت إجماع على عدم فسخ الرهانه فى الثمن برد المشتري المبيع، كان فيه نوع تأمل بناء على اقتضاء أدله الفسخ رجوع كل ملك إلى صاحبه.

لكن قد يقال: بتعارض أدله الفسخ مع ما دل على لزوم الرهن من الاستصحاب وغيره، و ترجيحها عليه محل منع، بل العكس هو المتجه، كما فى نظائره و لعله لذا لم يتوقف أحد من الأصحاب فى بقاء الرهانه لو رد المشتري المبيع، و لا بأس بالتزام تعيين الأرش فيما فرضنا نحن من حصول العيب بالثمن، و تسمع فى الإذن فى بيع الرهن زياده تحقيق لذلك، فلا محيص عنه خصوصا بعد اتفاق الأصحاب ظاهرا عليه. نعم قد يتجه عود المبيع رهنا فيما لو فرض كون البيع لحفظ الرهن، باعتبار عروض فساد له قبل الأجل، فإن رهن الثمن حينئذ يثبت كون المبيع رهنا، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانه، تحقيقا لمعنى البدليه كما هو واضح بأدنى تأمل. و الله العالم.

و كذا ليس له الرجوع على العدل مع العلم بوكالته حال البيع، أو حال الإقباض للثمن، أو بعدهما، أما إذا أنكر العلم بذلك و لا بينه، استحق الرجوع عليه إن اعترف بالعيب، أو قامت به بينه، و يرجع هو على الراهن إن اعترف بالعيب، أو

كان ثابتا بالبينة، فإن أنكره و لا- بينه و كان قد اعترف به العدل، فالقول قول الراهن كما فى ظاهر جامع المقاصد، و صريح المحكى عن التحرير لأنه منكر، و وكالة العدل عنه لا تقتضى تصديقه فى إقراره، و إن أنكر العدل العيب على المشتري الذى لم يعترف بوكالته، كان القول قوله بيمينه، فإن نكل فحلف المشتري رجوع على العدل و لا يرجع العدل على الراهن، لاعترافه بالظلم، و لكن يأخذ المبيع مقاصه، فإن زاد دسه فى مال المشتري، و إلا قاصه من غيره مع الإمكان، هذا كله فى العيب.

أما لو استحق الرهن لغصب و نحوه استعاد المشتري الثمن منه أى المرتهن، بل و من العدل مع بقاء عينه فى يده، بل من كل من كان عين ماله فى يده، من غير فرق بين الراهن و العدل و المرتهن، و لو تعذر عليه المرتهن أو العدل كان له الرجوع على الراهن، و إن لم يكن فى يده فعلا، لأنه البائع حقيقه، و قبض العدل أو المرتهن إنما كان عنه، و لو تعذر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد فرض كون المال فى يد غيره، فعلا، و إن استولت عليه سابقا، إذا كان عالما بوكالته حال البيع، و لم يكن العدل عالما باستحقاق المبيع، لأنه حينئذ قد اشتراه منه على أنه نائب عن غيره، و أن يده يد غيره، فقبضه للثمن قبض للراهن، و إنما هو واسطه، كناقذ الثمن للمشتري عند إرادته دفعه إلى البائع، و بعلمه بوكالته كأنه قد أذن له فى تسليمه إلى غيره.

و تخيله صحه الوكالة ليس تقييدا للإذن، بل هو داع، فلا يشمله حينئذ

عموم «على اليد»

بل الظاهر أن الحكم كذلك لو لم يكن عالما بوكالته حال البيع، و لكنه عملها حال الدفع، لاتحاد المدرك، و إن كان قد يظهر من جامع المقاصد عدم تأثير العلم فى غير حال البيع. نعم لو علمها بعد البيع و الدفع أمكن حينئذ القول بجواز الرجوع عليه، لعدم الإذن، و قد سلمه الثمن بعنوان كونه مضمونا عليه بالبيع، فلم يسلم له، فيشمله

عموم «على اليد»

و الوكالة قد تبين فسادها فى الواقع، فيرجع عليه، و هو يرجع على من غره.

و لو تعذر عليه العدل و الراهن كان له الرجوع على المرتهن مع استيلاء يده عليه، و ان لم يكن هو فيها حال الرجوع،

لعموم «على اليد»

و يرجع هو على من غره. نعم لو كان قد دفعه المشتري إليه مع العلم بأنه وكييل عن الراهن، و أن يده يده، أو اشتراه منه على ذلك، فقد يقال: بعدم الرجوع عليه، لما سمعته في العدل، إلا أن كلامهم في التلف ينافيه، فإنه قد صرح الشيخ في مبسوطه، و الفاضل، و الشهيدان، و يحيى بن سعيد، و المحقق الثاني، فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن بأنه لا يرجع على العدل مع العلم بوكالته، كما في كل وكييل في بيع مال غيره، فإن المشتري يرجع على الموكل لا- الوكييل، خلافا للمحكي عن أبي حنيفة و خلاف الشيخ من الرجوع على الوكييل، و هو يرجع على الموكل، و لا شاهد له، بل الشواهد على خلافه، إلا في الصورة السابقة، و صرح بعض هؤلاء و غيره بالرجوع على المرتهن، و مقتضاه الفرق بينه و بين العدالة كما هو ظاهر جماعه، لكنه غير واضح الوجه.

اللهم إلا- أن يقال: إن المرتهن و إن كان وكيلا عن الراهن في القبض، لكن له يد من حيث الرهانه، فلعل الرجوع عليه من هذه الحثيه، و به يتم الفرق بينه و بين العدل.

لكن فيه منع استقلال يد له، إذ لا يد للمرتهن من حيث الرهانه على الرهن، فليس هو في يده إلا وديعه، و إن كان تعلق به حق الرهانه الذي لا- يتوقف على كونه في يد المرتهن فتأمل جيدا فإن المقام بعد لا يخلو من بحث فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن، فإنه قد يمنع الرجوع على المالك الراهن، مع عدم استيلاء يده عليه، و ظهور فساد الوكاله. نعم للمرتهن و العدل الرجوع عليه حال الغرور خاصه، كما أنه يمكن القول بالرجوع على العدل و المرتهن حتى مع العلم بالوكاله حال البيع، لعموم (١)

«على اليد»

و ظهور فساد الوكاله، فيكون من مسأله تعاقب الأيدي فتأمل جيدا.

و على كل حال فلا- إشكال في رجوع المرتهن على الراهن، إذا لم يكن عالما بالاستحقاق، لكن في المسالك هل يغرمه المرتهن، أو يرجع على الرهن نظر، و مقتضى قواعد

الغضب رجوعه مع جهله، و علم الراهن بالاستحقاق، لغروره، و الكلام آت فيما لو تلف الرهن فى يد المرتهن، ثم ظهر مستحقا. و فيه أنه لا ينبغى التوقف فى ذلك، إذ حكمه حكم الغصب قطعا، بل الظاهر عدم اعتبار علم الراهن بالاستحقاق، لتحقق الغرور بفعله، و إن كان جاهلا كما هو واضح فى نظائر المسأله فلاحظ و تأمل.

و إذا مات المرتهن، كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث و إن كان وضعه فى يد المرتهن بشرط فى عقد، ضروره رجوعه إلى

اشتراط الاستيداع الذى يفسخ بموت الودعى. نعم لو قلنا إن الوضع فى يد المرتهن من توابع حق الرهانه أمكن حينئذ القول بانتقاله إلى الوارث حينئذ بانتقال حق الرهانه إليه، إلا أن الذى يظهر من بعضهم بل هو صريح المسالك هنا عدم اقتضاء الرهانه ذلك.

فلو أطلقها لم يستحق المرتهن استدامه الوضع عنده، بل يتفقان هو و الراهن على من يضعه عنده، و إن اختلفا، قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل و نحوه، و إن لم يثبت إجماع عليه كان للنظر فيه مجال، و إن لم يكن استدامه القبض من شرائط صحه الرهانه، أو لزومها، إلا أن ظاهر أدله الرهن خصوصا الآيه استحقاق استدامه القبض عنده، بل هو معنى الاستيثاق، إلا أن يشترط عليه وضعه على غير يده، كما أوأنا إليه فى بحث القبض، بل لعل ما تقدم منهم آنفا من تضمين المرتهن دون العدل مبنى على أن قبض المرتهن ليس بالوكاله عن الراهن، بل قبضه من حيث حق الرهانه، فيصح حينئذ الرجوع عليه، بخلاف العدل الذى هو و كيل قطعا، فتأمل جيدا، و على الأول فمن الواضح أن له الامتناع كما أن لورثته الامتناع من بقائه فى يد المرتهن لو مات.

و حينئذ فإن اتفقا على أمين، و إلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه و كذا لو خان العدل الموضوع عنده نقله الحاكم إلى أمين غيره: إن اختلف المرتهن و المالك فطلب أحدهما نقله منه، و إلا- بقى عنده، لأن الحق لهما، فإذا رضيا بإبقائه لم يكن لأحد الاعتراض عليهما، و لو كان المرتهن اثنين و لم يأذن لكل منهما بالانفراد فمات أحدهما، ضم الحاكم إلى الأخر عدلا للحفظ، إلا إذا رضى الراهن

بالبقاء فى يد الباقي منفردا إلى غير ذلك مما يعرف مما هنا، و ما قدمناه سابقا فلا حاجة إلى الإطناب.

و لو تلف العبد مثلا فى يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن أو بعده، رجع المالك على من شاء من الغاصب و العدل و المرتهن القابض و المشتري،

لعموم «على اليد»

و لكن يستقر الضمان على المشتري مع علمه، لأن التلف فى يده التى هى يد ضمان، أما مع الجهل ففى القواعد «أنه يستقر الضمان على الغاصب» و هو لا يخلو من إشكال إن أراد به ما يشمل مقدار الثمن الذى قد أقدم على بذله و لم يدخل عليه ضرر بظهور كون المالك غير البائع بالنسبة إليه.

نعم هو متجه فى الزائد عليه، لقاعده الغرور، مع أنه ربما قيل بالعدم فيه أيضا، لإقدامه على كون العين مضمونه فى يده، كما تقدم تحقيق ذلك و غيره فى محله، فإن ما هنا أحد جزئياته، و لا خصوصيه له فلاحظ و تأمل.

و لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن، قبل قوله فى حق الراهن إذا كان و كيلا عنه فى ذلك، لكن فى القواعد «على إشكال» و لعله للأصل و لا- ريب فى ضعفه، نعم لا يقبل فى حق المرتهن، لأنه و كيلاه فى الحفظ خاصة، فلا يقبل فى غيره، كما لو وكل رجلا فى قضاء دين، فادعى تسليمه إلى صاحب الدين، و فى القواعد «يحتمل قبوله على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه، لا- عن غيره»، فعلى هذا لو حلف العدل سقط الضمان عنه، و لم يثبت على المرتهن أنه قبضه، و على الأول يحلف المرتهن، فيرجع على من شاء، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن، لا- اعترافه بالظلم، و إن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرتة، أو بينه غابت أو ماتت، لعدم التفريط فى القضاء حينئذ و إلا رجع.

و فى القواعد «على إشكال منشأه التفريط و كونه أمينا له اليمين عليه، إن كذبه» و فيه ما لا يخفى، فتأمل جيدا، و لو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه، لأنه قد أداه إلى من يده يد المالك، و هو واضح كوضوح غيره من الفروع التى ذكرها فى القواعد و أطنب فيها شراحيها تبعا لها، مع أن جملة

منها لا تخص المقام كما أوأنا إلى بعضها فيما تقدم و الله أعلم.

[الفصل السادس فى اللواحق و فيه مقاصد]

إشارة

الفصل السادس من الفصول التى استدعاها كتاب الرهن فى اللواحق و فيه مقاصد

[المقصد الأول فى أحكام متعلقه بالراهن]

الأول:

فى أحكام متعلقه بالراهن: لا يجوز له أى الراهن التصرف فى الرهن باستخدام و لا سكنى و لا إجاره و لا بيع و لا غير ذلك من التصرفات الناقل للعين، أو المنفعة أو المستوفى لها بلا خلاف أجده فيه. كما فى الرياض، بل و لا شك فيه كما عن غايه المرام، بل فى السرائر، و المفاتيح، الإجماع على أن ليس لأحدهما التصرف مستثنيا الأخير منهما ما يعود نفعه إليه، و عن الخلاف «الإجماع على أنه ليس له أن يكرى داره المرهونه أو يسكنها غيره» و عن المبسوط «ليس له استخدام العبد و ركوب الدابة، و زراعه الأرض، و سكنى الدار، إن ذلك كله غير جائز عندنا، و يجوز عند المخالفين» و فى المحكى عنهما معا «الإجماع على أنه لا يجوز له وطى الأمه المرهونه» و عن الجواهر «لا خلاف فيه» و فى كشف الرموز «إن العمل منعقد على خلاف الروايه الداله على الجواز» و فى النافع و الدروس «متروكه» و فى التنقيح و محكى إيضاح النافع «هجرها الأصحاب» إلى غير ذلك من كلمات الأصحاب الصريحه فى الإجماع المزبور، و الظاهره فيه، و المشعره به، بل لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع، مضافا إلى النبوى الذى استدل به غير واحد من الأصحاب بل عن إيضاح النافع «أنه مشهور النقل» بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه (١)

«الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»

و إلى ما يمكن استفادته من مفهوم الرهن الذى قد عرفت أنه الحبس الذى به يتم معنى الاستيثاق الذى استفاضت به النصوص، و إليه أومى فى الدروس فى تعليقه المنع، بأن الغرض من الرهن الوثيقه، و لا وثيقه مع تسلط المالك على البيع و الوطى أو غيره من المنافع الموجبه للنقص أو الإتلاف.

كما أن إليه يرجع ما فى التذكرة و المسالك من أنه لما كان الرهن وثيقه لدين

المرتتهن إما فى عینه أو بدله لم يتم الوثيقه إلا بالحجر على الراهن، و قطع سلطنته ليتحرك إلى الأداء، و فى الأخير «فمن ثم منع الراهن من التصرف فى الرهن، سواء أزال الملك كالبیع أم المنفعه كالإجاره، أم انتقص المرهون و قتل الرغبه فيه كالتزويج، أم زاحم المرتتهن فى مقصوده، كالرهن لغيره، أم أوجب انتفاعا و إن لم يضر بالرهن، كالأستخدام و السكنى إلى غير ذلك من تعليلاتهم التى مرجعها إلى ما ذكرناه.

لكن و مع ذلك كله قد و سوس بعض متأخرى المتأخرين فى بعض أفراد التصرف، خصوصا ما تضمنه

حسن الحلبي (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن جاريه عند قوم أ يحل له أن يطأها قال: إن الذين ارتهنوها يحيلون بينه

و بينها، قلت: أرايت إن قدر عليها خاليا قال: نعم لا أرى هذا عليه حراما»

و صحيح محمد بن مسلم (٢) الذى هو مثله، و كذا مالا ضرر فيه على المرتتهن من التصرف كتقبيل الجاريه و الأستخدام، و ليس الثوب و مسكن الدار و ركوب الدابه و نحو ذلك إذا كان بحيث لا ضرر فيه بنقص للمرهون و نحوه.

لا- يخفى عليك ما فيه، بعد ما عرفت، بل هو كأنه اجتهاد فى مقابله النص و الخبران و إن صح سندهما إلا أنك قد سمعت دعوى هجرهما و تركهما، من غير واحد من الأصحاب على وجه يلحقهما بالشاذ الذى قد أمرنا بالإعراض عنه، مضافا إلى موافقتهما للعامة التى جعل الله الرشد فى خلافها، بل لعل فى عدم ملائمه قوله:

«إن الذين ارتهنوها» إلى آخره للسؤال عن الجواز إيماء إلى ذلك، بل يمكن حملهما على إرادته عدم الحرمة الموجه لحد الزنا، و على غيره مما لا بأس به فى نحو المقام، فالحكم حينئذ من الواضحات.

بل قد يظهر من بعض الأفاضل التأمل فى جواز ما فيه نفع للرهن من التصرف كمداواه المريض، و لو بما لا خطر عليه فيه، و رعى الحيوان و تأبير النخل، و خفض الجاريه، و

ختن العبد، و الفصد، و الحجامة، و نحو ذلك، و إن صرح به الفاضل،

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب الرهن الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب الرهن الحديث- ١.

و الشهداء و غيرهم من المتأخرين، بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثة الأخيره أيضا لإطلاق دليل المنع، و دعوى حصول الإذن فى ذلك خروج عن المبحث.

لكن فيه أن مقتضى الأصول الجواز، و لا يعارضها الإطلاق المزبور، بعد الشك فى إرادته ذلك منه، خصوصا بعد فتوى الجماعة به، بل لعل المنساق منه غيره، بل لا ينبغي التأمل فى سقى الأشجار و رعى الدواب و علفها و نحو ذلك، مما يكون سببا لحفظ المال، بل قد يشك فى إرادته مطلق التصرف منه، و إن لم يتضمن انتفاعا بحيث يكون كمال الغير الذى يحرم لمسه و حملة و نحوهما.

نعم عن السرائر لا يجوز ضرب الجارية للتأديب، كما أن فى القواعد و غيره منعه من قطع السلع، و لعل المراد ما لا يؤمن السلامه معه منهما، و إلا كان محلا للنظر.

بل فى المحكى عن الخلاف، إذا زوج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونه كان تزويجه صحيحا كالمحكى عن المبسوط إلا أنه قال: لا يسلم إلى الزوجه إلا بعد الفك، و فى الدروس و هو قريب، و فى المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز، قال: لو قيل:

له العقد دون التمكين و التسليم، كان وجهها.

قلت: هو كذلك لا- لإطلاق قوله تعالى «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ» إلى آخره- المتعارض بما سمعت مما هو مقيد له، ضروره كون المراد من إطلاق الآيه الأمر بالنكاح من حيث هو نكاح، لا الشامل لما تعلق به حق الغير، و منه يظهر عدم كون المعارضه من وجه بحيث يحتاج إلى مرجح، و إلا لجرى فى غير النكاح من خصوص كل تصرف، و لا لأن محل الرهن غير محل التزويج، لما عرفت من المنع من الانتفاع بالرهن المستلزم للتصرف فيه- بل للشك فى إرادته مثل هذا التصرف الذى لم يناف حق الرهانه بوجه، و لا فيه تصرف فعلا بالعين، و انتفاع بها، إذ الغرض عدم التسليم إلا بعد الفك.

و منه ينقدح حينئذ صحه تدبير العبد المرهون كما جزم به فى المختلف، خلافا للشيخ، لأنه وصيه لا تنفذ إلا بعد وفاء الدين، بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصيه لذلك، كما يشهد له فى الجملة ما صرح به الفاضل و الكركى فى المفلس الممنوع

من التصرف فى المال، إلا أنه غير ممنوع منها لذلك، اللهم إلا أن يفرق بينهما، بتعلق حق الراهن فى خصوص العين المرهونه، بخلاف دين المفلس المتعلق بمقدار ما يقابله من الأعيان دون الزائد، فتنفذ الوصيه حيثنذ بالموصى به حال الموت، مع فرض زيادته عن الدين، بخلاف الرهن فتأمل جيدا.

بل عن الشيخ جواز إنزاء الحيوان المرهون، و الإنزاء عليه، و لكن جزم بعدمه فى الدروس و هو الأولى، للإطلاق، كما أنه جزم بأنه ليس له غرس الأرض، لأنه ينقصها، بل قال: ليس له الزرع و إن لم ينقص الأرض، حسما للماده، و هو كذلك إذ هو كسكنى الدار أو إجارته مدته تنقضى قبل حلول الدين من غير حصول نقص فى العين، ثم قال: فلو فعل قلعا عند الحاجه إلى البيع، و لو حمل السيل نوى مباحا فنبت، فليس له إلزامه بإزالته قبل حلول الدين لعدم تعديده، فلو احتيج إلى البيع قلع، إن التمسه المرتهن، و كأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط «من أنه لو رهن أرضا بيضاء فسأل إليها نواه و نبت أو أنبت الراهن فيها نخلا أو شجرا لم يجبر الراهن على إزالته» و فى المختلف «الوجه الوجوب، لتعلق حق المرتهن بأرض بيضاء».

قلت: قد يفرق بين ما كان من فعله، و عدمه، بالنسبه إلى إلزامه، و عدمه، بل قد يتأمل فى أصل جواز القطع للمرتهن، بل قد يقال: فى غرس الراهن أنه يلزم بالأجره رهنا، و إن كان الأقوى إلزامه بذلك، لاندراجة فى

قوله (١) «لا حق لعرق ظالم».

و كيف كان فلو بادر الراهن إلى التصرف من غير إذن المرتهن فإن كان بانتفاع منه، أو ممن سلطه و لو بعقد لم تتعقبه إجازة لم يصح، و فعل محرما، بل فى المسالك «إن قلنا أن النماء المتجدد يتبع الرهن، ثبت أجره المثل إن كان مما له أجره عادة و كانت رهنا، و إلا لم يلزمه شىء عن مثله».

قلت: قد يقال بذلك على الأول أيضا، بناء على تخصيص النماء التابع فى الرهنه بما يكون

يصح رهنها، كالصوف و الثمره و الشعر و نحوها، لا مثل ذلك الذى

هو معدوم في الحقيقه، و الأ-جره عوض عن الانتفاع الذى لا- يعقل ارتهانه، و الإثم على الراهن فى استيفائه، لا من حيث كونه رهنا، بل لاستلزامه التصرف فى العين، و إلا- فلو فرض إمكان انتفاع من دون تصرف فى العين، لم يبعد القول بجوازه، و فى المسالك قد حكى عن الشيخ أنه أطلق لو أجره، فالأ-جره له، و يمكن إرجاعه إلى ما ذكرنا، و إن كان فيه تكلف، كما أنه يمكن تأييده ب

قوله صلى الله عليه و آله (١)«له غنمه، و عليه غرمه»

، فتأمل و إن كان التصرف مجرد عقد لم يكن إثما فى ذلك، لعدم النهى عن مثله فى الأجنبى فضلا عنه.

نعم لو باع أو وهب مثلا وقف على إجازة المرتهن فإن حصلت حكم بصحته و إلا فلا، إذ هو إن لم يكن فضوليا فمتله فى ذلك، و من هنا بنى الكركى الكلام هنا فى كون الإجازة فيه كاشفه أو ناقله عليه هناك، لكن فى حواشى الشهيد على القواعد، فى شرح قول الفاضل فى مفروض المتن لم يكن باطلا، بل موقوفا، قال:

الفرق بين المراعاة و الموقوف، أن الأول يكون كاشفا عما هو صحيح فى نفس الأمر، و

الثانى ما يتوقف عليه الحكم بالصحة، فيكون جزء سبب، و ظاهره أنه قد فهم منه الثانى هنا حيث عبر بالوقف كالمتمن، فيكون حينئذ مخالفا للفضولى، بناء على الكشف فيه من هذه الحيثية.

و ربما يؤيده أن الإجازة من المرتهن الذى هو غير مالك، ليست إلا- على معنى إسقاط حق الرهانه التى له فسخه، و هو غير متصور فى الزمن السابق الذى تحقق فيه الحق أو مضى، فإسقاطه لا- معنى له، بل مختص بالزمن الحال، فلا تكون الإجازة فيه كاشفه، و لعل الفرق بينه و بين إجازة المالك تصور رضى الثانى آن دخول ملكه فى ملك غيره فى الزمن السابق، بخلاف الأول.

لكن فيه- مع أنه مخالف لما يظهر منهم من أن الإجازة كإجازة الفضولى بل هو صريح جامع المقاصد، يمكن منع عدم تصور ذلك، ضروره كون السقوط بعقد لبيع، فمع فرض إجازة المرتهن يترتب عليه أثره من حين وقوعه، و هو انتقال الملك

المقتضى لسقوط الرهانه.

و دعوى- أن إجازة المرتهن ليست للعقد، لعدم كونه مالكا، وإنما له إسقاط حق رهانته، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع و المقتضى تام الاقتضاء.

يدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضهم كالفاضل في التحرير و ثانى الشهيدين و غيرهم، فى أن للمرتهن إجازة العقد، و له فسخه، و أن الشارع قد جعل له هذه السلطنة بارتهاؤه، لا أن المانع من التصرف فيه شرعى بحت بحيث لا مدخله للمرتهن فى ذلك، و إنما له إسقاط حقه من الرهانه خاصه، و إلا لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له، ضروره عدم السلطنة له على ذلك، و أن الشارع قد جعل الارتهان مانعا من نفوذ التصرف، فمتى ارتفع هذا المانع بإسقاط من المرتهن أو بفك للرهن، كما ستعرف أثر المقتضى أثره، و ليس ذا من التعليق الممنوع، بل هو من قبيل اعتبار الشارع التقابض فى تأثير عقد الصرف، و القبض فى عقد الهبه، و القبض فى المجلس فى عقد السلم، مع أن كلامهم صريح فى خلافه، و أن له الرد كما أن له الإجازة.

و يرشد إليه فى الجملة اعتبار إذنه فى الانتفاع بالرهن على وجه لا تنتقل عينه كركوب الدابه و سكنى الدار و نحوهما، مما لا يقتضى الإذن فيه إبطال الرهانه، مع أنها معتبره، و لا يجوز التصرف بدونهما، و هو يرمى إلى أن له سلطنة على ذلك لا أنها مخصوصه بإسقاط حق الرهانه، و إلا- فالمنع شرعى، و إن كان لا يخلو من وجه بل ظاهرهم فى حجر المفلس ذلك، بناء على صحه تصرفاته، و أنها تكون موقوفه، و إن لم يرض الغرماء بها، كما تسمعه فى محله، اللهم إلا أن يفرق بين تعلق حق الرهانه و تعلق حق الغرماء بالتحجير، كما هو ظاهر الأصحاب فى المقام، إلا أنه لا يخلو من بحث.

و على كل حال فظهر من ذلك كله أن إجازته تكون على حسب إجازة المالك إنما هى للعقد نفسه، فيؤثر حينئذ أثره، و ليس هذا من إسقاط حق الرهانه أو لا و بالذات فى الزمن السابق، كى يقال: أنه غير متصور، بل هو من آثار العقد الذى

أجازه و من مقتضياته، فلا بأس حينئذ بدعوى الكشف هنا عن بطلان الرهانه فى الزمن السابق. بناء عليه فى الفضولى فتأمل جيداً، فإن المسأله غير محرره فى كلامهم.

نعم قد يشكل دعوى الكشف فى تعقب الفك للعقد الذى لم يردده المرتهن بناء على صحه العقد و لزومه بذلك كما جزم ثانى المحققين و الشهيدين، بل هو المحكى عن فخر المحققين، و الشهيد الأول فى حواشيه، و فى القواعد «لو افتكك الرهن ففى لزوم العقود نظر» و مقتضاه المفروغيه من الصحه، و إنما الكلام فى اللزوم، و يمكن أن يريدنا منه، و إن كان من لوازمها هنا اللزوم كما ستعرف.

و على كل حال فوجه الأول وجود المقتضى الذى هو العقد من المالك، و إنما كان له مانع من النفوذ، و هو حق المرتهن، و قد زال، فيؤثر المقتضى أثره من غير حاجه إلى تجدد رضا من المالك، لعدم تجدد شىء له و إنما ذهب حق الارتهان، لا أنه انتقل إليه، و منه يعلم الفرق بينه و بين ما إذا باع مال غيره فضولاً، ثم ورثه أو اشتراه و كيله، الذى قالوا فيه بالبطلان، - لعدم المقتضى للصحه - حال العقد، لعدم الإجازة من المالك، و عدم كون العاقد مالكا، - أو بالتوقف على إجازة المالك الجديد، لأنها أولى من تأثير إجازة الأول أو مساويه لها، ضروره عدم تأتى الوجهين فيما نحن فيه.

و يقرب من ذلك ما فى جامع المقاصد «من بيان وضوح الفرق بينهما بأن مال الغير غير مملوك للمتصرف، فالمقتضى للصحه منتف، لانحصاره فى وقت العقد بالمالك الذى لم يحصل منه إجازة، و مجرد الصيغه لا تعد مقتضياً، بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر فى الراهن، و المقتضى و هو العقد الصادر من أهله فى مملوك موجود غايه الأمر أن حق المرتهن مانع، فإذا انتفى عمل المقتضى عمله.

هذا كله مضافاً إلى أنه لا سبيل إلى اعتبار إجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته، و لا إلى بطلان تصرف الراهن المالك، إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه فكيف بعده الذى مقتضى إطلاق الأدله و عمومها صحته، خصوصاً بعد لزوم العقد من

طرف الراهن، لاندراجه فى عموم (١)«الوفاء بالعقود»، و لم يتجدد إلا ما يؤكد ذلك من ارتفاع المانع فيستمر حينئذ خطاب الوفاء له.

و دعوى- أن شرط الصحة فى العقد الواقع حال الرهانه إذن المرتهن، و قد فاتت بفك الرهانه الذى لا وجه بعده، لمراعاتها فيتعين البطلان حينئذ لفوات الشرط بل هو أولى بذلك من بيع مال الغير فضولا ثم انتقل إلى

البائع، كدعوى أن الصحة من الفك إن كانت على الكشف، اقتضى نفوذ التصرف فى الرهن- و هو رهن، ضروره عدم سقوط الرهانه قبله، و إن كانت على النقل، اقتضى ذلك تعليق أثر العقد الظاهر فى السببيه حين وقوعه، هذا. مضافا إلى استصحاب حال العقد قبل الفك من عدم التأثير- يدفعها وضوح عدم دليل يدل على اشتراط إذن المرتهن فى الصحة، إذ ليس فى الأدله إلا منع الراهن و المرتهن من التصرف على معنى النفوذ، لا العقد الذى ليس هو تصرفا قطعيا، و إنما تثبت الصحة بإذن المرتهن باعتبار دوران الحق عليهما، فمع رضاهما تتعين الصحة، و هذا أعم من الشرطيه المزبوره قطعيا و منه ظهر الفرق بينه و بين المثال كما أوضحناه سابقا.

كما يدفع الثانيه احتمال أن يقال: أنه لا بأس بالكشف، و التزام عدم قرح الرهانه التى يتعقبها الفك، و الفاضل فى القواعد فيما لو أتلّف الرهن متلف و انتقل الرهانه إلى القيمه قال: «فإن عفى الراهن فالأقرب أخذ المال فى الحال: أى من الجانى لحق المرتهن، فإن انفك ظهر صحه العفو، و إلا فلا»، و لا وجه له إلا ما ذكرنا ضروره اقتضاء ذلك نفوذ العفو فيه، و هو رهن، فلا محيص عن التزام عدم قرح الرهانه المتعقبه بالفك فى تأثير السبب أثره.

و لعله إليه يرجع ما عن فخر المحققين من الاستدلال عليه- بعد كونه جمعا بين الحقيين- بأنه لا مانع إلا حق المرتهن، فإذا انفك انتفى المانع، ثم بين وجه قول والده «ظهر صحه العفو» بأن الأمور العدميه لا توصف بأنها موقوفه، بل تكون

مراعاة، و ما يدل على صحتها كاشف، و الكاشف هو دليل على سبق العله المؤثره التامه و أما الموقوف عليه فهو من تمام العله أعنى عله الصحه.

لكن ضعفه فى جامع المقاصد، بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجانى إلى الآن ليجمع بينه و بين حق المرتهن، و مانع حقه المرتهن من صحه العفو تقتضى بطلانه وقت إنشائه، فكيف تنكشف بعد صحته فى حال وجود المانع، إلى أن قال: العفو إما أن يكون سببا تاما، أولا، فإن كان الأول لزم إما تأثيره مع وجود المانع، أو بطلانه، و إن كان الثانى لزم كونه موقوفا.

و فيه أنه يمكن أن يريد ما ذكرنا من عدم مانع الرهانه التى يتعقبها الفك الذى هو طريق لمعرفه كونها كذلك، و إلا فالعفو سبب تام فى التأثير فتأمل جيدا فإنه لا يتم فى نحو العتق و الوقف و نحوهما مما لا يمكن التزام كونه حرا مرهونا أو وقفا كذلك، مضافا إلى ما فى دعوى رهنه ملك الغير فى المثال السابق من دون اشتراط عليه، و الرهن السابق كان متعلقا به من حيث كونه ملكا للبائع، لا مع انتقاله عنه بالبيع كما هو واضح، و قد يدفعا أنه لا بأس بالتزام النقل تحقيقا للمانع بل لعله الأقوى، و ليس هذا من التعليق الممنوع قطعاً، ضروره كون التعليق من العاقد، لا الشرعى كما هو واضح.

و من الغريب التمسك بالاستصحاب بعد تغير الموضوع، و خروج العين عن الرهانه إلى الطلق، فلا وجه لجعل ذلك وجه النظر فى اللزوم فى عباره القواعد.

و من ذلك كله يعلم الحال فى العتق الذى يتعقبه الفك، وفاقا لما عن أكثر المتأخرين من النفوذ، خلافا للشهيد فى الدروس و غيره، فلا ينفذ، لأنه لا يقع معلقاً، و فيه منع إن أراد به ما يشمل الشرط الشرعى الذى منه عدم المانع، مع أنه قد يدعى عدم التعليق، بناء على التقرير الذى ذكرناه سابقاً، و مثله لو أعتق المحجور عليه، لسفه أو فلس فرال الحجر.

لكن فى التذكرة عن الشيخ البطلان فى الأخير، و جعله أقوى ثم حكى القول ببقائه موقوفاً، و نفى البأس عنه، و يمكن أن يكون مختاره فى المقام البطلان، لأنه

هنا جعله كالحجر بالفلس، و قد سمعت أن الأقوى البطلان عنده فيه.

و فى التحرير فى المقام فى نفوذ العتق لو فكك إشكال، و احتمال أن المنع فى العتق لاعتبار نيه القربه فيه التى لا- تقبل التعليق يدفعه بعد تسليم اعتبارها فيه منع منافاه حصولها بإيجاد سببه فيما يتوقف على ارتفاع مانع شرعى أو شرط كذلك.

و من ذلك يعلم الحال فى الوقف، و إن قلنا باعتبار النيه فيه، و كونه كالإيقاع فى عدم الحاجه إلى القبول، اللهم إلا أن يدعى فيها مطلقاً أو فى خصوص العتق منها بظهور أدلتها فى عدم كونها موقوفه، و لو على شرط شرعى، و لذا بنى العتق منها على التغليب، و قد يأتى إنشاء الله التعرض لتحقيق ذلك فى أبوابها.

ثم إن الظاهر سقوط حق المرتهن فيما لو أذن بالمسقط ابتداء يكون بوقوعه، من حيث أنه مناف لحق الرهانه، لا بمجرد الإذن، للأصل و غيره، فله الرجوع فيها حينئذ قبل التصرف بعد علم المأذون و قبله، بل و بعد إيقاع الصيغه منه قبل الإقباض فى مثل الهبه التى يتوقف الملك بها عليه.

لكن فى القواعد، الإشكال فيه، و لعله لأن الإذن فى المسقط يدل على الرضا بالسقوط، و لأن التصرف الناقل لا يجمع الرهن، فلا بد من الحكم بالسقوط قبله.

و فيه أن المنافى للرهن هو المقتضى للسقوط، لا الرضا به، و لا مانع من حصول السقوط بتمام سبب النقل، و إن أبيت فليقدر لتصحيحه، كما فى نظائره قبله، بأن ما لا بالإذن نعم لو حصل النقل عن الراهن سقط، و لو كان له الخيار للمجلس أو غيره فسخ خياره أولاً، لحصول السقوط بمجرد الانتقال، و لا دليل على عوده بالفسخ الذى هو منه حينه، كالإقاله.

و لو رجع المرتهن بإذنه قبل التصرف، إلا أنه لم يعلم الراهن بذلك إلا بعده، أمكن القول بالفساد، كما عن المبسوط الجزم به، لبطلان مقتضى الصحة فى الواقع، و خروج الوكيل على ذلك لو رجع الموكل، و لما يعلم إلا بعد التصرف، لدليل مخصوص لا يقاس عليه، و دعوى ان الفرض من الوكاله واضحه الفساد.

نعم لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن فى البيع، و رجع كذلك أمكن

القول بعدم البطلان، لانه من الوكاله كما هو واضح، و لو كان قد باع أى المرتهن بخيار مثلاً ففسخه الراهن لأن له ذلك قطعاً لم تعد الرهانه، للأصل السالم، لكن عن المبسوط أنه إذا اشترى المرتهن عيناً من الراهن بدينه، أنه يصح و يبطل الرهن، فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين و الرهن، و لعله بناء على أن التلف قبل القبض فاسخ من الأصل، لا من الحين، و إلا كان عود الرهانه بعد سقوطها ببراءه ذمه الراهن محلاً للنظر و إن كان لا يخلو من وجه، و أولى منه بالنظر قوله فيه أيضاً «و كذا لو أقبضه ثم تقايلاً عاد الدين و الرهن، كالعصير يصير خمراً ثم يعود خلا» و تعرف إنشاء الله فيما يأتى الفرق بين المقامين.

و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه، فالظاهر أنه إجازة، ضروره توقف صحتها على بيع صحيح، و هو فرع رضى المرتهن، فحمل طلبه حينئذ على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك، اللهم إلا- أن يعلم غفلته عن الرهانه، فلا يدل الطلب حينئذ على الإسقاط مع إمكان دعوى كون الطلب إجازة قهراً، لا- دالا- على الرضا الذى تحصل به الإجازة، نحو ما سمعته فى التصرف المسقط لحق الخيار.

و أما دعوى- أن الشفعه كالفسخ فى إزاله الملك لا يتوقف على إسقاط حق الارتهان- واضح الفساد، ضروره أن الشفعه من المرتهن إزاله ملك عن المشتري بعد ثبوته و نقله إليه بخلاف الفسخ فيه الذى يرجع إلى عدم إجازة البيع، فظهر من ذلك أنه لا محيص عن القول بلزوم الطلب للإجازة، و الظاهر عدم بطلان الشفعه معه، لعدم التلازم بين الرضا باللزوم من حيث الرهانه، و بينه من حيث الشفعه، فيسقط و تصح الشفعه كما لو صرح بذلك.

لكن فى القواعد «و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه، فى كونه إجازة إشكال. فإن قلنا به فلا شفعه» و هو غريب، خصوصاً بعد قوله متصلاً بذلك «و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد» بعد الإغضاء عما فى قوله إن قلنا بلزوم العقد مما لا محصل له معتد به، كما أنه لا محصل للمحكى عن ولده فى توجيه العبارة، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و كيف كان فقد ظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال عندنا في صحة العتق من الراهن مع تعقب الإجازة من المرتهن و إن قال المصنف فيه تردد مما ذكرنا و من أن العتق لا يقع معلقا لاعتبار نيه القربه فيه، أو لغير ذلك مما سمعت.

إلا أنه لا ريب في كون الوجه الجواز لما قد مر مفصلا خلافا لما عن المبسوط، و المراسم و الوسيله، و الغنيه، بل و الدروس: بناء على عدم الفرق بين ما صرح به من الفك و بين الإجازة، خصوصا مع كون المنع من بعضهم، بناء منه على عدم جواز الفضولي فيندر الخلاف حينئذ في خصوص المقام، بل يمكن كون مراد الجميع مع عدم تعقب الإجازة فلا يكون خلاف حينئذ فيه أصلا، و أما احتمال عدم الجواز فيه- و إن قلنا بالفضولي في غيره، لعدم عموم في العتق يشمل مثل ذلك، بخلاف غيره من العقود- فهو في غاية الضعف من وجوه، خصوصا في دعوى عدم العموم، فإن

«من أعتق»^(١)

و نحوه كاف فيه، بل لعل العكس أولى من ذلك، فيقال بالصحة حينئذ هنا، و ان منعا الفضولي في غيره، لكون المعتق المالك، و تعلق حق المرتهن مانع، فمتى زال بإجازة أو فك عمل المقتضى عمله، كما أوضحناه سابقا في الفك الذى لا ريب في أن الإجازة أولى منه بالصحة كما عرفت فلاحظ و تأمل.

و إليه يرجع ما فى المسالك هنا حيث قال: «منشأ التردد فى الصحة من كون العتق إيقاعا، فلا يكون موقوفا لاعتبار التنجز فيه، و من أن المانع حق المرتهن، و قد زال بإجازته، و هو أقوى، و نمنع منافاه التوقف المذكور للتنجز، كغيره من العقود التى يشترط فيها ذلك أيضا، فإن التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضى على شرط، لا- على زوال مانع» و على هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتك الرهن لزم، إذ مراده الشرط الذى يكون من العاقد لا الشرط الشرعى الذى منه عدم المانع، و منه الرضا المعلوم كونه

شرطا فى العقود و التقابض فى عقد الصرف و غير ذلك و الله أعلم، هذا كله فى الراهن.

و كذا لا يجوز للمرتهن التصرف فى الرهن بانتفاع و نحوه، لحرمة التصرف فى مال الغير، و لا يمضى تصرفه فيه بعقد و نحوه إلا بإذن الراهن، إذ هو فضولى فيجرى عليه حكمه كما هو واضح، مع أنه قد تقدم شرط صالح من الكلام فيه آنفا فى الفصل الخامس فلاحظ.

و لكن ينبغى أن يعلم ان فى عتقه مع إجازة الراهن تردد بل فى المتن و الوجه المنع لعدم الملك ما لم يسبق الإذن وفاقا للقواعد، و محكى التحرير، و الإرشاد، و الدروس، و اللمعه، و غايه المراد، و التنقيح، و شرح الإرشاد للفخر، و الروضه، و المسالك، بل فى الأخير «إن كثيرا من الأصحاب لم يتوقف فى الحكم، لان المرتهن غير مالك، و لا عتق إلا فى ملك، فيكون كالفضولى لا- يصحح عتقه الإجازة» بل عن سابقه أن العتق يقع باطلا قطعاً ما لم تسبق الإذن، إذ لا عتق إلا فى ملك، بل عن سابقهما قد اتفق الكل على إضمار الصحه فى

قوله عليه السلام «لا عتق إلا فى ملك».

قلت: لعله كذلك فيما إذا كان العتق من المرتهن، للخبر المزبور الذى لا يشكل بأن مقتضاه البطلان، و إن سبق الإذن، ضروره عدم حصول الملك للمرتهن معها، لاندفاعه بما يأتى إنشاء الله فى باب العتق من أن المأذون و المأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه، و ينتقل إلى ملك الأمر و المأذون له قبل إيقاع الصيغه أنا ما، و التزام نحوه فى الاذن اللاحقه- على معنى حصول الكشف بها عن دخوله فى ملكه أنا ما قبل العتق، كما لو وهبه من نفسه فضولا ثم أعتقه فأجاز المالك الهبه فإنه ينكشف حينئذ وقوع العتق فى الملك- غير جائز بدون دليل عليه ضروره مخالفه مثل ذلك للضوابط الشرعيه التى ينبغى الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و ليس فى غير الإذن السابقه و لو بمعونه كلام الأصحاب.

أما إذا كان العتق عن الراهن أو مطلقا، فالمتجه- بناء على الفضولى و أنه على القاعده- الجواز حتى على القول باعتبار نيه القربه فيه، بناء على شمول دليل الفضولى لمثل ذلك، كدفع الزكاه و الخمس و نحوهما عن الغير، فيجيز من عليه الحق، إلا

أن الانصاف عدم خلو جميع ذلك كله من الإشكال، خصوصا مع ملاحظه كلام الأصحاب.

نعم لو سبق اذن الراهن للمرتهن فى العتق مطلقا أو عن الراهن، لم يكن إشكال فى الصحه» لأن المرتهن حينئذ وكيل عن المالك، بل فى المسالك «لو حملت عبارته المتن على ذلك كان أولى، واسترحنا من ذلك الإشكال المتوقف زواله على أمور خفيه».

قلت: لكن مقتضاه حينئذ ما استوجه المصنف فيه المنع من عتق المرتهن عن الراهن مع الإجازة. وقد عرفت ما فيه من الإشكال، مضافا إلى عدم انطباق التعليل، و أن الأقوى الجواز فيه، بناء على شمول دليل الفضولى لمثل ذلك، و ان قلنا باعتبار نيه القربه التى يكفى فى إيجادها مشروعيه الفضولى، مثل التوكيل و التبوع.

و مرجع الجميع إما إلى مشروعيه إيجاد صورته الفعل العبادى عن الغير- على وجه يسقط التكليف عنه، لا أن المراد توجه أمر إلى الفاعل النائب بقصد امتثاله، كما فى الأصل، ضروره عدمه فى الوكيل مثلا فضلا عن غيره، حتى الإجاره التى يؤمر بأدائها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاء بالعقد لا أمر عباده- أو إلى أن الغير مأمور بإيقاع الصلاه عن الغير و لو ندبا، على نحو أمر الولد بالقضاء عن والده، فتكون نيه القربه فيه حينئذ باعتبار كونه مأمورا بذلك، بل هو معنى المشروعيه تبرعا، أو وكاله.

و جواز أخذ الأجره عليه- مع أنه عباده محضه للأجير كالنافله- للدليل الوارد فى الحج و غيره، و لعله باعتبار تضمينه وصول منفعه للغير خصوصا إسقاط ما فى ذمته و كان هذا أقوى من الأول سيما بعد معلوميه كون صلاه النيابة صنفا من العباده بل هى نوع مقابل للعباده الأصلية نعم قد يفرق بين التوكيل و غيره و الله اعلم و الكلام فى الوقف يعرف مما قدمناه سابقا و ذكرناه لا حقا فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف لو وطئ الراهن بإذن أو بدونها فأحبها، صارت أم ولده شرعا بلا خلاف بل فى التذكرة نسبه إلى مذهبنا مشعرا بالإجماع عليه، و لا يتنافى ذلك ما تسمعه من جواز بيعها عند جماعه من الأصحاب، لعدم انحصار حكمها فى عدم جواز البيع، إذ قد لا تباع فتعتق من نصيب ولدها مثلا.

و كذا لا- خلافاً في أنه لا- يبطل الرهن المستصحب بذلك، و إن كان بإذن بل في المسالك لا شبهه فيه، بل ظاهر قوله في التذكرة- عندنا- الإجماع عليه، و علله في جامع المقاصد بان الرهن بعد تمامه و لزومه، إنما يبطل بمنافيه، و الإحبال و إن وقع بالإذن غير مناف و إن صارت أم ولد، إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً على الاستيلاء، إما مطلقاً أو مع الإعسار، و مع الإعسار يجب بذل القيمة، لتكون رهناً، و ذلك أثر بقاء الرهانه لا محاله، فلا منافاه حينئذ، بل في المسالك:

«لا تخرج به عنه و إن منعنا من بيعها، لإمكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله».

قلت: قد يقال: بالبطلان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، بناء على منع البيع مطلقاً أو مع اليسار، لما عرفت سابقاً من أنه يشترط في صحة الرهن كونه مما يباع حتى يتم الاستيثاق به، بدعوى ظهور كون ذلك شرطاً في الابتداء و الاستداه، كما هو الأصل في الشرائط، خصوصاً في المقام الذي هذا الشرط فيه كأنه من مقومات الرهانه، و بذل القيمة على القول بالمنع مع اليسار إنما هو لبطلان الرهانه في العين لا لبقائها فيها، حتى تكون ذلك من آثارها.

و من هنا أورد في جامع المقاصد على هذا القائل بأن الرهانه إن بقيت فهي متعلقه بالعين، و إلا فلا تعلق لها بالقيمة، و إن كان قد يدفع بالتزام الثاني، و التعلق بالقيمة لكونه السبب في إتلاف الرهن، حتى لو أذن له بالوطى الذي لم يستلزم الإحبال، فالإذن فيه ليس إذناً بالإتلاف، حتى يتوجه إليه عدم استحقاق القيمة رهناً باذنه، و لعل هذا القائل كسابقه يلتزم عدم عودها رهناً بموت الولد، أو انكشاف عدم بطلان رهانتها الذي حكم به ظاهراً لاستصحاب بقاء الولد أو غيره.

و كيف كان ف هل تباع؟ قيل: لا ما دام الولد حياً ترجيحاً لدليل منع بيع أمهات الأولاد الظاهر في قوة الاستيلاء، بحيث يضاهى العتق، بل ربما كان أقوى، لأنه ينفذ فيما لا ينفذ هو فيه، كاستيلاء المجنون و المحجور عليه، و لأن استيلاء المريض يكون من الأصل، بخلاف عتقه، بناء على أن منجزاته من الثلث،

لكن لم نعرف القائل به قبل المصنف، بل ولا بعده، غير الفاضل في التحرير، و ثاني الشهيدين، في ظاهر الروضه. نعم عن الشهيد في غايه المراد حكايته عن المبسوط، و في جامع المقاصد «الظاهر أنه وهم» و حكى عنه الجواز مطلقا.

و قيل و القائل الشيخ كما عرفت و الحلّي، و الفاضل، في المختلف، و الكركي و الشهيدان في اللمعه، و المسالك : نعم يجوز مطلقا للأصل و لأن حق المرتهن أسبق و لأولويه أو مساواه بيعها في الدين المتعلق بها، للبيع في ثمن رقبته، و بذلك كله و غيره يرجح دليل بيع الرهن على دليل منع بيع أمهات الأولاد، و لو سلم التعارض مع عدم الترجيح فالأصل جواز البيع، و قيل و القائل الشيخ في الخلاف و ابن زهره، و الفاضل في التذكرة، و الشهيد في الحواشي، على ما حكى عنهم: تباع مع إيسار الراهن و تبذل قيمتها رهنا، جمعا بين الحقين مع يساره، بل في الغنيه الإجماع عليه، و كان وجهه بعد كونه جمعا بين الدليلين مساواته في الأول لثمن رقبته، بخلاف الثاني، لكن في السرائر أنه مخالف لأصول المذهب.

و قيل: و القائل الشهيد في بعض حواشيه: يجوز بيعها مع وطئه بغير اذنه، و لا يجوز مع الوطئ بالأذن، و مال إليه بعض مشايخنا، لموافقته للأصول و الاعتبار إن لم يكن خرقا للإجماع و لا ريب أن الثاني لا الأول و لا الأخيرين أشبه بأصول المذهب، خصوصا إذا كان الوطئ بغير الإذن، لما عرفت من ترجيح دليل الرهن بما سمعت، الذي منه الشهره، بل قد عرفت أن الأصل يقتضى الجواز بعد الإغضاء عن الترجيح.

و خصوصا بعد اعتراف المصنف بل الجميع بأنه لو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم تخرج عن الرهن بالوطئ كالأذن في غيره من الانتفاعات التي لا تستلزم بطلان الرهانه في العين، و إن أذن له في نقلها إلى غيره بعقد، فضلا عن استيفائها بنفسه، أو بغيره، بل قد عرفت جزم الأصحاب بعدم خروجها بذلك عنه، و ان ترتب عليه الإحبال، حتى على القول بعدم جواز البيع، هذا.

و في الدروس في تحرير أصل المسأله: قال: «و في بيعها أو وجوب إقامه بدلها

تردد، من سبق حق المرتهن، و عموم النهى عن بيعها، فيقام بدلها أو يتوقع قضاء الدين أو موت ولدها، و لو كانت مرهونه فى ثمن رقبتهأ، فيبعها أوجه».

و فيه أنه لا إشكال فيه مع الإعسار، و مع اليسار من المسأله، كما أن القائل بعدم جواز بيعها لا يوجب إقامه بدلها، بل ليس له إلا توقع قضاء الدين أو موت الولد، بناء على أنها باقيه رهنا كما عرفت. و الأمر سهل.

و على كل حال فلأحد على المالك، و إن كان بغير إذن، و إنما يعزر، و ولده حر، و لا يغرم قيمته رهنا، و إن قلنا بتبعيه النماء، كما أنه ليس عليه عوض الوطى كذلك. نعم لا يبعد و جوب أرش البكاره عليه رهنا إذا كان بغير إذن، لأنه عوض جزء أتلفه و كذا تفاوت قيمتها لو كان بالوطى و الإحبال أو الولاده، بل لو ماتت بالطلق و جب بذل قيمتها رهنا، كما فى القواعد، و غيرها، و كذا لو وطئ أمه غيره لشبهه، فضلا عن غيرها، فماتت بالطلق بخلاف زوجته المأذون فى وطئها و المزنى بها، الحره المختاره التى لا تدخل تحت اليد بالاستيلاء الذى هو إثبات يد فى الأمه.

و أما المكره الحره فى جامع المقاصد «يضمنها لو ماتت بالطلق، كما صرح به فى التذكرة، لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره، فيضمن ديتهأ التى تجب على العاقله» و فيه ما لا يخفى، بل لا يخلو السابق أيضا من نظر، و الأقوى القيمه عند التلف لا الإحبال، و لا الأعلى منه إلى يوم التلف هذا كله فى و طى الراهن.

أما المرتهن فكا لأجنى فى الأحكام المتقدمه فى بيع الحيوان، لكن عن الشيخ فى المبسوط هنا إذا وطئها بإذن الراهن فإن لم يدع الجهاله بتحريم ذلك فهو زنا، و الخلاف «إذا وطئ الجاربه المرهونه بإذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر» و مثله عن الغنيه نافيا للخلاف فيه، و الظاهر إرادتهم عدم الإكتفاء بمطلق الإذن بل لا بد من عقد التحليل، إلا أنه لا وجه لنفى المهر عنه، و حكى عنه فى الدروس أنه قال لو أذن له الراهن فلا مهر عليه، و لا قيمه للولد، ثم قال: و هو بعيد إلا أن يحمل على التحليل، لكن كلام الشيخ ينفيه، و هو كذلك كما سمعت، بل

المتجه على ما سمعت من كلامه كون الولد رقا رهنا، بناء على التبعية، لا أنه يبذل قيمته رهنا أيضا، و من الغريب ما يحكى عنهما أيضا و عن التحرير من أنها تصير أم ولد له، لو اشتراها بعد ذلك، مع أن الظاهر من الأدلة اعتبار التولد من وطى المالك فى ذلك.

و كيف كان ف لو أذن المرتهن له أى الراهن فى بيع الرهن جاريه كان أو غيرها قبل حلول أجل الدين فباع بطل الرهن فيه بلا خلاف و لا- إشكال و لا- يجب جعل الثمن رهنا إذا لم يشترطه بلا خلاف أيضا بيننا إلا ما تسمعه من الشيخ فى بعض أفراده للأصل السالم عن المعارض بعد بطلان الرهانه فى المبيع بالإذن التى تعقبها البيع، اللهم إلا أن يدعى كون المراد الإذن فى بيعه مرهونا على معنى كون الثمن مقابلا له فى الملك و حق الرهانه، فتنتقل الرهانه حينئذ إلى الثمن قهرا، لكن ظاهر الأصحاب فى المقام سقوط حق الرهانه، لعدم تعقل بقائها فى المبيع حتى تقابل بالثمن، و أنه فرق بين البيع و التلف، و عليه و إن كان فيه نوع تأمل، يتجه حينئذ لهم ما سمعت.

و منه يعلم ان السقوط بالبيع، لا بالأذن فيه، فله حينئذ الرجوع بها قبل البيع لعدم بطلان حقه بذلك، و لو ادعى بالرجوع حلف الراهن إن ادعى علمه، و لو صدقه على الرجوع و ادعى كونه بعد البيع، و قال المرتهن: قبله، فإن اتفقا على تعيين وقت أحدهما و اختلفا فى الآخر حلف مدعى التأخير عن ذلك الوقت لأنه منكر بناء على أصاله تأخر مجهول التاريخ عن معلومه، و إن أطلقا الدعوى أو عينا وقتا واحدا حلف المرتهن، لتكافؤ الدعويين، فيتساقطان، و يبقى استصحاب الرهن سليما عن المعارض فتأمل جيدا.

أما إذا كان البيع المأذون فيه بعد حلول الحق أو كان الحق حالا من أصله فمقتضى إطلاق المصنف و غيره كونه كالأول، بل فى المسالك أنه المشهور لما عرفت، لكن عن المبسوط لو أذن له فى البيع بعد محل الحق فباع صح البيع، و كان ثمنه مكانه حتى يقضى منه، أو من غيره، و اختاره فى التحرير، بل و الدروس معللا له بأنه

قضيه عقد الرهن.

لكنه كما ترى، كدعوى انصراف الإذن في هذا الحال إلى اشتراط كونه رهنا باعتبار كونه محل البيع، بخلاف ما قبل الأجل بعد الإغضاء عن لزوم مثل هذا الشرط لو صرح به في الإجازة، أو الأذن السابقه، و إن كان لا خلاف فيه على الظاهر بيننا، بل في التذكرة صح عندنا مشعرا بالإجماع عليه، كقوله في المسالك قطعاً محتجين عليه

بعموم «المؤمنون»

و في الدروس «أنه قريب من نقل الوثيقه إلى عين اخرى».

لكن قد يقال: إنه ليس في ضمن عقد حتى يلزم بلزومه، و نقل الوثيقه إنما يكون بفسخ من المرتهن للأولى، و إيجاب للرهن في الثانيه، على أن ظاهره في الدروس سابقاً اختصاص النقل بالذى يخاف فساده «قال: لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز لأن الحق لا يعدوهما و يجرى مجرى بيعه، و جعل ثمنه رهنا، و يحتمل المنع، لأن النقل لا- يشعر بفسخ الأول، و يمتنع البديل مع بقاء الأول، فإن قلنا بجواز النقل هنا، فهل يجوز في رهن قائم لم يعرض له نقص، و جهان قريبان و أولى بالمنع، لأن المعرض للفساد يجب بيعه، فهو في حكم الفائت، و نقل الحق إلى بدل الفائت معهود، و لا فوات هنا».

و هو كما ترى ظاهره الميل إلى العدم في غير ما يخاف فساده، فقرب الشرط منه غير مجد في صحته و لزومه، على أن المتجه بناء على عدم مشروعيه نتائج العقود بالشرائط اعتبار رهانه جديده للثمن، و ظاهرهم خلافه، و الإكتفاء بصيرورته رهنا بذلك، و لعله مبني على ما ستسمعه إنشاء الله.

و على كل حال فالحكم بلزوم الشرط هنا لا يخلو من إشكال، اللهم إلا أن يقال إن الشرط في الإذن في العقد كالشرط في العقد في اللزوم، بل قد ينحل هذا الشرط إلى كونه شرطاً على البائع في الإيجاب المعتبر رهناهما معا في صحته، و منه حينئذ يعلم اللزوم لو اشترط تعجيل الحق في الإذن كما صرح به غير واحد، بل

لا أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ، فلم يسقط الأجل بهذا الشرط، بل ظاهر الدروس حكاية كون الثمن رهنا عنده في هذا الفرض، و فيه مالا- يخفى، و لو اختلفا في اشتراط رهن الثمن ففي الدروس و جامع المقاصد، حلف الراهن، و لو اختلفا في النيه لم يلتفت إلى المرتهن، لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ.

نعم قد يناقش في الأول بأن القول قول المرتهن في أصل الإذن، فكذا صفتها كما عن التذكرة الجزم به في خصوص الفرض، بل عن المبسوط لو قال: أذنت بشرط أن تعطيني حقي، فقال الراهن: بل مطلقاً، فالقول قول المرتهن، لأن القول قوله في أصل الإذن، فكذا في صفته، و أجمل الفاضل في القواعد فقال: «حلف المنكر» من غير بيان أنه الراهن أو المرتهن، و لعل التحقيق اختلاف التعبير في الدعوى، و الأمر سهل و الله أعلم، هذا كله في إذن المرتهن للراهن.

و أما لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل ففي المتن و غيره بل لم يعرف نقل الخلاف فيه فضلاً عن وقوعه لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن على معنى كونه رهنا عنده عوض المبيع، كما صرح به في الروضة، بل ربما قيل أنه لا خلاف فيه سوى ما حكاه في الجامع، بلفظ القيل من أنه لا يكون رهنا.

لكن في الرياض سوى بين إذن الراهن و المرتهن في بطلان الرهن، و عدم جعل الثمن رهنا، قال: «و لو باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن، وقف على الإجازة، و صح بعدها على الأشهر الأقوى من جواز الفضولي، و بطل الرهن، كما لو أذن ابتداءً أو باع هو بإذن المرتهن مطلقاً، لزوال متعلقه، و لا يجب جعل الثمن رهنا إلا مع اشتراطه».

بل ربما ظهر منه الميل إلى عدم صيروره القيمة في التلف رهنا، لأنه قال متصلاً بالكلام السابق: «قيل أما إذا أتلّفه متلف إتلافاً يقتضى العوض، كان العوض رهنا، لإمكان الاستيثاق به، و عدم خروجه عن العوض، لكنه تبطل وكاله المرتهن في الحفظ و البيع إن كانت، لاختلاف الأغراض في ذلك باختلاف الأموال» انتهى

و فى الفرق و تعليل قيام العوض مقام المتلف رهنا نظر، يظهر وجهه لمن تدبر.

قلت: قد عرفت اتفاق الأصحاب ظاهرا على كون الثمن رهنا فى صورته إذن الراهن، إلا ما حكاه فى الجامع بلفظ القيل و لا ريب فى ضعفه، و إن كان وجهه ما سمعت سابقا من اقتضاء البيع بطلان الرهانه السابقه، لعدم تعقل بقائها فى المبيع، بل و فى ثمنه إلا مع الشرط، و ليس هنا، إذ الفرص عدم وقوع غير الإذن من الراهن للمرتهن فى البيع و هو أعم من ذلك فىكون إذن الراهن كإذن المرتهن فى ذلك بعد فرض استناد البطلان إلى البيع المنافى للرهنه فى المبيع، و ليس ما يقتضى رهن غيره من شرط و نحوه، و هو مشترك بينهما.

لكن فيه أولا: أنه يتم بناء على أن الثمن للمبيع كعوض التالف تتعلق به الرهانه من حيث كونه عوض مرهون، إذ من الواضح حينئذ تماميه ما ذكره الأصحاب نعم هنا مقتضى ذلك كونه رهنا أيضا فى إذن المرتهن للراهن، لا العكس خاصه، و هم لا يقولون به إذا لم يشترط، اللهم إلا- أن يدعى ظهور الإذن منه فى الإسقاط بالبيع مطلقا، أو فى خصوص البيع قبل الأجل، باعتبار عدم اقتضاء الرهن بيعه حينئذ و الشرط إنما هو لرفع الظهور المستفاد من الإذن، و إبقاء رهنه الثمن على حسب اقتضاء تعلق الحق بالعين، أو بما يقوم مقامها، بخلاف المقام الذى لم يحصل منه إذن فى البيع، إذ الإذن من الراهن، و إنما حصل منه البيع، و هو لا- يقتضى إسقاط حقه من الرهانه و ربما يؤيده عدم ذكرهم اعتبار القبض فى رهنه الثمن المشترط، فضلا عن تجديد الإرهان.

و ثانيا أنه لو قلنا باقتضاء البيع سقوط الرهانه فى المبيع على وجه لا يقتضى رهانه الثمن، إلا باتفاق جديد منهما، لكن قد يقال: بظهور كون البائع المرتهن، و ان الإذن من الراهن له من حيث حق رهائته، لا- أنها و كاله كوكاله الأ-جنبى فى إرادته بقاء حق الارتهان الذى لا موضوع له بعد البيع، إلا فى الثمن فهو كاتفاقهما على ذلك بل مبنى العقد ظاهرا عليه حتى يصرح بخلافه، و هذا واضح بأدنى تأمل.

و من ذلك كله يظهر لك ما فى الرياض من النظر من وجوه، بل و ما فى الحدائق فإنه قال: فيما لو أذن الراهن للمرتهن هل يكون الثمن رهنا فلا يجوز للراهن طلبه أم لا، إشكال، و لم يحضرنى الآن تصريح أحد منهم بالحكم المذكور، و يمكن ترجيح العدم، لأن حق المرتهن إنما تعلق بالعين، فلا يتعدى إلى الثمن إلا بدليل، و ليس فليس إذ قد عرفت التصريح بذلك، و أنه المراد من قولهم لا- يجوز التصرف فيه إلا بعد الحلول بعد التأمل، و قد عرفت الوجه فى ذلك أيضا، فكلامه أيضا لا يخلو من نظر من وجوه.

كما أن قول المصنف إلا بعد حلوله لا يخلو من نظر أيضا، ضروره اقتضائه جواز التصرف فى الثمن بعد الحلول، و هو واضح البطلان، إذ ليس الثمن إلا- رهنا، فيجرى فيه ما يجرى فى الرهن من عدم جواز التصرف فيه بعد الحلول إلا- بإذن الراهن أو الحاكم أو المرتهن على التفصيل الذى ستسمعه.

بل و كذا قوله كغيره من الأصحاب و لو كان أى الإذن بالبيع بعد حلوله صح التصرف فيه، لا يخلو من نظر إذا لم تقترن بما يدل على الإذن فى الاستيفاء منه، و لو بمعاوضه جديده، أو قبض كذلك، كمطالبه من المرتهن و نحوها، ضروره عدم اقتضاء الإذن فى البيع ذلك، و من هنا شرط بعضهم جواز التصرف المزبور بالإذن فيه و فى الاستيفاء و هو جيد. بخلاف ما فى المسالك من تنزيل العبارة على مساواه الثمن للحق جنسا و وصفا، إذ هو مع عدم إشعار فى عبارة المصنف و غيرها به غير تام، إذ التساوى لا يقتضى الإذن فى الاستيفاء، و التقاص القهرى فى نحوه إنما هو فى خصوص ما فى الذمم، لا فى الرهن المساوى للحق كما هو واضح.

نعم لو فرض أن المرتهن قد اشتراه بإذن من الراهن فى الذمه بمساوى حقه جنسا و وصفا، أمكن حينئذ دعوى التهاتر القهرى، و تنزيل العبارة عليه كما ترى، و أضعف منه الاحتجاج لإطلاقها بما دل على المقاصه من خبر المروزي المتقدم سابقا

فى خوف جحود الوارث، و غيره الذى لا فرق فيه بين مجانس الحق و مخالفه، ضروره عدم جواز المقاصه قبل حصول شروطها من الامتناع و غيره، كما هو واضح، فالتحقيق مراعاة الضوابط إن لم يجمع على خلافها فى المقام، و دونه خرط القتاد و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا حل الأجل و أراد المرتهن حقه طالب الراهن بالوفاء، و لو بيع الرهن أو التوكيل فى بيعه، و فى الدروس ليس للمرتهن تكليف الراهن بأداء الحق من غير الرهن، و إن قدر عليه الراهن، و لعله لتعلق حقه فى العين برضاه، و لا- ينافى ذلك شغل ذمه الراهن. كما لا ينافيه عدم جواز البيع له، لو بذل له الراهن الدين.

و لو تعذر الأداء المزبور لامتناع من الراهن مثلا كان للمرتهن البيع و الاستيفاء إن كان وكيلا بل له ذلك من غير مراجعه له مع إطلاق وكالته و إلا- يكن وكيلا و لم يتمكن من إجباره رفع أمره إلى الحاكم إذا كانت له بينه يثبت بها حقه ليلزمه البيع بالقول أو الفعل بضرب، أو حبس، أو نحوهما مما يتوقف تحصيل الحق عليه إلى منتهى مراتب ذلك، و ليس للمرتهن البيع قبل رفع أمره إلى الحاكم بلا خلاف أجده فيه، للأصل و غيره بعد عدم انحصار حقه فى ذلك، و بعد نصب الحاكم لقطع الخصومات و إعانه المظلومين، فإن امتنع على الحاكم إلزامه- و لو لعدم بسط يده- باعه عليه بنفسه، أو بوكيله و لو المرتهن إذا كان جامعا لشرائط الوكاله فى مثله، و ليس للمرتهن هنا أيضا البيع بدون ذلك، لتمكنه من الولى الشرعى له الذى هو قائم مقامه فلا تسقط حرمة ماله حينئذ، إذ هو كالتمكن من المالك، و الاستيثاق لا يقتضى مباشره الاستيفاء ف لا ينافى كون كيفيته ما ذكرنا كى يعارض ما دل على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه، أو إذن وليه لكن فى المتن و غيره أنه إن امتنع (١١) أى الراهن بعد إلزام الحاكم له كان له حبسه و له أن يبيع عليه (١٢) و مقتضاه التخيير بين الأمرين، و أن ولايه الحاكم تثبت فى أول مراتب الامتناع عليه و هو لا يخلو من إشكال، خصوصا بعد

مراعاة الاقتصار في ولايه الحاكم على المتيقن الذي هو حال انتهاء مراتب الإيجابار على الحق.

بل ربما كان

في خبر سماعه (١) عن الصادق عليه السلام ظهور في خلافه في الجملة، «قال:

كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا كان التوى على غمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص، فإن أبى باعه فقسمه فيهم، يعني ماله»

فتأمل و الأمر في ذلك سهل، كسهوله اختلاف عباره الأصحاب في المقام بالنسبه إلى الإطلاق و التقييد المبني على ظهور الحال في هذا الحكم، لا على الاختلاف في المسأله، و التفصيل ما ذكرنا.

و ليس في نصوص المقام ما ينافيه، سوى

ما في موثق إسحاق بن عمار من جواز البيع من دون مراجعه الحاكم، قال (٢) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس فقال: لا أحب

أن يبيعه حتى يجيىء صاحبه قلت: لا- يدري لمن هو من الناس فقال: فيه فضل أو نقصان، فقلت: إن كان فيه فضل أو نقصان فقال: إن كان فيه نقصان فهو أهون يبيعه فيؤمر فيما نقص من ماله، و إن كان فيه فضل فهو أشدهما عليه، يبيعه و يمسك فضله، حتى يجيىء صاحبه».

إلا أني لم أجد عاملا به، عدا ما يحكى عن ظاهر أبي الصلاح حيث أطلق جواز البيع مع عدم التمكن من استيدان الراهن، و أنه ليس له إلا- مقدار قيمته لو نقصت عن الحق مع البيع بغير الإذن، و لعله لهذا الخبر الذي يمكن حمله على ما إذا لم يكن إثبات حقه و رهائه عند الحاكم، أو على تعذر الحاكم، أو على إرادته بيان مطلق البيع الذي يجامع الاستيدان من الحاكم مع التمكن، أو على غير ذلك.

كما انه ينبغي حمل

موثق عبيد بن زراره (٣)- «عن الصادق عليه السلام في رجل رهن رهنا إلى غير وقت موقت، ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه، قال: لا حتى يجيىء»

- على الكراهيه أو على الغيبه التي لا ضرر على الديان بانتظارها، لقربها و توقع مجيىء الراهن، أو غير ذلك مما يحمل عليه

موثق ابن بكير (٤)- «سألت أبا عبد الله عليه السلام

- ١-١ الوسائل الباب ٤- من أبواب الحجر الحديث ١ لكن عن عمار.
- ٢-٢ الوسائل الباب ٤- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب ٤- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب ٤- من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٣

عن رجل رهن رهنا ثم انطلق، فلا يقدر عليه أبيع الرهن قال: لا حتى يجي ء صاحبه»

أو يطرحا، لإعراض الأصحاب عن إطلاقهما.

و أما

خبر إبراهيم بن عثمان (١) «قلت للصادق عليه السلام: رجل لى عليه دراهم، و كانت داره رهنا، فأردت أن أبيعها فقال: أعينك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»

فلا ريب فى إرادته الكراهه لبيع الدار منه، كما أن المراد من بيعه على حسب حال بيع الرهن من الرجوع إلى الراهن أولاً، ثم إلى الحاكم مع التمكن على التفصيل المتقدم، لا أن المراد تولى بيعه بنفسه من أول الأمر الذى يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه، بل المفهوم فى خبر المروزي المتقدم فى مسأله خوف جحود الوارث ظاهر فى نفيه أيضاً، فضلاً عن الموثقين السابقين.

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم مع تعذره، نعم فى جامع المقاصد لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه، و لو أشهد شاهدى عدل كان أولى، و هو مع ظهوره فى عدم الوجوب لم يعتبر إذنهما فى البيع للولاية كما أن الظاهر عدم إرادته من أنهى الأمر إلى الحاكم من غير تعرض للحكم، إذا لم يكن موجودا تعطيل المال لو فرض تعذر الوصول إليه؛ إذ الظاهر عدم التوقف فى

مباشرة المرتهن حينئذ للبيع، و استيفاء حقه كما هو مقتضى ما دل على المقاصه، للموثق المزبور المعتضد بنفى الضرر و الحرج.

بل أطلق فى التذكرة «أنه إذا لم يكن له بينه أو لم يكن فى البلد حاكم فله بيعه بنفسه، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون و هو جاحد، و لا بينه له يبيعه، و يأخذ حقه» و إن كان الظاهر إرادته بحيث يشق الوصول إليه، لا مطلق عدم كونه فى البلد، كما أن الظاهر إرادته من ألحق غيبه الراهن بالامتناع، الغيبه التى يتضرر المرتهن بانتظار مجيئه منها، لا مطلق الغيبه و إن قصر زمانها، بل ربما كانت أقصر زمانا من استيذانه و هو فى البلد فى بعض الأحوال.

نعم قد يظهر من كلمات الأصحاب فى المقام عدم اعتبار إذن الحاكم إذا لم

يكن للمرتهن بينه، و إن تمكن من استيذانه على وجه العموم، بحيث يندرج الرهن المخصوص فيه فى الواقع من دون تعرض له بخصوصه، إلا أن الاعتبار مراعاة لإذن الولى لا يخلو من قوه، كما أنه قد يظهر منها و من الموثق المزبور بيع تمام الرهن، و إن و فى بعضه بالحق، فيبقى الباقي حينئذ أمانه و هو جيد إذا توقف الحق عليه أو حصل ضرر بالتبويض على المالك، أما إذا لم يكن كذلك فالمتجه مراعاة حق الراهن بالاعتصار على بيع مقدار الحق و إبقاء عين المال أمانه.

و لو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن كان للحاكم إلزام المرتهن بالإذن فإن امتنع تولى أمره الحاكم، و إليه أشار فى التذكرة فقال: «و إنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله بإذن المرتهن، فلو لم يأذن و أراد الراهن بيعه قال له الحاكم:

أذن فى بيعه، و خذ حقه من ثمنه، أو أبرأه، و لو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسك لم يصح البيع، لأن غير المالك لا يبيع لنفسه، خلافاً للشافعى فى أحد الوجهين، بل يقول بعه لى أو بعه مطلقاً على الأقوى حملاً على الصحيح خلافاً للشافعى فى أحد وجهه أيضاً فمنعه.

و قد عرفت فيما تقدم أنه لا- بد من الإذن فى الاستيفاء، فإن قال: استوفه لنفسك صح، كما فى التذكرة، و على الأقوى فى الدروس و فيهما معا أنه يحدث فعلاً جديداً من كيل أو وزن أو نقل، لدلاله اللفظ عليه. نعم احتمال فى ثانيهما الإكتفاء بدوام اليد، كقبض الرهن أو الهبة من المودع و الغاصب و المستعير، و لا- ريب فى قوته لأن استدامه القبض كالقبض الجديد كما أوأنا إليه سابقاً، و كذا الكلام لو قال قبضه لى ثم لنفسك، أو أمسكه لنفسك.

و دعوى ظهور قوله ثم استوف لنفسك فى أحداث فعل فعلى وجه لا يشمل تجدد اليد واضحة المنع، أما لو قال بعه لى و استوف لنفسك، أو قبضه أو أمسكه كذلك، فقد يشكل صحته فيما لو كان الثمن فى الذمه، بعدم تعيينه للمديون بغير قبض منه أو ممن يقوم مقامه مع عدم الحوالة، لكن فى الدروس: الأقرب الجواز، و إن لم يقبضه للراهن، و إن كان مكيلاً، أو موزوناً، أو طعاماً- بل قال:- لو كان الثمن غير

مقدر بهما فالظاهر أنه لا إشكال فيه، لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف» وفيه أن الإشكال مما ذكرنا لا من ذلك.

نعم في التذكرة «الوجه الصحة، لأن قوله استوف لنفسك يتضمن التوكيل» وهو جيد، بناء على كون المراد قبضه لي ثم لنفسك باعتبار توقف الثاني على الأول إنما الكلام على تقدير عدم إرادته، وقد عرفت أنه مشكل، بل جزم الشافعي بعدم صحته كالفاضل في القواعد، وإن ترتب الضمان على هذا القبض الفاسد، اللهم إلا أن يقال أن القبض وإن كان لنفسه يقوم مقام قبض الديان فيقدر له أنا ما كما في أعتق عبدك عنى، فتأمل جيدا هذا. وقد تقدم تمام التحقيق في كثير من هذه المسائل في المباحث السابقة في كتاب البيع والله أعلم.

[المقصد الثاني في أحكام متعلقه بالرهن]

المقصد الثاني في أحكام متعلقه بالرهن الرهن لازم من جهة الراهن جائز من جهة المرتهن بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة والمحكى عن غيرها الإجماع عليه، وهو كذلك بناء على عدم مدخلية القبض في صحته ولا لزومه، بل وعلى تقدير مدخليته مع حصوله. نعم هو جائز من طرف الراهن قبله، بناء على أنه شرط في اللزوم كما مر تحقيق ذلك، والمراد هنا بيان حكمه من جهة الراهن، والمرتهن، بعد تمام ما هو معتبر في صحته ولزومه، فالإجماع حينئذ بحاله، مضافا إلى ما دل على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقود وغيره الذي لا يجرى في المرتهن قطعا، بعد أن كان الحق له، فهو مسلط على إسقاطه كغيره من الحقوق.

بل الظاهر عدم صحته اشتراط الخيار للراهن، لمنافاته الاستيثاق، والحبس الذي هو مقتضى عقد الرهن، و فرق بينه وبين ارتهان العبد الجاني ونحوه - مما لا وثوق للمرتهن ببقائه، من غير الراهن الذي يكون شرط الخيار منه، كاشتراط التوقيت - في المنافاه.

لكن مع ذلك كله قد استشكل فيه في التذكرة فقال: «و أما الشرط الفاسد فهو ما ينافى مقتضى عقد الرهن، مثل أن يشترط أن لا يسلمه إليه على إشكال، أو لا- يبيعه عند محل الحق، أو لا يبيعه إلا بما يرضى به الراهن، أو بما يرضى به رجل آخر، أو تكون المنافع للمرتهن، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، فإنها شروط نافذة مقتضى العقد، ففسدت، و كذا إن شرط الخيار للراهن على إشكال، أو أن لا يكون العقد لازماً في صفه، أو يوقت الرهن، أو أن يكون الرهن يوماً، و يوماً لا يكون رهناً».

إلا أنه لا ريب في ضعفه لما عرفت، كضعف احتمال الفساد في اشتراط عدم التسليم إذا كان المراد منه استمرار بقاء اليد، بل و إن لم يرد منه ذلك إذا كان المراد منه مالا- يشمل الوكاله، أو قلنا بعدم اعتبار التسليم فيه، فإن دعوى احتمال عود ذلك على العقد بالنقض كما ترى، و كذا الكلام في نحو اشتراط المنافع للمرتهن و الله العالم.

و على كل حال فلا ريب في لزوم الرهن من جهة الراهن. نعم قد يقال بجوازه لو كان قد وقع منه لانه شرط عليه في بيع قد زعم صحته، فبان عدمها بعد وقوع الرهانه منه، كما جزم به في القواعد لنفي الضرر و الضرار، و لان الشرط في البيع كجزء من الثمن أو المثلن اللذين لا ريب في رجوعهما إلى مالهما بظهور البطلان بل مقتضى ذلك بطلان الرهن قهراً، إلا أنه لما كان قد وقع بعقد محكوم بصحته لإطلاق الأدله، روعى الجمع بين ذلك، و بين حق الراهن بالخيار، و المسأله سياله في غير المقام، كاشتراط البيع و الإجاره و نحوهما في عقد قد ظهر فساده بعد وقوعهما.

مع أنه قد يقال بعدم الرجوع في الجميع، لأن تخيل الصحه من الدواعى فالعقد الصادر باق على مقتضى ما دل على صحته و لزومه، إذ هو حينئذ كما لو أبرأت الزوجه الذمه بظن صحه الطلاق، أو في خصوص المقام الذى لا مجال للقول بالبطلان فيه، باعتبار منافاته لإطلاق ما دل على الصحه، و لا الخيار لعدم قابليه خصوص هذا العقد للخيار، فهو حينئذ كالإبراء المشترط في عقد قد ظهر فساده بعد وقوعه، و النكاح

و الطلاق و العتق و نحوها، و عن بعض نسخ القواعد و لو شرط عليه رهن فى بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فلا رجوع، و هو لا يخلو من قوه فتأمل جيدا.

و كيف كان ف ليس له أى الرهن انتزاعه من المرتهن بدون رضاه إلا مع سقوط الارتهان ببراءه ذمه الراهن من الدين الذى قد رهن به الرهن ب الإقباض من المالك أو المتبرع أو الضمان أو الحواله أو الإقاله المسقطه للثمن المرهون به، أو الإبراء من ذى الدين أو ب تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان أو ما هو كالتصريح بلا خلاف فى شىء من ذلك، و لا إشكال.

و لو برأت ذمته من بعض الحق فالظاهر بقاء الجميع رهنا على ما يبقى من الدين و إن قل، إذا لم يكن قد اشترط التوزيع، أو كونه رهنا على المجموع المنتفى صدقه بذهاب البعض، وفاقا لصريح جماعه، بل عن الشيخ الإجماع عليه، لظهور الارتهان فى الاستيثاق، لجميع أجزاء الدين، و كون الغرض استيفاءه بتمامه منه أجمع كما يشعر به ما فى النصوص (١) من نفي البأس عن الاستيثاق للمال الصادق على الكل و البعض، جوابا للسؤال عن أخذ الرهن.

لكن فى المسالك عن الفاضل فى القواعد أنه اختار فيها كونه رهنا على مجموع الدين الذى ينتفى صدقه ببراءه الذمه من بعضه و إن قل، فىبقى الباقي من غير رهن بعد أن احتمله هو، و الذى فيها، و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي على إشكال، أقر به ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين و على كل جزء منه، و لا صراحه فيه فيما ذكره، ضروره أعميه مفهوم الشرط فيها من ذلك.

بل فى جامع المقاصد فى شرحها أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف نظرا إلى أن المذكور فى

كلامه هو الحكم مع الاشتراط، و لا- نزاع فيه، لأن النزاع مع الشرط و ليس كذلك، لأن الأقرب يقتضى الفتوى، إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط، إنما يتطرق بدونه، ثم قال فى القواعد «و لو دفع أحد الوراث نصيبه من الدين لم ينفك نصيبه على اشكال».

و فى جامع المقاصد أى: لو دفع أحد وارثى الرهن نصيبه من الدين، و هذا الاشكال- بعد الفتوى المتقدمه بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء، و بدونه على ما يقتضيه التقسيط- لا- وجه له، إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا و بدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك، و مقتضاه أنه فهم من العبارة الأولى التقسيط و إن كان هو كما ترى، لما عرفت من كون المفهوم أعم، و إن جعلنا الأقرب راجعا إليه، إذ أفصاه أن لا يكون الحكم كذلك، لا خصوص التوزيع و على كل حال فلا ظهور فيه، بل و لا إشعار بذلك، و حينئذ فلا قائل به فيما أجد.

نعم ربما حكى عن الفاضل و ولده التوزيع و التقسيط، بدعوى أن الرهانه كالمعاوضه فى اقتضاء مقابله الأجزاء بالأجزاء لا الجملة بالأبعض فان برء من بعض الدين انفك من الرهن بحسابه نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما من الأجزاء المشاعه.

و فيه مضافا إلى مخالفته ما عرفت أنه يقتضى عدم كون الباقي رهنا على الجميع فيما لو تلف بعضه، و هو باطل نصا و إجماعا بقسميه، و منه يعلم قوه ما ذكرنا من كون المقابله فى الرهن مقابله جملته بكل جزء، لا على حسب مقابله المعاوضات التى لا شبه بينها و بين الرهن، و دعوى ان العرف فارق بين التلف و غيره فى التقسيط المزبور غير مسموعه ضروره اقتضاء العرف ما قلناه كما هو واضح بأدنى تأمل فيه.

أما إذا اشترط فلا خلاف أجده فى لزوم ما اشترطه من التوزيع أو الرهانه على المجموع أو على كل جزء من الدين، كما لا تأمل فى الأول و الأخير، لعموم «المؤمنون» نعم قد يتوقف فى الثانى باعتبار منافاته للتوثق، لكن الاتفاق ظاهرا على صحته ينفيه، مع أنه لا- منافاه بناء على عدم وجوب قبول المرتهن للبعض المبدول لما فيه من الضرر عليه بفوات الرهينه و ان وجب بدونها، فيكون هذا البعض حينئذ كالبعض المبدول المستلزم لنقص فى المالىه، مثل مال السلم و ثمن المبيع فى عدم وجوب القبول.

إلا أنه قد يدفعه إطلاق ما دل على القبول، و الضرر غير قادح، بعد أن أقدم عليه بالرضا بالشرط المزبور، بل لا يبعد وجوب القبول لو قلنا بانصراف الإطلاق

إلى الاحتمال المزبور من دون شرط، لتناول ما دل على لزوم القبول لذلك، بحيث لا ينافيه التضمر بفك الرهانه به بعد بنائها على ذلك و رضاه على هذا النحو، و حينئذ يتأكد التوقف المزبور فى الشرط المذكور، باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفكاكه بدفع جزء يسير من الدين، فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان ف بعد ذلك الإقباض و غيره مما يحصل به الفك يبقى الرهن أمانه فى يد المرتهن مالكيه و حينئذ لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه من المالك أو من يقوم مقامه، لأن حصولها فى يد الأمين بإذن المالك، بخلاف الشرعيه كالثوب الذى أطارته الريح و نحوه مما لا- إذن فيه من المالك، و إنما هى من الشارع الذى أوجب عليه رده إلى مالكة، أو إخباره به، لعدم إذنه فى بقاءه فى يده، و بهذا افتقرت الشرعيه عن المالكيه المستنده إلى الإذن المستصحب حكمها حتى مع النسيان و نحوه.

و دعوى- تقييد الإذن هنا بالرهانه، فمتى زالت، زالت- مدفوعه بعدم استلزام الرهانه الأمانه عند المرتهن، فهو حينئذ أمر آخر لا مدخله له بالارتهان، فما عن بعض العامه من الضمان على المرتهن- إذا قضاها الراهن، بخلاف ما إذا أبرأه ثم تلف الرهن فى يده،- واضح الضعف، بل الذى يقتضيه الاستحسان العكس، ضروره أنه مع القضاء يكون عالما بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه، بخلاف الإبراء، فإنه قد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره.

بل ربما ظهر من الفاضل فى التذكرة الميل إلى هذا التفصيل، قال: و ينبغى أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين، و لم يعلم الراهن، أن يعلمه بالإبراء أو يرد الرهن، لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقه، بخلاف ما إذا علم، لأنه قد رضى بتركه و هو حسن، كما فى المسالك إن أراد الأولى كما يشعر به لفظ ينبغى، و إلا كان فيه نظر بعد ما عرفت من أن الأمانه المالكيه يكفى فيها حصول الإذن السابق من المالك بعنوان العاريه و الوديعة و نحوهما، و إن حصل لها فسخ من المالك

أو من المستعير مثلاً فإن فسخ العقد المخصوص لا- ينافى بقاؤها أمانه، و لو باعتبار كون ذلك من توابع العقد الأول، فتأمل جيداً، فإنه دقيق جداً.

و منه يعلم الحال فى حكم الرهن بناء على ما ذكرناه من استحقاق المرتهن قبضه من الراهن، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه أمانه أيضاً من الراهن، و إن كانت مستحقه عليه بعقد الرهن، فالفك حينئذ من الرهانه كفسخ عقد العاربه لا يخرج البقاء فى الزمان المتأخر عن كونه أمانه مالكيه، و لو للتبعيه المزبوره، و الله العالم.

و لو شرط المرتهن على الراهن فى عقد الرهن إن لم يؤد الحق مطلقاً أو عند الأجل أو فى وقت كذا أن يكون الرهن مبيعاً، لم يصح الشرط قولاً- واحداً، للتعليق، و توقف البيع على سببه من الصيغه و نحوها، بل و الرهن بناء على اقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلان العقد الذى علق الرضا فيه على الشرط بل و إن لم نقل بذلك للتوقيت فى الرهن، المتفق على بطلانه، لمنافاته الاستيثاق، و إن كان زائداً على أجل الدين، إذ قد لا يتيسر بيعه فيه، لو جوزنا بيعه معه، و لم نقل بكون المراد من التوقيت بقاؤه رهناً إلى الوقت المعلوم؛ بحيث ليس للمرتهن التصرف فيه، و إلا كانت منافاته واضحة أيضاً، و إن كان التوقيت إلى أجل الدين، إذ قد تدعو الحاجه إلى بيعه، لموت المديون مثلاً فضلاً عن اقتضاء التوقيت المزبور الخروج عن الرهنه عنده، فليس للمرتهن حينئذ تعلق به، فكيف يعقل الاستيثاق بمال لا يجوز استيفاء الدين منه قبل انتهاء الوقت و بعده.

و لعله لذلك اتفق الأصحاب هنا على بطلان الشرط و العقد، حتى أن الشيخ الذى قد حكى عنه فى باب الرهن القول بعدم اقتضاء فساد الشرط فيه فساد، قال ببطلانه هنا، مدعياً الإجماع عليه، و كذا ابن إدريس فى ظاهر السرائر؛ فمن الغريب ما فى التحرير قال: «و إذا شرط كونه مبيعاً عند حلول الأجل بالدين، هل يفسد الرهن بفساد الشرط؟ فيه نظر، و الذى قواه الشيخ عدم الفساد، و هو جيد».

و كأنه أخذ ذلك من مذهبه فى الشرط، و غفل عن كلامه فى المقام الذى لم يعرف

الخلاف فيه، إلا من بعض العامه، فصحح الرهن و أفسد البيع، محتجا بأن الراهن إذا رضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه، و فساده ظاهر، لأن مجرد تقدير الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد الذى قد وقع، بعد الإغضاء عما فى الأولويه المزبوره، و يمكن أن يريد الفاضل فى التحرير النظر فى البطلان من هذه الحثيه، لا من حيث التوقيت، و الأمر سهل.

ثم إن الظاهر عدم ضمان العين فى يد المرتهن إلى المده، كما أن الظاهر ضمانها بعدها، لأن القبض فيها بالرهن الفاسد، فلا يضمن كصحيحه، و بعدها بالبيع الفاسد فيضمن كصحيحه، و احتمال أنه غير مضمون مطلقا- إلا إذا نوى تملكه بعد المده بعنوان أنه مبيع، لتحقق القبض بالبيع الفاسد المغاير للقبض الأول الذى هو بالرهن الفاسد- واضح الفساد، لأن المراد من اشتراط كونه مبيعا انه من الآن مبيع فى تلك المده، لا أنه يباع فيها.

و على كل حال فلا فرق فى القاعده المزبوره فيهما بين العلم بالفساد منهما و الجهل كذلك و التفريق، للإجماع المحكى إن لم يكن المحصل على القاعده المزبوره المقتضيه بإطلاقها ذلك.

و لا- ينافيه الإشكال من بعض المتأخرين فى بعض أفرادها، كصوره جهل الدافع فى المده و علم القابض فى المقام، باعتبار أن القابض قد أخذ بغير حق، لأن الدافع قد توهم الصحه، فيشمله حينئذ عموم (١)

«على اليد»

بل ربما أشكل بنحو ذلك فى الجاهلين إلا أن ذلك كله كأنه اجتهاد فى مقابله النص، خصوصا بعد ما فى المسالك «من أن الأصحاب و غيرهم أطلقوا القول فى هذه القاعده، و لم يخالف فيها أحد» بل فيها أيضا «إمكان دفع الإشكال

المزبور بأن المالك أذن فى قبضه على وجه لا ضمان فيه، و المتسلم تسلمه منه كذلك، و عدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل و المانع غير معلوم».

و مرجعه إلى أن تخيل الصحة في مثل ذلك من الدواعى للدفع على وجه المزبور لا أنها شرط في عدم الضمان، بل دفعه في الجاهلين أوضح من ذلك، ضروره كون القابض كالمغرور بفعل الدافع، و أوضح من ذلك اندفاعها في فاسد المعاضه التي لا فرق فيها بين العلم و الجهل، بعد كون الدفع على وجه الضمان، لا عدمه كما هو واضح، إنما الإشكال إن كان ففي الصورة الأولى في المقام، كصوره عدم ضمان العين المستأجره مع علم المستأجر بالفساد، و جهل الموجر، و العين المستعاره، خصوصا إذا كان الفساد بغصب للعين و نحوه، بل ربما ظهر من بعضهم في باب الإجاره ما ينافي الإجماع المزبور، فلاحظ و تأمل و الله أعلم هذا.

و قد تقدم تحقيق الحال فيما لو غصبه اى المال ثم رهنه المالك من الغاصب و قد قلنا هناك أنه صح الارتهان و لم يزل الضمان، و كذا لو كان في يده بسوم أو بيع فاسد أو استعاره مضمونه إلا- إذا أذن له في استمرار القبض، فإن الظاهر زوال الضمان كما أوضحنا ذلك كله و غيره فلاحظ و تأمل، بل و ذكرنا هناك أيضا عن الشيخ و غيره أنه لو أسقط عنه الضمان، صح أيضا و إن لم يفد إذنا بالبقاء، ضروره أعميه ذلك من الرضا به لبقاء الإثم حينئذ.

إلا أنه أشكل بكونه إسقاطا لما لم يجب، ضروره كون المراد بالضمان أنه لو تلف ثبت في الذمه مثله، أو قيمته، فقبل التلف لم يثبت حتى يسقط.

و قد يدفع بأن الإسقاط للحق الذى تحقق فعلا و هو تهيؤ ذمته للضمان بالتلف، فليس حينئذ إسقاط لما لم يجب، بل هو إسقاط لما وجب و تحقق.

و دعوى- عدم صحه إسقاط مثل ذلك- يدفعها عموم (١)

«تسلط الناس على حقوقهم و أموالهم»

كدعوى- أن الإسقاط لا يتعقل بعد استمرار السبب، و هو القبض غصبا، و تجدده في كل آن آن، إذ هو يجدى في خصوص أثر السبب المقارن و السابق، فيبقى أثر السبب المتجدد غير ساقط، و يكفى حينئذ في ثبوت الضمان- إذ يدفعها أيضا منع كون ذلك أسبابا متعدده، بل هى جميعها بعد اتحاد أثرها

و صدق الأخذ على مجموعها سبب واحد عرفا، بل و شرعا، فالإسقاط حينئذ في محله فتأمل جيدا، فإنه قد يمنع كون ذلك من الحقوق التي يتعلق بها الإسقاط و انما هو من الأحكام للأصل و غيره و الله اعلم.

و ما يحصل من الرهن من فائده متصله أو منفصله بالاكتساب كحيازه العبد أو غيره فهي للراهن بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض، كالنصوص، بل يمكن دعوى ضروره المذهب، بل الدين عليه، و إن خالف فيه في الجملة أبو حنيفة كما قيل، إلا أن خلافه إن لم يؤكد الضروره لا ينافيها، إنما الكلام في تبعيتها له في الرهانه و عدمها، و قد أشار إليه المصنف بقوله و لو حملت الشجره أو الدابه أو المملوكه بعد الارتهان كان الحمل رهنا كالأصل على الأظهر و هو مشعر أو ظاهر في أن الخلاف في نحو ذلك لا مطلق الفائده، و هو كذلك بالنسبه إلى الفوائد المتصله كالسمن و الطول و العرض و نحو ذلك، للإجماع بقسميه على تبعيتها، بل هي في الحقيقه كصفات الرهن و أحواله التي لا تخرج عن مسماه.

بل قد يقال: بعدم صحه اشتراط خروجها، و إن كان لا- يخلو من إشكال، بل و بالنسبه إلى ما يتجدد من المنافع بالاختيار، كاكْتساب العبد، لخروجها عن التبعيه، بل جزم في التذكرة بعدم صحه اشتراط دخولها، لأنها ليست من أجزاء الأصل، فهي معدومه على الإطلاق.

لكن في الدروس لم يفرق بينها و بين ثمره الشجره، بل ربما ادعى أنه ظاهر الأصحاب، و إن كان لا يخلو من بحث، كما أوامنا إليه سابقا، و منع الراهن من استيفائها لا- لتبعيتها، بل لاستلزامه التصرف في المرهون الممنوع منه مطلقا نصا و فتوى، و إلا فهي ليست من النماءات المتولده في الأعيان أو منها، و إن كانت هي أحد مقدمات حصولها، ضروره استنادها إلى الأفعال مع الأعيان، كالانتفاع الحاصل بالتكسب بالدرهم، فتأمل جيدا.

و كيف كان فما اختاره المصنف قد نسب إلى الأشهر و الأكثر، بل قيل أنه المشهور شهره كادت تكون إجماعا بل فى الانتصار «أنه مما انفردت به الإماميه»، بل فى الغنيه، و السرائر، الإجماع عليه، بل و الأخير منهما أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام، و أن عدم الدخول مذهب المخالفين، و هو الحجه بعد التبعية، و أنها أجزاء من العين المرهونه استحالته إلى موضوع آخر، و عدم خروج الفرع عن أصله.

لكن قد يوهن الإجماع بمصير كثير من الأصحاب إلى خلافه، إذ القول بعدم التبعية للمبسوط و الخلاف و نكت النهايه للمصنف، و التحرير، و التذكرة و الإرشاد، و المختلف، و الإيضاح، و التنقيح، و جامع المقاصد، و الروضه، و مجمع البرهان، و الكفايه، على ما حكى عن بعضها، و مال إليه فى المسالك، و حكاها فى الدروس عن المصنف فى درسه، بل قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه، بل فى زكاه الخلاف دعواه صريحا، قال: «إذ أرهن جاريه أو شاه فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجا بإجماع الفرقه».

و تمنع التبعية فى غير الملك، للأصل، و تبعيه ولد المدبره للدليل، مع أن العتق مبنى على التغليب، و كون النماء أجزاء من العين بعد التسليم فى جميع أفرادها لا يقضى بذلك بعد خروجه عن مسماها لغه و عرفا و شرعا، و غير ملحوظ للعاقده، و لا دليل فى الشرع، فأصالة تسلط المالك على ملكه بحاله.

بل

قوله صلى الله عليه و آله «له غنمه، و عليه غرمه»

كخبر إسحاق عن أبى إبراهيم عليه السلام «قلت: فان رهن دارا لها غله، لمن الغله؟ قال: لصاحب الدار»

دال على ذلك أيضا، بقرينه كون الظاهر أن السؤال لتخيل الدخول فى الرهانه، و المراد حينئذ بالجواب رفع ذلك، و أنه لصاحب الدار التصرف به كيف يشاء، لا أن المراد بيان أصل الملكيه الواضحه، لوضوح بقاء الرهن على ملك المالك، و من ذلك كله يظهر لك قوه القول بعدم الدخول، و إن كان الأشهر خصوصا بين المتقدمين الأول و الله أعلم.

و لو كان فى يده رهنان، بدنين متغايرين، أو متوافقين ثم أدى الراهن أحدهما لم يجز للمرتهن إمساك الرهن الذى يخصه الدين

المؤدى بالدين الآخر من غير تراض مع الراهن بلا خلاف ولا إشكال، وكذا لو كان له دينان، وبأحدهما رهن، لم يجز له أن يجعله رهنا بهما من غير تراض معه أيضا ولا أن ينقله إلى دين مستأنف أما مع الرضا منه فيجوز قطعا، كما تقدم تحقيق ذلك كله، وجميع ما يتعلق به في آخر الفصل الثالث فلاحظ وتأمل والله أعلم.

و إذ أرهن مال غيره بإذنه صح بلا خلاف فيه، بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل وغيرنا عدا ما حكى عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عاريه لا- يصح رهنه، لأنها غير لازمه، ولعله غير مخالف في أصل الحكم، ومن هنا حكى في التذكرة عن ابن المنذر أنه أجمع كل من يحفظ عنه العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه، على دنائير عند رجل إلى وقت معلوم ففعل كان ذلك جائزا وفي المسالك «أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، و سموه استعاره».

نعم في التذكرة «هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العاريه أو الضمان؟ الحق عندنا الأول» ولعله مشعر بالإجماع، كالمحكى من نسبه ولده ذلك إليه، وإلى المحققين.

لكن عن المبسوط أنه حكى فيه قولاً- بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال، والمعروف حكاية ذلك عن أصح قولي الشافعي، كالمحكى عن بعض الشافعية من أنه بين الراهن والمرتهن رهن، وبين المعير والمستعير عاريه، وبين المعير والمرتهن ضمان ولا- ريب في ضعف الجميع، بل في بطلانه حتى على ما وجهه به في الدروس، من أن المعير أناب المستعير في الضمان عنه، و مصرفه في هذا المال، إذ هو غير مجد في مخالفته للمعهود من الضمان الذي هو الانتقال من ذمه إلى ذمه، و هو مفقود هنا قطعا، و كيف يكون ضمانا و لم يقصده الراهن، ولا المرتهن، مع أنه لو صرح المالك وقال للديان لزمتم دينك في رقبه هذا المال على وجه لا تكون ذمته مشغولة له لم يكن صحيحا وبالجملة لا ينبغي إتعاب النظر في فساد ذلك.

نعم قد يشكل العاربه بأن التوثيق الحاصل بدفع الرهن ليس من منافع العين التي تباح بعقد العاربه المساوى لعقد الإجاره فى ذلك، المعلوم امتناعه فى مثل الفرض و إنما هو انتفاع بسبب تعلق عقد الرهن بها، لا أنها من منافعها التي هى كالسكنى فى الدار و الخدمه فى العبد، و الركوب فى الدابه و نحو ذلك.

على أن تعلق عقد الرهن بها قد يؤدي إلى خروجها عن الملك المنافى للعاربه التي هى إباحه المنفعه، مع بقاء العين، و إن اعتراها اللزوم كعاربه الأرض للدفن و نحوه، بل ما سمعه من مشهورهم من الضمان فى هذه العاربه و إن تلفت بآفه سماويه بعد الرهانه، بل و لو بجنايه العبد نفسه،- مناف لما ذكره من عدم الضمان لها فى غير الذهب و الفضه إلا بالتعدى أو التفريط أو الشرط.

و دعوى رجوع ما هنا إلى الثالث واضحه الفساد، كدعوى خروج ذلك عن مطلق العاربه، بدليل مخصوص، لعدمه كما ستعرف، فلا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزه شرعا و إن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفه، إذ دعوى عدم خلو الواقع منها يكذبها الوجدان، فإن كثيرا مما هو جائز شرعا لا يدخل كالمقباله و المنحه و نحوهما، على بعض الأقوال أو الوجوه، بل حاصل ذلك عدم اعتبار كون الرهن ملكا للراهن، كما أنه لا يعتبر فى صحه الرهن كون الدين على الراهن، فيجوز أن يرهن ماله على دين غيره متبرعا، كما ذكرناه سابقا فى الشروط.

بل هو غير زائد على ما نحن فيه إلا بالإذن التي تكون سببا لاستحقاق الرجوع عليه بها كالوفاء تبرعا، و بالإذن الذي يمكن دعوى عدم انحلال الثانى منه إلى القرض بعد عدم اعتبار الملكيه فيما يوفى به، فيستحق حينئذ الرجوع عليه بالإذن، و إن كان ما وفى به باقيا على ملك الموفى إلى حين الوفاء، و لعله للإذن فى إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه، فإنه يكفى فى تسيب مثله الضمان.

و على كل حال فدعوى كون المقام عاربه حقيقه فى غايه الإشكال، و لعله لا يريد الأوصحاب كما يومى إليه ما فى المسالك من نسه التسميه إليهم، و كذا من قال

بالضمان، فإنه لا- يريده حقيقه بل المراد قربه منهما بالنسبه إلى بعض الأحكام، و لا ريب حينئذ في أن الحق مع الأصحاب ضروره أقربيه ذلك إليها من الضمان، و الأمر سهل بعد عدم وضوح ثمره معتد بها على هذا الخلاف.

و إن حكى عن المبسوط و تبعه غيره تفريع اعتبار ذكر جنس الدين و قدره و حلوله و تأجيله و وصفه و صاحبه على تقدير الضمان، لعدم صحته في المجهول، بخلاف العاربه، و أنه عليه ليس لمالك العين إجبار الراهن على الفك، إذ هو كضمان الدين المؤجل الذى لا يصح للضامن المطالبه بالتعجيل، لإبراء ذمته، بخلافها، فإنها غير لازمه، و أنه عليه يرجع بما بيع به، و إن كان أقل من ثمن المثل، لأنه الذى أداه، بخلافها فإنه يرجع بقيمه تامه، و كذا إذا بيع بأكثر منه، فعلى الضمان يرجع بالجميع، و عليها يرجع بقدر قيمه.

لكن فى الأول: أن الفاضل فى ظاهر القواعد و صريح المحكى عن التذكره و الكركى و ابن المتوج مع القول بالعاربه قد اعتبروا ذكر جميع ذلك أو بعضه، و فى المسالك أنه أولى، فلا يجوز بدونه لما فيه من الغرر و الضرر، لكثرة تفاوت الدين و جنسه و المرتهن و الأجل، و إن كان قد يقوى الجواز، وفاقا للمحكى عن التحرير، و جامع الشرائع، و ظاهر إطلاق الإرشاد و اللمعه، كالكتاب بل و المبسوط، و الدروس، و ان فرعاه على القول بالعاربه مع إطلاق الإذن الذى هو كالتعميم فى تناول الأفراد مع عدم الانصراف إلى البعض، و إن تفاوتوا فى الدلاله قوه و ضعفا.

و منه ينقدح حينئذ عدم الفرق بين الضمان و العاربه فى ذلك، إذ ليس هو من ضمان المجهول حينئذ. نعم لو فرض تصور اذن فى العاربه للرهن لا على وجه الإطلاق أمكن حينئذ التوقف لرجوع الأمر إلى الإجمال حينئذ لا الإطلاق.

و فى الثانى: ان الأقوى على العاربه أيضا عدم جواز إجباره على الفك قبل الحلول، لأنها لزمتم بالعارض، كالعاربه للدفن، بل ربما ظهر من ثانى الشهيدين أن لزومها إجماعى خلافا لمحكى المبسوط، و السرائر، و التذكره، و عاربه التحرير، و جامع الشرائع، لكون العاربه من العقود الجائزه، و فيه ما عرفت، و من هنا كان

خيره ثانى الشهيد كالمحكى عن التحرير فى المقام، و جامع المقاصد، عدم جواز المطالبه له، بل الظاهر ذلك و إن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن، فظهر حيثئذ أنه لا- تلازم بين القول بالعاريه و بين القول بالجواز، كما يومى إليه ما سمعته ممن قال باللزوم من أصحابنا، مع قوله بالعاريه، إذ القول بالضمان ليس لأحد منا.

نعم لا إشكال فى أن له المطالبه بالفك على كل حال بعد الحلول، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: كأنه إجماعى، و لا ينافيه لزوم العاريه بالرهن، إذ لا- نقول ان له فسخ الرهن، بل يطالب الراهن بالفك، فإن حصل و إلا فإن باعه المرتهن فى الدين رجع هو على الراهن كما ستعرف، و ليس له التعرض للمرتهن بوجه، لعدم السبيل له عليه.

و ما قيل: من أنه قد يقال: إذا حل الأجل و أمهل المرتهن الراهن أن للمالك أن يقول للمرتهن إما أن ترد مالى، أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما أنه إذا ضمن ديناً و مات الأصيل فللضامن أن يقول إما أن تطالب بحقك من التركة، أو تبرئنى لا وجه له معتد به لا فى المشبه و لا فى المشبه به.

و فى الثالث و الرابع: ما ستعرفه عند التعرض لحكم ذلك، فمن الغريب تفريع ذلك و غيره على القولين، خصوصاً من مثل الشهيد فى الدروس، و على كل حال فإذا أعاره للرهانه فإن عمم له أو أطلق بناء على كونه كالتعميم رهنه كيف شاء، و إن عين له مقداراً من الدين أو خصوص مرتتهن أو أجل مخصوص أو نحو ذلك تعين، فلو خالفه كان فضولياً إلا- إذا عين له الأكثر فرهنه، على الأقل، للأولويه، أما إذا عين له الأقل فرهنه على الأكثر ففى فضوليته بالنسبه إلى الجميع أو خصوص الزائد و جهان أو قولان، أقواهما الثانى، بل ينبغى الجزم به لو كان فى عبارته مستقلة بأن قال: هو رهن على الماء و على الخمسين مثلاً.

بل عن بعض نسخ جامع المقاصد، أنه يجب أن يستثنى من هذه المسأله ما لو رهنه بالزائد، و بكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الأذن،

و الزائد موقوف، و يكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع، ثم إنه استشكل فى الصحه لأننا إذا قسطنا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهنا بالمأذون، فيكون خلاف الإذن، لأن الإذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه، و الأولويه ممنوعه بعد احتمال التعب بالشركه.

و عن نسخه أخرى المتجه أنه إن رهن على الأكثر و على كل جزء منه صح فى المأذون فيه، و بطل فى الزائد، وجهها واحدا، و إن رهن على الأكثر مقتصر على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا، و هما معا كما ترى، و الأقوى ما ذكرناه من النفوذ فى المقدار المأذون فيه، و الفضوليه فى الزائد مطلقا كما لو أعاره شيئا معينا فرهنه مع غيره، و ليس ذلك من قبيل الوكيل على البيع بشىء معين فباعه بالأنقص متفاحشا فإنه فضولى و لا ينفذ البيع فيه بمقدار ما أذن له فيه، كما هو واضح و الله أعلم.

و كيف كان فإن رهنه المستعير ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك جعلوها أى العلماء مضمونه على الراهن، و إن تلفت بغير تفريط؛ لكن عن عاربه التحرير؛ لم يكن على أحدهما ضمانه؛ و احتمله فى الدروس قال: «لأنها أمانه عندنا، إلا أن نقول الاستعاره المعرضه للتلف مضمونه قلت: أو نقول الأصل الضمان، خصوصا بناء على ما سمعت سابقا من عدم كون ذلك عاربه فى الحقيقه، كى يعارضه ما دل على عدم ضمان العاربه، بل و عليه بعد الشك فى شموله لمثله، و لو لكلام الأصحاب، و لأنه بتعلق الرهن به شابه المال المحترم المدفوع و فاء بالإذن من غير ظهور من المالك فعلا و لا قولاً بالمجانیه.

بل فى جامع المقاصد، و محكى قواعد الشهيد، و موضع من التذكرة، الضمان لو تلف فى يد المستعير قبل الرهانه، بل فى الأخير عندنا مشعرا بدعوى الإجماع عليه، كالمحكى عن ولده من أنه نص الأصحاب على أنها عاربه مضمونه، مضافا إلى أنه قبضه للإتلاف فى دينه، فهو قبض ضمان، كالقبض فى السوم، لا أن سبب الضمان الرهن، و منه ينقدح حينئذ الضمان لو تلف فى يد المستعير بعد الفك، كما نسب إلى

ظاهر إطلاعهم.

لكن استشكل في الضمان قبل الرهانه في القواعد: بل عن موضع آخر من التذكرة استقرب عدم الضمان، لأنه أمانه، وإنما ضمن بالرهن للتعرض للإتلاف، و سببه الرهن، و المسبب لا يتقدم على السبب، بل جزم ثانی الشهيدین بعدم الضمان، و لعل الأول لا يخلو من قوه، خصوصاً مع القول بالضمان في المال المدفوع إلى رجل لقضاء دينه، و إن فرق بينهما في الدروس، بأن هذا إقراض متعين للصرف، بخلاف المستعار، فإنه قد لا يصرف في القضاء إلا أنه كما ترى، على أن المراد التشبيه به في الجملة، و أقرب شبهها به المقبوض بالسوم، بل لعل المدرك فيهما واحد عند التأمل.

و على كل حال فلا خلاف أجده في عدم ضمان المرتهن للأصل و ما دل على عدم ضمان المرتهن الشامل للمقام، لكن في القواعد «الأقرب عدم الضمان» و هو مشعر باحتماله، و لعله لأن يده مرتبه على يد المستعير التي قد عرفت ضمانها، إلا أنه كما ترى، و أوضح منه فساداً ما عن ولده من توجيهه، و إن أطنب فيه، و حكاها عنه نفسه كما لا يخفى على من لاحظها، و المراد بالقيمه التي يضمنها له قيمه يوم التلف، لأنه ليس أسوء حالاً من الغاصب.

نعم لو كان التفاوت لنقص في العين، اتجه ضمان الأعلى لكون الأبعاض مضمونه عليه كالجمله، و تعذر الرد للغصب و نحوه كالإتلاف كما هو واضح. و عن المبسوط، و التحرير، أنه إذا جنى العبد و بيع في الجنايه يرجع بقيمته، و هو كذلك، إذ إتلاف العبد نفسه كالتلف بآفه في الضمان، لكن قيل إن ذلك منهما محمول على الغالب من البيع بالقيمه، و لا بأس به. نعم الظاهر أن للمالك إلزام الراهن بالفك في الخطأ بل و العمد مع رضی المجنى عليه بذلك، و لم يسترقه و لو بالأزيد من قيمته ما لم يصل إلى حد يقبح الإلزام به.

هذا كله في غير البيع بالرهن، أما هو فإن باعه المرتهن حيث يجوز له ذلك بقيمته رجح بها على المستعير، و إن كان بأنقص مما يتغابن بمثله رجح بها تامه، و لو بيع بأكثر من ثمن مثله، كان له المطالبه بما بيع به لأن الثمن ملكه، و قد

أخذ في الدين، و في المسالك «أن ما في المتن أجود مما في القواعد من التعبير بالرجوع بأكثر الأمرين من القيمة و ما بيع به، لإيهامه إمكان بيعه بدون قيمته، و هو ممتنع لعدم تصور بيعه على وجه يصح بنقصان من قيمته؛ بخلاف الزيادة، لإمكان اتفاق راغب فيها تزيد عن ثمن المثل، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه، لكونه على خلاف العاده المعروفة في ثمن مثله.

و ربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحه البيع بسبب قله الراغب في الشراء مع كون قيمه المال في ذلك الوقت و المكان عند ذوى الرغبه أزيد مما بذل فيه، و يشكل بأن المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت، لا ما يمكن بذله فإن كان الذى باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه، و إلا لم يصح البيع».

قلت: يمكن فرضه بما عرفت من البيع بما يتغابن بمثله، كما أومى إليه في الدروس قال: «ليس للمرتهن بيعه بدون إذن، إلا أن يكون وكيلا شرعيا أو وصيا على القولين، فلو امتنع الراهن من الإذن أذن الحاكم، و يجب على الراهن بذل المال، فإن تعذر و باعه ضمن أكثر الأمرين من قيمته، و لو بيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به، بطل، و إن كان يتغابن به كالخمسه فى المأه صح، و ضمن الراهن النقيصه على قول العاربه، و على الضمان لا يرجع، لأن الضمان يرجع بما غرمه».

و هو صريح فيما قلناه من ضمان الراهن نقيصه التغابن، و إن صح البيع، لكن قد يوهم أول كلامه اكتفاء المرتهن فى صحه البيع بإذن الراهن الذى هو المستعير، و الظاهر اعتبار إذن المالك معه، و إن كان لا يجوز له الامتناع، و لو امتنع قام الحاكم مقامه كالراهن المالك، و من هنا لم يقدح إذنه فى البيع فى جواز رجوعه بمقدار التغابن، لأن إذنه باعتبار لزومها عليه، كعدم الإذن كما هو واضح.

و لو اقتصر المرتهن على إذنه فى البيع و الوفاء لم يكن له الرجوع على الراهن لأنه كالمبترع بقضاء الدين حينئذ، كما أنه لا يصح البيع لو اقتصر على إذن المستعير لعدم كونه مالكا، و الإذن بالرهانه أعم من الاذن فى البيع فتأمل جيدا.

و كيف كان فالمعروف بين الأصحاب عدم دخول زوائد الرهن الموجوده حال العقد التي لا تدخل في اسمه الذي هو مورد عقد الرهن لغه و لا عرفا و لا شرعا، و لا تتبعه في العقد عليه في أحدهما، بل في التنقيح الإجماع عليه، كما عن الانتصار ذلك أيضا لكن في خصوص الحمل، و هو الحجه بعد الأصل، خلافا للمحكي عن الإسكافي «فتدخل» و هو واضح الضعف، بل في التنقيح انعقد الإجماع بعده على خلافه نعم ربما قيل بدخول نحو الصوف و الوبر و الشعر على ظهر الحيوان و نحو ذلك مما هو جزؤه بل عن التذكرة أنه استقر به، و تردد فيه، و في دخول الأس تحت الجدار، و المغرس تحت الشجره، و اللبن، و الضرع، و الأغصان في الشجر، في القواعد.

و الظاهر دخول الصوف و شبهه إذا لم يكن مستجزا بل لعله ليس من محل البحث و التردد إذا كان جزءا مما جعل عنوانا للرهن، إنما الكلام في المستجز مع كون العنوان الحيوان، و قد سمعت ما عن التذكرة من الدخول، نحو ما عن التحرير و جامع المقاصد، لكونه جزء حقيقه من الحيوان، و إنما يخرج عن الجزئيه بعد الانفصال و هو قوى، اللهم إلا أن يدعى تعارف خروجه في عقد الرهن و نحوه.

و أما الأس فإن أريد به بعض الجدار المستور الذي هو أصل البناء، فقد يقوى دخوله، لأنه بعض مسمى اللفظ و كونه مستورا غير قادح، و إن أريد به موضع الأساس كما عساه يرمى إليه ذكر المغرس بعده، فالأقوى عدم دخوله؛ كما عن التذكرة و غايه المرام، لعدم تناول اللفظ له؛ و دعوى دلالة عليه بالالتزام على وجه يدخل في الرهانه ممنوعه.

و منه يعلم الحال في المغرس؛ و استحقاق المرتهن إبقاءه على الراهن؛ لتوقف التوثق عليه؛ أو اسم الجدار مثلا- لا- يقضى بالرهانه؛ و منه يعلم عدم دخول الجدران في رهنه السقف، و إن كان لا يمكن بقاءه بدونها فتأمل جيدا.

و أما اللبن فقد يقوى عدم دخوله خلافا للمحكي عن حواشى الشهيد؛ لعدم دخوله في مسمى اللفظ؛ و ظهور انصراف الرهانه إلى غيره، و دعوى أنه كالجزة و من جمله رطوبات البدن واضحه المنع، بل لو قيل: بدخوله في البيع و الهبه و نحوهما

أمكن الفرق بينهما، و بين الرهن فى ذلك عرفا، فلا وجه لبناء المسأله هنا على ذلك و لا إشكال فى دخول الأغصان الرطبه و نحوها مما لم تجر العاده بقطعها، بل عن الإيضاح أنه لا خلاف فيه، بل قد يقوى دخول اليابسه و ما جرت العاده بقطعه، لأنها بعض المسمى، إلا أن يتعارف الخروج فى الرهن.

و الضابط خروج كل ما لا يدخل تحت مسمى اللفظ إلا أن يتعارف دخوله، و دخول كل ما هو بعض مسماه، إلا أن يتعارف خروجه، و حظ الفقيه من ذلك الإجمال مع أنه قد تقدم فى بحث ما يندرج فى المبيع ما يستفاد منه تمام التفصيل فى ذلك، فراجع ملاحظا للفرق بين الرهانه و البيع فى بعض الجزئيات.

و قد ظهر حينئذ من ذلك كله أنه إذا رهن النخل لم تدخل الثمره، و إن لم تؤبر لعدم تناول اللفظ لها، و الدخول فى البيع، لدليل مخصوص لا يقتضى به هنا، بعد حرمة القياس عندنا، فلا فرق حينئذ بين ثمره النخل و غيره، و خصه هنا تبيينا على خلاف بعض العامه و كذا لو رهن الأرض لم يدخل الزرع و لا الشجر و لا النخل لعدم تناول اللفظ و لو قال: بحقوقها ضروره عدم كونها من حقوقها، خلافا للمحكى عن الشيخ فتدخل حينئذ، و لا ريب فى ضعفه.

فمن الغريب قول المصنف هنا أنه لو قال ذلك دخل كل منها و فيه تردد، ما لم يصرح بل لم أجد أحدا غيره تردد فيه. نعم لو قال و ما اشتملت عليه و نحو ذلك مما هو صريح فى الدخول أو ظاهر كان متجها، و قد تقدم الكلام فى نحو ذلك فى البيع و كذا لا يدخل ما ينبت فى الأرض بعد رهنها سواء أنبت الله سبحانه أو الراهن أو الأجنبى إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون بلا خلاف أجده فيه، بين من تعرض له، لعدم كونه من نماء الأرض حتى يأتى فيه ما تقدم، إلا أنه لا يخلو من إشكال فى بعض أفرادها، كالحشيش و نحوه مما يظهر منهم فى غير المقام الحكم منهم بملكيتته لصاحب الأرض لأنه نماء أرضه.

نعم هو كذلك فى بعض أفرادها مما لا يعد نماء لها، و إنما هى من معدات وجوده و دعوى أن جميع ما ينبت فيها كذلك لا تخلو عن نظر، و تحقيق البحث فى ذلك فى

مقام آخر، و أما إذا كان الغرس من الشجر المرهون مثلاً فهو باق على الرهنه، لا أنه يدخل فى الأرض من حيث أنه نماء.

و هل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن؟ احتمله فى المسالك، لأنه تصرف فى الرهن و انتفاع به، و قد يقوى العدم، لأنه مصلحه له و زياده فى قيمته، كالسقى و الدواء و نحوهما، نعم لو أضر بالأرض فلا ريب فى توقفه على إذنه، و كذا لو كان الغرس من غير المرهون، و أطلق فى الدروس المنع من الزرع و إن لم تنقص به الأرض حسماً للماده، و هو لا يخلو من اشكال، خصوصاً إذا كان فى الزرع مع ذلك مصلحه للأشجار و النخل، بل ربما يتضرر الراهن بالترك فتأمل جيداً.

و كيف كان ف هل يجبر الراهن على إزالته؟ أى ما نبت فى الأرض بفعله أو بفعل الله أو بفعل أجنبى قيل: كما عن المبسوط و التذكرة لا- يجبر على الإزالة و قيل كما فى القواعد، و محكى المختلف و الإيضاح و غايه المرام، و جامع المقاصد، نعم يجبر على إزالته و هو الأشبه عند المصنف، لأن الإبقاء و لو كان الأصل من غيره تصرف منهى عنه، فهو كالمتاع الموضوع فى دار الغير، و فيه منع عد مثل ذلك تصرفاً.

و من هنا مال فى المسالك إلى التفصيل بين ما كان من فعله فالأقوى إزالته و بين ما كان من فعل غيره فلا يجب، قال: «و قد يفرق بينه و بين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب فى بقاءه بخلاف ما أنبته الله».

و فيه أنه يمكن أن يريد الأول وضع المتاع من غيره، فكان اللائق فى رده التزام عدم وجوب الإزالة فيه أيضاً، أو إبداء الفرق. كما أن كلمات الأصحاب لا تخلو من إجمال فى المقام، حيث لم يفرقوا بين ما كان للنابت أمد ينتظر كالزرع و عدمه، خصوصاً إذا كان أمده قبل حلول الدين، و لا- فى الإيجاب على الإزالة قبل حلول الدين و بعده، مع أن المحكى عن الإيضاح، و غايه المرام، إيجاب إزاله الزرع عند انتهاء المده عاده.

و فى الدروس «للس له إلزامه بالإزالة قبل حلول الدين لعدم تعديده، فإن احتيج إلى البيع قلعه» فإن بيعا فى توزيع الثمن ما تقدم فى بيع الأمه و ولدها، و لم يفرقوا أيضا فى الإزالة بين ما كان فى ضرر على الراهن و عدمه، و جميع ذلك محل للنظر. و من هنا أمكن أن يقال إن الإنبات إذا كان من فعل الله لم يجبر على القلع فى الحال، لإمكان أن يؤدى الدين من محل آخر، و هذا البقاء له لا منه، فإذا دعت الحاجه إلى البيع فإن قام ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدين لم يستحق القلع، بل و كذا لو لم يتم، إلا أنه لم تنقص قيمه الأرض بما نبت فيها، و لم يحصل ضرر على الراهن بذلك.

نعم إن نقصت و لم تف بالدين فقد يتجه حينئذ القلع للمرتهن، إلا إذا أذن الراهن بالبيع مع الأرض و الفرض عدم النقص بذلك عليه أيضا، فبياعان و يوزع الثمن عليهما كما أومى إليه فى الدروس، بل ربما قيل إنه إذا كان محجورا عليه بالفلس تعين البيع مع الأرض و لم يجز القلع، لتعلق حق الغرماء، و يوزع الثمن عليهم، فإن نقصت قيمه الأرض بسبب الأشجار حسب النقصان على الغرماء، لأن حق المرتهن فى الأرض فارغه، و إنما منع من القلع رعايه لجانبهم، بل ينقدح من ذلك الإشكال فى القلع فى بعض الأحوال، و إن كان الإنبات من فعل الراهن كما إذا لم يكن ضرر على المرتهن بوجه من الوجوه، و خصوصا إذا أراد القلع قبل حلول الحق، إذ دعوى أنه ظالم و لا حق لعرقه فى نحو ذلك لا يخلو من إشكال و عن التذكرة أنه أطلق عدم الإجماع على القلع قبل حلول الحق، لإمكان قضاء الدين من الغير، فمن اللازم التأمل فى شقوق المسألة فى المقام و الله أعلم.

و لو رهن لقطه مما يلقط كالخيار، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانيه صح بلا خلاف و لا إشكال، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع و إن كان متأخرا تأخرا يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز قيل كما عن المبسوط و موضع من التذكرة يبطل لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز، و لعدم صحه البيع عند الأجل للجهل.

و الوجه أنه لا يبطل وفاقا للفاضل في غيرها، و ولده و الشهيدين، و المحقق الثاني، و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، لإمكان الاستيفاء مع المضايقة من الراهن بالقسمه معه، و لو بالصلح قهرا.

و منه يعلم اندفاع الثاني، على أنك قد عرفت سابقا عدم اعتبار إمكان خصوص البيع في الرهن، بل يكفي الصلح، لأن كلا منهما طريق لاستيفاء الدين، مضافا إلى اعتبار إحراز الشرائط في الرهن حال الرهانه، و الأمور العارضة لا تقدر بعد فرض وجود طريق للتخلص، و لو اشترط القطع عند تجدد الثانيه فالظاهر الصحه، كما عن المبسوط التصريح بها. هذا إذا وقع المزج بعد القبض، أما لو وقع قبله، فعن الدروس أن الأقرب الفسخ و البطلان، و هو كذلك، بناء على اعتبار القبض في الصحه و فرض تعذره، و كذا البحث في رهن الخرطه مما يخرط و الجزه مما يجوز و الله أعلم.

و إذا جنى العبد المرهون عمدا تعلقت الجنايه برقبته بلا-خلاف و لا إشكال و كان حق المجنى عليه أولى به من حق المرتهن المتعلق بالذمه مع العين، بخلاف حق الجنايه المقدم على حق المالك الذي هو أولى من المرتهن، بل لم يتوقف استيفاؤه على استيذان المالك في جنايه العمد، بخلاف حق الارتهان فله حينئذ أن يقتصر فتبطل الرهانه إن كان في النفس، و إلا اقتصر و بقي الباقي رهنا، و له أن يسترقه أو يبيعه مع استيعاب الجنايه، و إلا فمقدارها، بل ليس له إلا أحدهما إذا كانت الجنايه العمديه مما توجب أرشا لا قصاصا.

و إن كان قد جنى خطأ فان افتكه المولى أو غيره بقي رهنا لأصالة الرهانه و إن سلمه و لم يتبرع متبرع في فكه حتى المرتهن كان للمجنى عليه منه بقدر أرش الجنايه، و الباقي رهن، و إن استوعبت الجنايه قيمته، كان المجنى عليه أولى به من المرتهن لما عرفت فيسرقه أو يبيعه، و تبطل الرهانه، و لو اتفق حصول راغب فيه فزاد ثمنه عن الجنايه كان الباقي منه رهنا.

و الظاهر أن له إلزام المجنى عليه بالبيع، مع بذل الزيادة، لتكون رهنا و لو

كان الواجب دون قيمه العبد، و لكن تعذر بيع البعض أو انتقصت قيمه به بيع الجميع و الفاضل من الثمن عن الجنايه يكون رهنا، كما لو اضطر الى بيع الرهن، و لا فرق في ذلك كله بين كون الجنايه من العبد ابتداء، أو بأمر السيد، و إن كان مكرها له عندنا، لعدم التقيه في الدماء، إلا أنه يجبس المكره حتى يموت.

نعم لو كان العبد غير مميز أو أعجميا يعتقد وجوب طاعه السيد في جميع أوامره، فعن التذكره و قصاص المبسوط و غيرهما أن الجناني هو السيد، و عليه القصاص أو الضمان، بل في الأول لا يتعلق برقبه العبد شىء، فيبقى رهنا، و إن كان السيد معسرا، خلافا للعجلي و خلاف الشيخ، فأسقطا القود عن الأمر أيضا، إذا كان المأمور صغيرا لعدم قتله، و يأتي إنشاء الله تعالى تحقيق ذلك في محله.

و لو جنى على مولاه عمدا فان كانت طرفا اقتص منه لعموم الأدله و أولويه السيد من الأجنبي في ذلك، لعظم حقه على العبد، و لا ينافيه عدم القطع بالسرقة، إذ لعله لأنه مشروط بسرقة ما لا شبهه فيه، و العبد له شبهه في مال سيده، و هو غير محرز عنه في العاده و على كل حال ف- لا يخرج عن الرهانه بذلك للأصل، و لو كانت الجنايه نفسا جاز للوارث قتله و له العفو فيبقى رهنا، و ليس له العفو على مال كالمورث فيبقى رهنا، أما لو كانت خطأ أو عمدا يوجب مالا لم يكن لمولاه عليه شىء و بقي رهنا لعدم استحقاقه على ماله مالا بلا خلاف أجده في شىء من ذلك بل و لا إشكال.

و لو كانت الجنايه على من يرثه المالك ثبت للمالك مع موت المجنى عليه ما ثبت للموروث من القصاص قطعا في نفس أو طرف أو انتزاعه (١١) من الرهانه في الخطأ (١٢) أو العمد إن استوعبت الجنايه قيمته، أو إطلاق ما قابل الجنايه إن لم تستوعب (١٣) و يبقى الباقي رهنا بلا- خلاف أجده بين من تعرض له، و كان الفرق بينه و بين الجنايه على المولى - مع أن الحق للمولى في الموضوعين - أن الواجب في الجنايه على المولى له ابتداء، و يتمتع أن يجب له على ماله مال كما تقدم، أما الجنايه على موروثه فالحق فيها ابتداء للمجنى عليه، و إنما ينتقل الحق إلى الوارث

من الموروث و إن كانت ديه، لأنها محسوبه من تركته، يوفى منها دينه، و تنفذ وصاياه و كما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده، لا يمتنع انتقاله عنه إليه، فيفكه عن الرهن لذلك.

فما عن بعض الشافعيه- من الحكم بسقوط المال بانتقاله إلى سيده، و يبقى رهنا قياسا على ما لو كان المال للسيد ابتداء- ضعيف، لما عرفت من أن الانتقال للسيد من الموروث، لأن الديه تنتقل إلى الميت في آخر جزء من أجزاء حياته و لو في جنايه العمد في قول، و على الأصح فيه ينتقل معوضها الذى هو القصاص، و لذا حسبت مطلقا من تركته، ففي الحقيقه ملك السيد للعبد بذلك جديد، غير الملك الأول الذى كان به رهنا، و قد تقدم سابقا بعض الكلام على هذه المسائل فلاحظ و تأمل.

و لو جنى على عبد مولاة فكالجنايه على مولاة فى العمد و الخطأ، إذا لم يكن المجنى عليه مرهونا عند غير مرتهن الجانى، و الا جاز له العفو على مال فى العمد، و هو رقبه العبد و تعين عليه ذلك فى الخطاء و فيما لا قصاص له من العمد، و لا يقدر فى ذلك قاعده عدم استحقاقه على ماله مالا بعد أن كان المسلم منها غير الفرض الذى للغير تعلق به.

بل قد يقال: إن الاستحقاق فيه فى الحقيقه لمرتهن المقتول و ان كان هو يقدم عليه لو أراد القصاص، أما مع عدم ارادته فيستحق على العبد القاتل ديه المقتول- لتكون رهنا، و ليس إلا- نفسه فينتزع و تكون رهنا قهرا، نحو قيمه الرهن المتلف، أو يباع بها و تجعل هى رهنا، و ليس ذلك بأعظم من جنايه المولى نفسه على المرهون فإنه يضمن قيمته للمرتهن رهنا، و إن كانت الجنايه على ماله.

بل قد يقال بتعين العفو له على مال فى الأول أيضا، و إن قلنا أن جنايه العمد توجب القصاص لأحد الأمرين، إذ الظاهر اختصاص ذلك بالحر دون العبد الذى صرح غير واحد من الأصحاب بأنه إذا قتل الحر (١) عبدا كان الولي مخيرا

١-١ هكذا فى النسخ. و الظاهر- إذا قتل العبد حرا.

بين القصاص و الاسترقاق، بل قيل: إنه كذلك قولاً واحداً، بل الظاهر إلحاق جنايه الأطراف بالنفس، و من هنا يظهر لك أنه لا ينبغي بناء جواز العفو له على غير مال، على القولين المزبورين، فيصح على الأول، لأن اختيار المال ضرب من الإكتساب، و لا يجبر الرهن على ذلك لحق المرتهن، بل لو عفى مطلقاً لم يثبت المال حينئذ، و لا- يصح على الثاني، لأن عفو حينئذ كعفو المحجور عليه لفلس لا ينفذ الا فيما لا تعلق فيه للمال، إذ قد عرفت ان ذلك في الحر.

ثم إن كان الواجب في الجنايه أكثر من قيمه القاتل أو مثلها، فعن الشيخ أنه يباع لأنه ربما رغب فيه راغب، فيفضل من قيمته شىء يكون رهنا عند مرتهنه. و عن بعض العامه و محتمل التحرير، أنه ينقل عينه إلى مرتهن المجنى عليه، لعدم الفائده في بيعه، و ربما رجح الأول بأن الحق في ماله العبد لا عينه التي لم يجبر الرهن عليها، و إنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجنايه، و إن كان الواجب الأقل فبالنسبه، نقلاً أو بيعاً على الوجهين أيضاً.

قلت: إن اتفق الثلاثة على نقل العين أو البيع فلا- بحث، و قد يحتمل صيروره الزائد رهنا في الأول لو تجددت زياده قيمته، و الأقوى خلافه مع بطلان رهائته حال النقل، إذ لا دليل على عودها في المتجدد، و إن اتفق الرهن و مرتهن المقتول على أحد الأمرين، لم يكن لرهن القاتل منعها منه، سواء كان بيعاً أو نقلاً، إلا إذا وجد الراغب البازل للزياده على قيمه المقتول، فله حينئذ الإلزام بالبيع، أو إبقاء ما قابلها منه رهنا عنده، و لو اتفق المرتهنان على أحد الأمرين، كان للرهن مخالفتها لأن حق الجنايه له.

و احتمال أن لمرتهن القاتل الإلزام بالبيع-، لأن الديه المستحقه نقداً و الإلزام بالنقد، لأن الاستحقاق حينئذ له، و إلا فالمولى لا يستحق على مملوكه- ضعيف لأن استحقاقه تبع لاستحقاق المولى لو كان غير مالك، فالمتجه حينئذ كون التخيير بيد المولى في البيع أو النقل، بناء على ثبوت ذلك للمولى غير المالك، و ثبوت حق الرهانه في رقبه الجانى قهراً- لعموم ما دل على أن جنايه العبد في رقبته، الشامل

لمثل حق الرهانه-، لا- ينافى ضروره كون ثبوته مراعى بحق المولى المفروض تخيره بين القصاص، و النقل للعين و البيع، بل الظاهر أن المراد بالبيع الكنايه عن قيمه العبد لا خصوص البيع، و حينئذ فـللمولى دفع قيمه لمرتهن المجنى عليه، و فك الجانى من الرهانه، بعد عدم اختياره القصاص أو النقل للرهانه، و الأمر فى ذلك كله سهل.

انما الكلام فيما هو ظاهر من تعرض لهذا الفرع من الأصحاب من بطلان رهانه القاتل، مع أنه لا داعى إليه، إذ يمكن القول باجتماع الرهانتين، و إن قدم فى الاستيفاء مرتهن المقتول، لمكان حق الجنايه، و تظهر الثمره فيما لو فك منه و فى غيره، اللهم إلا- أن يقال: إنه لما كان القاعده عدم استحقاق المولى على عبده مالا، إلا أنه هنا لمكان تعلق حق الارتهان فى المقتول كان للمولى حينئذ حكم الأجنبى الذى له الاسترقاق و البيع، و إبطال حق المرتهن، فلما تعذر الاسترقاق حقيقه بالنسبه إليه لأنه تحصيل الحاصل اعطى لازمه، و هو الانتزاع و إبطال الرهانه، و لكن للبحث فيه مجال، و المسأله غير محرره فى كلام الأصحاب.

و أما إذا كان المقتول رهنا عند مرتهن القاتل، فإن كان على حق واحد فالجنايه هدر، و إن تعدد قيل: و كذا إن تعدد و تساويا جنسا و قدرا و تساوت القيمتان، إلا أن يكون دين المقتول أصح و أثبت من دين القاتل، كأن يكون مستقرا و دين القاتل عوض شىء يرد بعيب أو صداق قبل الدخول، فله حينئذ النقل أو البيع على أحد الوجهين السابقين للرهانه عليه، و كذا إن تعدد الدينان و اختلفا بالحلول و التأجيل أو فى طول الأجل و قصره.

أما إذا أنفقا فيه فإما أن يتفقا جنسا و قدرا، أو يختلفا، فإن اتفقا و اختلف العبدان فى قيمه، و كانت قيمه المقتول أكثر، فالجنايه هدر، لانتفاء الفائده كما لو تساويا، و إن كانت قيمه القاتل أكثر منه نقل قدر قيمه القتيل إلى دين القتيل، و بقى الباقي رهنا بما كان.

و إن اختلف الدينان قدرا لا جنسا، فإن تساوت قيمه العبدان أو كان القتيل

أكثر قيمه، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القليل فله التوثق بالقاتل، لأن التوثق لأكثر الدينين فى نفسه فائده مطلوبه، بخلاف ما لو كان القليل مرهونا بأقله فلا فائده فى النقل حينئذ.

و إن كان القليل أقل قيمه كان مرهونا بأقل الدينين فلا فائده فى النقل، و إن كان مرهونا بأكثر نقل من القاتل قدر قيمه القليل إلى الدين الآخر و يبقى الباقي رهنا، و إن اختلف الدينان فى الجنس، فهو كالاختلاف فى القدر أو فى الحلول و التأجيل، هذا حاصل ما ذكره، و مرجعه إلى حصول الفائده للمرتهن فى نقل الرهانه، و عدمها إلا- ان ما قدمناه سابقا من البحث آت فى المقام، بل لعله أولى من السابق.

بل قد يشكل أيضا بأنه لا مدخله للفائده و عدمها فى النقل القهرى للرهنه، باعتبار اقتضاء الجنايه ذلك و له ثمرات، فإنه بناء على ذلك لو اتفق وفاء دين الجانى بإبراء و نحوه لم يقدح فى بقائه رهنا على دين المجنى عليه، و إن كان مساويا له فى القدر و الجنس و الحلول مع تساوى قيمتى العبدین، بخلافه على تقدير عدم انتقال فإنه تمضى الرهنه إلى غير ذلك مما يظهر لك بأدنى تأمل بعد الإحاطه بما ذكرناه من كون الانتقال إلى الرهنه قهرىا بسبب الجنايه.

ثم إن الكلام فى نقل العين أو القيمه يأتى مثله هنا أيضا، لكن عن التحرير أنه جزم فى هذه المواضع بالبيع، و جعل الثمن رهنا، و لعله يريد أن له ذلك لا تعيينه بل ربما قطع بكون المراد ذلك، كما أن ما فى القواعد فى أصل المسأله يمكن إرادته ما ذكرناه، و إن أطلق هو، قال «و لو جنى على عبد مولاه، فكمولاه- أى فكالجنايه على مولاه- إلا أن يكون رهنا من غير المرتهن، فله قتله و يبطل حق المرتهين، و العفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر، و لو عفى بغير مال فكعفو المحجور عليه، و لو أوجبت أرشا فللتانى، و لو اتحد المرتهن و تغاير الدين فله بيعه، و جعل ثمنه رهنا بالدين الآخر».

بناء على أن المراد من المغايره مجرد عدم كون الدين واحدا، بل و كذا عبارته الدروس فى الاكتفاء بمطلق التغاير، قال: «و لو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل

الجنايه بدلا من المجنى عليه لمرتهنه» بناء على أن المراد بالاختلاف نحو ذلك، وقد نقلناها سابقا و جمله من فروع المقام عند البحث فى رهانه الجانى و الأمر سهل و الله أعلم.

و لو أتلّف الرهن متلف كالا أو بعضا الزم بقيمته و لو الأرش.

و تكون رهنا بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، لأن حق الرهانه متعلق بالعين و قد جعل لها الشارع بالتلف بدلا، فيتعلق به كما هو مقتضى البدليه، و لأن معنى الرهن الاستيثاق بالعين، ليستوفى الدين من قيمته، و إن كان العقد إنما جرى على العين، فوسوسه بعض الناس فى هذا الحكم فى غير محلها، بل الحكم ذلك و لو كان الذى أتلّفه المرتهن لعدم دلالة إتلافه على إسقاط حق رهانته، كما أن عدم ضمان المالك لماله لا يسقط حق المرتهن، لو كان المتلف المالك كما هو واضح.

لكن لو كان المرتهن وكيلا- فى الأصل على بيع أو غيره لم يكن وكيلا فى قيمه، لأن العقد لم يتناولها و لم يكن حق الوكاله من الأمور المتعلقة بالعين على حسب الرهانه، و لعل الاستيداع كذلك، كما صرح به فى المسالك، فلم يفرق بين الوكاله على البيع أو على الحفظ فى البطلان مع التلف، لكن فى التذكرة و غيرها أن للعدل حفظ قيمه، لأنها بدل الرهن، و له إمساك الرهن و حفظه، و قيمه قائمه مقامه، و ليس له البيع لبطلان و كالتة فيه، و فيه ما عرفت من ان الوكاله منوطه بما عينه المالك الذى يختلف أغراضه فى الاستيمان على الأموال، و بيعها باختلاف الأشخاص، فقد يستأمن على عين، و لا يستأمن على قيمتها، و كذا البيع، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو رهن عصيرا جاز بلا- خلاف، بل عن المبسوط الإجماع عليه، لأنه عين مملوكه يجوز بيعها إجماعا بقسميه، و احتمال صيرورته خمرا قبل حلول الحق غير قاذح كرهن المريض. نعم لو علم ذلك اتجه المنع ما لم يعلم انقلابه خلا، و إلا جاز أيضا، بل قد يقال بجوازه بدونه، على نحو ما سمعته فى رهن ما يسرع اليه الفساد قبل

الحلول، فلاحظ و تأمل.

و على كل حال ف إن صار خمرا فى يد المرتهن بطل الرهن عندنا، للخروج عن الملكيه التى هى شرط صحته، خلافا لأبى حنيفه فلم يبطل الملك و لا الرهانه، قياسا على العبد المرتد، و هو باطل عندنا، مع أن الفرق بينهما بمعلوميه عدم ملك المسلم الخمر، و عدم جواز التصرف له فيه دون المرتد واضح، ف لا ريب فى أن التحقيق ما قلنا.

نعم لو عاد خلا عاد إلى ملك الراهن بلا خلاف أجده بيننا، إلا ما تسمعه من المحكى عن أبى الصلاح و هو شاذ، لرجحانه على غيره بالملك السابق، و اليد المستمره، إذ يد المرتهن من آثار يد المالك، و للسيره و للإجماع، بل الضروره على ملك الخل و جواز اتخاذه، مع أن العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، على ما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك، فلو لم يعد بالخليه إلى الملك لم يملك الخل من اتخذه حينئذ، مضافا إلى الشك فى اندراج الفرض فى المباح الذى يملكه من استولى عليه، فلا بد من دخوله فى ملك أحد حال تخلله، و لا ريب فى رجحان المالك السابق على غيره، و إلى غير ذلك مما يظهر من التأمل فيما ذكرناه، فإذا عاد إلى ملك الراهن عادت الرهانه حينئذ معه، بلا خلاف أجده لأن العائد الملك السابق الذى كانت الرهانه متعلقه به، لا أنه ملكه بسبب جديد.

و فى التذكرة «معنى قولنا يبطل الرهن، لا- نريد به ارتفاع أثره بالكلية، و إلا- لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية ثابتة» و تبعه فى جامع المقاصد و المسالك، و المراد أن العلاقه باقيه، لمكان الأولويه، ففى الحقيقه الرهن و الملك موجودان بالقوه القريبه، لأن تخلله متوقع، و إنما الزائل كونه رهنا و ملكا بالفعل لوجود الخمرية المنافيه لذلك، فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك، أو بتلفه لا- على جهه الكشف كما عن بعض الشافعيه، فيبين عدم البطلان بالعود خلا و الأظهر بطلانه بل على إرادته عود حكم الرهانه الاولى ابتداء من دون استيناف عقد رهانه جديدا،

كما عن بعض آخر من الشافعية.

و لا استبعاد فى مشروعيه ذلك بعد وقوع النظير له فى الشريعة، كما سلام زوجه الكافر التى تخرج به عن حكم العقد إذا أسلم قبل انقضاء العده، و كذا إذا ارتد أحد الزوجين، بل من نظيره ما إذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه فتلفت قبل القبض، أو تقايلا بعده، بناء على عود الرهانه بانفساخ البيع، و حاصله أن عقد الرهانه لم يبطل بالخمريه حتى يقال: أنه لا بد من استينافه، بل الخمريه صارت مانعه من جريان حكم العقد، فمتى زالت عمل العقد عمله، و دعوى أن استداهه الملك شرط فى صحه العقد، يمكن منعها خصوصا مع ملاحظه كلام الأصحاب فى المقام، بل أقصى ما يسلم كونها شرطا فى استمرار حكم العقد، و حينئذ فما دل على عدم ملك الخمر لا يقتضى فساد الرهانه فتأمل جيدا.

و قد ظهر من ذلك كله أن ما عن أبى الصلاح- من أنه إن صار خمرا بطلت وثيقه الرهن و وجب إراقتة- ضعيف إن أراد بذلك عدم العود إن عادت، بل و إن أراد عدم جواز إبقائها للتخليل، إذ الظاهر عدم الخلاف عندنا فى جوازه، و هى المسماه بالخمره المحترمه، كما ستسمع.

ثم إن كان الرهن مشروطا ببيع لم يكن للمرتهن الخيار فى الفسخ، و ان لم يتعقب التخليل، للوفاء بالشرط، و كذا إذا لم يقبضه، بناء على عدم اعتبار القبض فى صحه الرهن، و إن قلنا باعتباره فى اللزوم، و أما على القول بالاعتبار فى الصحه و لم يقبضه حتى صار خمرا فالظاهر البطلان، لعدم الشرط قبل تمام الرهانه بلا خلاف أجده بين من قال بشرطيه القبض، كما اعترف به فى جامع المقاصد، و إن كان قد ناقش هو فى ذلك بأنه لا مانع من الصحه مع تخلل الخمريه بين العقد و القبض الذى هو أحد أجزاء السبب، إذ دعوى- كون الشرط قابليه المورد للرهانه من أول العقد إلى حين تمام السبب- لا دليل عليها لكنها مناقشه مقطوع بفسادها بين الأصحاب فى جميع القيود المعترف فى تمام السبب غيرها، كالتقابض فى الصرف، و القبض فى المجلس فى السلم، و القبض فى الهبه، و غير ذلك مما هو عندهم كأجزاء العقد التى لا إشكال

فى اعتبار الشرطيه فيها، و لتحرير ذلك مقام آخر، و حينئذ يتخير المرتهن فى المقام فى فسخ البيع المشروط به، و لا تعود رهنا بعودها خلا، كما صرح به فى الدروس، إلا برهانه مستأنفه.

و لو اختلفا فى القبض هل كان قبل الخمرية أو بعده؟ قدم قول مدعى الصحه، و إن كان الراهن، كما تقدم البحث فى نظائره فى المباحث السابقه، و عن الشيخ أنه تردد فى ذلك من البناء على الظاهر، و من أن القبض فعل المرتهن، فيقدم قوله فيه و هو فى غير محله.

نعم لو كان الاختلاف فى أصل القبض لا فى صفته، كان القول قوله، لأصالة عدمه و من ذلك يظهر لك حينئذ ما فى التذكرة من أن الأولى فى المسأله الأولى تقديم قول المرتهن، حاكيا له عن الشيخ و أبى حنيفه و أحد قولى الشافعى، محتجا عليه بما هو واضح الضعف بأدنى تأمل، فلاحظ و تأمل.

و فى التذكرة، أيضا «و لو انقلب المبيع خمرا قبل القبض فالكلام فى انقطاع البيع و عوده إذا عاد خلا على ما ذكرنا فى انقلاب العصير المرهون خمرا بعد القبض» و فيها أيضا فى موضع آخر قريب من ذلك، «و إذا اشترى عصيرا فصار خمرا فى يد البائع و عاد خلا-فسد العقد، و لم يعد ملك المشتري لعوده خلا، و الفرق بينه و بين الرهن، أن الرهن عاد تبعا لملك الراهن، و هاهنا يعود ملك البائع لعدم العقد، و لا يصح أن يتبعه ملك المشتري» و هو مناف لذلك الكلام فتأمل جيدا. و لعله لإمكان ان يكون ذلك من التلف قبل القبض، فيفسخ العقد حينئذ، و لا معنى لعوده، و إن كان فيه منع واضح كما ستعرف.

و كيف كان ف لو رهن مسلم من مسلم خمرا، لم يصح بلا خلاف و لا إشكال، كما تقدم الكلام فيه، و فيما إذا وضعه على يد ذمى أو رهنه عنده أو بالعكس سابقا، لعدم الملكيه التى قد عرفت اشتراطها فى الرهن مما تقدم، و عدم جواز بيع المسلم إياها من غير فرق بين المحترمه و غير المحترمه فلو انقلب فى يده أى المرتهن خلا فهو له لاستيلاء يده عليه، و ليست هى يد الأول، إذ الفرض

كون الرهانه فاسده، فهو حينئذ حال خليته مال لا مالك له، كباقي المباحات يملك حينئذ بالاستيلاء مع النيه، أو بدونها على القولين، لكن قد يناقش بأن أولويه الأول للملك السابق، فلا تعارضه يد الثاني بعد ما سمعت سابقا من الشك في كون مثله من المباحات، و بأن فساد الرهانه لا ينافي كون اليد للأول، و أن المرتهن من فروعه، و خصوصا إذا كانت الخمر محترمه، و لعله لذا قال المصنف على تردد بل في جامع المقاصد، و المسالك أن الأقوى كونها للأول، إذا كانت محترمه، بخلاف غير المحترمه، فإنه لا يد لأحد عليها.

و حينئذ فلو غصبها غاصب فتخللت في يده كانت ملكا له، دون المغصوب منه، بل أطلق في القواعد، و المحكى عن المبسوط، و الإيضاح، ملكيه الغاصب للخمر المتخلله في يده لكن قد يناقش بما سمعت من أولويه الأول بالملك السابق، بل عن غصب التذكرة ما يظهر منه الإجماع على أن الخمر المتخلله في يد الغاصب للمغصوب منه حيث نسبه إلى مذهبنا، بل عن غصب الخلاف أنه لا خلاف فيه، اللهم إلا أن ينزل كلامهما على المحترمه، لعدم تصور الغصب في غيرها، إذ لا سلطنه له عليها بخلافها فإن السلطنه ثابتة عليها و يجب ردها، و بالتخليل يضمن المثل لو تلف، فحينئذ يعود الملك للأول بعودها خلا لأن يد الغاصب كعدمها.

و لعل الأقوى صيرورتها ملكا للأول على كل حال بالتخلل، للأولويه التي مبناها حصول المانع للسبب في بعض الأزمنه، فيبقى الباقي على مقتضى عمله فيه، نحو ما سمعته في العصير المرهون المنقلب خمرا ثم خلا، ضروره كون الجميع من واد واحد، فإن السبب الذي اقتضى الملك قبل الخمر به باق على حسب استعداده، و إنما منعه حال الخمر به ما دامت، باعتبار ما دل على عدم ملكها الذي لا يقتضى بطلان أصل السبب، بل أقصاه بطلان أثره ما دام المانع، فإذا زال عمل المقتضى مقتضاه.

و من هنا لم يشترط في ملكيه الأول حصول يده عليه، لأن المملك له هو السبب الأول لا يده، و حينئذ فلا فرق بين المحترمه و غيرها، و بين المأخوذه قهرا من يده إذا

فرض تخللها و غيرها.

و يؤيد ذلك ما تسمعه إنشاء الله من عدم الخلاف فى أنه لو غصب عصيرا فصار خمرا فى يد الغاصب ثم صار خلا يعود على ملك الأول، ليس إلا لما ذكرناه، و منه يعلم الوجه فيما ذكره فى التذكرة أولا، فإنه لما صار خمرا فى يد البائع لم يبطل أصل السبب، بل بطل حكمه، فى أن الخمرية، نحو ما سمعته فى الرهانه، و فى إسلام أحد الزوجين، فلما زال المانع عمل السبب عمله.

و أما احتمال أنه من التلف قبل القبض، فيدفعه منع كونه تلتفا حقيقه، بل و لا حكما بعد فرض العود إلى الخليه، و بذلك يظهر الفرق بين حالى الابتداء و الاستدامه ضروره مشروعيه المانع فى الثانى فى إسلام أحد الزوجين و الارتداد و نحوهما، بخلاف الأول، فلا يجوز العقد على الخمر ابتداء مراعىا فى صحته صيرورته خلا، ضروره كونه كتعليق السبب المعلوم بطلانه، فاتضح أن صحه مانع الاستدامه لا يستلزم الصحه فى الابتداء. كما أنه اتضح بهذا التحقيق ما فى جمله من الكلمات التى هى غير محرره و لا منقحه، حتى ما فى المتن.

نعم ليس كذا لك لو جمع جامع خمرا مرقا فتخللت فى يده إذ الظاهر كونها ملكا للثانى بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، دون الأول، لإسقاط حق أولويته منها بالإراقه الظاهره فى الإعراض الذى يزيل حكم الملك الذى هو أقوى من الحق المزبور، و لا- يقدر حرمه الجمع على الجامع، إذ ليس حكما بملكه للجمع المزبور، بل لاستيلائه على العين حال التخليل الذى صارت به مالا بلا مالك، لتكون كالمباحات، مع أن الظاهر عدم الحرمة لو أراد الجمع للتخليل، فإن الظاهر صحه إبقائها و حفظها لذلك، و من ثم سميت محترمه: أى يحرم غصبها و إتلافها على من فى يده.

بل فى المسالك لو لا احترامها لأدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، و نحوه فى جامع المقاصد و التذكرة، قال فى الأخير: «الخمر قسمان، محترمه: و هى التى اتخذ عصيرها ليصير خلا، و إنما

كانت محترمه، لأن اتخاذ الخل جائز إجماعاً، والعصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، فلو لم تحرم و أريققت فى تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل، و الثانى:

غير محترمه: و هى التى اتخذ عصيرها لغرض الخمريه.

و قد استفاد بعض مشايخنا من هذه العبارات أنه لا بد من سبق الخمريه للخل فى عصير التمر و غيره، بل قال: ليس المراد من العصير ما استخرج ماؤه بالعصر، بل هو أعم منه فحينئذ ما يستعمله الناس من خل التمر و الزبيب لا يجوز استعماله إذا اشتد قبل الحموضه، و لنا معه بحث ذكرناه فى غير المقام، و على كل حال فما يظهر من المصنف من التردد فى كون المفروض ملكاً للجامع فى غير محله، كالإشكال عن التحرير أولاً، و قد بان من ذلك كله الفرق بين الجامع و الغاصب، فيملك فى الأول دون الثانى على الأصح.

و على كل حال ف ليس كذلك لو غصب عصيراً فصار خمراً فى يده ثم تخلل كذلك، فإنه لا خلاف كما فى المسالك و محكى غايه المرام فى عدم ملكيه الغاصب له، بل هو ملك للمغصوب منه، فيرجعه إليه، و يرجع أرش النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصير، بل الظاهر و جوب دفعه إليه فى حال الخمريه، لأولويته، و إمكان إرادته تخليله، إلا أن يعلم إرادته منه الشرب، فلا يجوز، و يرد معه مثل العصير، لإمكان عدم انقلابه خلا، فإذا عاد رده إليه، لأنه قد عاد ملكه إليه، و ان تغيرت صورته، و تمام الكلام يأتى فى باب الغصب إنشاء الله.

ثم ليعلم أن الخمر قد يذكر، كما عن القاموس و غيره، بل ظاهر المحكى عن المصباح المنير: أنهما على حد سواء، قال: الخمر معروفه يذكر و يؤنث، فيقال:

هو الخمر، و هى الخمر، و قال الأصمعى: الخمر أنثى و أنكر التذكير، كما أن ظاهره اختصاص الإنكار بالأصمعى المحجوج بنقل المثبت، بل تذكير المصنف و الفاضل و غيرهما من الأساطين الضابطين شاهد على خلافه أيضاً، و الأمر سهل.

و لو رهنه بيضه فأحضنها فصارى فى يده فرخا كان الملك و الرهن باقين،

و كذا لو رهنه حبا فزرعه بلا- إشكال فى كل منهما، أما الأول فلأن هذه الأشياء نتيجته ماله، و مادتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغير، و الاستحالات المتجدده صفات حاصله فيهما، و حصل بسببها استعدادات مختلفه، لتكونات متعاقبه خلقها الله تعالى فيها و وهبها له، و الأرض و الماء و الإحضان و نحوها من المعدات التى لا تخرج المادة عن ملك صاحبها.

و أما الثانى: فلأن الرهن تابع للعين كيفما تغيرت و تنقلت، إذ هو مشابه لصفه الملك فى ذلك، و ليس معلقا على اسم البيضة و الحب حتى يزول بزوال الاسم، كما هو واضح، بل ليس ذا من مسأله النماءات التى فيها البحث السابق، بل هو كسمن الدابه و نحوه مما لا إشكال فى تعلق الرهن به، و احتمال تعلق الرهن بمقدار الحب من الزرع و غيره ظاهر الفساد، بل لا خلاف فى شىء من ذلك إلا- ما يحكى عن الشيخ و بعض العامه من تسبب هذه التغييرات الملك للقابض، تنزيلا للعين منزله التلف، فغايته ضمان المثل أو القيمه، و ضعفه واضح، كما هو محرر فى باب الغصب و الله أعلم.

و إذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما، كانت حصه كل واحد منهما رهنا بدينه مع الإطلاق فإذا أداه صارت حصته طلقا، و إن بقيت حصه الآخر رهنا، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا عند قول المصنف: و لو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر، إلى آخر البحث فلاحظ و تأمل.

[المقصد الثالث فى النزاع الواقع فيه وفيه مسائل]**اشاره**

المقصد الثالث من المقاصد التى استدعاها البحث فى لواحق كتاب الرهن فى النزاع الواقع فيه.

و ان تقدم بعضها فى مطاوى الأبحاث السابقه و لكن مع ذلك فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا رهن مشاعا و تشاح الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم]

الأولى: إذا رهن مشاعا و أذن للمرتهن فى قبضه و استدامه يده عليه و تشاح الشريك و المرتهن فى إمساكه للرهنه و لو من حيث إذن الراهن له فى ذلك أو للاستيمان انتزعه الحاكم و قبضه لهما بنفسه، أو نصب عدلا يكون فى يده لهما، بل قد يقال: بجواز نصب أحدهما لذلك، لكن لا يخلو من اشكال، و على كل حال يقوم القبض مقام قبض المرتهن، فى تحقق الرهنه، و إن لم يكن ذلك بوكاله من المرتهن، بل ربما لا يكون له التوكيل فى ذلك، كما إذا شرط الراهن عليه القبض بنفسه، بل لاقتضاء نصبه حاكما من الشارع ذلك، ضروره أن الحاكم هو المعد لقطع أمثال هذه المنازعات المتوقف على نحو ذلك، و ان كان موضوعه حال طلب كل منهما انقطاعه، لكن لا يكون الحاكم فى ذلك فرع إذنهما على وجه يكون له حكم المأذون، بل قد يقال: لا حاجه إلى إذن الراهن.

لكن فى المسالك فان الحاكم ينصب له عدلا لقبضه عن الرهن، و ليكن بإذن الراهن، و للأمانه، و لعل إطلاق الأصحاب على خلافه. نعم لو أن الراهن شرط فى عقد الرهنه القبض بنفسه، أمكن حينئذ الحكم بانتفائها بالتشاح، و قد يظهر من لفظ النصب فى جملة من عبارات الأصحاب كون العدل قيما لا و كيلا عنهما، بل و لا عن الحاكم، فلا يزول حكم قبضه بخروج الحاكم أو المرتهن أو الشريك عن بعض صفه التوكيل، و مثله لو كان التشاح بين الشريكين فى أصل قبض المال المشترك و الاستيمان عليه، بل لعل الظاهر أن للحاكم من حيث الحكومه المعده لقطع النزاع انتزاعه منهما و نصب أمين عليه، و ان اتفقا معا على عدم الرضا بذلك ما لم يتفقا على ما

يحصل به قطع النزاع بينهما، و الأصل فى ذلك و غيره من الأحكام المتصوره فى المقام

قوله عليه السلام «فإنى قد جعلته عليكم حاكما»

إذ الحاكم هو المعد لقطع مثل ذلك الذى يجب على الشارع حسم مادته لما يترتب عليه من المفساد.

و منه يظهر أن حكومه الحاكم لا تختص بما كان من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، بل هى أعم من ذلك، ضروره عدم المعروف فى الفرض، إذ لا يجب على أحد الشريكين الإذن للآخر فى القبض، أو لمن يريده أحدهما فتشاحهما لا معصيه فيه من أحدهما، و ربما تكون المصلحه لكل منهما فى عدم استيمان الآخر، بل ربما يكون ضرر على كل منهما بذلك.

و على كل حال فإذا انتزعه منهما أجره إن كان له أجره و لو على بعض الشركاء على إشكال، مده لا تزيد عن أخذ الحق إلا برضا المرتهن و إجازته، ثم قسمها بينهما بموجب الشركه ان طلبوا استيجاره، فان لم يطلبه أحد منهم أبقاه من دون إجاره، و إن طلبه أحد الشريكين دون الآخر هاياً بينهما، فيؤجره فى مده الطالب دون الآخر، و إن طلبه المرتهن توقف على إذن الراهن و كذا العكس، و الأجره تكون بين المرتهن و الشريك بناء على تبعيه مثل هذا النماء للرهن و إلا كانت بين الشريكين.

و إن لم تكن له أجره أو لم يريدوا استيجاره جعله عنده أمانه أو استأمن عليه من شاء و لو أحدهما على اشكال، و قد عرفت ان له فعل ذلك كله قطعاً للمنازعه المنصوب لحسمها و ما شابهها، بل الظاهر أن له الإلزام بالقسمه فيما يقسم، و البيع فى غيره و نحو ذلك، مع توقف قطعها عليه، بل قد يحتمل جواز ذلك له و إن لم يتوقف، لأنه مخير فى أفراد القطع و الفرض ان ذلك أحدها، لكن يقوى العدم فيقتصر فى القطع على أقل الأفراد ضرراً عليهما، و أقلها مخالفه للضوابط.

و تحرير هذه الجملة محتاج إلى بسط فى الكلام، و ليس هذا محله، خصوصاً بالنسبه إلى ثبوت ولاية الحاكم فى نحو المقام الذى يكون فيه القبض شرطاً فى الصحه،

الظاهر فى كون الشرط قبض المرتهن نفسه، و قبض المتعاقدين فى مثل الصرف، و قبض الموقوف عليه فى الوقف، و قبض الموهوب فى الهبة، فإن قيام قبض الحاكم مقامه مع عدم التوكيل لا يخلو من بحث، بل لا يخلو أصل ثبوت ولايته فيما يقطع به النزاع اقتراحا مع فرض عدم معصيه من أحدهما فى دعواه منه أيضا، و إن كان ظاهر الأصحاب فى المقام و نظائره ذلك، لإطلاق الأدله فى كونه منصوبا لذلك، و لأن مجارى الأمور بيده، و أولويته من الحكيمين فى نزاع الزوجين و غير ذلك، و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلى الوارث]

المسألة الثانية: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلى الوارث بلا خلاف و لا إشكال فإن امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك و إن كان المرتهن مؤتمنا سابقا لبطلان ذلك بالموت فان اتفقا على أمين و إلا استأمن عليه الحاكم كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا فى آخر الفصل الخامس و غيره، بل تقدم الآن فى المسألة السابقه ماله تعلق به فى الجملة، كما لا يخفى.

[المسألة الثالثة إذا فرط فى الرهن و تلف لزمته قيمته]

المسألة الثالثة: إذا فرط فى الرهن أو تعدى فيه ضمنه بلا خلاف و لا إشكال، فإن كان مثليا و تلف لزمه مثله. فإن تعذر فقيمه عند الأداء أو التلف.

أو الأعلى على ما تقدم سابقا فى باب القرض و غيره من نظائر المسألة، و ان كان قيميا لزمته قيمته إلا أن المصنف على أنها يوم قبضه و لم نعرفه لغيره، بل عن جماعه الاعتراف بمجهوليه قائله، و إن أرسله فى القواعد، و ربما أراد المصنف، كما أنه لم نعرف له وجهها يعتد به، ضروره عدم كون العين مضمونه قبل التفريط.

لكن فى المسالك «حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه، مبنى على أن القيمي يضمن بمثله» و قد أخذ ذلك من الدروس حيث قال: «والمعتبر بالقيمه يوم التلف» و قال ابن الجنيدي: «الأعلى من التلف الى الحكم عليه بالقيمه» و يلوح من المحقق أن الاعتبار بالقيمه يوم القبض، بناء على أن القيمي يضمن بمثله، و فى كلام ابن الجنيدي إيماء اليه، و فيهما معا- بعد الإغضاء عن إرادته المثل من القيمه فى كلام المصنف إلا أن يحمل على تعذر المثل، و فيه ما لا يخفى أيضا- أن ذلك لا يقتضى الاعتبار يوم القبض أيضا، و من هنا فى المسالك بعد أن بناه على ما سمعت قال: «و مع ذلك ففى

اعتبار يوم القبض نظر، لأنه ثم لم يكن مضمونا، فينبغى على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان» و هو كذلك، فلو كان الرهن يوم القبض سمينا فهزل قبل التفريط ثم فرط فيه ضمنه بمثله الصورى من يوم التفريط لا القبض كما هو واضح، و دعوى أن التفريط يوجب رد المقبوض يوم القبض، كما ترى، مع أنه لا تخص القول بضمان القيمي بمثله.

و بالجمله هذا القول على كل حال فى غاية الضعف، و مثله فى ذلك القول بضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، و إن قال فى المسالك: «أنه نسب إلى الشيخ فى المبسوط» بل عن الصيمرى أنه قول مشهور، نقله فخر الدين و اختاره، بل فى الرياض «أنه مشهور فى المصنفات و لعله أحوط و أجود، إما لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الأحوال، أو لاقتضاء الشغل الذمه اليقيني البراءه كذلك، و لا تحصل إلا بذلك».

لكن فيه ما عرفت من انه لا- وجه لضمان القيمه قبل حصول سبب الضمان، و المشابهه للغاصب انما تحصل بالتفريط لا قبله، و البراءه اليقينييه أو ما بمنزلتها تحصل بما دل على ضمانه يوم التلف، على أن الظاهر عدم كون المقام مما يجب فيه يقين البراءه لعدم الإجمال فى موضوع التكليف، بل هو من الشك فى الأقل و الأكثر، مع عدم توقف صحه الأول على الثانى، فأصل البراءه محكم فى نفسه إذ هو كالشك فى شغل الذمه لشخص بالأقل أو الأكثر، و كالشك فى وجوب قضاء فريضه عليه أو أزيد و نحو ذلك، فلا ريب حينئذ فى ضعف هذا القول، و مشاركته فى عدم المستند للأول، و أضعف منهما ما عن الإسكافى من أنه أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه أو إلى المطالبه بها كما فى نقل آخر عنه، و لعلهما بمعنى، كما أن فسادهما معا على تقدير اختلافهما واضح، ضروره تعلق الضمان حال التلف من غير مدخله للمطالبه أو حكم الحاكم. نعم قد يقوى ضمان أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف، كما عن المختلف و الصيمرى و ابن فهد. لأنه حينئذ كالغاصب، و لتضرر المالك بما فات فى يده من تفاوت القيمه.

و لكن الأقوى منه ما قيل: من أن ضمانه بقيمته يوم هلاكه بل لعله خيره الأكثر كما اعترف به في المسالك، لأنه يوم الانتقال، إذ قبله كان الخطاب منحصرًا في رد العين، و عدم المنافاه بين انحصار الحق في العين قبل التلف و انتقال قيمتها قبله إلى الذمه بعده لا يكون مقتضيا لذلك، و الحكم في الغاصب ممنوع فضلا عن المقام، كمنع ضمان مثل هذا الضرر، و لذا لا يضمن لو رد العين نفسها فكذا ما أقامه الشارع مقامها الذي هو في الحقيقة طريق تأديه لها. نعم لو كانت التفاوت بسبب نقص في العين قد حصل في يده بعد التفريط، اتجه اعتبار الأعلى حينئذ، لفوات الأجزاء المضمونه عليه في يده، حتى لو رد العين نفسها على الأقوى، كما هو واضح.

و قد ظهر من ذلك أن ما في المتن و غيره من أنه قيل: يضمن أعلى القيم يرجع إلى أحد الأقوال السابقه إذ لا معنى له بدون التنزيل على أحدها، و قد مر تمام الكلام في نظائر المسألة، و يأتي إنشاء الله تعالى في باب الغصب.

فلو اختلفا اى الرهن و المرتهن في القيمة المضمونه بالتفريط فالقول قول الراهن عند الأ-كثر كما في الدروس، بل عن الغنيه الإجماع عليه، مؤيدا بحكاية عن الشيخين و القاضي و الديلمي و التقى و ابن حمزه لأن المرتهن خائن بتفريطه، فلا يقبل قوله و فيه أن قبول قوله لإنكاره، لا- من حيث أمانته التي ارتفعت بخيانتته و من هنا قيل القول قول المرتهن (١١) لأصالة البراءة من الزائد، فيكون منكرا عليه اليمين، و على الراهن المدعى البيه كما هو مضمون النبوى و (١٢) لا- ريب في أنه هو الأشبه (١٣) وفاقا للشهيدين و المحكى عن الحلبي و الفاضل و كثير من المتأخرين. نعم القول قول الراهن في دعوى قلتها لو كان هو المتلف للرهن، و أراد المرتهن القيمة منه، تكون رهنا، فادعى عليه زيادتها، لكون الأصل معه، فيكون منكرا عليه اليمين، و المرتهن المدعى عليه البيه، و لو كان المتلف أجنبيا و صدقه الراهن في دعوى القله لم يكن للمرتهن سبيل عليه، مع احتمال توجه اليمين له عليه، باعتبار تعلق حق الرهانه بها، و الله أعلم.

[المسألة الرابعه لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن]

المسألة الرابعه لو اختلفا فيما على الرهن (١٤) قله و كثره مع اتحاد الدين

و تعدده، و إن اتفقا على شغل الذمه كان القول قول الراهن، و قيل: و القائل الإسكافي القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن، و الأول أشهر بل هو المشهور شهره عظيمه، بل عن ابنى زهره و إدريس الإجماع عليه، و لعله كذلك، لعدم قدح خلافه فيه، و هو الحججه.

مضافا إلى قاعده المدعى و المنكر إذ لا ريب فى كون الأول هنا المرتهن، و الثانى الراهن الموافق قوله لأصالة عدم ارتهانه بأزيد مما اعترف به المالك، بل لو كان النزاع فى أصل شغل الذمه به، كان الأصل براءة الذمه.

و إلى

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فيه، فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف، فقال صاحب الرهن:

إنه بماءه قال: البينه على الذى عنده الرهن أنه بألف، و إن لم يكن عنده بينه فعلى الراهن اليمين».

و

موثقه ابن ابى يعفور (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا اختلفا فى الرهن فقال أحدهما: رهنه بألف، و قال الآخر: بماءه درهم؟ فقال: يسئل صاحب الألف البينه، فإن لم يكن بينه، حلف صاحب الماء».

و

موثق عبيد بن زرار (٣) عنه أيضا «فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما، فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف فان لم يكن عنده بينه، فعلى الذى له الرهن اليمين أنه بماءه».

فلا محيص حينئذ عن المشهور، خصوصا مع عدم دليل للإسكافي صالح لمعارضه ما سمعت، إذ ليس إلا موافقه الظاهر فى بعض الافراد الذى لا عبره به فى مقابله ما سمعت.

و

خبر السكونى (٤) عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام «فى رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن؟

فقال الراهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر؟ قال

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث ٣.

٤-٤ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث ٤.

على عليه السلام، يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن، لأنه أمينه»

الضعيف سندا الموافق لأحد قولي العامه، المخالف للمتواتر كما في جامع المقاصد المحتمل لما عن الشيخ من أن الاولى للراهن أن يصدق المرتهن.

فمثله لا- يصلح لمعارضه ما تقدم من وجوه، على أن ظاهره باعتبار مفهوم الغايه تصديق الراهن فيما لو أحاطت دعوى المرتهن بالثمن، و المعروف حكايته عن ابن الجنيد أنه يصدق المرتهن ما لم يدع زياده القيمه على الراهن، فهو مخالف حينئذ للخبر.

نعم على ما حكاه في المتن عنه يتجه الاستدلال له به، و كان الموجب لاختلاف النقل عنه عبارته المحكيه عنه، و هي: المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن، فإن زاد دعوى المرتهن على القيمه لا- تقبل إلا بينه. باعتبار اشتمالها على مفهوم الغايه القاضى بخروج دعوى الإحاطه عن حكم دعوى غيرها، و على مفهوم الشرط القاضى بدخولها.

و على كل حال فالمذهب، الأول، بل لو أراد ابن الجنيد- ما يشمل دعوى المرتهن أصل الشغل بالزائد- كما عساه يظهر من بعض، بل ظاهر الفاضل في القواعد أن نزاعه في ذلك- كان مخالفا للضوابط الشرعيه، بل يمكن دعوى الضروره حينئذ على خلافه و الله أعلم.

[المسأله الخامسه لو اختلفا في متاع فقال أحدهما هو وديعه]

المسأله الخامسه: لو اختلفا في متاع فقال أحدهما أى المالك هو وديعه عندك و قال الممسك هو رهن ف المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه بل ربما استظهر من نافع المصنف الإجماع عليه أن القول قول المالك و قيل: و القائل الصدوق، و الشيخ، فى المحكى عن مقنع الأول، و استبصار الثانى، القول قول الممسك، و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه منكر باعتبار موافقه قوله لأصالة عدم الارتهان.

و

فى موثق إسحاق بن عمار(١) عن الصادق عليه السلام فى الاختلاف فى الوديعه و القرض «أن القول قول صاحب المال مع يمينه»

و خصوص المورد لا يخصص الوارد،

فيستفاد منه حينئذ أصاله عدم الحكم بمال الإنسان بغير قوله، و إن كان مدعياً، فضلاً عما نحن فيه، مما هو مدعى عليه، اللهم إلا أن يقال إن ما فيه مبنى على أصاله الضمان في اليد، حتى يقوم خلافه، لا على الأصل المزبور الشامل للمقام، فلا يكون شاهداً له، و فيه بحث.

و على كل حال فقد يؤيد ما نحن فيه أيضاً الخبر المتقدم (١) سابقاً في مسأله استيفاء المرتهن الدين مما في يده إذا خاف جحود الوارث لو أقر بالرهانه، ضروره ظهوره في أن القول قول الوارث مع الإقرار لا قوله، و إن كان المال في يده فلاحظ و تأمل.

كل ذلك مضافاً إلى خصوص

صحيح ابن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل رهن عند صاحبه رهناً، فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندى بكذا و كذا، و قال الآخر: إنما هو عندك وديعه، فقال: البينه على الذي عنده الرهن أنه بكذا و كذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذي له الرهن اليمين»

لكن حمله الشيخ على صورته النزاع في الدين، لا- الرهن، فقال: إنما قال: عليه البينه على مقدار الدين الذي ارهنته به، لا على أصل الرهن، و حينئذ فيمين المالك مع تعذر البينه على نفى الدين، و مقتضاه أن محل النزاع صورته الاتفاق على الدين، و لكن اختلفا في الرهانه عليه، و الوديعة.

فلا- يكون المحكى عن ابن حمزه- من التفصيل بين اعتراف صاحب المتاع بالدين فالقول قول الممسك و عدمه فالقول قول المالك- قولاً ثالثاً في المسئلة منشؤه الجمع بين الصحيح المتقدم و بين

خبر عباده بن صهيب (٣) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتك، و الآخر يقول هو رهن؟ فقال: القول قول الذي يقول أنه رهن عندى، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود»

و

موثق ابن ابى يعفور (٤) عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره سابقاً «قال: و ان كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر و اختلفا، فقال أحدهما: هو رهن، و قال الآخر هو وديعه؟ قال:

على صاحب الوديعة البينه، فإن لم يكن بينه حلف صاحب الرهن».

١-١ الواسئل الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ١.

٢-٢ الواسئل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الرهن الحديث ١.

٣-٣ الواسئل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الرهن الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الرهن الحديث ٣.

و صحيح أبان (١) الموافق فى المتن للموثق المزبور، حتى ظن فى الحدائق أنهما خبر واحد منكرًا بذلك على ما حكاه عن صاحب الكفاية من عدتهما خبرين، لكن فيه أنه هو قد اعترف بأن الصدوق رواه عن فضاله عن أبان عن الصادق عليه السلام، و أن طريقه إلى فضاله صحيح، و أن الشيخ روى الأول بسنده عن أبان عن ابن أبى يعفور، و بذلك يكونان خبرين، و ان اتحد متنها.

و كيف كان ففيه - مع أنه لا شاهد لهذا الجمع أولاً - أنه فرع المقاومه المفقوده فى المقام، لا للضعف سنداً، لما عرفت من أن فيهما الموثق و الصحيح، و لكن لندره العامل، بخلاف الأول الذى قد عرفت عظم شهرته، و لاعتضاده بما عرفت من القواعد و غيرها، و دعوى - اعتضاد هذه بظهور كونه رهنا بعد الاعتراف بالدين - واضحة المنع، مع أنه على تسليمها لا تساوى ما اعتضد به الأول، خصوصاً ما قيل: من موافقه هذه للتقيه أيضاً، و أضعف من ذلك ما يحكى عن ابن الجنيد من الجمع بينها بالتفصيل أيضاً بين صورتى اعتراف القابض للمالك بكونه فى يده على سبيل الامانه ثم صار رهنا فالقول قول المالك، و صورته دعواه الرهانه ابتداء فالقول قوله، إذ هو كما ترى، و قد ظهر من ذلك كله أنه لا - محيص عن المشهور، و إن وسوس فيه بعض متأخرى المتأخرين، بل جزم بخلافه آخر ترجيحاً للنصوص المزبوره على الصحيح الأول، إلا أن خلافه غير قادح، بعد أن كان منشؤه اختلال الطريقه، بل ربما أفاد المشهور قوه و الله أعلم.

[المسأله السادسة إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع ثم اختلفا فقال المرتهن رجعت قبل البيع]

المسأله السادسة: إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع، ثم اختلفا فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، و قال الراهن رجعت بعده كان القول قول المرتهن عند المشهور بين الأصحاب بل فى جامع المقاصد نسبتة إليهم مشعراً بدعوى الإجماع، خصوصاً مع قوله أنه ينبغى الوقوف معهم. و إن كان الدليل يقتضى خلافه، ترجيحاً لجانب الوثيقه المستصحب بقاؤها إلى أن يعلم المزيل. و ليس، لأن الاذن فى البيع غير مسقط لها، و إنما المسقط لها البيع المأذون فيه، و لم يثبت إذ الدعويان متكافئان لأن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع و الأصل عدمه، و المرتهن بالعكس،

و الأصل عدمه، فإن كلا منهما حادث، و الأصل تأخره، و الاقتران أيضا حادث و الأصل عدمه، مع انه لو حكم به هنا لاقتضى فساد البيع.

و على كل حال يبقى استصحاب الرهانه سالما عن المعارض، و دعوى- معارضته بأصله صحة البيع المعلوم وقوعه، فيتساقطان، و يبقى مع الراهن ملكيه المرهون، و تسلط الناس على أموالهم- يدفعها أن أصله صحة العقد مترتبة على سبقه بالإذن، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد، بخلاف استصحاب الوثيقة، فإنه باعتبار معلوميه حصولها صحيحه سابقا، إنما يكون الشك فى طرو المبطل لها، فيكفى فى نفيه أصله عدمه، و ليس استصحابها مشروطا بسبق الرجوع على البيع، حتى يقال:

إنه إذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم به، نحو ما سمعته فى صحة البيع، بل يكفى فى صحة استصحابها عدم العلم بسبق البيع للرجوع.

و من ذلك يعلم اندفاع ما فى جامع المقاصد من المناقشه فى أصل تكافؤ الدعويين: «بأن الأصل و إن كان عدم صدور البيع على الوجه الذى يدعيه الراهن، إلا- أنه لا- يتمسك به الان، لحصول الناقل عنه، و هو صدور البيع مستجمعا لجميع ما يعتبر فيه شرعا، و ليس هناك ما يخل بصحته، إلا كون الرجوع قبله، و يكفى فيه عدم العلم بوقوعه كذلك، و الاستناد إلى أن الأصل بقاء الإذن السابق، لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه، لتأثير المقتضى و إلا لم يمكن التمسك بشىء من العلل الشرعيه، إذ لا يقطع بنفى موانع تأثيرها بحسب الواقع، و هو معلوم البطلان، فإن من صلى مراعىا للافعال و الشرائط، يكفيه فى صحة صلاته الاستناد إلى أصله عدم طرو النجاسه على ثوبه و بدنه الطاهرين، و إن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعاً.

هذا مع اعتضاده بأن الأصل فى البيع الصحه و اللزوم، و حيث تحقق الناقل عن الأصل المزبور امتنع التمسك به، و خرج عن كونه حجه، كأصل الطهاره بعد ثبوت المقتضى للتنجيس مثلا، فإنه لا يتمسك به، و حينئذ فينتفى حكم كل من الأصليين اللذين ذكروهما، على أن ما ذكروه فى الاستدلال إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصليين المزبورين، و الانحصار فيهما و فى الأصل الثالث الذى ذكروه، و ليس

كذلك، فإن لنا أصلاً آخر من هذا الجانب، وهو أن الأصل في البيع الصحة واللزوم ووجوب الوفاء بالعقد.

لأنه كما ترى مبنى على أن الشك في صحة العقد إنما وقع في المانع الذي هو الرجوع قبل البيع، لا في حصول الشرط الذي هو الإذن، وقد عرفت ما فيه، وإلى ذلك يرجع ما في المسالك من دفعه، فإنه قال: «لا نسلم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية، لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن، وحصوله غير معلوم، وتنقيح ذلك أن الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققاً، لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن إلا- بإذن معلوم من المرتهن حاله البيع، ولما حصل الشك في حصولها حالته، وقع الشك في حصول الشرط نفسه، لا- في وجود المانع، ومعلوم أن الشرط لا- يكفي فيه عدم العلم بانتفائه، بل لا بد من العلم بحصوله، ليرتب عليه المشروط، ولو بطريق الاستصحاب، كإصلاحه مع تيقن الطهاره سابقاً، والشك في بقائها الآن، والأمر هنا كذلك، فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقيناً، ويستصحب الآن، والشرط المقتضى لصحة البيع غير معلوم الوقوع في زمان البيع، لا باليقين ولا بالاستصحاب، فيرجح جانب الوثيقه كما ذكره».

لكن فيه أولاً: أنه لا- ريب في كون الشرط هنا بعد تحقق الإذن عدم الرجوع بها الذي هو لازم بقائها، ويكفي ما ذكره من أصله العدم والاستصحاب في إثباته، إلا أنه لو كان النزاع في الرجوع وعدمه، لا فيما إذا كان النزاع في أنه قبل البيع أو بعده كما هو الفرض، ضروره معارضه أصله عدم كونه قبله حينئذ، بأصله عدم كون البيع قبله، كما أن استصحاب بقاء الإذن لا يمكنه أن يفيد المقارنه للبيع حينئذ، لاحتمال تخلل الرجوع الذي قد عرفت معارضه أصله عدمه، لأصله عدم تخلل البيع بين الإذن والرجوع، فاستصحاب بقاء الإذن حينئذ الذي لازمه عدم الرجوع، كاستصحاب بقاء المال الذي لازمه عدم البيع كما هو واضح، فكان الذي ينبغي توجيه الرد بذلك، لا بأن الشك في الشرط لا المانع، فتأمل جيداً.

و ثانياً: أنه لا ريب في الحكم بحصول الشرائط بعد وقوع الفعل، وإن كان

الأصل يقتضى عدمها، كما لو شك في الطهاره أو الاستقبال أو التستر أو نحو ذلك بعد الصلاه، خصوصا إذا كان أصلها ثابتا كما لو تيقن الحدث بعد الفراغ من الصلاه، و لكن لا يعلم سبقه عليها أو بالعكس، فقوله إن الشرائط لا بد من إحرازها بيقين أو باستصحاب، إن أراد به قبل التلبس بالفعل، فهو مسلم، و لكنه غير ما نحن فيه، و إن أراد بعده، فهو واضح المنع، ضروره اقتضاء أصاله صحه فعل المسلم ما ذكرنا، بل الظاهر اقتضاؤها و إن كان الشرط من فعل الغير، كما لو صلى فى لباس غيره أو مكان كذلك، ثم شك فى أنه هل كان مأذونا أولا؟ فإنه يحكم بصحه فعله، و لا يكلف بالإعاده، و كذا لو شك بعد البيع هل كان مأذونا أولا؟.

نعم أصل صحه الفعل لا يسقط بها حق غير الفاعل إذا أنكر، فللمالك الأجره فى المثال، و يحكم بعود المال لو كان موجودا لو باعه، لأن أصاله صحه فعله لا تقتضى سقوط حق غير الفاعل، أما فى مثل الفرض الذى قد تحقق فيه أصل الإذن، فقد يتجه دعوى جريان أصاله صحه البيع التى يكفى فيها احتمال عدم الرجوع قبله، ففى الحقيقه سقوط حقه بإذنه، لا بأصاله الصحه، إلا أنه يعارض ذلك أصاله الصحه فى رجوعه، ضروره كونه فعلا من أفعال المسلم الذى ينبغى حملها على الصحه التى هى هنا الحكم بكونه قبل البيع، حتى يؤثر فسادا، فصحيحه ذلك، و فاسده الواقع بعد البيع، لعدم تأثيره، إذ ليس الفساد و الصحه إلا ترتب الأثر و عدمه، و دعوى - تساقطهما و الرجوع إلى الأمر بالوفاء بالعقود الذى هو غير أصل الصحه ضروره شموله لما لم يحكم بصحته و فساده، بعد الإغضاء عما فيها - يدفعه أنه شامل، لعقد الرهن أيضا، فيكون مخاطبا بالوفاء به.

نعم لو كان النزاع فى أصل الرجوع و عدمه اتجه الحكم بصحه البيع، و نفى الرجوع بالأصل، و استصحاب بقاء الأذن، و دعوى أن الفرض من ذلك - إذ قول الراهن رجعت بعد البيع كلام أجنبى، لا مدخله له فى الدعوى، و إنما العمده قوله لم ترجع قبل البيع، فهو منكر و المرتهن مدع - يدفعها أنها ليست بأولى من العكس،

إذ قول المرتهن بعت بعد الرجوع كلام أجنبي لا-مدخله له في الدعوى، وإنما العمده قوله لم تبع قبل الرجوع: فهو منكر، و
الراهن مدعى.

و لا يرد أن مقتضى ذلك تحالفهما معا، و فسخ البيع، لان ذلك كذلك لو لم يكن لأحدهما أصل آخر يرجع اليه، أما إذا كان
و هو استصحاب الرهانه، فالمنكر هو، لموافقته للأصل، و المدعى الراهن، فيكون عليه البيئه، و على الأول اليمين.

و قد ظهر من ذلك كله أنه لا وجه لما قيل أو يقال من أن المتجه العمل بالأصلين، أى أصلى بقاء الرهانه و صحه البيع، فيحكم
بكونه مبيعا و هو رهن، إذ قد عرفت أنه لا أصل سالم فيقتضى الصحه، على أن العمل بالأصلين فى الموضوع الواحد غير متجه فى
المقام، ضروره اقتضائهما حينئذ حكما فيه معلوما من الشرع خلافه، و هو رهانه ملك الغير بغير إذنه، و بقاء الرهانه مع صحه البيع
المنافيه لها، المقتضيه سقوطها و بالجمله هو واضح الفساد- فبان أن كلام الأصحاب فى محله، بل هو كذلك، لو شك المرتهن
فى نفسه أن رجوعه كان قبل البيع أو بعده، بعد أن علمهما معا، و كذا لو شك الراهن كذلك، فإن الأصل بقاء الرهانه فى
الجميع، فتأمل جيدا هذا.

و فى التذكرة عن بعض الشافعيه «التفصيل بين ما لو قال الراهن أولا تصرفت بإذنيك؟ ثم قال المرتهن: كنت قد رجعت قبله،
فالقول قول الراهن بيمينه، و بين ما لو قال المرتهن أولا: رجعت عما أذنت، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك، فالقول
قول المرتهن بيمينه، لأن الراهن حينما أخبر لم يكن قادرا على الإنشاء.

و فى جامع المقاصد يقرب من ذلك، ما لو تصادقا على صدور البيع، ثم اختلفا فى حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع،
ثم اختلفا فى حال البيع، أخذنا بالإقرار السابق.

قلت: لعل مبنى كلام بعض الشافعيه- كما يرمى إليه التعليل- على إنكار الراهن الرجوع قبل البيع المتفق عليه بينهما فى الأول،
من غير اعتراف بالرجوع بعده، و على إنكار المرتهن البيع قبل الرجوع المتفق عليه بينهما فى الثانى، و هو

كذلك، إلا أنه غير مفروض الأصحاب فلا يكون تفصيلا فيه.

أما ما فى جامع المقاصد فيصعب الفرق بينه و بين مفروض الأصحاب، و الإقرار بعد أن كان الفعل من غير المقر قد يمنع الأخذ به، فتأمل جيدا.

نعم بقى شىء أشار إليه الشهيد فى الدروس و الحواشى و تبعه عليه غيره، و هو أن كلام الأصحاب يتم فيما إذا أطلق الدعويان و لم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع، و أما إذا عينا وقتا و اختلفا فى الآخر فلا يتم، لأنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة مثلا، و اختلفا فى تقديم الرجوع عليه و عدمه، فالأصل التأخر، و عدم التقدم، فيكون القول قول الراهن، و ينعكس الحكم لو اتفقا على عدم وقت الرجوع، و اختلفا فى تقدم البيع عليه و عدمه، و هذه مسألة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه، و قد حققنا الكلام فيها فى مقام آخر.

و لعل إطلاق الأصحاب هنا و فى مسألة الجمعيتين و مسألة من اشتبه موتهم فى التقدم و التأخر، و مسألة تيقن الطهاره و الحدث و غيرها شاهد على أن أصله التأخر إنما تقتضى بالتأخر على الإطلاق، لا بالتأخر عن الآخر و مسبقيته به، إذ وصف السبق حادث، و الأصل عدمه، فيرجع ذلك إلى الأصول المثبتة: و هى منفيه، فأصله الرهن هنا حينئذ بحالها، إلا أن الإنصاف عدم خلو ذلك عن البحث و النظر، خصوصا فى المقام فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو كان التصرف المأذون فيه الذى اختلف فى الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعا كسكنى و ركوب، و نحوهما، بناء على أن الواقع منهما بغير اذن يوجب أجره تكون رهنا، فقد يقال: ان القول قول الراهن، لتعارض الأصلين فيبقى أصل البراءة الذمه سالما هنا عن المعارض، اللهم إلا أن يقال إن الأصل فى منافع الرهن على الضمان، فيكون واردا على أصل البراءة قاطعا له. و لو تلفت العين، فوقع النزاع بينهما أن إتلافها كان قبل الرجوع أو بعده، فقد يقال: أيضا بتقديم قول الراهن، لأصله البراءة أيضا من قيمه، إذ استصحاب الرهانه بعد انعدام الموضوع غير معقول، لكن قد يقوى خلافه، لان التلف لا ينافى جريان الاستصحاب إلى حال التلف، فيكون رهنا

[المسألة السابعة الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء بعين الرهن]

المسألة السابعة الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء، بعين الرهن، و إن كان مجانسا للحق، للأصل و غيره، نعم له إلزام المرتهن بالقبول مع التجانس، و ليس له طلب البيع، و لو كان مخالفا للحق و اتفقا على دفعه عنه أو بيعه بالموافق أو المخالف، كان لهما ذلك قطعا، لأن الحق لهما، و كذا فى الرهن الموافق للحق.

و إذا اتفقا على البيع، و اختلفا فيما يباع به الرهن فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب، و آخر بغيره يبيع بالنقد الغالب فى البلد بإذن الحاكم، من غير فرق فى طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن، لأن لكل منهما حقا فى العين، و حينئذ فلا بد من استيذانه ل يجبر الممتنع أو يأذن بالبيع عليه، نعم لو كان المرتهن مثلا- وكيلا- لازما و أراد بيعه بالغالب لم يتوقف على إذن الحاكم، و لم يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفه للشرع، لانصراف الإطلاق إلى الغالب شرعا و عرفا.

و كذا لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب و تعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب، لأنه الذى يقتضيه الإطلاق بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا.

لكن قد يناقش أولا: بأن المتجه إجابة المالك لو كان طالبا للبيع بمساوى الحق، و إن لم يكن الغالب، لأن المراد منه وفاء عين الحق، و ليس للمرتهن غرض بالبيع بالنقد الغالب أو غير مساوى الحق، حتى يصلح لأن يكون معارضا لذلك، و لا إطلاق فى الأدلة بحيث يعارض ذلك، بل ربما ظهر من

قوله عليه السلام- فى خبر خوف جحود الورثة(١)المتقدم سابقا «فليأخذ ماله مما فى يده»

- أن الرهن يباع بمساوى الحق، فيجاب إليه حينئذ من أراده منهما، و إن كان المرتهن.

و ربما يؤيده أنه المنساق من الاستيثاق، بل يؤيده أنه لو لم يكن له ذلك، لأدى

إلى الضرر على المرتهن بالنقد، ثم النقل، لعدم دليل يقتضى إلزام الراهن شراء الحق بثلث الرهن فى المرتبة الأولى، اللهم إلا أن يجعل ذلك هو الغايه، فيقال للراهن التغليب ما لم يستلزم الضرر على المرتهن بالتعطيل، أو يقال ليس للراهن إلا البيع بالنقد الغالب أولاً، ثم ليس له إلا شراء عين الحق بالثلث إذا لم يرض المرتهن فتأمل جيداً.

أو يقال أن مبنى كلام الأصحاب على وجوب قبول المرتهن الثلث الغالب عوضاً عن حقه وافقه أو خالفه، لأن مبنى الرهانه على ذلك، إلا أنه كما ترى فيه هدم لقاعده استحقاق المستحق عين ماله من غير دليل، إذ ليس فى الأدله إلا بيعه و هو أعم من ذلك إذ يمكن إرادته أنه يباع و يشتري بثلثه عين الحق، و دعوى - أن الرضا بالارتهان مقتضى للرضا بأخذ الثلث، عوضاً عن حقه و إن خالفه - واضحة المنع، كدعوى أن ذلك حكم شرعى لا مدخله فيه لرضاهما، فتأمل جيداً.

و ثانياً: أنه لا- معنى لرد الحاكم لهما إلى الغالب بعد ان اتفقا على عدمه، و الحق منحصر فيهما، و قطع نزاعهما يكون بترجيح أحدهما على الآخر بمساواه الحق و نحوها، فإن لم يكن فالقرعه، أو اختيار الحاكم.

هذا و لكن ليس فى كلام من تعرض للمسألة من الأصحاب شىء من ذلك، قال فى القواعد: فى فروع وضع الرهن على يد العدل: «و لو عينا ثمننا لم يجر له التعدى فإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن ملكيه الثلث، و للمرتهن حق الوثيقه، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أولاً، و إن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فبمساوى الحق، فإن باينهما عين له الحاكم» و قال فى التذكرة فى فروع العدل أيضا «لو اختلف المتراهنان فقال أحدهما: بع بدنانير، و قال الآخر: بع بدراهم، لم يبع بواحد منهما، لاختلافهما فى الاذن، و لكل منهما حق فى بيعه، فللمرتهن حق الوثيقه فى الثلث، و استيفاء حقه منه و للبائع ملك الثلث، فإذا اختلفا رفعا ذلك إلى الحاكم، فيأذن له أن يبيعه بنقد البلد، سواء

كان من جنس حق المرتهن أو لم يكن، و سواء وافق ذلك قول أحدهما أو خالفه، لأن الحظ في البيع يكون بنقد البلد، و لو كان النقدان جميعا نقد البلد، باعه بأعلاهما، و ان كانا متساويين في ذلك باع بأوفرهما حظا، فإن استويا في ذلك، باع بما هو من جنس الحق منهما، فإن كان الحق من غير جنسهما باع بما هو أسهل صرفا إلى جنس الحق و أقرب إليه، فإن استويا في ذلك، عين له الحاكم أحدهما فباع به، و صرف نقد البلد إليه».

و قال في الدروس: «و لو اختلفا فيما يباع به، بيع بنقد البلد، بثمن المثل حالا، سواء كان موافقا للدين أو اختيار أحدهما، أم لا، و لو كان فيه نقدان بيع بأغلبهما، فإن تساويا فبمناسب الحق فإن باينه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين، و لو كان أحد المتباينين أسهل صرفا إلى الحق تعين» الى غير ذلك من عباراتهم التي لا تعرض فيها لشيء مما ذكرنا، كما لا تعرض فيها لبيان البلد الذي يعتبر البيع، بنقده الغالب، هل هو بلد البيع، أو بلد الرهانه، أو بلد المرتهن، أو بلد الراهن، إذ لا اشكال مع اتحاد الجميع، أما مع الاختلاف ففيه إشكال، و ان كان ترجيح بلد البيع لا يخلو من وجه، و لعل إرجاع الأمر إلى الحاكم مع التنازع في هذا الحال فيقطعه بنظره أولى.

و على كل حال ف لو كان للبلد نقدان غالبان متساويان إذ لو كانا متفاوتين بيع بالأغلب، بل قد يندرج في السابق أما مع التساوى ففي المتن بيع بأشبههما بالحق و الظاهر إرادته الموافقه من المشابهه، و يمكن إرادته الأعم من ذلك، ترجيحاً لجانب المرتهن الذي كانت الحكمة في مشروعيه الارتهان له استيفاء حقه من الرهن، و لا ريب في أولويه استيفائه أولاً على غيره.

لكن قد سمعت ما في التذكرة أنه مع التساوى يباع بأوفرهما حظا، و كأنه رجح مصلحه المالك، أما مع المباينه فظاهر المتن و صريح القواعد البيع بما عين الحاكم، إلا أنه قد تقدم ما في الدروس أن البيع بالأسهل صرفا إلى الحق، و في

المحكى عن التحرير بيع بأقربهما حضا، و فى المسالك هو أقعد من الجميع، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك. قلت: و الكلام فى اعتبار مراعاة مصلحة المالك. فتأمل جيدا و الله أعلم.

[المسألة الثامنة إذا ادعى المرتهن رهانه شىء مخصوص فأنكر الراهن و ذكر أن الرهن غيره و ليس هناك بينه بطلت رهانه ما ينكره المرتهن]

المسألة الثامنة: إذا ادعى المرتهن رهانه شىء مخصوص فأنكر الراهن، و ذكر أن الرهن غيره، و ليس هناك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن بلا- خلاف أجده فيه، لكونه جائزا من قبله، فيكفى فى فسخه إنكاره، الظاهر فى عدم الرضا بكونه رهنا الآن، و لكنه لا- يخلو من تأمل، خصوصا بعد ما تسمعه عن الإرشاد إن لم يكن إجماعا، كما يظهر من تتبع كلماتهم فى نظائر المقام، كإنكار الطلاق الرجعى و غيره مما صرحوا بكونه فسخا من المنكر فلاحظ و تأمل.

و إذا بطلت رهانه ما أنكره المرتهن حلف الراهن على نفى رهانه الآخر الذى ادعاه المرتهن، لانه منكر بلا إشكال، كما لو قال: رهنى العبد فقال المرتهن: بل هو و الجارية و حينئذ فإذا حلف الراهن فى الفرض خرجا معا عن الرهن فى ظاهر الشرع، لكن عن الإرشاد أنهما يتحالفان، و لعله لعدم البطلان بالإنكار الذى هو أعم من الفسخ، و فيه مضافا إلى ما عرفت من ظهور الاتفاق على كونه فسخا، أن له طريقا إلى التخلص عن اليمين بالفسخ على تقدير الرهانه، لأنه جائز من قبله، فتكليفه باليمين التى مرجعها إلى الفسخ الذى يمكن وقوعه منه بدونها لا وجه له، فلا ريب فى أن الأقوى ما ذكره الأصحاب الذين هو من جملتهم فى القواعد، و المحكى عن التذكرة.

نعم قد يتجه التحالف لو كان ما اختلفا فى رهنه شرطا فى بيعه، كما اختاره الشهيدان، و مال إليه ثانى المحققين، لرجوعه حينئذ إلى الاختلاف فى الثمن، إذ الشرط من مكملاته، فيتحالفان حينئذ على كيفية الشرط و يتسلط البائع مثلا حينئذ على فسخ العقد، لعدم سلامه الشرط الذى اتفقا عليه فى الجملة له، لكن فى القواعد أن الأقوى تقديم قول الراهن أيضا، و هو لا يخلو من وجه لأصالة اللزوم و عدم ثبوت عدم الوفاء بالشرط، بحيث يتسلط به على الفسخ، إذ لعله

ما أنكر رهانته فيكون هو المفوت لشرطه، فلا- يفسخ بمجرد الاحتمال فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجه عليه اليمين و يختص اليمين بالراهن، و هو قوى جدا، و لا غرابه في بقاء العقد بلا شرط، و إن اتفقا معا عليه، بعد الجريان على الضوابط، كما أومى إليه فخر المحققين في المحكى عنه، فلاحظ و تأمل. و الله أعلم.

[المسألة التاسعة لو كان له دينان أحدهما برهن فدفع اليه مالا و اختلفا فالقول قول الدافع]

المسألة التاسعة: لو كان له دينان أحدهما برهن و الآخر بلا رهن مثلا فدفع الراهن اليه مالا و اختلفا في أنه عن ذى الرهن، أو عن فاقده فالقول قول الدافع بلا خلاف و لا إشكال لأنه أبصر بنيته التي لا تعلم إلا من قبله، بل ربما قيل: بأن القول قوله بلا يمين، لذلك، لكن يمكن أن يكون قد علم المرتهن منه ذلك، و لو بقرائن فيحتاج إلى اليمين حينئذ في النفي، خصوصا بعد مشروعيتها لنفي التهمة، أما لو ادعى المرتهن عليه الإقرار، فلا إشكال في توجه اليمين، و الأمر في ذلك سهل.

إنما الكلام فيما إذا اعترف الدافع بأنه لم ينو أحدهما حال الدفع، فقد يحتمل التوزيع، و بقاء التخيير، فله أن يصرفه الآن إلى ما شاء، بل جزم في جامع المقاصد بالأول، لصحة القبض و الدفع، و ليس أحدهما أولى من الآخر، و لانه قد ملكه ملكا تاما. فإما عن الدينين، أو عن أحدهما بعينه، أولا- عن أحدهما، أو عن أحدهما لا- بعينه، و الكل باطل إلا الأول، لاستحاله الترجيح بلا مرجح، و ملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمه، و لأنه إن لم يزل عن ذمته شىء منهما لزم المحال، و إلا كان هو المقضى عنه.

لكن فيه أن الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضا، و عدم اعتبار ذلك في قضاء الدين إنما يسلم مع عدم اختلاف جهه الدين لعدم ما يترتب حينئذ على النيه، أما مع الاختلاف و لو بتعدد الغريم فلا. لأصالة بقاء المال على ملك الدافع، و بقاء شغل الذمه، و حينئذ فإن كان مبنى الاحتمال الثانى ذلك، كان له وجه، و إلا فهو مشكل.

اللهم إلا أن يدعى أنه وإن ملكه القابض، لكن إذا تعقب بالتعيين بعد ذلك ينكشف الملك على هذا الوجه من حين الدفع و به حينئذ يرجح على التوزيع وغيره أو يقال إنه بالدفع يملك على الغريم ما قابله مما فى ذمته على وجه التخيير له فى التعيين.

و قد يحتمل القرعه أيضا، كما احتملت فيما إذا كان له زوجتان أو زوجات، فقال:

زوجتى طالق، و لم ينو واحده منهما، فإن المحكى عن الشيخ و الفاضلين و الشهيد احتمالها، و احتمال التعيين بعد ذلك، فيقع الطلاق حينئذ من حينه، أو حين اللفظ، قيل:

و كذا لو أسلم على أكثر من أربع، أو دفع الزكاه و كان له مالان غائب و حاضر. أو سمى و لم ينو سوره معينه، أو كان له خيار حيوان، و شرط و أسقط من خياره يومين، لكن فيه- بعد الفرق بين بعض الأمثله أو جميعها، و بين المقام- أنه قد يلتزم القائل بالتوزيع مثله فى القابل منها، لعدم الإشكال حينئذ معه، و غير القابل يفرع إلى القرعه، أو غيرها.

و على كل حال فمما ذكرنا يعرف الحال فى نظائر المسأله. كما لو تباع كافران درهما بدرهمين، و دفع مشترى الدرهم درهما، ثم أسلما فإنه إن قصد به الفضل، بقى عليه الأصل و إن قصد الأصل فلا شىء عليه، و إن قصدهما و وزع و سقط ما بقى من الفضل و إن لم يقصد بالتوزيع. أو التعيين الآن، أو و البطلان كما ذكرنا، و قد يحتمل هنا الاحتساب من الأصل، لأنه الدين حقيقه و غيره حكما ما دام على الشرط. فتأمل و كما لو كان لزيد عليه ماء و لعمر و مثلها، و وكلا من يقبض لهما، و دفع المديون لزيد أو لعمر أو لهما فذاك، و إلا فالوجوه و البطلان هنا أقوى منه فيما تقدم، و لو اقتص الغريم حيث يجوز له ذلك، احتمل كون المدار على نيته، لكن ينبغى مراعاة المصلحه و التوزيع، و لو دفع الحاكم عن المماطل كان الاعتبار بنيته، لأنه الولى.

نعم لو نوى المماطل بعد القهر بما دفعه الحاكم أمكن اعتبار نيته، كما لو قهره الحاكم على الدفع فنوى، و قد يحتمل اعتبار نيه القابض، و لو لم ينو أحد منهم

احتمل التوزيع، و التعيين، و البطلان، و فى القواعد «و لو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنيته، و يحتمل القابض» و لو فقدت فالوجهان أى التوزيع و التعيين بعد ذلك و الله أعلم.

و ان اختلفا فى رد الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن له اى المرتهن بينه بلا- خلاف أجده فيه لانه منكر، باعتبار موافقته لأصالة عدم الرد، و كون المرتهن أمينا أعم من تصديقه فى ذلك، و القياس على الودعى- مع أنه باطل عندنا- قد يفرق بينهما، بالقبض لمصلحه المالك، فيكون محسنا لا سبيل عليه، و عدمه، و كذا المستعير و المقارض و الوكيل بجعل و غيرها و الله أعلم.

[كتاب المفلس]

اشاره

كتاب المفلس

[تعريف المفلس]

المفلس بالكسر لغه هو الفقير الذى ذهب خيار ماله وبقى فلولسه و نحوه ما فى القواعد من أنه من ذهب جيد ماله، وبقى رديه، فصار ماله فلوسا و زيوفاً، و لعل العرف الآن على كون المفلس بالكسر أعم من الذاهب خيار ماله، بل هو شامل لمن لم يكن له مال من أول أمره إلا الفلوس. نعم قد يقال إن المفلس بالفتح عرفاً ذلك، على أنه لا يخلو من بحث، و عن المبسوط أن المفلس لغه هو الفقير المعسر و هو مشتق من الفلوس، و كان معناه نفى خيار ماله و جيده، وبقى معه الفلوس، و عن التحرير أنه مأخوذ من الفلوس التى هى آخر مال الرجل.

و عن التذكرة الإفلاس مأخوذ من الفلوس، و قولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أى صار أصحابه خبثاء، لأن ماله صار فلوسا و زيوفاً، و لم يبق له مال خطير، و كقولهم أذل الرجل: أى صار إلى حاله يذل فيها، و كذا أفلس أى صار إلى حاله يقال فيها ليس معه فلس، أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس، أو كقولهم أسهل الرجل و أحزن، إذا وصل إلى السهل و الحزن، لأنه انتهى أمره إلى الفلوس.

و الأصل أن المفلس فى عرف اللغه هو الذى لا مال له، و لا ما يدفع به حاجته، و لهذا لما

قال النبى صلى الله عليه و آله (١) «أ تدررون ما المفلس؟ قالوا: يا رسول الله المفلس فىنا من لا درهم له و لا متاع، قال: ليس ذلك المفلس، و لكن المفلس من يأتى يوم القيامة حسناته أمثال الجبال، و يأتى و قد ظلم هذا، و أخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من

١- ١ صحيح مسلم ج ٤ كتاب البر و الصله الحديث ٥٩ طبع دار احياء التراث العربى بيروت، مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٠٣ طبع دار صادر بيروت.

حسانته و هذا من حسانته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم، فيرد عليه، ثم صار إلى النار».

و عن القاموس: أفلس إذا لم يبق معه مال، فكأنما صارت دراهمه فلوسا، أو صار بحيث يقال: ليس معه فلس، و فلسه القاضي تفليسا، حكم بإفلاسه، قلت: لا-ريب في أن أفلس بالمعنى الذى ذكره، فيكون لازما، و اسم الفاعل منها مفلس بالكسر، و لا يكون منها اسم مفعول. نعم فلس بالتشديد اسم مفعولها مفلس، و الظاهر أن ما ذكره في القاموس أخيرا من جمله خبطه في المعانى، إذ الظاهر أنه أراد بذلك المعنى الشرعى، و على كل حال ففى العرف-الكاشف عن اللغة للأصل- أن المفلس بالكسر الفقير الذى لا مال له يعتد به عنده، و المفلس الذى ذهب جيد ماله و بقى معه الفلوس و ربما أطلق على الأول عرفا.

أما المفلس بالفتح شرعا، و لو على وجه المجاز أو الحقيقة المتشرعة أو الشرعية

بناء على ثبوتها فى مثله، ففى المتن هو الذى جعل مفلسا، أى منع من التصرف فى أمواله و فى القواعد من عليه ديون، و لا مال له يفى بها، و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له، بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع، و فى المسالك نسبة هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء منا و من العامه، عليه يكون المفلس ذلك، و إن لم يحجر عليه.

و يشهد له قولهم، لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الاحكام، و شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء، و غير ذلك مما قيل إنه صار بسببها حقيقه، لكثرة الاستعمال، بحيث يبعد حملة على اراده المجاز، و حينئذ يكون الفليس سابقا على الحجر و مغاير إله، و هو أحد أسبابه كما ذكره، لا عينه و لا جزء مفهومه.

نعم قد يطلق التفلين على حجر الحاكم على المفلس، كما يقال: فلسه القاضي لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب، و حينئذ فلا مانع من اجتماع الفليس و الصغر، كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه المرتبه، و كذا السفية، و لا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي المفلس، لأنه ليس بشرط فى تحقق مفهومه شرعا،

و عليه فبين المعنى اللغوى و الشرعى عموم من وجه، يجتمعان فيمن عليه الديون و لا مال له، و ينفرد اللغوى بمن ذهب ماله، و ليس عليه دين، الشرعى بمن له مال كثير و لكن عليه دين يزيد على ماله، و به جزم فى المسالك، قال: «و على ما يظهر من تعريف المصنف يكونان متباينين».

قلت: فيه أولاً: أنه على تعريف المصنف بينهما العموم من وجه، ضروره ملاحظته بالنسبه إلى المصداق، فالمحجور عليه تاره يكون عليه الديون، و لا مال له، أوله مال فلوس فيجتمعان فيه، و ينفردان بما ذكره هو أيضاً، و ثانياً أن الحق كون المفلس شرعا من حجر عليه لقصور ماله عن ديونه، أو لعدم ما فى يده، فيكون التحجير عليه بالنسبه إلى المتجدد، كما صرح به الفاضل و إن كان لنا فيه بحث، تسمعه إنشاء الله تعالى، فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا شرعا، و ان استغرقت ديونه أمواله، و زادت عليها، كما يشهد لذلك التأمل لكلماتهم، و المناسبه لمعنى اسم المفعول فى المفلس، إذ منع الحاكم له من التصرف يكون كأخذ فلوسه منه، و به صرح المحقق الثانى، و الأمر سهل و الله أعلم.

[لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة]

إشارة

و كيف كان ف لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة و فى القواعد و التذكرة خمسة، بزياده المديونيه التى ترجع إلى

[الأول و هو أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم]

الأول و هو أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم الذى أراد التحجير عليه، أو غيره ضروره أصاله بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، بل هو ليس مفلسا شرعا كما عرفت.

[الثانى أن تكون أمواله قاصره عن ديونه]

الثانى: أن تكون أمواله من عروض و منافع و ديون غير المستثنيات فى الدين قاصره عن ديونه فإن لم تكن قاصره فلا حجر عليه إجماعا محكيا فى جامع المقاصد و المسالك و ظاهر التذكرة، بل طالبه أرباب الدين، فإن قضى و إلا رفعوا أمرهم إلى الحاكم، فيحبسه إلى أن يقضى، أو يبيع عليه و يقضى عنه، لأنه ولى الممتنع، و لا يمنع فى هذا الحال عن التصرف فى أمواله، فلو تصرف فيها بحيث أخرجها عن ملكه، قبل وفاء الحاكم بها نفذ تصرفه، و انتقل حكمه إلى من لم يكن عنده مال لديونه، للإجمال فى التذكرة على اشتراط منع التصرف بالحجر، كما هو مقتضى الأصل.

و يحتسب من جملة أمواله معوضات الديون لأنها من أملاكه سيما فيما لا يكون لأهلها الرجوع فيها، كما أنه يحتسب أعواضها من ديونه، بلا خلاف أجده بيننا.

نعم عن بعض العامة أنها لا تقوم عليه، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا تحتسب من ماله و لا عوضها عليه من دينه، و فيه - مضافا الى ما عرفت من أنه قد لا يكون لأربابها الرجوع، و ثبوته بالفلس إنما يكون بعد التحجير لا قبله، على الأصح، كما ستعرف - أنه لا يمنع ذلك من احتسابها من أمواله، بعد أن كانت من أملاكه، فمع عدم القصور بها تبقى حينئذ سلطنته على ماله، بل الظاهر بقاؤها إذا كانت له أموال مؤجله بها يرتفع القصور، أو أموال غايبه، بل لو كانت على معسرين أمكن القول ببقاء السلطنة للأصل، لكنه لا يخلو من اشكال، و نحوهم من لا يتمكن من الاستيفاء منهم، و لو ظلما و كذا الأموال المغصوبه.

[الثالث أن تكون حاله]

الثالث: أن تكون حاله لعدم الاستحقاق مع التأجيل. فلا يحجر عليه، و إن لم يف ماله بها لو حلت، للأصل، و لو كان بعضها حالا حجر عليه مع القصور، و سؤال أربابها، فيقسم ماله حينئذ بينهم، و لا يذخر للمؤجله شىء حتى أعواضها و لا يدام الحجر عليه لها، كما لا يحجر بها ابتداء، و دعوى حلولها بالتحجير - كما عن الشافعى و احمد و مالك - واضحة الفساد، لعدم الدليل القاطع، للأصل حتى القياس على الميت، لظهور الفرق بينهما ببقاء الذمه، و قابليه الإكتساب و غيرهما، كما هو واضح.

[الرابع أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه]

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه إذ الحق لهم، فلا يحجر عليه مع عدم التماس أحدهم، للأصل، إلا أن يكون الدين لمن هو وليه، من يتيم أو مجنون أو نحوهما، دون الغائب الذى لا - ولا - له عليه بالنسبه إلى استيفاء دينه، بل يعتبر فى التحجير عليه بالتماس البعض أن يكون دينه مقدارا يجوز الحجر به عليه للأصل و ان عم الحجر حينئذ له و لغيره، من ذى الدين الحال الذى يستحق المطالبه به، و بذلك افترق عن المؤجل، مع أنه لم يثبت التحجير لبعض الدين الحال، خلافا للتذكرة، فاستقرب جواز الحجر بالتماس البعض، و إن لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله، و لا دليل عليه يقطع الأصل، و الضرر عليه يرتفع عنه بإجبار الحاكم له على الوفاء.

و على كل حال فقد بان لك انه لو ظهرت أمارات الفليس عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما فى يده بإزاء دينه، و لا- وجه لنفقته إلا ما فى يده لم يتبرع الحاكم بالحجر عليه للأصل، فهو حينئذ كمن لم يظهر عليه أماراته، مثل أن يكون كسوبا ينفق من كسبه، خلافا للشافعى فجوز الحجر على من ظهرت عليه أمارات الفليس، و لا ريب فى ضعفه، كضعف ما يحكى عنه أيضا من جواز الحجر على من ساوت أمواله ديونه.

و كذا لا يحجر عليه الحاكم لو سأل هو الحجر على نفسه، من دون التماس الغرماء، للأصل السالم عن المعارض، لكن استقرب فى التذكرة جواز إجابتها، لأن فيه مصلحة له، ببراءة ذمته، فكما يجاب الغرماء فى ملتسمهم حفظا لحقوقهم، يجاب هو أيضا ليسلم من حق الغرماء، و من الإثم بترك وفاء الدين، و لما

روى عن النبى صلى الله عليه و آله (١) «أنه حجر على معاذ بالتماسه خاصه»

و فيه ان الخبر لم يثبت من طرفنا فليس حجه، سيما مع كون المشهور كما فى المسالك على

خلافه. و الأول اعتبار لا يصلح مدركا لحكم شرعى.

و ما أبعد ما بينه، و بين المحدث البحرانى الذى توقف فى أصل الحجر بالفليس و لو مع الشرائط محتجا بأنه ليس فى النصوص ما يدل عليه.

و فيه مع عدم انحصار الحجية فيها، بل الإجماع بقسميه هنا كاف فى ذلك، على أن الموجود منها هنا غير خال من الاشعار، بل الظهور، سيما النبوى المتقدم آنفا، ف

فى موثق عمار (٢) عن الصادق عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبا باعه فيقسمه بينهم»،

فإن الأمر بقسمه ماله ظاهر فى رفع اختياره فى التخصيص لو أراد، بل هو ظاهر فى رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج عن ملكه، حتى لا يستحق الديانه منه، بل لعل المراد من قوله يحبس، المنع من التصرف.

١- ١ سنن البيهقى ج ٦ ص - ٤٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام الحجر الحديث - ١ - و ذيله.

كما يرشد إليه

خبر غياث (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله»

الحديث. ضروره عدم معقوليه إرادته غير ذلك من التفليس، خصوصا بعد قوله عليه السلام ثم إلى آخره و منه حينئذ يظهر دلالة

خبر الأصبع بن نباته (٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، و قضى في الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه و الحاجة، فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى عليه السلام في الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به، فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبا باعه فيقسم بينهم»

. بل و

خبر السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال اعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، و يقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فأجروه، و إن شئتم فاستعملوه».

و كيف كان فلا- ينبغى الشك في أصل جواز الحجر بالفلس، على معنى منع التصرف، و لعل ذلك من مقتضى نصبه حاكما أيضا، و حينئذ ف إذا حجر عليه استحب له إظهار ذلك، بحيث لا- يتضرر معاملوه، كما في القواعد و التذكرة، و محكى المبسوط و التحرير، لان مثل هذه النصيحة مراده من الحاكم، و تعلق به منع التصرف، لتعلق حق الغرماء، و اختصاص كل غريم بعين ماله، و قسمه أمواله بين غرمائه

[القول في منع التصرف]

جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام؛ ج ٢٥؛ ص ٢٨٢

نحصر القول فيه حينئذ في هذه الثلاثة.

الأول في منع التصرف، و لا- خلاف بين الأصحاب في أنه يمنع من التصرف ابتداء في المال الموجود حال الحجر، سواء كان بعوض أو غيره، بل و لو محاباه احتياطا لحفظ المال للغرماء و لا يتم إلا بذلك، ضروره أنه متى كان له تسلط على المال بوجه، خيف عليه منه، فلا- ريب في أن الاحتياط- لحق الغرماء الذي شرع التحجير عليه له- في عموم منع التصرف فيه، و عن ظاهر الخلاف و كذا

١-١ المصدر نفسه.

٢-٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ٤.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث - ٣.

الغنيه الإجماع على منعه من التصرف بماله، بما يبطل (١) (الغرماء).

نعم لا يمنع مما لم يكن تصرفا فيه، كالنكاح و الطلاق و القصاص و العفو عنه، و الإقرار بالنسب، و نحو ذلك، مما هو ليس تصرفا فى المال، و ان استلزم بعضها ذلك، كالمؤنه فى الإقرار بالنسب، و نحوه.

كما لا يمنع من التصرف المحصل للمال كالاختطاب و الاضطياذ، و أولى منهما قبول

لوصيه و الاتهاب، و الشراء بثمان فى الذمه و القرض و نحوها، مما هو مصلحه للغرماء، بناء على تعلق حقهم بها أيضا، فتدخل حينئذ فى الحجر، كما صرح به الفاضل و الكركى، و ثانى الشهيدين.

لكن قد يشكل بأصالة عدم تعلق الحجر بها، إذ الثابت من تعلقه بالأموال القاصره حال الحجر لا غيرها، خصوصا مع الضرر على أصحابها فى بعض أفرادها، كما إذا اشترى فى الذمه أو باع سلما، بناء على عدم جواز الفسخ للبائع، و إن كان جاهلا كما صرح به الفاضل و غيره، للأصل و تعلق حق الغرماء بها، و أنه لا يشاركهم فيما له من الدين لتجدده، و ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله تعالى.

و لعله لذلك أو لغيره استشكل فى تعلق الحجر بها فى الإرشاد، و لم يرجح الشهيد فى المحكى عن حواشيه، و غايه المراد، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق أولى، و الظاهر أن محل النزاع فى أصل مشروعيه التحجير فيها و عدمه، لا فى دخولها فى إطلاق التحجير و عدمه، المبني على المفروغيه، من جواز التنصيص له على الدخول أو الخروج، كالمفروغيه من جواز تجديد الحجر عليها، لاتحاد المدرك فيها و فى سابقها إلا ان ما عدا الأخير يمكن منعه للأصل السالم عن معارضه ما يصلح للخروج به عنه بعد القول بعدم حجيه كل ظن حصل للمجتهد، خصوصا ما كان من أمثال هذه الاعتبارات التى يصعب الفرق بينها، و بين القياس و الاستحسان، و حينئذ فلا يتجه

١-١ هكذا فى النسخ المصححه لكن الظاهر إسقاط النساخ كلمه حق و الصحيح هكذا بما يبطل حق الغرماء.

جعل النزاع فيه، على أن المتجه على تقديره سؤال الحاكم إذا لم يعلم لفظ تحجيره، و لو تعذر اقتصر على المتيقن.

و على كل حال لا يمنع من أمثال هذه التصرفات، بل صرح الفاضل و الكركي بعدم منعه من نحو الوصيه و التدبير الذى لا ضرر فيه على الغرماء، لكونه بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولاً، و فيه أنه لا يتم بناء على بطلان تصرفه، و سلب عبارته فيما يتعلق بالمال الموجود، كما هو ظاهر قول المصنف فلو تصرف كان باطلاً، سواء كان بعوض كالبيع و الإجاره، أو بغير عوض كالعتق و الهبه بل هو المحكى عن أبى على، و المبسوط، و التحرير، و الإيضاح، فيكون حينئذ معنى تحجير الحاكم هنا سلب الأهليه، بل قيل هو أمر زائد على منافاه حق الغرماء، و حينئذ لا فرق فيه بين الوصيه و غيرها، و لعله لذا جزم الفاضل فى المحكى عن قواعده فى باب التدبير بعدم الصحه.

اللهم إلا أن يفرق بين الوصيه و غيرها بأنها تصرف فى المال بعد الدين، بخلاف غيرها، فإنه تصرف فى المال فعلاً، و إن كان لا ينفذ على تقدير الصحه إلا- بعد الوفاء، مضافاً إلى أنه يقوى عدم كون التحجير سلب الأهليه، لعدم الدليل، بل قولهم بنفوذ تصرف السفيه مع اجازة الولي ينافيه، و أنه لا يقصر بالحجر من التصرف فى مال الغير الذى ينفذ بالإجازة، إذ ليس التحجير إلا لمنافاه التصرف لحق الغرماء، و هو حاصل بعدم النفوذ، غير متوقف على سلب الأهليه، و لعله لذا نفى الباس عن عدم البطلان فى التذكرة، و قواه فى جامع المقاصد، و فى المسالك «لعله أقوى».

و هو كذلك بناء على أن الفضولى على القاعده، بل و ان لم نقل بذلك، للفحوى حينئذ، و دعوى- ان المتجه مع الشك فى كون التحجير سلب الأهليه أو النفوذ عدم انتقال المال بمثل هذا العقد، و إن تعقبه إجازة أو تبين زياده مال، للأصل- يدفعها منع الشك، و لو لعموم «الوفاء بالعقود»^(١) اللهم إلا أن يمنع شمولها للمشكوك

فى أهليه النقل، كالمشكوك فى أنه يعقد عليه أولاً، لكن فىهما معا بحث.

و على كل حال فالأقوى صحه عقده، بل ظاهر جماعه من الأصحاب، بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه برد الغرماء، و أنه ببقى موقوفا على أن يقسم المال، لا- يباع و لا- يسلم إلى الغرماء، فان فضل لارتفاع قيمه غيره، أو لإبراء بعض الديانه أو غير ذلك، نفذ فيه التصرف، و إلا بطل، لسبق التعلق به فيه، و ليس لذوى الدين ابطال التصرف، و فسخ العقد قبل ذلك، و هو جيد، و قد أوأنا إليه فى تصرف الراهن و لو كان ما تصرف فيه متعددافى القواعد «انه مع القصور يبطل الأضعف، كالرهن و الهبه ثم البيع و الكتابه، ثم العتق» و عن الشافعيه احتمال نقض الأخير كما فى تبرعات المريض إذا زادت عن الثلث، لأن المزاحمه إنما وقعت بين ديون الغرماء و الأخير، فيكون السابق ماضيا، لعدم ما ينافيه، و استحسنة فى التذكرة.

و فيه أن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثلث، فالأخير هو الزائد، فيكون باطلا دون ما سواه، بخلاف المفلس، فإنه محجور عليه فى الجميع، فلا يظهر فرق بين الأخير و غيره لان الجميع كالفضولى، فينبغى أن يقال حينئذ: جميع التصرفات موقوفه و لا بد من إبطال بعضها، و لا أولويه لبعض على غيره، بشىء من الاعتبارين، لأن المتقدم و المتأخر سواء فى كونهما موقوفين، و الضعيف و القوى سواء فى كونهما غير نافذين، و لا- فرق بين العتق و غيره فى ذلك، فيقرع حينئذ، أو يخبرون، كما لو وقع التصرفات دفعه واحده، و قد يحتمل البطلان فى الجميع، و فيه ضعف.

لكن فى جامع المقاصد «التحقيق أنا لو قلنا: أن الإجازة كاشفه لا ناقله كانت جميع التصرفات مراعاة بوفاء الدين، فيظهر للتقدم أثر حينئذ، و حيث أنا رجحنا هذا القول فيما سبق كان ذلك أقوى» و فيه نظر يعرف من ملاحظه ما سلف لنا فى تصرف الراهن. فلاحظ و تأمل، و لو كان التصرف بيعا و نحوه على الغريم صح، ضروره ظهوره فى إرادته الشراء الصحيح المستلزم للرضا بالتصرف، فلو باعه حينئذ منه بالدين و ليس سواه صح لما ذكرنا، لا لما فى القواعد «من أن سقوط الدين يسقط الحجر» إذ هو مستلزم للدور، أو اقتران صحه البيع، و ارتفاع الحجر المنافى لتقدم الشرط

الذى هو رفع الحجر على المشروط، و هو صحه البيع.

و لو ظهر غريم بعد ذلك فقد يحتمل بطلان البيع من رأس، لعدم تصور مشاركته فى الثمن الذى هو الدين و البطلان فى مقدار ما يقابل دينه من العين، و الرجوع على المشتري بمقدار ما يقابلها و لعل الأقوى الأول، بناء على عدم تصور التبويض فى حق الحجر، فمتى بطل بالنسبه إلى أحدهما بطل بالنسبه إلى الجميع، لأن حق كل منهم يتعلق بتمام العين، حتى لو أبرأ أحدهم ذمه المفلس بقى حق الآخر متعلقا بالجميع، و لا يفك من العين مقدار الدين، و لا فرق فى الحكم المزبور بين كون البائع الحاكم أو المفلس، أما لو باعه من الغريم بئمن غير الدين ثم ظهر غريم صح و شاركه فى الثمن بالنسبه، إذا كان البيع من الحاكم بئمن، إذ الظاهر عدم توقف صحه البيع على حضور كل غريم فى الواقع، و لو كان البائع المفلس بتخيل انحصار الغريم فى المشتري ثم بان وجود غيره، فقد يظهر من بعضهم نفوذ البيع، للعمومات، لكن قد يشكل بتعلق حقه واقعا فى العين، فبعد ظهوره لا بد من مراعاته كغيره من الغرماء الظاهرين، فتأمل جيدا.

و لو اشترى المفلس مالا فى الذمه و قد اشترط عليه التصرف فيه بعق أو هبه أو نحوهما فالمتجه البطلان، بناء على سلب عبارته فى كل مال موجود حال الحجر أو متجدد، لأنه حينئذ يكون شرطا غير مقدور، فيفسد و يفسد العقد به، بناء على أن فساد الشرط مقتضى لذلك، و إن قلنا بعدم سلب عبارته، فيصح العقد قطعا مع علم المشتري بحاله، و يوقع التصرف المشروط، فإن نفذ لاتفاق زياده المال فلا إشكال، و إلا أمكن اختصاص الغرماء به، و عدم تسلط البائع على الخيار، سيما إذ كان عالما بالحال لتعلق حق الغير، و عدم تقصير المشتري فى استطاعته من التصرف.

و يحتمل تسلطه لعدم انتقال المال إلى المفلس إلا على هذا الوجه، فهو كالخيار المشروط فيما لو اشترى بالذمه و الأقوى صحه أصل العقد و نفوذ التصرف لأصالة عدم منعه عن مثل هذا التصرف المستحق عليه بالشرط بعد ان انتقل المال اليه على هذا

الوجه كما هو واضح، هذا كله فى إنشاء التصرف.

أما لو أقر بدين سابق صح فى الجملة بلا خلاف أجده فيه، بل قيل إنه كذلك قولاً واحداً. نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عدم صحه إقراره مطلقاً، و لم نعرفه مع وضوح فساده، لمنافاته لما دل على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم و احتمال سلب الأهليه إنما هو فى خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان، أما الإخبار بالدين فلا وجه له معتد به فيه، كما هو ظاهر.

بل فى المتن و محكى المبسوط و الخلاف و التذكرة و التحرير أنه صح و شارك المقر له الغرماء بل عن غايه المراد حكايته عن أبى منصور الطبرسى، بل هو قربه فى المحكى عن حواشيه، لكن بشرط أن يكون عدلاً، لعموم جواز الإقرار المقتضى كونه كالبينه شرعاً فى الإثبات، و احتمال التهمه يدفعه أن الإقرار فى حقه أكثر منه ضرراً فى حق الغرماء، و فيه أن العموم إنما يدل على لزومه، و نحن نقول به، و عدم مشاركته باعتبار معارضته لحق الغير الذى لا ينفذ هو فيه، إذ حق الغرماء قد تعلق بالأعيان بل قيل إنه أقوى تعلقاً من حق الرهانه، و بذلك يظهر لك الفرق بينه و بين البينه التى لم يفرق الشارع فى نفوذ مقتضاها بين الجميع، و عدم النفوذ فى حق الغير للأصل، لا للتهمه، و لذا كفى فى عدم النفوذ عدم العلم بصدق الإقرار، و إن لم يتهم المقر، و من هنا اختار الفاضل، و الشهيدان، و الكركى، و غيرهم على ما حكى عنهم عدم النفوذ، و هو قوى جداً.

لكن قد يشك فى كيفيه تعلق حق الغرماء بالعين على وجه يمنع الإقرار، و الأصل يقتضى عدمه، و سلب الأهليه فى إنشاء التصرف أو عدم النفوذ لا يقتضى ذلك، إذ هو من الحاكم فى تحجيره لا من تعلق حق الغرماء بالعين. و على تقديره لا يقتضى مثله فى الإقرار، فتأمل جيداً، فإنه قد يدفع ذلك كله صدق كون الإقرار فى حق الغير، فىكون ممنوعاً.

و لو أسند الدين فى إقراره إلى ما بعد الحجر بمعامله و نحوها مما يحصل برضا الطرفين، لم يشارك قطعاً، لعدم زياده الإقرار بذلك على نفس المعامله التى قد عرفت

عدم المشاركة بها للغرماء لو وقعت بعد الحجر، نعم لو أسند إقراره بالدين إلى ما بعد الحجر على وجه يشارك لو كان المقر به معلوما بثبوته، كإتلاف مال أو جنايه، جرى فيه البحث السابق، لاتحاد المدرك، لكن في الروضة اختيار عدم المشاركة في الأول دون الثاني، وهو غريب، وأغرب منه تعليقه ذلك بما تسمعه من دليل المشاركة في الجنايه، والبحث هنا من حيث الإقرار لا من حيث نفس الجنايه، ومن هنا أمكن كون مراده الفرق بين الجنايه والمعامله الاختياريه، فلا يكون مخالفا فلاحظ و تأمل و لو أقر بدين و أطلق، فأصالة تأخر الحادث تقتضى تأخره عن الحجر المعلوم تاريخه، فلا يشارك، و إن قلنا بها في غيره.

و كذا البحث فيما لو أقر بعين لمن صدقه في ذلك. نعم لو قلنا بنفوذ الإقرار فيها دفعت إلى المقر له لعدم كونها حينئذ من أموال المفلس، و لكن فيه اى فى نفوذ الإقرار فيها عند المصنف تردد و إن جزم بالشركه فى الإقرار بالدين، بل حكى عن بعضهم الجزم بالفرق بينهما فى ذلك، و لعله لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله، فيكون الإقرار بها إقرارا منافيا لحق الغير، كالرهن و نحوه، و يشكل بأنه لا فرق بين أخذ بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواه لهم، و بين أخذه ذلك البعض تقديمًا له عليهم، مع تعلق حقهم بالعين، و من هنا كان الأقوى عند الشهيدين، و الكركى، و الفاضل فى الإرشاد، عدم الفرق بينهما، فى عدم النفوذ، بحيث ينافى حق الغرماء كما أن خيره المحكى عن المبسوط، و التحرير عدمه، فى النفوذ فيهما فيشارك فى الأول، و تدفع العين للمقر له فى الثانى، لكن قد يدفع بعدم صدق التصرف فى المال فى الأول، و ان رجع إليه بالأخره كرجوع نفقه من أقر بنسبه بخلاف الثانى، فإنه كالتصرف فى المال نفسه، فهو معارض لحق الغير، بل مندرج فى الحجر عليه فى المال.

و فيه أنه لا فرق فى عدم نفوذ الإقرار فى حق الغير، بين العين و الدين الذى هو أيضا كالتصرف فى المال أيضا، و لذا لم يمتص إقرار بعض الورثه بالدين على الآخر كالعين، بل قد يقال بأولويه نفوذه فى العين من الدين، باعتبار عدم ثبوت كونها من

مال المفلس بعد الإقرار، حتى يتعلق بها الحجر، لكونه أقوى من اليد، و من هنا حكى عن بعضهم القول بذلك، فيرجع حاصل الأقوال فى المسأله إلى أربعه أقواها عدم النفوذ، و ربما قيل إنها خمسسه، بزياده القول بأن العين تؤخر و يقسم غيرها بين الغرماء، فان فضلت أعطيت للمقر له، و إلا دفعت إلى الغرماء، و لعله ليس قولاً فى المسأله، بل يقول به الجميع جمعاً بين الحقيين.

و على كل حال فقد صرح بعضهم بضمان المفلس القيمه أو المثل، بناء على دفعها للغرماء، من غير فرق بين تقصيره فى الإقرار بها قبل الحجر و عدمه، و لعله لأنها قد أخذت فى دينه، و فيه اشكال مع عدم التقصير، و أخذها فى دينه مع عدم براهه ذمته بذلك إلا مع اجازة المالك، لا يقتضى ضمانها بعد أن كان الآخذ غيره، فالقضاء بها حينئذ كالقضاء بالمتبرع به، اللهم إلا ان يقال إن الأصل ضمان كل ما وصل نفعه إليك من المال المحترم، إلا أن يتبرع به المالك، مضافاً الى عموم

«على اليد»

فتأمل جيداً.

أما لو كذبه المقر له بها ففى القواعد و محكى التذكرة أنها تقسم و لعله لعدم صحه الإقرار مع الرد بخلافه مع التصديق، و فيه أنه بناء على نفوذ إقراره يتجه دفعها إلى المقر له مع التصديق، و إلا خرجت عن ملك المقر فلا يتعلق بها حجر، فإذا كانت فى يده توصل إلى وصولها لصاحبها، و إن كانت فى يد غيره، صارت مجهول المالك و على كل حال لم يكن للغرماء تعلق بها و الله أعلم.

و لو قال: هذا المال مضاربه لغائب قيل: يقبل قوله مع يمينه، و يقر فى يده، و ان قال: لحاضر و صدقه دفع إليه، و إن كذبه قسم بين الغرماء و هو المحكى عن المبسوط، قال: إذا أقر بالمال، إلا أنه قال: هو مضاربه لفلان، فإن المقر له لا يخلو من أحد أمرين. إما أن يكون غائباً أو حاضراً، فإن كان غائباً كان القول قول المفلس مع يمينه أنه للغائب، فإذا حلف أقر المال فى يده للغائب، و لا حق للغرماء فيه، و إن كان حاضراً نظر فيه، فإن صدقه ثبت له، لأنه إقرار من جائز التصرف، و صدقه المقر له، فوجب أن يكون لازماً، و إن كذبه بطل إقراره، و وجب

و فيه انه لا- فرق بين ذلك و بين الإقرار بالعين التي لم يحك عنه فيها مثل ذلك، مضافا إلى ما قيل: من أنه لم يشرع اليمين لإثبات مال الغير، و إن كان قد يدفعه أنها لرفع التهمة، لا للإثبات، و من أنه لا معنى لإقراره في يده مع سلب أهليه اليد، لأن الحجر عليه رفع يده عن السلطنة الماليه. و يدفعه أيضا منع صيرورته بالحجر كذلك، إذ هو مكلف رشيد، و لا عدوان في يده، و الحجر انما يرفعها عن ماله، لا عن مال غيره. إنما الكلام في نفوذ إقراره، فعلى تقديره فالإقرار في يده متوجه، و التحقيق عدم الفرق بين هذه المسألة و سابقتها، فيجرى فيها الكلام السابق حينئذ و الله أعلم.

و لو اشترى بخيار و فلس و الخيار باق، كان له إجازة البيع و فسخه بلا خلاف أجده فيه لأنه ليس بابتداء تصرف في المال، بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرف في المال، للأصل و غيره، بل ظاهر المصنف، و صريح الكركي، و ثاني الشهيدين، و المحكى عن المبسوط، و التحرير، عدم اعتبار الغبطه في ذلك، بل له الفسخ و إن كان فيه مفسده على الغرماء، للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إياه عن مثل ذلك، خلافا للفاضل، فاعتبر الغبطه في خيار العيب دون غيره، و وجهه الشهيد بأن الخيار في غيره ثابت بأصل العقد، لا على طريق المصلحه فلا يتقيد بها، بخلاف العيب.

و فيه أن كلا- من الخيارين ثابت بأصل العقد، غايه ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط مثلا، و الآخر بمقتضى العقد، و لم يكن ثبوت أحدهما مقيدا بغبطه و لا بعدمها، إذ لم يقل أحد بتقيد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحه، بل صرحوا بجواز الفسخ له، و ان زادت القيمة بسبب العيب، كالخصاء، و الحكمه في أصل المشروعيه لا- يجب اطرادها، و إلا- لاقتضى اعتبار الغبطه في الفسخ بكل خيار، ضروره كون الحكمه في مشروعيه أصل الخيار في مثل البيع الذى الأصل فيه اللزوم إمكان أن يتجدد لذى الخيار ما يوجب اراده الفسخ، فلا يجد السبيل إليه، فيحصل عليه ضرر.

و أضعف من ذلك تعليل الفرق بينهما بأن العقد فى زمن الخيار مترززل لإثبات له، فلا يتعلق حق الغرماء بالمال، إذ التزلزل مشترك بينهما، فالقول: حينئذ بعدم اعتبار الغبطه فى الجميع لا يخلو عن قوه. نعم قد يفرق بينهما بأن العيب لم يوجب استحقاق الرد خاصة، بل أوجه مع الأرش، و إن كان على جهه البدل، بل لعل اقتضاؤه الأرش أقوى، بدليل عدم سقوطه بالتصرف و نحوه مما يسقط به الرد، بل قد يقال: إن الأرش ثابت به و إن كان له إسقاطه بفسخ العقد، فالحاصل حينئذ باختياره اللزوم مثلا سقوط الرد لا ثبوت الأرش، و إن كان لا يخلو من اشكال.

و حيث كان كذلك اتجه حينئذ دعوى تعلق حق للغرماء بهذا الخيار من بين الخيارات، كما انه اتجه اعتبار الغبطه، ترجيحاً لمن يكون معه على الأخر، إذ قد عرفت اجتماع الجهتين أى الأرش و الرد فى هذا الخيار، بخلاف غيره من أفراد الخيار حتى الغبن، فإنه ليس فيه جهه للمال أصلاً، فلا يتقيد بالغبطه أو عدم المفسده، بل ربما يؤيده ما قيل: من أن المريض إذا اشترى معيباً و لم يردّه مع كون الغبطه فى رده احتسب نقص عيبه من الثلث، و لعل من ذلك ينقدح أنه لو لم يكن للمفلس إلا الرد بالعيب لإسقاط الأرش قبل الفلوس و نحوه لم تعتبر الغبطه فيه، إذ هو حينئذ كغيره من الخيارات، كما أنه قد ينقدح من ذلك وجه آخر، لأصل ثبوت الخيار بعد الفلوس بغير العيب، بأن يقال: إنه ليس تصرفاً فى مال، و إن رجع إليه بالأخره، و إن كان فيه بحث ظاهر، و لعله لذا كان ظاهر المحكى عن الأردبيلى، و بعض الشافعيه، اعتبار الغبطه فى جميع أنواع الخيار، لان الفسخ نوع تصرف فى المال.

و فيه أن المتجه حينئذ منعه منه، من دون اذن الغرماء، لأنه حينئذ كالتصرف فيه بيع و نحوه، لا تقييده بالغبطه، و لم أقف على قائل به، و إن كان يشهد له فى الجملة منع السفه عنه، لكن قد يفرق بينهما بأن الحجر يقتضى تعلق حق الغرماء بمال المفلس على حسب كيفيه ملكه له فى اللزوم و التزلزل، لا أن به تختلف جهه ملكه، فمع كون الملك بالنسبه إليه مترزلاً يبقى على حاله بعد الفلوس و من ذلك ينقدح ان له الخيار أيضاً فيما يشتره فى الذمه بعد الفلوس، لأن المال قد انتقل إليه

على هذا الحال، و تعلق به حقهم على هذا الحال فلا يمنع منه، و لو لم يكن للمفلس الا الرد، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو خرج المال عن المفلس بعقد متزلزل كالهبة و نحوها قبل الفس لم يستحق الغرماء عليه الرجوع قطعا، كما هو واضح. نعم لو كان له حق فقبض دونه قدرا أو وصفا على جهة الإسقاط و الإبراء كان للغرماء منعه قطعا لانه تصرف في المال بما ينافي حقهم، بل في جامع المقاصد و غيره لهم منعه من قبض بعض الحق، و إن لم يكن على جهة الإسقاط للباقي، إذا حصل ضرر كما في قبض بعض ثمن المبيع، قال: لأن فيه إسقاطا لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه، لانه تصرف مبتدأ أما إذا لم يكن كذلك كقبض بعض ما استحقه بإتلاف مال، أو قرض و نحوهما، مما يلزم عليه فيه قبض البعض لو بذله من عليه كالجميع، كان له قبض البعض، و فيه أنه يمكن المناقشه في منعه عن إسقاط هذا الحق الذي هو ليس بأولى من حق الخيار، فتأمل جيدا هذا.

و في المسالك أن نسبه القبض إليه على طريق المجاز، فإنه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك، و إنما المراد، إثبات تسلطه على الحكم المذكور و إن كان القابض غيره، و فيه أن أقصى ما ثبت من الحجر منعه من التصرفات المنافية لحق الغرماء لا غيرها، للأصل و غيره، قال في القواعد: «و لا يمنع من وطى مستولدته و لم يفرق بين كون ثمنها من جملة دين الغرماء أولا، و لا بين القول بإجارتها و عدمه» لكن قال: «و في وطى غيرها من إمامته نظر» و عن التذكرة أقر به المنع، و في جامع المقاصد «أنه الأصح» إلا أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة التعريض للإتلاف بالطلق أو نقصان القيمة، أو بصيرورتها أم ولد، بناء على بطلان حق الغرماء بها حينئذ، و فيه نظر، بل جزم في القواعد و محكى التذكرة بعدمه، و لعله لسبق تعلق حقوقهم، إلا أن الظاهر تأخيرها في البيع لتبين القصور و عدمه، لثلا يبطل حق الاستيلاء، و على كل حال فمنع المفلس من التصرف بماله على وجه لا ينافي حق الغرماء لا يخلو من بحث، بل منع. و الله أعلم.

و لو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر مثلا أو باعه بثمن في ذمته، لم يشارك الغرماء، و كان ثابتا في ذمته إذا كان عالما بحاله اتفاقا، كما في المسالك، بل و ان كان جاهلا كما صرح به الفاضل، و الشهيدان، و الكركي، و غيرهم، للأصل خصوصا على القول بتعلق حقوق الغرماء بالمال المتجدد، و خبر الاختصاص (١) بعين المال في الفلوس، إنما هو للغريم قبل الحجر، و المشاركة لهم لا دليل عليها و ان كان قد أدخل لهم مالا عوض دينه.

و من ذلك يظهر لك ما في احتمال الضرب و احتمال الاختصاص، بل يزيد الأول ضعفا أن الجهل لا مدخله له في مشاركته الغير، بعد فرض اختصاص الحجر للديون السابقة، إذ دعوى - أن المحجر لاحظ في التحجير الديون السابقة و مثل المفروض - لا دليل عليها، بل في المسالك «أن الوجهين شاذان، لأنه ان كان غريما اختص بعين ماله، و إن لم يكن غريما لم يضرب» و ان كان قد يتكلف لدفع ذلك، كما أنه يظهر لك أيضا ما في المحكى عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد، من الصبر و الضرب، لكونه غريما و أدخل مالا في مقابلة الثمن، و الاختصاص للعموم، فالأقوى حينئذ وجوب الصبر بناء على تعلق الحجر بالمتجدد، و الا كان له المطالبة بالوفاء منه، ثم إن ظاهر التعليل للمشاركة

بإدخال المقابل في أموال المفلس يقتضى عدمها إذا لم يكن كذلك، و كان برضا من المستحق كما في المهر و عوض المتلف بالاذن، و لعله كذلك للأصل، و نفى الخلاف عنه في التذكرة.

و لو أتلّف مالا بعد الحجر ضمن، و ضرب صاحب المال مع الغرماء كما في القواعد و جامع المقاصد و المسالك، و إن ذكروا معه الجنايه أيضا، لعدم الفرق بينها و بين التلف في ذلك، إذ المدرك في الجميع أن الثابت هنا من المال من غير رضا صاحبه، و إن كان هو كما ترى، و كذا الاستدلال عليه بعموم الخبر الدال على الضرب و بما دل على وجوب العوض، فانا لم نقف على خبر ظاهر في شمول الفرض، و ما دل على وجوب العوض لا يقتضى المشاركة، و كأنه لذلك لم يرجح في التذكرة بل جعل

أول الوجهين عدم الشركه لتعلق الحق، و لانه كما لو جنى الراهن و لا مال له غير المرهون، فإن المجنى عليه لا يزاحم المرتهن، قلت: كل ذلك مضافا إلى الأصل، و لعله لذلك حكى عن الأردبيلي التأمل فيما ذكروه من المشاركه، و هو فى محله، و الله أعلم.

و لو أقر المفلس بمال بعد الحجر أو ثبت شغل ذمته بمال بعده كذلك مطلقا و جهل السبب فى ثبوته، فلم يعلم أنه مما يشارك به كالإتلاف و الجنايه، أولا، كما إذا كان برضا من المستحق و علم منه أو جهل على الأصح لم يشارك المقر له الغرماء، لاحتماله ما لا يستحق به المشاركه فالأصل عدمها حينئذ و احتمال أن الأصل المشاركه حتى يعلم كونه مما لا يشارك، لا شاهد له، بل هو على خلافه، ضروره كونها من الأمور الحادثه، و الأصل عدمها، بل الظاهر عدم وجوب الاستفصال أيضا حال عدم العلم بجهله، للأصل، أما لو أطلق مع ذلك أو بدونه فى السبق و اللحق، و جهل تاريخ الحجر و الدين، فالأصلان متعارضان، و يبقى أصاله عدم تعلق خصوص هذا الدين سالما.

و دعوى- أن اللحق مانع و لم يثبت، فالأصل المشاركه-، لم نتحقق لها شاهدا، بل الشاهد بخلافها، كما عرفت، حتى لو سلم الشك فى المقام فى كون سبق شرط فى المشاركه، أو أن اللحق مانع، إذ أصاله عدم التعلق تغنى عن ذلك، و لو علم تاريخ أحدهما بنى تأخير أحدهما على ما تقدم سابقا فى نظائر المسأله، و حينئذ يشارك لو كان المعلوم الدين هذا. و فى المسالك هنا نظير ما حكيناه عنه سابقا فى الروضه، و فيه ما لا يخفى، و فى جواز العمل بما ذكرناه من الأصول بلا استفصال وجه فلا يجب حينئذ و إن كان يمكن أن يحصل به رفع الاشكال. و الله أعلم.

و لا تحل الديون المؤجله بالحجر بلا خلاف أجده من غير الإسكافى، للأصل بعد حرمة القياس على الميت، و كونه مع الفارق، كما قيل: بتضرر الورثه و الغرماء بدونه فيه، لعدم ذمه له بخلاف المفلس، مضافا إلى انه لا-خلاف بيننا بل و بين غيرنا عدا الحسن البصرى المنقرض خلافه فى أنها تحل بالموت

بل الإجماع بقسميه عليه، ل

خبر أبي بصير^(١) «إذا مات الرجل حل ماله، و ما عليه من الدين»

و

السكوني^(٢) «إذا كان على الرجل دين إلى أجل و مات الرجل حل الدين»

و

الصحيح المضمّر^(٣) «إذا مات فقد حل مال القارض».

بل ظاهر الأولين كمعقد المحكى من إجماع الخلاف عدم الفرق بين مال السلم و الجنايه المؤجله، و غيرهما، خلافا للمحكى عن إيضاح الفخر، و حواشى الشهيد، من عدم حلول السلم بالموت، و لعله لأنه يقتضى قسطا من الثمن، لكنه كما ترى لا يصلح معارضا للدليل، و كذا ما قيل: من تعليل احتمال خروج الجنايه، بأن تأجيلها شرعى، لا مدخليه لرضا الميت فيه، إذ لا فرق بين الجميع فيما عرفت من الدليل و دعوى- أن بينه و بين ما اقتضى بقاء أجله تعارض العموم من وجه- يدفعها أن ذلك قائم فى كل فرد من أفراد الدين، مع أنه لا- إشكال فى انسياق التخصيص فى الجميع، فالتحقيق فى أمثال ذلك ملاحظه الحاصل من مجموع الأدله، و لا ريب فى ظهور التخصيص حينئذ، فتأمل، و أما حلول ما له فستعرف البحث فيه إنشاء الله تعالى.

[القول فى اختصاص الغريم بعين ماله]

القول الثانى فى اختصاص الغريم بعين ماله و تفصيل الكلام أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها، و لو لم يكن سواها: و له أن يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان عنده و فاء لغيره من الغرماء أو لم يكن على الأظهر الأشهر بل المشهور، بل لا أجد فيه خلافا معتدا به إذا كان و فاء، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لا- أجد خلافا فيما إذا لم يكن، إلا من المحكى عن الشيخ فى التهذيب، و الاستبصار، و النهايه و المبسوط، فخص الاختصاص بما إذا كان و فاء، بتجدد مال آخر للمفلس يارث أو اكتساب أو بكون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده، فإذا خرج الدين من بين ديونه، و المتاع من بين أمواله صارت و افية بالديون، أو بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك، بحيث لا ينافى القصور الذى هو شرط الفلاس.

١- ١ الوسائل الباب ١٢ أبواب الدين و القرض الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٢ أبواب الدين و القرض الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب ١٢ أبواب الدين و القرض الحديث ٢.

و لا ريب فى ضعفه،

للنبوى (١) المروى فى كتب فروع الأصحاب «إذا أفلس الرجل و وجد سلعته فهو أحق بها»

و نحوه غيره و إطلاق

صحيح عمر بن يزيد (٢) عن أبى الحسن عليه السلام «سألته عن الرجل تركبه الديون، فيوجد

متاع رجل آخر عنده بعينه، قال: لا يحاصه الغرماء»

المراد منه و لو بضميمه كلام الأصحاب فسخ العقد لا عدم المحاصه فى الوفاء، و الا لوجب التعرض لزيادته على دينه و نقيصته.

و أوضح منه فى ذلك

مرسل جميل (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل باع متاعا من رجل، فقبض المشتري المتاع و لم يقبض الثمن، ثم مات

المشتري و المتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائما بعينه، رد إلى صاحب المتاع و قال: ليس للغرماء أن يحاصوه»

فإنه ظاهر فى إرادته عدم المحاصه للفسخ، و ان كان هو غير ما نحن فيه، إذ الكلام فى المفلس الحى، و هذا فى الميت، و ان لم

يكن مفلسا، ل

صحيح أبى ولاد (٤) «سألته أبى عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه، فمات المشتري قبل أن يحل ماله، و

أصاب البائع متاعه، إله أن يأخذه إذا حقق له؟ فقال عليه السلام إن كان عليه دين و ترك نحو من دينه فليأخذ إن حقق له، فان

ذلك حلال له و ان لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شىء يأخذ حصته، و لا سبيل له على المتاع»

و به يقيد مرسل جميل فيكون الحاصل ما ذكره المصنف بقوله:

أما الميت فغرماءه سواء فى التركة، إلا ان يترك نحو ما عليه، فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها كغيره من الأصحاب، بل لا

أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن ابن الجنييد من الاختصاص و إن لم يكن وفاء كالحى، و كأنه اجتهاد فى مقابله النص، بل

ظاهر النص و الفتوى اشتراط الاختصاص فى الميت بما عرفت، و إن كان قد مات محجورا عليه، بل صرح به فى المسالك، و

لعلمهم رجحوا ذلك على إطلاق

١- ١ المستدرک ج ٢ ص - ٤٩٦- عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام باختلاف يسير و فى سنن البيهقى ج ٦ ص

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر الحديث ١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر الحديث ٣.

صحيح عمر بن يزيد للحكمه الواضحه فى هذا الشرط بالنسبه إلى الميت دون الحى، إذ الميت لم تبق له ذمه بعد الموت، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء، لئلا يتضرر الغرماء، بخلاف الحى، فإن ما يتخلف من الدين متعلق بدمته، فربما لا يضيع.

و فى المسالك عن بعضهم أن الحكم مختص فى الميت المحجور عليه، قال:

«و إطلاق النص يدفعه».

قلت: هو المحقق الثانى فى جامع المقاصد، و ضعفه واضح، و الأنسب منه القول بعدم اشتراط الوفاء فى الاختصاص إذا كان قد مات مفلسا، استصحابا للخيار الثابت لصاحب العين فى حال الحياه، و لا إطلاق صحيح عمر بن يزيد منضمما إلى عدم ظهور صحيح أبى ولاد و مرسل جميل فى موت المفلس، بل لعلهما ظاهران فى غيره، بل لعله لا يخلو من قوه، إن لم يكن إجماع على خلافه، فتأمل جيدا، فإنى لم أجد تنقيحا له فيما حضرنى من كلام الأصحاب.

نعم قد سمعت التصريح بخلافه فى المسالك، و كذا العلامه فى التذكره، بل ظاهرهما أنه مفروغ منه، و لعل وجهه أن العين قد انتقلت بالموت إلى الوارث، فذهب شرط خيار الفليس، و لم يبق إلا الخيار من حيث الموت المشروط بالوفاء فى صحيحه أبى ولاد. و على كل حال فما عن الشيخ رحمه الله لم نجد له شاهدا بالخصوص سوى دعوى الجمع بين النصوص، بحمل ما دل منها على الاختصاص على ما إذا كان وفاء، و ما دل منها على عدمه، ك

خبر أبى بصير^(١) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كانت عنده مضاربه و أموال أيتام و بضائع، و عليه سلف لقوم فهلك و ترك ألف درهم، أو أكثر من ذلك، و الذى للناس عليه أكثر مما ترك؟ فقال: يقسم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على تقدير حصصهم أموالهم»

و غيره على ما إذا لم يكن وفاء من غير فرق بين الحى و الميت، لكن فيه أنه لا- شاهد على هذا الجمع، إذ صحيح أبى ولاد و مرسل جميل فى الميت الذى قد عرفت الحكم فيه، و الكلام فى المفلس الحى الذى هو لعله

الظاهر من صحيح عمر بن يزيد، كما أن الظاهر من قوله فيه لا يحاصه الغرماء قصور المال عن الوفاء، و ان الحاكم قد حجر عليه فهو أحد أدله التحجير على المفلس الذى أنكره فى

الحدائق، كما أنه أنكر فى المقام دلالة النصوص على الخيار الذى عند الأصحاب و إنما هى داله على الاختصاص فى الغرماء، و لا ريب فى ضعفه فى المقامين، و حينئذ فليس أخذ العين عزيمة عليه، بل له أن يفسخ و يأخذ العين، و له أن يضرب بالثمن على الغرماء، كما أومى إليه فى صحيح أبى ولاد، و ليس أن يفسخ و يضرب بقيمه المتاع ان كانت أزيد من الثمن قطعاً.

نعم قد يقال: إن له ذلك إذا تلفت العين بعد الحجر، و تعلق الخيار بها، إذ احتمال سقوط خياره حينئذ مناف للاستصحاب، و لإطلاق الدليل، مع أنه يمكن فرض التلف بعد اختيار الفسخ، و قبل وصول العين اليه، و قد يعلم فى الفرض اختصاصه بالقيمة التى هى بدل العين عن الغرماء، و فيه ضعف، لان الدليل إنما اقتضى الاختصاص بالعين لا بقيمتها التى قد استحقت بعد الفسخ، فهى كمنوها من الديون التى يضرب أصحابها مع الغرماء، و ان تجددت بعد الحجر، كما ستعرف إنشاء الله تعالى فتأمل جيداً.

و كيف كان ف هل هذا الخيار فى ذلك فى الحى أو الميت على الفور قيل: نعم لأنه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و عن المبسوط أنه أحوط، و فى المسالك أولى، و فى محكى التذكرة أنه الأقرب، و جامع المقاصد، يمكن ترجيحه بأنه الأشهر فى كلام الأصحاب، و فيه جمع بين الحقين، فالقول بالفوريه قريب، هذا.

و قد يشعر قول المصنف و لو قيل بالتراخى جاز بالميل إلى التراخى، و لعله كذلك لإطلاق الدليل، و قد تقدم فى الخيارات تحقيق نظائر هذا البحث، ثم إنه لا فرق فى الرجوع بالعين فى الفليس بين دفع الغرماء للدين من مال المفلس، أو من مالهم و لو يباحه للمفلس أن يفى عن نفسه، و عدمه لا للمنه، و تجويز ظهور غريم، لعدم اطرادهما، بل لإطلاق النص (١) الذى لا فرق فيه مع ذلك أيضاً بين زياده قيمه

السلعه، أو كثره الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها، و عدمه، خلافا للتذكرة فأوجب حينئذ قبول ما بذله الغرماء من دينه، و كأنه اجتهاد في مقابله النص، بل فيها أيضا ما يقتضى وجوب القبول لو بذل الثمن باذل من ماله تخليصا للعين، و إطلاق النص يدفعه.

نعم يعتبر فيه حلول الدين، فلا رجوع لو كان مؤجلا، لعدم استحقاقه المطالبه حينئذ، فلا يستحق الفسخ، و لو حل قبل فك الحجر و قبل الوفاء بها فالأصح في جامع المقاصد عدم الرجوع بها أيضا، لتعلق حق الغرماء بها، فلا يستحق إبطاله، لكن في القواعد اشكال، و لعله من ذلك، و من عموم الخبر، بل عن التحرير الجزم بالرجوع، و هو جيد بناء على مشاركة الدين المؤجل الحال قبل قسمه الكل أو البعض، لاندرجه حينئذ في عموم النص المزبور، كما صرح به في الروضه، لكنه لا يخلو من إشكال، لسبق تعلق حق الغير، و لأصاله عدم المشاركة، و لذا قرب في التذكرة أنه لو حل الأجل قبل انفكاك الحجر أنه لا يشارك صاحبه الغرماء، و بنى عليه أنه ليس

لصاحب الدين الذى قد حل الرجوع فى عين ماله، سواء كان الحاكم دفعها فى بعض الديون أولا و هو جيد، لكنه صرح بعد ذلك فى آخر كتاب الفلوس، أنه إذا حل المؤجل قبل قسمه الكل أو البعض شارك فيما لم يقسم، و يمكن الجمع بين كلاميه بحمل ما هنا على عدم الشركه إذا كان الحلول بعد القسمه، بخلاف الأخير، إلا أن تعليقه الفرع ينافى ذلك و يمكن دفعه أيضا فتأمل.

هذا كله فى المعاوضه المحضه و لو قرضا فإنه صرح فى التذكرة بأنه للمقرض الرجوع بعينه إذا فلس المقترض، و كان عين المال موجوده، أما ما ليست كذلك، بل فيها شبه للمعاوضه، فلا فسخ، للأصل السالم عن المعارض، ضروره عدم اندراج مثل النكاح و الخلع و العفو عن القصاص على مال و نحوها فى الخبر المزبور، فلا تفسخ الزوجه النكاح بتعذر الصداق و لا الزوج الخلع بتعذر العوض بإفلاس الزوجه و لا-العافى بتعذر عوضه، كما هو واضح، بل لا أجد فيه خلافا، بل فى جامع المقاصد الإجماع عليه.

و الظاهر اعتبار بقاء العين على ملك المفلس بذلك العقد، لانه المنساق من إطلاق

الخبر المزبور الذى خرجنا به عن أصاله اللزوم، و

خبر «من وجد عين ماله فهو أحق بها»

لم نجده فى أصولنا، فلو خرج عن ملكه حينئذ ثم عاد إليه بسبب آخر قبل الحجر، لم يكن له الرجوع حينئذ، و ان لم يكن بعوض كالهبة و الوصيه و نحوهما، و اولى من ذلك لو كان عوده بعد الحجر، ضروره اقتضاء الفاء عدمه بل قد يقال: بعدم جواز الرجوع له، لو عاد بفسخ خيار أو إقاله على إشكال، لكن فى القواعد «لو عاد إلى ملكه بلا- عوض كالهبة و الوصيه، احتمال الرجوع، لأنه وجد متاعه، و عدمه لتلقى الملك من غيره».

و فى الوجه الأول ما عرفت، مضافا إلى أن فسخ البيع إنما يقتضى بطلان ملكه به، لا بسبب غيره، كما هو المفروض، بل قال: و معه: أى القول بالرجوع، فإن عاد بعوض كالشراء فان و فى البائع الثمن فكالأول: أى فى احتمال الرجوع، و عدمه من الوجدان، و عدم معارضة الثانى الأول بعد وفاء ثمنه، و من أن المعاوضه الثانیه أوجبت استحقاق الرجوع للثانى عند عدم الوفاء فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حق الثانى مع بقاء حق الأول، و هو كما ترى بعد ما عرفت من عدم الرجوع فى المسأله السابقه، ففى المقام بطريق أولى.

بل قال: و ان لم يكن وفاء الثمن احتمال عوده إلى الأول لسبق حقه، و إلى الثانى لقرب حقه، و تساويهما فيضرب كل منهما بنصف الثمن.

و هو غريب ضروره انقطاع حق الأول بالمعامله الثانیه، و ذلك لان ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها، و إلا لم تكن صحيحه، لعدم ترتب الأثر الذى هذا من جملته عليها، فيجب ارتفاع لوازم الأول بالسبب الطارى، كما هو واضح، فيتعين حينئذ الوسط، أما إذا كانت باقيه على الملك و لم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع كالرهانه و نحوها، إلا أنها ناقصه، فإن كان البعض الناقص مما يتقسط عليه الثمن لجواز افراده بالبيع كالعبد من العبدین، و نحوه، أولا كيد العبد و رجله، و على كل حال فإما أن يكون بآفه سماويه، أو بجنايه من المشتري أو البائع أو أجنبى فالصور ثمان.

و قد أشار المصنف إلى الأولى منها بقوله و لو وجد بعض المبيع سليما

تخير بين الضرب بجميع ماله و بين أخذ الموجود بحصته من الثمن و ضرب بالباقي مع الغرماء بلا خلاف أجده فيه عندنا مطلقا كما في المسالك، لصدق عين المال على الموجود، فيثبت التخيير فيه، بخلاف التالف الباقي على مقتضى أصله لزوم العقد فيه و تبعض الصفقة هنا لا أثر له، لعدم ما يقتضى شمول هذا الفرد منه بالنسبه إلى كل منهما، لكن في المختلف عن ابن الجنيدي أنه قال: إن وجد بعض متاعه أخذه بالقيمة يوم يترده، و ضرب بما يبقى من الثمن مع الغرماء فيما وجده للمفلس، قال: و قد خالف الشيخ في موضعين الأول- إطلاق الضرب بالنقص، الثاني احتساب المأخوذ بالقيمة، و التالف بها، و الشيخ نسبهما إلى الثمن، و هو لا يخلو من قوه.

و في جامع المقاصد في شرح ما في القواعد «و لو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيد فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، و الضرب بثمان التالف» قال:

«ان فيه نظرا من وجوه، الأول: ان أخذ الباقي بحصته من الثمن إن كان على طريق المعاوضه توقف على رضا المستحقين، و صدور العقد على الوجه المعبر شرعا و لا يقوله أحد، و إن كان على جهه الفسخ فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ و يأخذه، الثاني: ان الفسخ فيه وحده يقتضى تبعض الصفقة و ذلك غير جائز الثالث:

أنه أطلق الضرب بحصته من الثمن، و ذلك لا يستقيم على أصله، بل يجب أن يقيد بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن، هربا من المحذور السابق، فإن ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق» (إلى أن قال): «و الذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضه مطلقا، أو يتركه مطلقا حذرا من لزوم تبعض الصفقة، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر، يفسخ في الموجود فأخذه، و يسقط حصته من الثمن، و يبقى البيع في الآخر بحاله، فيضرب بحصته من الثمن، و ذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن، أما إذا كانت أنقص أو مساويه فإنه يأخذ حصته من القيمة، و لا يمنع ذلك كون العبدین بمنزله مبيعين، نظرا إلى أن لكل منهما قسطا من الثمن، و ان كان في الثاني مناقشه، لأن المنع من تبعض الصفقة لحق كلا منهما، و إطلاق كلام ابن الجنيدي يقتضى الفسخ في الجميع، و أخذ الباقي بقيمته، و يضرب بقيمه التالف،

و قواه المصنف فى المختلف، و قوته بينه».

و هو كما ترى ضروره تعيين الوجه الثانى فى النظر الأول و قوله «لا معنى» إلى آخره لا معنى له، إذ ذلك لازم للفسخ فيه وحده، و إن كان مراده أنه لا- معنى للتعبير عن ذلك بالأخذ بالحصه، و فيه أنه متعارف فى إرادته الفسخ فيما يقابله من الثمن، كما أن النظر الثانى يدفعه ما أومأنا إليه من اشتراك التبعض بالنسبه إليهما، و أنه لا مانع منه بعد قضاء الدليل به، و اما الثالث فالفرق بين المقام و بين الأرش واضح، ضروره حصول فسخ العقد من أصله، و كان مقتضى الضابطه الرجوع بالأرش على مقتضى قيمه، لأنه ليس أرش معاوضه، إلا- أنه لما منع عنه قاعده عدم اجتماع العوض و المعوض، و جب التقييد فيه بذلك، بخلاف المقام الذى هو فسخ للعقد بالنسبه إلى الموجود، دون التالف، فليس حينئذ إلا ما يخصه من الثمن بالنسبه، و لا مدخله لقيمه هنا أصلا، و من ذلك يعلم ما فى كلامه الأخير، بل و ما فى كلام ابن الجنييد الذى قواه فى المختلف، و استظهر منه فى جامع المقاصد الفسخ فى الجميع، مع أن ما فيه من أخذ الموجود بالقيمه ينافى ذلك، و على كل حال فكلام الأصحاب هنا فى محله، و ليس فيه إلا تبعض مقتضى العقد، و لا بأس به بعد قضاء الدليل. فتأمل جيدا و الله أعلم.

نعم إنما الإشكال فى قول المصنف و غيره من الأصحاب، بل لعله المشهور و كذا لو وجده معينا بعيب قد استحق أرشه لكون الجانى أجنبيا و لو البائع ضرب مع الغرماء بأرش النقصان و إن زاد على الثمن فإنه ليس جمعا بين العوض و المعوض عنه، كما سمعته من جامع المقاصد، و يحتمل أن يريد بالأرش جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه النقصان إلى قيمه إن كان الثمن أنقص عن قيمه، و إلا فنقصان قيمه، كما صرح به فى القواعد، قال: «و إن كان بجنايه أجنبى أخذه البائع، و ضرب بجزء من الثمن على نسبه نقصان قيمه لا بأرش الجنايه، إذ قد تكون كل الثمن، كما إذا اشترى عبدا بمائه تساوى مائتين فقطعت يده، ف يأخذ العبد و الثمن، و هو باطل، هذا إن نقص الثمن عن قيمه، و إلا فنقصان قيمه و على كل حال فهذا كله لو كانت الجنايه توجب أرشا.

أما لو عاب بشىء من قبل الله سبحانه و تعالى أو جناية من المالك كان مخيرا بين أخذه بالثمن مجانا و بين تركه و الضرب مع الغرماء بالثمن، فإن المعلوم من قاعده فسخ المعاوضه إيجاب رجوع كل مال إلى صاحبه عينا أو بدلا، و كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع، معارض بماله قسط من الثمن، مع أننا لا نقول أنها مضمونه مطلقا، بل بمعنى أن الفاتت فى يد المشتري يكون من ماله، لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونه، فإذا ارتفع رجوع كل من العوضين إلى مالكة أو بدله، و أما كون اليد لا قسط لها من الثمن، فإن أرادوا أن الثمن لم يبذل فى مقابلتها منه شىء ففساده ظاهر، إذ لولاها لم يبذل جميعه قطعا، و إن أرادوا أن الثمن لا يتقسط عليها و على باقى الاجزاء على نسبه الكثره و القله، كالعشر فى متساوى الأجزاء فهو لا يدل على مطلوبهم.

كل ذلك مع منافاه تعليلهم لما حكموا به من الأرش فى جنايه الأجنبى، و إن كان قد أخذه المشتري، ضروره أنه أخذه و العين ملك له، و لم تكن مضمونه عليه للبائع، و كون الأرش جزءا من المبيع و قد أخذه المشتري - فلا يضيع على البائع بخلاف التعيب بالافه السماويه التى لم يكن لها عوض - لا يجدى بعد عدم كون العين مضمونه، و من هنا كان خيره المحقق الثانى الرجوع بالأرش مطلقا، بعد أن حكاه عن ابن الجنيد، و أن المصنف فى المختلف قواه، و استحسنة الشهيد الثانى، و قد عرفت أن كلام ابن الجنيد أجنبى عن ذلك، و أن ظاهره عدم الفسخ مطلقا، و انما يأخذ الموجود بالقيمه، و فاء عن دينه، فإن بقى له من الثمن شىء ضرب مع الغرماء.

و أما ما سمعته من الأصحاب فقد يقال: إن الموافق للضوابط عدم استحقاق الأرش أصلا، إذ هو كنماء الملك يستحقه المشتري، و الشارع إنما جعل له الفسخ فى الموجود من ماله، ففسخ العقد يوجب رجوع هذا المال إليه، لأنه الموجود دون غيره، و الفرض أن التالف ليس مما يمكن بناء العقد بالنسبه إليه، حتى يستحق ما يقابله من الثمن، بل قد عرفت أن صفه الصحه و العيب ليست هى إلا كصفه الكتابه و العلم و نحوهما مما لا تقابل بأجزاء الثمن، و إن زاد بسببها، فان زيادته بها أعم من مقابلته

لها، كما هو واضح، و لذا لم يفسخ العقد قهرا فيما قابلها من الثمن عند فقدها، فحيث إذا فسخ ليس له إلا الموجود الذى حصل فيه سبب الفسخ دون غيره الذى لا قسط له من الثمن، و ليس من قاعده «كون التلف ممن لا خيار له» ضروره تجدد الخيار، و عدم حصوله من أول العقد. اللهم إلا أن تفرض المسأله فيما بعد الحجر لكنه خلاف ظاهر كلامهم، ضروره ظهوره فى أنه حال تعلق الخيار وجد العين ناقصه، و لا يكون ذلك إلا قبل الحجر فتأمل جيدا.

فظهر من ذلك أن الموافق لمقتضى الضوابط، عدم استحقاق الأرش أصلا، إلا انه حيث يكون مستحقا على الأجنبى حكموا بالرجوع به، باعتبار كونه قائما مقام الجزء التالف، و أنه ليس فى الحقيقه تضمن للمالك، و لكن التعليل كما ترى، و لعل المتجه عليه رجوعه به مع وجوده، أما مع فرض تلفه من المالك، أو من قبل الله تعالى، فهو كالجزم بل هو أولى منه فى عدم الرجوع، كما أن المتجه عليه الرجوع بمقداره لا بأزيد، لو فرض تفاوت قيمه، بحيث لو كان الجانى البائع فقد يبقى له و يضرب به، و قد ينقص و يبقى مشغول الذمه به للمفلس، و قد يتساويان فيأخذ منه ما عليه و يضرب بماله.

و الإنصاف أن العمده فى إثبات ذلك من أصله حيث الإجماع إن تم، و إلا فلا، و حيثنذ فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، و هو أقل الأمرين من تفاوت قيمه، و من النسبه إلى الثمن، كما سمعته من الفاضل فى القواعد ملاحظا فيه أرش المعاوضه من جهه، و أرش الجنايه من أخرى، فرارا من عدم جواز الجمع بين العوض و المعوض، و أطلق فى المسالك ملاحظه الأرش بنسبه الثمن، معللا- له بأن السبب فى ذلك الهرب من الجمع بين العوض و المعوض، فلم يلاحظ فيه الا- أرش المعاوضه، و هو لا يخلو من وجه، لكن فى جامع المقاصد «أن المتجه الرجوع بتفاوت قيمه مطلقا و ان زاد على الثمن» و ليس فيه جمعا بين العوض و المعوض، إذ لم يأخذ ذلك على أنه ثمن، بل على أنه عوض الفئات الذى استحق بالفسخ عينا أو قيمه، فلاحظ فيه نحو أرش الجنايه على كل حال، و المتجه على ما ذكرنا الاقتصار على المتيقن، و هو ما عرفت

فتأمل جيدا.

و لو قبض نصف الثمن مثلا- و تساوى العبدان قيمه و تلف أحدهما، فعن ابن الجنييد أنه يجعل المقبوض فى مقابله التالف، و يتخير بين الضرب بالباقي، و بين أخذ العبد الموجود به، لتناول الخبر له.

و فيه أن مقابله المقبوض للتالف لا مقتضى له، فإن جملة الثمن فى مقابله المبيع، و لا أولويه لكون المقبوض مقابل التالف على كونه فى مقابل الموجود؛ و من هنا كان المحكى عن ابن البراج مراعاة التوزيع بمعنى أن له الرجوع بنصف الموجود، و يضرب حينئذ بربع الثمن مع الغرماء، و له عدم الفسخ و الضرب بما بقى له من الثمن؛ لكن فيه مضافا الى التضمر بالشركه أن هذا الخيار على خلاف الأصل، و المتيقن منه ما إذا لم يقبض من الثمن شيئا فيبقى غيره على قاعده اللزوم، خصوصا بعد

النبوى (١) «و إن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوه الغرماء»

و الله أعلم هذا كله إذا وجد المبيع ناقصا.

و أما إذا كان زائدا كما لو حصل منه نماء منفصل كالولد و اللبن و نحوهما كان النماء للمشتري، و كان له أى البائع أخذ الأصل بالثمن بلا خلاف بيننا و لا إشكال، بل فى المسالك أنه موضع وفاق، بل لا فرق فى الولد بين الحمل و المنفصل، و لا فى اللبن بين المحلوب و غيره، لكون الجميع نماء ملك المشتري.

و لو كان النماء متصلا كالسمن و الطول مثلا فزادت لذلك قيمته قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه و عن جماعه له أى البائع أخذه، لأن هذا النماء يتبع الأصل لأنه محض صفه، و ليس من فعل المفلس فلا يعد مالا له، و لأنه يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها، و لأن الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذى لا إشكال فى كون هذه الزيادة فيه لمن عادت العين له به، و ما فى جامع المقاصد من الفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد فى الخيار، بخلافه هنا، فإنه طار بعد الحجر- غير مجد، بعد اشتراكهما فى أن الفسخ من حينه، و بعد

عدم رجوع غيره من النماء بفسخ الخيار، و إن كان ثابتا بأصل العقد.

و لكن مع ذلك قال المصنف فيه تردد مما ذكرنا، و من أنها زياده عينيه قد وقعت في ملك المشتري، و ان لم تكن من فعله، فهي في الحقيقه عين مال البائع مع شىء آخر، و من هنا كان خيره جماعه منهم الفاضل في المختلف و ابن الجنييد و المحقق الثاني أن الزياده للمفلس، لكنها لا- تمنع من رجوع البائع، لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان شريكا معه بالنسبه، لكن ظاهر ما عن التذكرة أو صريحها عدم جواز الفسخ من أصله، لأنه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن الذي هذا ليس منه، و فيه مالا- يخفى، بل لعل القول الثاني. الذي هو مراد المصنف من ترده على الظاهر لا يخلو من ضعف أيضا على ما عرفت و الله أعلم.

و كذا الكلام لو باعه نخلا و ثمرتها قبل بلوغها و بلغت بعد التفليس فزادت قيمتها لزياده في نفس الثمره، أما إذا كانت الزياده في القيمة خاصه، مع بقاء الثمره على قدرها، ففي المسالك في إلحاقها بالمسألة وجهان، من كون الزياده القيميه حصلت في ملك المفلس فلا- يؤخذ منه مجانا، و من بقاء عين مال البائع من غير تغيير، فيدخل في عموم الخبر، ثم قال: و استقر في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين مطلقا متى زادت قيمتها لزياده السوق، و ألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل».

قلت: لا إشكال في ضعف ما في التذكرة، ضروره اندفاعه بإطلاق النص، إنما الكلام في أن زياده السوق لأوصاف حصلت في ملك المفلس، كزيادته بالسمن و الطول و نحوهما، أولا- الظاهر الثاني، و إن قلنا به في الأول، لعدم كونها نماء في كل مقام تنفسخ فيه المعاوضه، و عدم صحه سلب عدم وجدان عين المال بها، بل و لا صدق وجدان غيرها معها كما هو واضح. و الله أعلم.

أما لو اشترى جبا مثلا- فزرعه و أحصد، أو بيضه فأحضنها و صار منها فرخ لم يكن له أى البائع أخذه لأنه ليس عين ماله كى يصح له الفسخ فيه،

ضروره استحالاته فى ملكك المشتري، و ليس المدار فى الرجوع بالمغصوب على كونه عين المال حال الغصب، و من هنا صح الرجوع فيه و إن استحال فى يد الغاصب إلى حقيقه أخرى، إذ هو مال المالك على أى حال يكون، و منه زرع المرتهن للحب المرهون، بل قد يقال: ليس للبائع الفسخ فى العصير إذا تخمر فى يد المشتري ثم تخلل، لكنه لا- يخلو من اشكال. نعم فى المسالك «لو قلنا بالمنع من الرد فى الزيادة المتصله، فهنا أولى» و قد عرفت أن المختار عندنا عدم المنع من الرد فتأمل.

و لو باعه نخلا حائلا فأطلع و فسخ البائع أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها الطلع فضلا عن غيره من الأشجار، لأنه من النماء الذى قد سمعت الحكم فيه، و دخوله فى البيع للدليل لا- يقتضى دخوله هنا، بعد حرمة القياس عندنا، فما عن الشيخ رحمه الله من الدخول كما عن أحد قولى الشافعى ضعيف، أما إذا أبر فلا يتبعه قولا واحدا، و الظاهر عدم استحقاق المالك الأجره حينئذ لو أراد المشتري الإبقاء إلى الجذاذ، كما صرح به الفاضل فى القواعد، و المحقق الثانى و الشهيد الثانى، و كذا الحمل و الزرع فى الأرض، و نحو ذلك، بل فى المسالك أنه يستحق بقاؤه إلى حصاده بلا أجره قولا واحدا، و لعله لأن الثابت له الفسخ فى العين، و ردها إلى ملكه و قد حصل، و ليس له رد المنفعه التى قد استحقها المفلس، بل هو بمنزله من استوفاهها، كما انه ليس له إدخال الضرر عليه بإتلاف ماله لو أراد قلعه، و هذا بخلاف ما لو أجر أرضا فزرع المستأجر و أفلس، ففسخ المؤجر، فإنه يستحق أجره المثل حينئذ على الإبقاء إلى وقت الحصاد، لان مورد المعاوضه هنا المنفعه و قد فسخ، و لم تعد إليه باعتبار استحقاق الإبقاء عليه، فله عوضها حينئذ، خصوصا و المفلس لم يكن يستحقها مجانا قبل الفسخ، فكيف يستحقها كذلك بعده.

و بالجمله الفرق بين المسألتين واضح، و لكن لا يقتضى عدم استحقاق الأجره فى المسأله الأولى، إذ قد يقال بذلك مراعاة للجمع بين الحقين، إذ المشتري كان له الإبقاء من حيث أنه مالك لا مطلقا، بل قد يفرق بين المقام، و بين بيع الأرض المزروعه،

باعتبار ظهور العقد الحاصل برضاها في البقاء، بخلاف الفسخ الحاصل قهرا على المشتري، و من هنا كانت المسألة لا تخلو من إشكال، اللهم إلا- أن يقال: إنه لا- إشكال في استحقاق البقاء على البائع، لأنه ليس بظالم، و لتوقف تمام ماليته على ذلك، و الأ-جره إن كان يستحقها المالك عليه من جهه شغل ملكه فهي من الشرع، لا أن استحقاق البقاء مشروط ببذلها، فهي حينئذ تكليف مستقل مع الشك ينفي بالأصل، فتأمل جيدا، فإنه دقيق. و الله أعلم.

و كذا لو باع أمه حائلا فحملت، ثم فلس و أخذها البائع لم يتبعها الحمل لو فسخ البائع، إذ هو كغيره من الحمل و النماء و لعل عود (ذكره) بالخصوص تنبيها على أن مقتضى قول الشيخ- في تبعيه الحمل للأم في البيع لكونه كالجاء منها- القول بالتبعيه هنا، بناء على عدم منع النماء المتصل نحو السمن و الطول، كما سمعته من الشيخ سابقا، لكن قد عرفت ضعفه في محله؛ و الله أعلم.

و لو باع شقصا و فلس المشتري كان للشريك المطالبه بالشفعه، و يكون البائع أسوه مع الغرماء في الثمن بلا خلاف أجده بين أصحابنا في الحكمين، الواضح وجه ثانيهما، و أما وجه أولهما فقوه حق الشفعه، بدليل ثبوتها مع انتقال العين عن المشتري حتى لو جعلها مسجدا، بل لو تقايل المتبايعان كان للشفيع ابطال التقايل، و الأخذ بالشفعه، بل لو فسخ البائع بعيب في الثمن كان للشفيع فسخ الفسخ، و الأخذ بالشفعه في أحد الوجوه، أو أصحابها، و كذا المشتري إلى غير ذلك مما يستفاد منه قوه حق الشفعه، بخلاف خيار البائع الذي لم يثبت الشارع إلا مع وجود العين، و لان تعلقها هنا في العين أسبق، ضروره حصولها بالعقد، بخلاف الخيار المتوقف على فلس المشتري، فهي حينئذ أرجح منها بالسبق، و لأنها لاحقه للبيع بذاته و الخيار لاحق له بواسطه الحجر، و ما بالذات أولى مما بالعرض.

و إن كان الأخير كما ترى، لا محصل له بحيث يصلح مدركا لحكم شرعي، بل و سابقه، إذ السبق باعتبار سبق السبب لا يقتضى ترجيحا على المتأخر الذي تأخر

سببه، كما هو واضح، فانحصر الوجه في الأول الذي لولاه لكان المتجه ثبوت حقهما معا، فأيهما سبق كان الحق له، و مع الاقتران يبطلان و يبقى للمفلس، أو يستخرج أحدهما بالقرعه، مع القطع بتأثير أحدهما في الواقع، و الاحتمال في الظاهر بناء على اعتبار ذلك في القرعه، إذ لا ظهور في دليل كل منهما في نفي ثبوت حق لغيره، بل مقتضى عموم دليلهما الثبوت لهما، فهو كما لو قال الشارع بالخصوص لهذا الشريك الشفعه، و لهذا البائع الخيار.

بل قد يظهر لك مما ذكرنا وجه في أصل المسأله إن لم يتم إجماع على خلافه، و هو القول بأن الحق للسابق منهما، و مع الاقتران ترجح الشفعه بما ذكر مرجحا لها من القوه و غيرها، بل لعل هذا أولى مما ذكره في القواعد و غيرها من احتمال تقديم حق البائع، لأن الشفعه شرعت لدفع الضرر بالشركه التي لا يختارها الشريك، و الضرر هنا يزول عن الشفع، لأن البائع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع، و لم يتجدد شركه غيره، و احتمال تقديم حق الشفع بالعين، و البائع بالثمن على سائر الغرماء، حيث تعذر أخذه العين، و حيث إنه عوض ماله الذي قد وجدته في حال الحجر بعينه، و قد كان حقه التقديم به لولا عروض مانع سابق، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقين، إذ الأخير واضح الفساد، لعدم حق بعد للبائع، بعد تقديم الشفع في العين لكون الثمن حينئذ من أموال المشتري، فهو و غيره من الغرماء سواء فيه، بل و الأول لكون الضرر حكمه في الشفعه، لا عله تدور مدارها، فلا ريب في أن ما ذكرناه أولى منهما و الله أعلم.

و لو فلس المستأجر قبل تمام استيفاء المنفعه كان للمؤجر فسخ الإجاره إن شاء من غير خلاف أجد فيه، إلحاقا للمنافع بالأعيان، و تنقيحا للمناط، بل ربما تكلف إدراج المنفعه في بعض نصوص الخيار و حينئذ ف لا يجب عليه إمضاؤها و لو بذل الغرماء الأجره من مال المفلس أو من مالهم، و لو بالإباحه للمفلس على حسب ما عرفته في بذل ثمن المبيع، و لو كان قد استوفى المستأجر بعض المنفعه قبل الفلس،

فسخ المؤجر فيما بقى و ضرب بما يقتضيه التقسيط بالنسبه إلى الماضي مع الغرماء، إذ هو كتلف بعض المبيع الذى يسقط عليه الثمن، إذ المنفعه قليلها و كثيرها يمكن أفرادها بالإجاره، بل و كذا لو استوفى بعد الفليس، و لو كانت العين المستأجره أرضا قد زرعها المفلس، أو غرس فيها، أو بنى كان له الفسخ أيضا، و استحق أجره المثل على الإبقاء، لما عرفت سابقا من الفرق بين الإجاره و البيع فى ذلك.

بل صرح فى المسالك هنا «أن لها الأجره مقدمه على الغرماء، لما فيها من مصلحتهم بحفظ الزرع، كأجره الكيال و الوزان» و إن كان لا يخلو من تأمل، بناء على استحقاق البقاء عليه، و إن وجبت الأجره شرعا جمعا بين الحقين، و لو كانت الإجاره على عين كليه فى ذمه المؤجر، و لم يكن قد أقبضها المستأجر، فالظاهر أن له الفسخ أيضا، بل لعله أولى من الفسخ فى العين المشخصه التى سلمها المؤجر، و فى المسالك «إن اختار المؤجر الإمضاء أمره الحاكم بتعيينها ليؤجرها» و هو كذلك، بل قد يقال: إن له الفسخ لو كانت الإجاره على عمل فى ذمته، و قد فليس المستأجر قبل أن يعمل العمل كله، أو بعضه، فإنه أولى من العين.

و منه ينقذ الخيار للبائع لو كان قد باعه شيئا فى ذمته و قد فليس المشتري قبل أن يقبضه، لكون المناط فى الجميع واحدا، و لو فسخ مؤجر العين و قد وجد عينه مشغوله بحمل مال للمفلس، و جب الإبقاء بالأجره إلى المأمّن، مقدما بها على الغرماء، و كذا لو كان المفلس راكبا لها، دفعا للضرر على نفسه الذى هو أولى من حفظ ماله، كما صرح بذلك كله فى المسالك، و إن كان لا يخلو التقدم فى الأخير من بحث، إلا أن يدخل تحت النفقه.

و الظاهر أن له الفسخ و إن كان المأمّن فى صوب المقصد، لوجود السبب، و عدم الفائده فى بعض الافراد غير قاذح بعد وجود السبب، مع أنه يمكن تصوير الفائده فى كثير من الأفراد، بل له الفسخ و إن كان المأمّن منتهى المسافه المستأجره عليها، و كذا له الفسخ و إن كان النقل إلى المأمّن يحصل بإجاره مساويه للنقل إلى

المقصد، أو أكثر، لكن في التذكرة أن الأولى وجوب النقل إلى المقصد، و عدم تخيره في الفسخ، بل يجب عليه إمضاء العقد، ثم قال: و هل يقدم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلى المقصد من المسمى اشكال، و هو كما ترى حتى في إشكاله، فإن المتجه بناء على عدم الفسخ عدم التقدم، كما هو واضح.

نعم ما فيها من أنه لو كان المأمّن في صوب المقصد، و صوب مبدء المسافه أو تعددت مواضع الأمان و تساوت قربا و بعدا ففي التذكرة فإن كان أجره الجميع واحده نظر إلى المصلحه، فإن تساوت كان له سلوك أيها شاء، لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد، لأنه مستحق عليه في أصل العقد، و ان اختلفت الأجره سلك أقلها أجره، و إن تفاوتت المصلحه، فإن اتفقت مصلحه المفلس و الغرماء في شىء واحد تعين المصير اليه، و إن اختلفت، فالأولى تقديم مصلحه المفلس، و لا بأس به، و لو أفلس المؤجر بعد تعين الدابه فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعه، كما يقدم المرتهن، لأصالة اللزوم، و سبق الاستحقاق.

نعم للغرماء البيع مستحقه المنفعه، و لهم الصبر إلى انقضاء الإجاره إذا لم يوجد راغب، لكن هل يبقى الحجر مستمرا عليه إلى انقضائها احتمال. و لعل الأقوى عدمه، و لو كانت الإجاره على الذمه، فله الرجوع إلى الأجره إن كانت باقيه، للوجدان، و له الضرب بقيمه المنفعه، كما أنه يتعين له ذلك لو وجدها تالفه، و ليس له الفسخ و الضرب بالأجره، لأنه ليس كالسلم كما هو واضح و الله أعلم.

و لو اشترى أرضا فغرس المشتري فيها أو بنى، ثم أفلس كان صاحب الأرض أحق بها قطعا، بل لا خلاف أجده فيه، لصدق وجود العين و ليس له إزاله الغروس و لا الأبنيه مع عدم بذل الأرض قطعا. و هل له ذلك مع بذل الأرض، قيل: و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه نعم لظهور ما دل على أن له الرجوع في العين في استحقاق منافعها، و حيث وضع بحق جمع بين الحقين ببذل الأرض و الوجه المنع لأنها قد وضعت بحق خالص للمالك، فليس لأحد إزالتها

لا احترامها، و الأرض مع عدم الرضا به لا يسقط احترامها، بخلاف الأرض التي كانت ملكا للمفلس، و قد انتفع بها بذلك، و لم يكن لأحد فيها حق أصلا. و إنما تجدد له الرجوع بالعين خاصه، بل المتجه عدم استحقاق الأجره على البقاء، كما صرح به فى جامع المقاصد، للأصل الذى قد سمعته فى الزرع.

بل فى المسالك «أنه يلزم على قول الشيخ أن له الإبقاء بالأجره لا-مجانا، لأن ذلك هو مقتضى تعليه، و لكن لم يذكر احد استحقاقه الأجره لو أبقاها، نعم هو وجه لبعض الشافعيه» و ربما يستفاد منه عدم الخلاف فى عدم استحقاق الأجره مع اختيار البقاء، بل لعل الشيخ أيضا لا يقول بها. و إن جوز له القلع بالأرض ضروره عدم تلازمهما.

و حينئذ فطريق معرفه الأرض على قول الشيخ تقويم الغرس و البناء قائمين بلا-أجره و مقلوعين، فالتفاوت بينهما هو الأرض. و لكن التحقيق مساواه الغرس للزرع فى استحقاق البقاء بلا-أجره، و عدم جواز القلع بالأرض إلا-مع التراضى، و احتمال الفرق بينهما بأن له أمدا ينتظر، بخلاف الغرس و البناء، فيحصل الضرر عليه اعتبار لا يصلح معارضا لما يقتضيه الضوابط، خصوصا بعد أن كان الفسخ اختياريا له، لا قهريا عليه. فتأمل جيدا.

نعم لو أفلس بثمر الغرس أيضا ففسخ صاحبه، لعدم عوده زياده على ما كان، أو قلنا أن مثله يتبع العين كالسمن - لم يكن له استحقاق بقاء على صاحب الأرض بل له قلعه من دون أرض لأنه دفعه إلى المشتري مقلوعا، بل لو قلعه صاحبه كان عليه طم الحفر، لأنه احداث فى ملك الغير لتخليص ماله، و مصلحه بسبب فعل غير مضمون، إذا لم يكن الغرس فى الأرض عدوانا، و من هنا كان الظاهر أنه ليس لأحدهما مطالبه الآخر بتخليص ماله من مال الآخر، لان الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق، و إنما فعله المفلس حين كان مالكا للعين و الانتفاع.

نعم لكل واحد منهما تولى ذلك، و الأولى استيذان الحاكم. و الظاهر أن

صاحب الأرض له قله، و ان كان هو حين القلع لم يكن صالحا بعد للغرس، لأن منفعه الأرض لبائعها بعد الفسخ، و لم يكن الغرس للمفلس، حتى يستحق إبقاؤه.

لأن الفرض أن صاحبه قد فسخ أيضا، و قد يحتمل في المقام من جهة خبر

«الضرر و الضرار(١)»

« أن لصاحب الغرس أرش النقص على المفلس، أو يقال: إن له الإبقاء بالأجره أو يقال إن لصاحب الأرض القلع بالأرض. و الله أعلم.

و كيف كان مفروض مسأله المتن أن الغرس للمفلس، و قد عرفت أن الحكم فيها الفسخ، فتكون الأرض للبائع، و الغرس للمفلس، ثم يباعان و يكون له أى البائع ما قابل الأرض بأن يقوموا معا ثم تقوم الأرض مشغوله به مجانا ما بقى على ما عرفت، و ينسب قيمتها كذلك إلى قيمه المجموع، و يؤخذ لها من الثمن بنسبه ذلك، و الباقي للمفلس. هذا إن رضى صاحبها بالبيع، فإن امتنع بقيت له الأرض، و بيعت الغروس و الأبنيه منفرده باقيه فى الأرض من غير أجره، و لا يجبر على بيع الأرض، و إن استلزم نقصانا عليه فى بيعهما منفردين، لأن الذى له ذلك، فإذا بيعت كذلك كان للمشتري الدخول، و السقى و غيرهما من الاحكام، نحو ما تقدم فيمن باع بستانا و استثنى منها شجرات أو نخلات. كما هو واضح و الله أعلم.

و لو اشترى زيتا فخلطه بمثله لم يبطل حق البائع من العين لوجودها و إن كانت غير متميزه، إذ هو لا يستلزم عدمها، بعد أن لم تكن واسطه بين الموجود و المعدوم، فيقسم حينئذ بينه و بين المفلس، لان الفرض التساوى فى الزيت، و كذا لو خلطه بدونه فى عدم بطلان حقه من العين، بل و فى القسمة عند المصنف و غيره لانه بفسخه رضى بما دون حقه و فيه أنه أعم من ذلك، و لعل الأوجه أن له التوصل إلى حقه بالبيع، و يكون له من الثمن بنسبه ما يخصه من القيمه، كما جزم به فى محكى التحرير، لأنهما كالمالين لشخصين لو بيعا صفقه، و إن كانا مستقلين.

و احتمال الشركه فى العين على هذه النسبه، يدفعه - مضافا إلى لزوم الربا،

بناء على عمومه لكل معاوضه و لو القهريه - أنه لا معامله بينهما على ذلك، و الامتراج لا يستلزمه قهرا، و إنما يستلزم الشركه قهرا فى المالىن على نسبه قدرهما، على معنى استحقاق كل منهما النصف مع فرض التساوى، و بحيث لو تلف منه يكون بالنسبه، أما لو بيعا لو حظ فى ثمنهما ملاحظه المالىن المستقلين، ضروره تفاوت الثمن بالنسبه إليهما، و لا تلازم بينه و بين الاشتراك بالعين، و للبائع الامتناع من العين هنا إذا رضى بدون حقه، لأنه يكون حينئذ شريكا.

لكن فى جامع المقاصد «فان قيل: إنه هل يجاب البائع لو طلب القسمه بعد الرجوع و المخلوط به المثل و الأردى؟ قلت: يحتمل أن لا- يجاب، لأن الخلط لم يكن على طريق الشركه، و إنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالكا لكل منهما، فلو أجنبناه إلى القسمه لزم تملكه بعض مال المفلس، لامتناع فصل ملكه، و هو باطل، و لأن الفائلين باستحقاق قيمه بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا، و ظاهرهم إطلاق الحكم فى الحالات كلها» و فى التحرير أثبت له المطالبه بالبيع فى الخلط بالمثل و الأردى.

قلت: ظاهر الأصحاب فى غير المقام وقوع الشركه قهرا فى الممتزج بالمساوى، و كذا الأردى إذا رضى صاحب الجيد، و لعله لأن الامتراج موجب لذلك حتى فى صوره الاختيار الذى يكون الفائده فيه حينئذ الرضا بإيجاد السبب المقتضى للشركه فى نفسه، و حينئذ فطلب القسمه فى محله، أما لو كان بالأردى فمع رضاه يعمل السبب حينئذ عمله من الاشتراك قهرا، فلو بيعا حينئذ لم يكن له الأعلى حسب الشركه، و لا يستحق من الثمن بمقدار قيمه ماله، لأن الفرض حصول الشركه.

نعم له أن لا- يرضى و يطالب بالبيع، فيخصه من الثمن على نسبه قيمه، لكن الإنصاف أن ذلك كله محتاج إلى الدليل، و إلا فالذى تقتضيه الضابطه بقاء كل مال على ملك صاحبه حينئذ حتى فى المتساوى، لتوقف ملك كل منهما شيئا من مال الآخر على الترضى، و الفرض عدم حصوله منهما، أو من أحدهما، و ربما كان هو ظاهر المحكى عن ابن الجنييد الذى اختاره فى المختلف فلاحظ و تأمل.

و إن كان قد خلطه بما هو أجود قيل و القائل الشيخ و الفاضل فى بعض كتبه يبطل حقه من العين، و يضرب بالقيمة التى يطلب بها المفلس، مع الغرماء لكونها حينئذ كالتالفه بالاختلاط، و عدم التمكن من القسمة، للإضرار بالمفلس، و فيه أنه يمكن التوصل إلى حقه بالبيع، و يكون من الثمن على نسبة القيمة، و لو أثر مثل هذا الاختلاط فى ذهاب العين، لزم مثله فى القسمين الأولين، و من هنا كان مختار الفاضل و ثانى الشهيدين ذلك، فعليه لو كانت قيمة زيتة درهما، و الممزوج به درهمين، أخذ ثلث الثمن، و هكذا، و ليس له الامتناع من البيع هنا، و إن احتمله بعضهم، لانحصار التوصل الى حقه فيه، نعم للغرماء و المفلس الامتناع من البيع إذا رضوا بالقسمة معه على قدر المالين، بناء على ما ذكرنا سابقا لانحصار الحق فيهم، فمع رضاهم بدون حقهم لم يكن لأحد منهم، هذا.

و عن الشيخ أنه حكى هنا قولاً آخر، و هو الشركه فى العين على نسبة القيمة فإذا خلط جره تساوى ديناراً بجره تساوى دينارين فللبائع قيمة ثلث الجميع، فيعطى ثلث الزيت، و غلظه باستلزامه الربا، و فى المسالك «أنه يتم على القول بثبوته فى كل معاوضه، و لو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً» قلت: هو بعيد أيضاً ضروره عدم المعامله بينهما، و الامتزاج لا يستلزم ذلك، فلا ريب فى أن المتجه ما عرفت.

نعم قد يحتمل الرجوع إلى الصلح القهرى، بل و فى المسالك فى باب الغبن فى نحو المقام، أنه لا يخلو من قوه بل فيها و فى الروضه هناك ما فيه نوع منافاه فى الجملة، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لو نسج المشتري الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق أو عمل نحو ذلك مما يفيد المبيع صفه محضه لم يبطل حق البائع من العين قطعاً لعدم خروجها بذلك عن الوجود، بل ان لم تزد قيمه المبيع بهذه الصفات لم يكن للمفلس شىء سواء غرم عليه شيئاً أولاً، و احترام عمله - بعد أن كان فى ماله - لا يقتضى استحقاق شىء على البائع، كما انه إن نقصت قيمته لم يكن شىء للبائع، بناء على ما عرفت

سابقاً من عدم استحقاق البائع الأرش بجنايه البائع المقتضى للعدم فى المقام بطريق أولى.

إنما الكلام فيما لو زاد بعمله و مقتضى قول المصنف كان للغرماء ما زاد بالعمل القطع بذلك، و هو أحد القولين فى المسألة، فلو كان الثوب غير مقصور يساوى مائه و مقصوراً يساوى مائه و عشرين كان للمفلس سدس الثمن، و وجهه أن هذه الزيادة بسبب فعل للمفلس، و فيه أن المتجه بناء على ما ذكرنا من عدم استحقاق المشتري السمن و نحوه، العدم هنا، كما فى القواعد، بل هو أولى ضروره عدم كون الحاصل هنا إلا صفة محضه لا يعقل ملكها مستقلاً، فهى من توابع المملوك.

و دعوى- أن الفرق بينها و بين السمن حتى أنه يمكن القول بالعدم هنا، بخلافه هنا، بأن السمن و نحوه من الله، و إن كان سببه من فعل المكلف، كالعلف و السقى مع أنه قد يتخلف عنهما، بخلاف المقام الذى هو من فعله أو فى حكمه، كما لو استأجر على العمل مثلاً، و لذا لم يجر الاستيجار على الأول دونه- يدفعها أنها بعد التسليم، لا تجدى، إذ الفعل بعد أن كان فى ملكه لم يكن له ضمان على أحد، و إنما استحق البائع العين التى يلزمها تبعيه مثل هذه الأوصاف، كما هو واضح، و لا فرق بين كون الصفة من فعله، أو فعل غيره، بعد أن كانت نماء ملكه، و زياده قيمه العين سببها له، فليس السبب إلا ما ذكرنا، و بذلك قد استرحنا عن تحقيق حال الزيادة أنها وقت الفسخ، كما هو ظاهر المسالك، أو و لو تجددت، كما هو مقتضى التعليل السابق.

و على كل حال فقد ظهر لك عدم لحوق هذه الصفات بالأعيان المتولده من العين المحكوم بكونها للمفلس، لأنها نماء ملكه، و لو ألحقنا الصفة بالعين، كان للأجير على الطحن و القصاره، حبس الدقيق و الثوب لاستيفاء الأجره، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، بل لو تلف الثوب أو الدقيق بيده لم يستحق الأجره قبل التسليم فإنه حينئذ كالمبيع التالف قبل قبضه، أما على عدم الإلحاق استحق، لأنه صار مسلماً بالفراغ، و لو أفلس قبل إيفاء الأجير أجره القصاره مثلاً، ففى القواعد إن لم يزد بها

فلا- شىء للأجير فى ثمن العين و إن زاد و ألقنا هذه الصفه بالأعيان، فإن لكل من البائع و الأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل القصاره عشره، و القصر خمسه، و الأجره درهما قدم الأجر بدرهم و البائع بعشره و أربعه للغرماء و المراد أن للأجير حبس العين حتى يستوفى أجره، و ليس له عين مال قطعاً، بل له الحبس، و إن لم يزد الثوب بقصارته كما سمعته سابقاً، و الله أعلم. فتأمل جيداً.

و لو كان قد صبغ الثوب فإن لم ترد قيمته بالصبغ لم يكن للمفلس شىء بلا خلاف أجده، بل فى المسالك قولاً واحداً، فيختص البائع حينئذ بالعين، لكونها قائمه بخلاف عين مال المفلس، فإنها ذاهبه، و الفرض أن الصفه لا أثر لها، و لو زادت قيمته بقدر قيمه الصبغ كان شريكاً للبائع فى الثمن، ب قدر قيمه الصبغ فلو فرض ان قيمه الثوب غير مصبوغ أربعه، و الصبغ درهمان، و المصبوغ سته، فللمفلس ثلث الثمن، و لو زادت قيمته بأقل من قيمته، كما لو فرض قيمته مصبوغاً فى المثال خمسه، فالنقصان على الصبغ، لأن الصبغ تتفرق أجزاءه فى الثوب و يهلك، و الثوب قائم بحاله، فكانت نسبه النقصان إليه أولى، و به جزم فى القواعد لكن لا يخلو من نظر، و شرطه فى المسالك بأن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه فى الثوب و إلا لحقه بسببه، بل قد يظن من إطلاق المصنف الشركه بمقدار الصبغ، وقوع النقصان عليهما بالنسبه، فتأمل.

و لو زادت قيمه الثوب مصبوغاً على قيمه الصبغ، كما لو فرض كون الثوب فى المثال يساوى ثمانيه، فالمتجه بناء على ما ذكرناه اختصاص البائع بالزيادة، لأنها صفه محضه، و قد عرفت تبعيتها للعين، و يجىء على ما سلف سابقاً احتمال اختصاص المفلس بها، لأنها كالأعيان، فيكون الثمن حينئذ فى الفرض بينهما نصفين، و قد يحتمل هنا بسطها على قيمه الثوب و الصبغ، فيكون الثمن أثلاثاً، بل لا محيص عنه إذا فرض كون الزيادة للثوب و الصبغ، هذا كله حكم ما إذا لم تنقص قيمه الثوب به أى الصبغ، فإن نقص لم يكن للمفلس شىء، بل هو أولى مما إذا لم يزد به الذى عرفته

فيما تقدم. والله أعلم.

و كذا البحث فيما لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه ضروره عدم الفرق بينه وبين الاستيجار عليه، بل و كذا لو تبرع متبرع به باذن المالك، فإن الجميع عند المصنف متى زاد المتاع به كان المفلس شريكا للبائع معه في الثمن بقدر العمل على حسب ما عرفت، و قد تقدم أن التحقيق عندنا عدم استحقاقه شيئا إذا لم يكن العمل صبغا و نحوه مما هو أجزاء ماله أو كالأجزاء بل ينبغي الجزم فيما لو كان العمل عمل غاصب و نحوه، مما لم يعمله المفلس بنفسه، و لا أذن فيه، و لا غرم عليه أجره كما هو واضح. و الله أعلم.

و لو أسلم في متاع و قد حل الأجل ثم أفلس المسلم اليه قيل و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه، و تبعه الفاضل في التذكرة إن وجد رأس ماله أخذه إنشاء و إلا بأن وجده تالفا قبل الحجر أو موجودا و لم يجز الفسخ ضرب مع الغرماء بالقيمه بل لا- خلاف أجده في الحكم الأول لاندرجه في النصوص (١) أو استفادته من فحواها، و إنما الكلام في الحكم في الثاني، فإن ظاهره تعين ذلك عليه، و أنه ليس له الفسخ حينئذ، بل صرح به، قال: و إن لم يجد عين ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الحنطة، و قيل أيضا أنه إن أراد فسخ العقد و الضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك، و الأول أصح. و كيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم، فإذا ذكرت قيمته ضرب مع الغرماء بما يخصه منها فيه، فإن كان في مال المفلس طعام أعطى منه بقدر ما خصه من الثمن، و إن لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمه طعاما مثل الطعام الذي يستحقه، و يسلم إليه، و لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمه التي تخصه، لأنه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه.

و قيل (١١) و القائل الفاضل في بعض كتبه و غيره، بل في المسالك نسبته إلى

الأكثر له الخيار مع التلف أيضا بين الفسخ و الضرب بالثمن أو بين اللزوم و الضرب بحقه، لكن إذا أريد معرفه ما يخصه من مال المفلس اعتبر قيمه المتاع حينئذ لذلك، و ربما أطلق على ذلك الضرب بها مجازا و كيف كان ف هو أقوى عند المصنف، و الفاضل فى بعض كتبه، بل لم يستبعده فى التذكرة أيضا و ثانى

الشهيدىن، لكنه قيده فى المسالك و المحكى عن غيرهما بما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه، بحيث لا يمكن وفاؤه منه.

قال: «و لو فرض ذلك لم يكن له الفسخ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه و لا تعذر، و من الممكن أن يصل إلى جميع حقه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمه، و إن كان قاصرا كما مر فلا بد من ملاحظه هذا القيد، و على تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضا».

و هو من غرائب الكلام، ضروره أن محل البحث عدم وفاء تمام المسلم فيه للإعسار لا للانقطاع، و حينئذ فلا فرق بين كون مال المفلس من جنس المسلم فيه، و عدمه، كما أنه لا- معنى لفرض وفاء جميع حقه، لمعلوميه خروجه عن محل النزاع، و كذا لا معنى لقوله لا- وجه للفسخ فى بعض، إذ لعل وجهه تبعض الصنفه، بل هو لازم لكل من قال بالخيار هنا ضروره أنه لا بد من وصول بعض حقه اليه مما يخصه من مال المفلس، كما هو واضح.

فالتحقيق فى المقام ما سمعته عن الشيخ، لأصالة لزوم العقد، و اختصاص ما دل على الخيار فيما إذا تعذر المسلم فيه للانقطاع، دون غيره، فيضرب حينئذ بماله من المسلم فيه، و يؤخذ له بما يخصه من مال المفلس بعض حقه، وجوبا أو ندبا على ما تقدم فى السلف من جواز أخذ غير الحق وفاء عنه قبل قبضه، و عدمه، و يبقى له الباقي فى ذمه المفلس، بل لو كان المسلم فيه ثوبا أو عبدا أو نحوهما مما هو غير متساوى الأجزاء لم يكن له الفسخ، بل يعزل ما يخصه من الحصه، و ينتظر إتمامها من المفلس

بعد ذلك.

خلافًا للتذكرة قال: فيشتري بحصه المسلم شقص، فإن لم يوجد فللمسلم الفسخ» وفيه بحث، كما أن ما فيها أيضا من أنه لو قوم المسلم فيه فكانت قيمته مثلا عشرين، فأفرزنا له من المال عشره لكون الديون ضعف المال، ثم رخص السعر قبل الشراء بحيث كانت العشره تفي بثمان جميع المسلم فيه، فالأقرب أنه يشتري به جميع حقه، و يسلم إليه لأن الاعتبار إنما هو يوم القسمه، و الموقوف و إن لم يملكه المسلم، لكنه صار كالمرهون بحقه، و انقطع حقه عن غيره من الحصص، حتى لو تلف قبل التسليم اليه لم يتعلق له حق بما عند الغرماء، و كان حقه في ذمه المفلس كذلك أيضا، إذ المتجه بناء على عدم ملك المسلم الموقوف، لأن حقه في الحنطه لحقوق الغرماء له بذلك، لبقاء المال على ملك المفلس، و الأصل عدم حكم الرهانه فتصرف له في المثال حينئذ خمسه و توزع الخمسه الباقية عليه و على الغرماء، كما أنه يلحق الغرماء لو زاد السعر قبل الشراء له بما وقف له من الدراهم.

و هو واضح.

و لو أولد الجاربه ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها و بيعها فيه و في غيره لصدق وجدان عين المال فسلط على الفسخ و الاستيلاء غير مانع بعد أن لو طالب بثمانها و لم يفسخ جاز بيعها في ثمن رقبته فأخذها حينئذ بمنزلته، و ليس للغرماء المنع، و إن قلنا بتعلق حقهم بالمنفعه، لو لم تبع لأولويه حقه منهم، و لا- يشاركونه في الثمن، لأن الذي تعلق بها حقه دون غيره، فيتعلق حقه بثمانها القائم مقامها دون غيره، و إن كان هو ملكا للمفلس، إلا أنه كالمرهون يتعلق حق البائع به.

و على كل حال فالحكم خاص فيها دون ولدها لأنه حر باعتبار تولده، و هو في ملك سيدها، و إن لم يكن لأحد معه حقه، فلا سبيل حينئذ عليها، و لو و في بعضها بثمان رقبته أشكال الفسخ فيها مطلقا و إذا جنى عليه أو على عبده أو على مورثه خطأ تعلق حق الغرماء بالديه لأنها مال متجدد للمفلس، و لا يصح العفو

منه هنا لمنعه من التصرف فى المال و إن كان ت الجنايه عمدا كان بالخيار بين القصاص و بين أخذ الديه إن بذلت له و الواجب له أصاله القصاص على الأصح و لا- يتعين عليه قبول الديه للأصل و لأنها اكتساب و هو غير واجب و له العفو عن القصاص هنا لعدم كونه تصرفا ماليا، فتنفى الديه حينئذ، لأن الأصح ثبوتها صلحا لا أصاله.

أما على القول بأن الواجب أحد الأمرين فقد يقال: بتعينها بعد العفو عن القصاص، مع أنه لا يخلو عن بحث فتأمل. أما لو قتل هو كانت ديته كماله، و لو كان عمدا لم يجز للورثه القصاص إلا بعد أداء الدين على المشهور، كما فى الدروس، قال:

وقيد الطبرسى ببذل القاتل الديه، و جوز الحلين القصاص مطلقا، قلت: و لتحقيق الحال فى ذلك محل آخر و الله أعلم.

نعم لو كان له دار موقوفه عليه أو دابه كذلك، و ليست من المستثنيات و جب عليه أن يؤجرها بإذن الحاكم أو الغرماء، لتعلق الحق بمنفعتهما و ليس هو اكتسابا و كذا لو كانت له مملوكه ممنوع عليه بيعها و لو كانت أم ولد (١١) بل فى المحكى عن المبسوط إذا كانت له أم ولد يؤمر بإجارتها، و يجبر على ذلك بلا خلاف، و ظاهره بين المسلمين، لكن فى التذكرة لو كانت له أم ولد أو ضيعه موقوفه عليه، ففى وجوب مؤجرتها نظر، من حيث أن المنافع و إن لم تكن مالا فإنها تجرى مجراه، فيجعل بدلها للدين، و من حيث أن المنافع لا تعد أموالا حاضره و لو كانت تعد من الأموال لوجب اجاره المفلس نفسه، و لوجب بها الحج و الزكاه، و الثانى أقرب، و مقتضاه المنع مطلقا حتى فى الدار الموقوفه، و الدابه و نحوهما.

و فيه منع واضح حتى بالنسبه إلى الحج بها، على أنه لو سلم أمكن الفرق بأن الحج إنما يجب بالمال الحاضر، و المنفعه تتجدد شيئا فشيئا، و لا- يطمئن ببقائها بحيث يستوفى الجميع، حتى يستقر ملك الأجره فلا يجب عليه الاقدام مع هذه المخاطره و لو فرض بحال يستقر ملكه على الأجره اتجه الوجوب حينئذ.

ثم إنه لا خلاف ولا إشكال في أن للمفلس الدعوى لأنها ليست تصرفاً مالياً ف إذا شهد للمفلس شاهد بمال فان حلف استحق و تعلق به حق الغرماء و ان امتنع قيل لم يجبره الحاكم، لأنه لا يعلم صدق الشاهد، و لو علم ثبت الحق بشهادته من غير يمين، و حينئذ فلا يجبره على ما لا يعلم صدقه، و لان الحلف تكسب و هو غير واجب.

و فيه أن المدعى يعلم صدقه و هو كاف في الجبر، و إن لم يعلم الحاكم، و ليس هو تكسبا، بل هو مقدمه لتحصيل ماله الواجب عليه، لوفاء الدين المطالب به.

و على كل حال إذا لم يحلف ف هل يحلف الغرماء قيل: و القائل الأكثر بل المشهور بل لا أجد فيه خلافاً من غير الإسكافي لا يحلفون، بل في ظاهر التذكرة الإجماع عليه، و هو الوجه للإجماع ظاهراً على عدم جواز الحلف لإثبات مال الغير، و لما في المسالك من أن كل واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلف لإثبات مال غيره، و هو باقى الغرماء، و إن حلف على القدر الذى يخصه بالتقسيم لم يثبت له أجمع، بل بعضه، لأنه مال المفلس، فلا يتم ثبوت جميع المال بهذا الحلف، و الاعتذار عن حلفه على المجموع بأنه إنما يثبت به استحقاقه، لا يدفع ذلك، لأنه يتضمن إثبات مال الغير أيضاً، و إن كان قد يناقش فيه بأنه يحلف على الجميع، و إن كان لا يثبت له إلا حصته، كالوارث، و لا يستلزم إثبات باقى المال للغرماء.

و دعوى أن ثبوت حصته فرع ثبوت المال للجميع، ممنوعه، كدعوى مشاركة الغير له فى هذه الحصه، إذ هو كبعض الورثه إذا حلف، فإنه يثبت حصته، و لا يشاركه غيره فيها، و إن كانت هى للميت فتأمل جيداً. و لذا قال فى التذكرة: لو حلف بعض الغرماء عند القائلين به، دون بعض استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثه لدين الميت، و ليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء مشاركة الحالف، كالوارث إذا حلف دون باقى الورثه، لم يكن للباقيين مشاركته، لأن المقبوض باليمين ليس عين مال الميت، و لا عوضه بزعم الغريم.

و ربما قيل بالجواز بل هو المحكى عن أبى على لأن فى اليمين إثبات

حق للغرماء و الممنوع إنما هو لإثبات مال الغير من دون حق، إذ أقسام اليمين لإثبات مال الغير ثلاثة، كما عن حواشى الشهيد الأول: أن لا- يكون للحالف حق فلا يصح حلفه إجماعاً، الثانى: أن يكون للحالف حق و لغيره حق، لكن حق الحالف مقدم، و هو محل البحث و نحوه المرتهن، الثالث: أن يكون للحالف حق و لغيره حق، و لكن حق الغير مقدم، كالراهن و مالك الجانى فهذا يحلف، و يثبت حق غيره إجماعاً، و فيه أن الأصل عدم ثبوت الحق باليمين، فيقتصر فى خلافه على المتيقن، و هو محل الإجماع و يبقى غيره على الأصل، و منه ما نحن فيه.

نعم يمكن التوصل هنا إلى حلف الغرماء بان ينقلوا المال إليهم بعقد شرعى يعلم به الشاهد، ثم يشهد و يحلفون، لكن يخرج عما نحن فيه، و كذا الكلام فيما لو كان الدين لميت، و نكل الوارث، و أراد الغرماء الحلف، إلا أن المحكى هنا عن حواشى الشهيد جواز حلفهم، و لعله للفرق بينه و بين المفلس بتعذر الوصول إلى الحق من الميت بخلاف المفلس، لكنه كما ترى لا يصلح مخرجاً عن الأصل المزبور، فتأمل جيداً و الله أعلم.

و إذا مات المفلس حل ما عليه بلا خلاف و لا إشكال كما تقدم سابقاً، و لا يحل ماله عند المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل عن الغنيه نفى الخلاف فيه. بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين. للأصل بعد حرمه القياس، على أن الفارق موجود بتضرر الورثه بالامتناع عن التصرف، و الغرماء به، و لكن فيه روايه أخرى مرسله لأبى بصير^(١) و قد ذكرناها سابقاً مهجوره عند معظم الأصحاب، إذ لم أجد من عمل بها إلا- الشيخ فى المحكى عن نهايته التى ليست هى كتاب فتوى، و أبا الصلاح، و القاضى، و الطبرسى، فيما حكى عنهم. و هو لا يصلح جابراً لها كى تصلح لقطع الأصل بل الأصول كما هو واضح.

و ينظر المعسر إلى الميسره، كما قال الله تعالى [\(٢\)](#) «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ»

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب الدين الحديث - ١.

٢- ٢ سورة البقره الآيه ٢٨٠.

و

فى خبر غياث بن إبراهيم (١) عن الصادق عن الباقر عليهما السلام «أن عليا عليه السلام كان يحبس الرجل، فإذا تبين له إفلاسه و حاجته خلى سبيله، حتى يستفيد مالا»

و

فى وصيه الصادق عليه السلام (٢) الطويله التى كتبها لأصحابه «إياكم و إيسار أحد من إخوانكم المسلمين أن تعسروه بشىء يكون لكم قبله، و هو معسر، فإن أبانا رسول الله صلى الله عليه و آله كان يقول: ليس لمسلم أن يعسر مسلما، و من أنظر مسلما أظله الله يوم القيامة، يوم لا ظل إلا ظله».

و

فى مرسل عبد الله بن سنان (٣) عن النبى صلى الله عليه و آله «لا يحل لغريمك أن يمطلك و هو مؤسر، فكذلك لا يحل لك أن تعسره، إذا علمت أنه معسر»

و

فى المرسل (٤) «إن امرأه استعدت على زوجها عند أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا ينفق عليها، و كان زوجها معسرا، فأبى أن يحبسها، و قال: إن مع العسر يسرا، و لم يأمره بالتكسب»

و

النبوى العامى (٥) «أنه صلى الله عليه و آله لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله»

و

فى آخر (٦) «أن رجلا أصيب فى ثمار اتباعها فكثر دينه، فقال النبى صلى الله عليه و آله: تصدقوا عليه، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبى صلى الله عليه و آله: خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك».

كل ذلك مضافا إلى ما عن المبسوط من أنه لا خلاف فى أنه لا يجب عليه قبول الهبه و الوصيه، و الاحتشاش، و الاحتطاب، و الاغتنام، مؤيدا بالمشهور نقلا و تحصيلا على عدم وجوب التكسب عليه، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات، و عللوا به عدم قبول الهبه و نحوها مما يظهر منه المفروغيه منه، بل عن ظاهر الغنيه و السرائر الإجماع على عدم جواز دفعه إلى الغرماء ليستعملوه.

و حينئذ ف لا يجوز إزامه بالتكسب و لا مؤاجرتة التي

- ١-١ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث - ١.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٥- من أبواب الدين الحديث - ١.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٥- من أبواب الدين الحديث - ٢.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب الحجر الحديث - ٢.
- ٥-٥ سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٨.
- ٦-٦ سنن البيهقي ج ١ ص ٥٠.

هي نوع تكسب أيضا، و دعوى- أنها ليست منه، بل هي منفعة، وقد تقدم أن التحقيق كون المنفعة مالا يتعلق بها حق الغرماء- يدفعها أنه لا- إشكال في عدم عد منفعة الحر مالا، و لذا لا تضمن بالفوات. و إنما تكون مالا بالإجاره، لا قبلها، فلا يتعلق بها حينئذ حق

للغرماء، فما عن مالك- في روايه من أنه إن كان يعتاد إجاره نفسه لزم، و أحمد و إسحاق و عمر بن عبد العزيز و عبد الله بن الحسن العنبري و سوار من أنه يؤاجر، فإن امتنع جيره القاضى- واضح الضعف، و ان احتجوا بأن

النبي صلى الله عليه و آله (١) «باع سرقا في دينه، و كان سرق رجل دخل المدينة، و ذكر أن وراه مال، فداينه الناس فركبته الديون، و لم يكن وراه مال، فأتى به النبي صلى الله عليه و آله فسماه و باعه بخمسه أبعره»
، و الحر لا يجوز بيعه فثبت أنه باع منافعه.

بل ورد في طريق الخاصه

خبر محمد بن سليمان (٢) عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبا محمد قال: «سأل الرضا عليه السلام رجل و أنا أسمع، فقال له: جعلت فداك إن الله عز و جل يقول

وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ

أخبرني عن هذه النظره التي ذكرها الله عز و جل في كتابه لها حد يعرف، إذا صار هذا المعسر إليه لا بد له من أن ينتظر، و قد أخذ مال هذا الرجل و أنفقه على عياله، و ليس له غله ينتظر إدراكها و لا دين ينتظر محله، و لا مال غائب ينتظر قدومه؟ قال: نعم ينتظر بقدر ما ينتهى خبره إلى الامام، فيقضى عنه ما عليه من سهم الغارمين، إذا كان أنفقه في طاعه الله عز و جل، فإن كان أنفقه في معصيته، فلا شىء له على الامام، قلت: فما لهذا الرجل الذى

ائتمنه، و هو لا يعلم فيما أنفقه في طاعه الله أو في معصيته، فقال: يسعى له في ماله، فيرده عليه و هو صاغر».

و

خبر السكونى (٣) عن الصادق عن الباقر عليهما السلام «ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين، ثم ينظر فإن كان له مال اعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى

١- ١ سنن البيهقى ج ٦ ص ٥٠.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب الدين الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ٣.

الغرماء، فيقول اصنعوا به ما شئتم، ان شئتم و أجروه، و إن شئتم استعملوه»

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله و فيه روايه أخرى مطرحه لكن في اللغه، و هو يدل على وجوب التكسب، و اختاره ابن حمزه و منعه الشيخ و ابن إدريس، و الأول أقرب، و فى الروضه «لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه، و المكتسب قادر، و لهذا تحرم عليه الزكاه، و حينئذ فهو خارج من الآيه، و إنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة و لو بمؤاجره نفسه، و عليه تحمل الروايه».

و فى المسالك «و لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا» و فى الدروس «و يجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون، و لو كان إجاره نفسه و عليه تحمل الروايه» و فى جامع المقاصد «و فيه قوه» و عن السيد

عميد الدين يجب على المديون السعى إذا جرت عادته بالسعى، و كذا لو لم تجر عادته إذا لم يستضر، و فى الوسيله ان كان المستدين معسرا صبر عليه من له الدين حتى يجد، فإن كان مكتسبا أمر بالاكتساب و الإنفاق بالمعروف على نفسه و عياله، و صرف الفاضل فى وجه دينه، و إن كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجد، و عن جامع الشرائع و مجمع البرهان الأمر بالاكتساب، و فى المختلف قول ابن حمزه جيد و نمنع من إعسار المكتسب و لهذا تحرم عليه الزكاه.

و فى السرائر «و من كان عليه دين و جب عليه السعى فى قضائه» و فى القواعد «و يجب على المدين السعى فى قضاء الدين» و نحوهما عن النهايه، و ربما استظهر منهم وجوب السعى حتى بالتكسب، لكن صدورهما ممن علم من مذهبه عدم وجوب التكسب يقضى بإرادته السعى فى تحصيل ماله من ديون و أموال غائبه، و نحو ذلك، لا- ما يشمل وجوب التكسب، و ربما جمع بين الكلامين بإرادته وجوب السعى الشامل للتكسب، و إرادته نفى إزام الغرماء له به، و استعمالهم إياه و مؤاجرتهم له، و عن التذكره الإجماع على عدم جواز مطالبته و ملازمته و حبسه.

و كيف كان فالإنصاف أن كلمات الأصحاب فى المقام لا يمكن جمعها على معنى

واحد، بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها أربعه أقوال أو خمسة، و أن المشهور منها عدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف، فيكون وجوب الوفاء عندهم مشروطا باتفاق حصول اليسار، و لا يجب عليه تحصيله و إن تمكن منه، تمسكا بالأصل و ظاهر الآيه(١) و الروايه المعتضده بما سمعت.

لكن فيه أن الأصل يقطعه ظهور أمر قضاء الدين في كونه واجبا مطلقا، و الآيه لا تدل على كونه مشروطا، ضروره أنه يجب الإنظار إلى الميسره، و ان وجب عليه تحصيلها مع التمكن منها، و كذا الروايه، بل إن كانت (حتى) فيها تعليليه أشعرت بالوجوب حينئذ، نعم هما معا ظاهران في خلاف خبر السكوني (٢) الذي قال في السرائر: «أنه مخالف لأصول مذهبنا، و محكم التنزيل» ضروره أن الإنظار الذي هو بمعنى التأخير منافع لاستعماله في الدين و مؤاجرتة، و كذا تخليه السبيل التي في الروايه فالقول حينئذ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسب و غيره لا يخلو من قوه.

نعم لا يجب عليه ما كان منه فيه نقص عليه و منه، ترجيحا لما دل على عدم تحمل المؤمن ذلك عليه، مع انه لا يخلو من إشكال فيما إذا لم يصل إلى حد الحرمة لكون الواجب عليه هنا حق مخلوق أيضا يتضرر بعدم وصوله إليه، و دعوى - عدم وجوب السعي لعدم العلم بانتاجه القضاء الواجب، إذ قد يتخلف عنه، و الواجب من المقدمه ما كان موصلا إلى ذى المقدمه - يدفعها أولا: أنه يمكن العلم عادة في بعض أفراد السعي بحصول قضاء جميع الدين أو بعضه، و ثانيا: ان الأوامر المطلقة تقتضى التشاغل في مقدمات المأمور بها إلى أن يحصل العجز، و لا يجب العلم بالتوصل، كما أوضحنا

ذلك في باب التيمم بالنسبه إلى طلب الماء فلاحظ و تأمل.

اللهم إلا- أن يقال إن ذلك إن وجب فهو ليس من وجوب المقدمه لوجوب ذيها بل هو من الفهم العرفي من إطلاق الخطاب، و نمنع وجود خطاب هنا كذلك، و على

١- ١ سورة البقره الآيه- ٢٨٠.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الحجر - الحديث - ٣.

تقديره فهو معارض بالمنساق من الآيه و الروايه المعتضدين بكلام الأصحاب، فتأمل جيدا. لكنه مع أنه واضح النظر لا يحسم ماده الإشكال المتقدم القاضى بالوجوب الذى منه يعلم عدم الفرق بين المكتسب و غيره، بل و بين اللائق به و غيره فى وجهه، كما أنه يعلم منه أنه لا تسلط للغرماء على استعماله، و مؤاجرتة المنافيه للأنظار، و تخليه السبيل، و إن وجب عليه هو السعى فى قضاء دينه، فتأمل جيدا. و الله أعلم.

[القول فى قسمه ماله]

اشاره

القول الثالث فى قسمه ماله بين غرمائه بعد بيعه، قال الفاضل فى القواعد «ينبغى للحاكم المبادره إلى بيع ماله، لثلا تطول مده الحجر» و ظاهر لفظ «ينبغى» فيها الاستحباب، كما هو صريح التذكرة، لكن قد يقال: إن الحجر على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجه، فتجب المبادره حينئذ خصوصا بعد مطالبه الديان، و الفرض قيام الحاكم مقام المديون، و خصوصا مع مصلحه المفلس فى التعجيل مخافه التلف، و يجب على الحاكم مراعاة المصلحه، و لعله لذا قال فى التحرير «على الحاكم أن يبادر إلى بيع ماله و قسمته» بل فى جامع المقاصد «إن الوجوب أظهر».

نعم لا- يفرط فى المبادره بحيث يؤدي إلى فساد فى المال، بأن يطمع المشترون فيه بثمان بخس، و فى المتن و القواعد و محكى المبسوط و التحرير و الإرشاد يستحب إحضار كل متاع إلى سوقه، لتتوفر الرغبه و مقتضاه جواز بيعه فى غير سوقه، و لو رجب الزيادة فيه، لكن فى جامع المقاصد أنه لا- يبعد الوجوب، إلا- أن يقطع بانتفاء الزيادة يا حضاره فى سوقه، و فى المسالك إنما يستحب الإحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع فى غير سوقه، و الا فالأولى الوجوب، لأن بيعه فيه أكثر لطلابه، و أضبط لقيمته، و لكن أطلق الجماعه الاستحباب، و ظاهر اللمعه الوجوب، و به جزم فى الروضه مع رجاء زياده قيمه قلت: قد يقال: الأصل البراءه إذا باعه بثمان مثله فى غيره، و رجاء الزيادة تطلب للإصلاح، و لا يجب عليه، إذ لا يزيد على مال الطفل الذى لا يجب فيه مراعاة الغبطه، و على كل حال لو شق نقله إلى سوقه، نودى عليه.

و كذا يستحب حضور الغرماء تعرضا ل طلب الزيادة فإنه ربما يرغبون فى بعض المتاع فيزيدون قيمته، و لا يجب عليه ذلك، لما عرفت، لكن فى المسالك «يمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم» بل و فى جامع المقاصد «لو رجاى بحضورهم زياده نفع و جب» و فيه ما تقدم، و كذا يستحب حضور المفلس أو وكيله، فإنه أخبر بقيمه متاعه، و أعرف بجيده من غيره، و بثمنه و بالمعيب من غيره و لأنه تكثر الرغبه بحضوره، فإن شراء المال من مالكة أحب إلى المشتري، و لأنه أبعد من التهمه، و أطيب لقلب المفلس، و ليطلع المشتري على العيب، فيبيعه على وجه لا- يرد، و لغير ذلك، بل يأتى و جب حضوره مع رجاء الزيادة به بناء على ما تقدم. و فيه ما عرفت.

و يستحب أيضا أن يبدء ببيع ما يخشى تلفه كما فى القواعد و محكى المبسوط، و التحرير، لما فيه من مراعاة الأصلح للمفلس، لكن عن ظاهر الإرشاد و التذكرة، الوجوب، بل فى جامع المقاصد لا ريب فى وجوب ذلك، لوجوب الاحتياط على الأمانة و الوكلاء، فالحاكم أولى فإن تصرفه قهري، فلا- يجوز له تعريض مال من حجر عليه التلف، فيبيع الفاكهه و الطعام و نحوهما، و تبعه فى المسالك فقال:

«جعل هذا من المستحب ليس بواضح، بل الأ-جود وجوبه، لثلا- يضيع على المفلس و على الغرماء، و لوجوب الاحتياط على الوكلاء و الأمانة فى أموال مستأمنهم، فهذا أولى. لأن ولاية الحاكم قهريه، و هى أبعد من مسامحة المالك، و حينئذ يبدء بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهه ثم بالحيوان ثم سائر المنقولات ثم بالعقار، هذا هو الغالب، و قد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقدم لوجه» قلت: لعل المراد خوف التلف فى نفسه، لكونه مما شأنه ذلك، لا تخوف التلف إن لم يبدء به و فرق واضح بين المقامين، فتأمل جيدا.

و يستحب أن يبدء بعده بالرهن لانفراد المرتهن به و لأنه ربما زادت قيمته عن الدين، فيضم الباقي إلى مال المفلس، و ربما نقصت فيضرب المرتهن

بباقى دينه مع الغرماء، وكذا العبد الجانى، وإن فارقه بأنه لو قصر عنها لم يستحق المجنى عليه الزائد، لأن حقه لم يتعلق بالذمه، بل بالعين، بخلاف الرهن، لكن لولا التسامح فى السنن لأمكن المناقشه، فى اقتضاء ذلك نديه البداءه به قبل غيره، فمن الغريب ما عن ظاهر الإرشاد، و صريح جامع المقاصد، من الوجوب لذلك، الذى يمكن حصوله و إن تأخر بيعهما، ضروره معرفه النقصان و الزياده قبل القسمه، كما هو واضح.

و يستحب أيضا أن يعول على مناد يرتضى به الغرماء و المفلس دفعا لتهمه عنه و لا يجب للأصل، و لأنه بالحجر على المفلس سقط اعتباره، و كان كوكيله، و الغرماء إنما لهم حق الاستيفاء من القيمه، و الحاكم أمين شرعى لا تتطرق إليه التهمه، ف من هنا إن تعاسروا عين الحاكم و سقط استحباب مراعاتهما معا، هذا. و لكن عن جامع المقاصد هذا الحكم ينبغى أن يكون على طريق الوجوب فإن الحق فى ذلك للمفلس، فإنه ماله و الغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم، و تبعه فى المسالك، و فيه ما عرفت، خصوصا بعد ما حكى عن جامع المقاصد من أنه يفوض إليهم التعيين، فإن كان مرضيا أى ثقه أمضاه الحاكم، و إلا رده و عين غيره، و هو فى الحقيقه غير خارج عن تعيين الحاكم، بل عنه أيضا و التذكره التصريح بأن المقام ليس كالراهن و المرتهن. إذا اتفقا على غير ثقه لبيع الرهن جاز، إذ لا- نظر للحاكم معهما هناك، بخلاف ما هنا، فان للحاكم نظرا فى مال المفلس، إذ الحجر بحكمه، و ربما ظهر غريم فيتعلق حقه.

هذا كله إذا كان مختار كل منهم متطوعا، أو بأجره متحده، و الأقدم المتبرع و قليل الأجره مع صلاحيته لذلك، و لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الجزم بعدم اعتبار مالك المال، و الغرماء الذين تعلق حقهم به بالحجر، من إشكال، خصوصا مع أصاله عدم تسلط غير المالك، و ذى الحق على المال، بل قد يقال باعتبار تقدم اختيار المفلس مع عدم الضرر على الغرماء، لأنه المالك، و حقهم إنما تعلق من حيث الاستيفاء لا غيره، بل لا يعتبر رضاهم بعد تعيينه، كما هو واضح. فتأمل جيدا.

و من ذلك يعلم ما فى المحكى عن المبسوط من أنهم ان اختلفوا فاختر المفسر رجلا و الغرماء آخر، نظر الحاكم فإن كان أحدهما ثقة، و الآخر غير ثقة مضى ثقته، و إن كانا ثقتين إلا أن أحدهما بغير أجره أمضاه، و إن كانوا جميعا بأجره قبل أو ثقهما و أصلحهما للبيع، و عن التذكرة أنه زاد و إن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر، لأنه أحوط، و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك قال: و من هنا يعلم أن عبارته القواعد التى هى كعبارته الكتاب تحتاج إلى تنقيح.

قلت: الأمر فى ذلك سهل، ضروره معلوميه تتبع الحاكم التراجيح التى لا يسع للفقيه حصرها، و إنما المهم تنقيح ما قدمناه، فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا لم يوجد من يتبرع بالبيع و لا بذلت الأجره من بيت المال المعد للمصالح التى هذه من جملتها، لعدم سعته لذلك، أو لأهميه صرفه فى غيره، و لا من تبرع بها و جب أخذها من مال المفسر، لأن البيع واجب عليه بل الأقوى عدم و جب أخذها من بيت المال، بل أطلق فى القواعد كون الأجره عليه، كما أنه أطلق تقدم أجره الكيال و الوزان و الحمال، و ما يتعلق بمصلحه الحجر على سائر الديون، اللهم إلا ان يريد ما فى محكى التذكرة من أن مؤنه الأموال كأجره الوزان و الناقد و الكيال و الحمال و المنادى و أجره البيت الذى فيه المتاع مقدمه على ديون الغرماء، لأنها لمصلحه الحجر، و إيصال أبواب الحقوق حقهم، و لو لم تقدم لم يرغب أحد فى تلك الاعمال، و حصل الضرر للمفسر و الغرماء.

هذا كله إذا لم يوجد متطوع بذلك، و لا فى بيت المال سعه له، فإن وجد متطوع أو كان فى بيت المال سعه لم يصرف مال المفسر إليها، و مقتضاه عدم جواز أخذها من مال المفسر، مع وجود بيت المال، مع أن ذلك لضروره و فاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله، فلا ريب فى أن الأقوى الجواز، بل الأحوط عدم الأخذ من بيت المال إلا أن يعطى للمفسر من حيث فقره، بل ينبغى و فاء دينه عنه، بل قد سمعت خبر محمد بن سليمان (١) و قد تقدم فى آخر باب القرض ما يدل من النصوص (٢) على و جب

١- ١ الوسائل الباب ٩ من أبواب الدين الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ٩ من أبواب الدين الحديث ٢.

ذلك على الامام، و أنه إن لم يقضه عنه كان عليه وزره، لقوله تعالى (١) «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ» الى آخره فلاحظ و تأمل، لكن ذلك غير ما نحن فيه، إنما الكلام فى إعطائه هذه المؤن من بيت المال، و ان لم تحتسب على المديون، و هو لا يخلو من إشكال، و الله أعلم.

و لا- يجوز تسليم مال المفلس لمن اشتراه إلا مع قبض الثمن منه سابقا لمنافاته الاحتياط اللازم مراعاته فى المقام، بل لو رضى المفلس و الغرماء أمكن للحاكم المنع فى وجهه، لأن له نظرا فى المال، و لجواز ظهور غريم، و إن كان الأوجه خلافه، لأصالة عدم غريم آخر، و على كل حال ف إن تعاسرا تقابضا معا كما فى كل بايع و مشتري، و لا وجه لجبر المشتري على التسليم سابقا خلافا لما عن المبسوط فى أول كلامه، و لا يبيع الا بثمان المثل فصاعدا، إن أمكن حالا، بل صرح الفاضل بأنه لا يبيع إلا بنقد البلد، لأنه أوفر، و لان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف.

قلت: هو كذلك إذا لم يتفق المفلس و الغرماء على البيع بغير نقد البلد، و إلا- اتجه الجواز، و خصوصا إذا كان أعود لهم و موافقا لجنس الدين، بل قد يقال بجواز البيع بدون ثمن المثل مع رضاهم، لأصالة عدم غريم آخر، و

لو لم يوجد باذل لثمن المثل، لم يجز تأخيره طلبا لمصلحه المفلس، مع عدم رضا الغرماء، و لعل المراد بثمان المثل فى كلام الأصحاب ما يبذل فى مقابلته فى ذلك المكان و الزمان.

نعم فى محكى التذكرة لو كان بقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار فى بلد المفلس أنفذ الحاكم إليهم ليتوفر الثمن على المفلس، و فى جامع المقاصد «لا وجه لتخصيص العقار، و كذا غيره» و لا بأس به و لو كانت المصلحه للمفلس فى البيع بغير نقد البلد لم يجب إليه إذا كان مخالفا لجنس حق الغرماء، بل يبيع بالنقد و إن خالف حقهم، ثم يصرف إليه إذا لم يرضوا به عوضا عن حقهم، و عن التحرير أنه إذا بيع بغير جنس الحق من النقد دفع إلى الغرماء بالقيمه، و لعله يريد مع التراضى.

و كيف كان فما يقبضه الحاكم من الأثمان على التدريج، فان كان الغريم واحدا سلم اليه من غير تأخير، و كذا إن أمكنت قسمته بسرعه، و إن كان يعسر قسمته لقلته و كثرتهم جاز له التأخير، إلا إذا امتنعوا، فإنه يقسم عليهم حينئذ، و لا يكلفوا حجه على انتفاء غيرهم لعسرها، بل يكتفى بإشاعه حاله، بحيث لو كان لظهر، و تكليف الورثه الحجه على انتفاء غيرهم باعتبار كونهم أضبط من الغرماء لا يستلزمه هنا. و الله أعلم.

و لو اقتضت المصلحه تأخير القسمة قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و الفاضل فى قواعد يجعل المال فى ذمه ملى بقرض و نحوه احتياطا لحفظ المال، إذ هو أولى من الإيداع المحتمل للتلف بلا ضمان و إلا يوجد ملى يجعله فى ذمته جعل وديعه لأنه موضع ضروره حينئذ، و ظاهرهما وجوب الأول مع التمكن عنه، و إن لم يكن فى غيره مفسده و نوقش فى ذلك بأن فرض الحاكم فى الأموال التى يليها الاستيداع، كما فى أموال اليتامى و غيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس، و الفرق بأن مال الصبى معد لمصلحه تظهر له، من شراء تجاره أو عقار و نحوهما، و قرضه قد ينافى ذلك، بخلاف مال المفلس المعد للغرماء خاصه كما ترى، و لعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه، بل فى التذكرة، القطع بجواز الإيداع، مع التمكن من القرض، و إن كان هو أولى و استحسنته فى المسالك.

لكن قد يقال: إن الموافق لما تقدم من المسالك و غيرها وجوب مراعاة الأصلح للأمين الشرعى الذى فى الحقيقة نائب عن الشارع فى ذلك، و معلوم أن الأصلح واجب المراعاة على الشارع، لقبح ترجيح المرجوح بالنسبه اليه، و لعل ذلك هو مبنى ما تقدم سابقا، و ان كان هو متخلفا فى بعض أفراد، ضروره الفرق بين مراعاة الأصلح من الافراد الموجوده، و بين تطلب الفرد الأصلح و ان لم يعلم بوجوده، فإنه يمكن منع وجوب الثانى بخلاف الأول، بل قد يمنع وجوب تطلب ذى المصلحه فضلا عن الأصلح.

و على كل حال يكون ذلك هو المدار فى المسأله و أفراده مختلفه لا يسع الفقيه ضبطها، و ينبغى حينئذ اعتبار الامانه مع الملاء، بل لعل الأولى أخذ الرهن مع

التمكن منه، وربما أعنى هو عن الملاءه بل و الأمانه، و لا- يؤجل القرض بعقد بيع و نحوه، لأن الديون حاله، اللهم إلا أن لا يوجد مقترض بدونه، و كان هو مع الأجل أرجح من الوديعه، فإن المتجه القرض، و بالجمله المدار فى المسأله بالنسبه إلى التطلب على عدم المفسده، و لا يجب عليه تطلب المصلحه، فضلا عن الأصلاح.

نعم لو وجد اعتبار مراعاتهما، بل لا- يجوز له ترك الأصلاح حينئذ، بناء على ما عرفت فتأمل و ينبغى أيضا اعتبار العداله فى الودعى، بل فى المسالك، و مراعه من يرتضيه الغرماء و المفلس، و مع الاختلاف يعين الحاكم، لكن اقتصر فى التذكره على الغرماء، فقال: و ينبغى أن يودع ممن يرتضيه الغرماء، فإن اختلفوا و عينوا من ليس يعدل لم يلتفت الحاكم، و عين من أراد من الثقات و لا يودع من ليس يعدل، و لا ريب فى أنه ينبغى مراعاته أيضا فيودع حينئذ ممن يرتضيه الثالثه، و قد عرفت المدار فى أصل المسأله. نعم قد يقال: بعدم اعتبار الحاكم فى المقام إذا قطع بانتفاء غريم آخر، ضروره انحصار الحق حينئذ فى المفلس و الغرماء، بل و مع احتمالها أيضا لأصالة عدمه أما لو كان بعض الغرماء غائبا أو ناقصا اعتبر الحاكم حينئذ، و تكليفه حينئذ فى الحفظ ما عرفت، و الله أعلم.

و لا يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها إجماعا محكيا عن المبسوط، و فى الغنيه و التذكره ل

قول الصادق عليه السلام فى حسن الحلبي أو صحيحه (١) «لاتباع الدار و لا الجاريه فى الدين، لأنه لا بد للرجل من ظل يسكنه، و خادم يخدمه»

و فى

صحيح ذريح المحاربي «لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين»

و هو الذى ذكره

ابن أبى عمير على ما رواه إبراهيم بن هاشم (٢) قال: «إن محمد بن أبى عمير كان رجلا بزازا فذهب ماله و افتقر، و كان له على رجل عشره آلاف درهم، فباع دارا له كان يسكنها، بعشره آلاف درهم و حمل المال إلى بابه، فخرج إليه محمد بن أبى عمير فقال: ما هذا؟ فقال: هذا مالك الذى على قال: ورثته؟ قال: لا، قال: وهب لك؟

١- ١ الوسائل- الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ٥.

قال، لا، قال: فهل هو ثمن ضيعه بعثها؟ قال: لا، قال: فما هو؟ قال: بعت دارى التى أسكنها لأفضى دينى، فقال محمد بن أبى عمير: حدثنى ذريح المحاربى عن أبى عبد الله عليه السلام

قال: لا- يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين، ارفعها لا حاجه لى فيها، و الله إنى لمحتاج فى وقتى هذا إلى درهم واحد، و ما يدخل ملكى منها درهم،»

و كان ذلك من ابن أبى عمير لكمال ورعه، و علو همته، و إلا- فليس مراد الصادق عليه السلام عدم بيع المالك برضاه، و اختياره لوفاء دينه، إذ لا ريب فى جوازه، بل لا أجد خلافا فيه، و يمكن دعوى الإجماع أو الضروره على خلافه، بل المراد أنه لا يلزم بيعها و يجبر عليه، إذ لا يجب عليه شرعا الوفاء بها.

نعم قد يفهم من

خبر عثمان بن زياد(١) أنه لا ينبغى لذى الدين أن يكون سببا لبيع المديون داره، و لو برضاه، أو يرضى له بذلك، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام إن لى على رجل ديناً، و قد أراد أن يبيع داره فيقضى؟ فقال له أبو عبد الله: أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه، أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه، أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه».

و على كل حال فلاتباع الدار فى الدين، لكن

فى خبر سلمه بن كهيل(٢) «سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: أنظر إلى أهل المعل و المطل فى دفع حقوق الناس من أهل القدره و اليسار، ممن يدلى بأموال المسلمين إلى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم و بع فيه العقار و الديار، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين،

و من لم يكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبيل عليه»

و ينبغى حمله على المؤسر المماطل، أو على الزائد عن قدر الحاجه، أو على التقيه، أو غير ذلك، و قد يلحق بالدار بيوت الاعراب، و بالجاريه خدمه الأحرار، إذا كان من أهل ذلك، فيعزل من ماله حينئذ مقدار اجاراتهم، و ستعرف فى آخر المبحث أن مدار ذلك كله العسر و الحرج، الشاملان لذلك و غيره مما يضطر إليه لمعايشه أو رفع النقص عنه.

و كيف كان فلو فرض كون الدار زائده عما يحتاجه سكن ما احتاجه و يباع

١-١ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ٩.

منها ما يفضل عن حاجته لوفاء دينه الواجب عليه، كما صرح به الفاضل في القواعد و ثاني الشهيدين، و يحيى ابن سعيد في المحكى عن جامعه، و غيره، بل لا أجد فيه خلافا، و يرشد إليه التعليل في صحيح الحلبي (١) المتقدم، و

قال الصدوق كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله عنه يروى (٢) «إن كانت الدار واسعه يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه، و يقضى ببقيتها دينه و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها، و اشترى بثمنها دارا ليسكنها، و يقضى بباقي الثمن دينه.»

و

في موثق مسعده بن صدقه (٣) «سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام و سئل عن رجل عليه دين، و له نصيب في دار، و هى تغل غله فربما بلغت غلتها قوته، و ربما لم تبلغ حتى يستدين، فإن هو باع الدار، و قضى دينه بقى لا دار له، فقال: إن كان فى داره ما يقضى به دينه، و يفضل منها ما يكفيه و عياله، فليبع الدار، و إلا فلا»

، كل ذلك مضافا إلى أصله لزوم الوفاء، مع التمكن الذى يجب الاقتصار فى الخروج منه على المتيقن، و هو غير ذلك، بل هو المنساق من دليل الاستثناء و منه و بعض ما تقدم يعلم أنه لو فرض زياده قيمتها عليه، و جب بيعها، و شراء اللائقه بحاله، و أخذ الزائد.

لكن عن التذكرة المنع من بيعها، و كذا الخادم، و شراء أدون منهما للأصل المقطوع بما سمعت، و النهى عن بيعهما، و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت، مع أن الذى وجدته فيها فى باب الدين أنه لا يكلف بيع داره، و شراء أدون إذا كانت داره بقدر كفايته، و كذا لا يكلف بيع خادمه و شراء أدون، و لا يبيع فره و شراء أدون، للأصل و عموم النهى عن بيع هذه الأشياء، و هو غير صريح فى الخلاف فتأمل. و لو كان له دور متعدده و فرض احتياجه إلى سكنها لم يبيع شىء منها، كما صرح به ثانى الشهيدين للتعليل السابق، و اراده الجنس من الدار.

و كذا البحث فى أمته التى تخدمه المحتاج إليها الذى حكى الإجماع عن المبسوط، و فى

الغنيه و ظاهر التذكرة على عدم بيعها فى الدين، مضافا إلى صحيح

١- ١ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث ٧.

الحلبى (١) المتقدم، المحمول لفظ الجارية فيه على المثل للخادم، و لو عبدا، بل المتعدد كالمتردد مع الحاجة، نحو ما سمعته فى المسكن. نعم قد يتوقف فى عدم جواز بيع ذلك إذا كانت الحاجة من حيث الشرف، لا من حيث الاضطرار، حتى بالنسبة إلى الدار الواحدة، و الخادم الواحد، لأصالة لزوم وفاء الدين، و ظهور التعليل فى أن المدار على الاضطرار، بل منه قد ينقذح بيع داره المملوكة لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكناها، و كذا الخادم.

و فى المسالك سابقا أنه لو كانت له أم ولد تحصل خدمته بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكته، لصدق المملوكة، و ان تشبث بالحرية فيباع ما سواها مع احتمال عدمه، و فيه نوع إيماء إلى ما ذكرنا، لكن قد يقال: إن ما احتاج إليه من حيث الشرف أشق على النفوس من الضروريات، و المدار فى المسألة كما سمعته على العسر و الحرج، فتأمل جيدا.

و كيف كان فقد ظهر لك مما قدمنا ضعف المحكى عن ابن الجنييد من جواز الإلزام ببيع الدار و الخادم فى الدين، و إن كان الأولى تركه،

قال: «و يستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا يحوجه الى بيع مسكنه و خادمه الذى لا يجد غناء عنهما، لا وثوبه الذى يتجمل به، و أن ينظره إلى أن ينتهى خبره إلى من فى يده الصدقات إن كان من أهلها أو الخمس إن كان من أهله، فإن لم يفعل ذلك و ثبت دينه عند الحاكم، و طالب الحاكم ببيع ذلك فلا بأس أن يجعل ذلك الملك رهنا فى يد غريمه، فإن أبى إلا استيفاء حقه أمره الحاكم بالبيع، و توفيه أهل الدين حقوقهم، فإن امتنع حبسه إلى أن يفعل ذلك، فإن دافع باع عليه الحاكم» إذ هو كما ترى اجتهاد فى مقابلة النص و الفتوى، بل الإجماع، بل كما عرفت.

و خبر سلمه بن كهيل (٢) المتقدم محمول على ما سمعت، هذا و لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على استثناء غير الدار، و الجارية، و الكفن، لكن فى الغنيه «و لا

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الدين الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الدين الحديث- ٩.

دابته التي يجاهد عليها بدليل إجماع الطائفة». و في المسالك بعد ذكر الدار و الجارية اللاتين بحاله قال: «و في حكمها دابه ركوبه، و لو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتمجد» و كذا الروضه، و في الإرشاد «و لا- فرس ركوبه إذا كان من أهلها» و نحوه التذكرة من دون شرط، و كذا جامع المقاصد.

قلت: لعل المدار في ذلك و غيره مما تسمعه من ثياب التجمل و نحوها عدم الحرج في

الدين، و إرادته الله بنا اليسر دون العسر، و نحو ذلك مما دل على هذا الأصل، و ربما كان في دين التذكرة إشاره اليه فلاحظ و تأمل. و لعل في قوله (١) «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» نوع إيماء إليه، كالتعليل في صحيح الحلبي (٢) ضروره حصول العسر و الحرج و المشقه التي لا تتحمل في بيع الضروريات، و لو بحسب الشرف الذي يكون في عدمه نقص و إذلال لا ترضى به الأنفس العزيزه، بل ربما كان عليها أشد مراعاة من الضروريات للمعاش، بل قد يهون عليهم في مقابله إزهاقها، و من هنا أسقط الشارع التكاليف له في باب الوضوء و الغسل و استطاعه الحج و غير ذلك، و دعوى أن ذلك لا يتم في حقوق المخلوقين كما عن بعض الشافعيه واضحه المنع، ضروره إطلاق الأدله، كدعوى أنه مشترك بينه و بين صاحب المال، إذ فيه أنه لا عسر و لا حرج في الانتظار، و لو فرض حصوله في خصوص شخص لم يكن معتبرا، لأن المدار على المشقه على الصنف لا الشخص، كما حقق في محله.

كل ذلك مع أنه يمكن دعوى صدق ذى العسر على من لم يجد غير ذلك، و أنها لا يتحقق صدق الميسره بها، لأن المراد بذى العسر الشده و الضيق عليه، لو أراد الوفاء، و عكسه الميسره، و لا ريب في تحقق الشده و الضيق عليه لو كلف بيع ضرورياته، و لعله لذا استدل بها الفاضل في المختلف على استثناء الدار و الجارية، و حكى عن الأردبيلي أنهم قد يستثنون بعض الأمور المحتاج إليها، مثل الكتب العلميه لأهلها، لكن في التذكرة «و لا

يترك له الفرش و البسط، بل يسامح بالبلد و الحصر

١-١ سورة البقره الآيه ٢٨٠.

٢-٢ الوسائل الباب ١١- من أبواب الدين الحديث- ١.

القليل القيمه» و يمكن منعه عليه بناء على الأصل الذى قد ذكرنا، على ما يظهر من بعضهم من الاقتصار على بعض الضروريات، اللهم إلا يريد المثال، بل سترسم ما فى موضع آخر من التذكرة من شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج إليه المفلس فى ضروريات معاشه، و بالجمله فالمدار فى المسأله على ما ذكرنا.

نعم قد يشك فى تحقق العسر بالنسبه إلى بعض الأمور، فتباع حينئذ فى الدين لأصاله وجوب وفائه حينئذ فتأمل جيدا. هذا و فى المسالك «لا فرق فى المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء و عدمه عندنا» قلت: قد استشكل فيه الفاضل فى المحكى عن تحريره، و الشهيد فى الحواشى، لتعارض العمومين، بل قد يقال بظهور نصوص المقام فى غير الفرض، فيكون دليل الفسخ بلا معارض، بل لعل مثله ليس بيعا فى الدين، لكن قد يشعر قوله فى المسالك عندنا بالإجماع، و ربما ظهر ذلك أيضا من التذكرة حيث لم يحك الخلاف فيه، إلا عن احمد

لقوله (١) «من أدرك متاعه»

إلى آخره و أجاب عنه بأنه ليس على إطلاقه، لأنه مشروط إجماعا بشرائط تخرجه عن الاحتجاج به فى صورته النزاع، لأن شرط الأخذ عندنا أن لا

يكون مما يحتاج إليه المفلس فى ضروريات معاشه.

و لو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزياده لم يفسخ العقد إذا لم يكن ذلك بخيار و نحوه، بلا خلاف أجده فيه، للأصل السالم عن المعارض، و لو التمس من المشتري الفسخ لم يجب عليه الإجابة للأصل أيضا لكن يستحب قطعا فى كل طالب للإقاله، فضلا عن المقام، و لو كان البيع بخيار فسخ بل فى جامع المقاصد «لا ريب فى الوجوب» و فى المسالك «فى الوجوب نظر، أقربه ذلك، و إن كان قد بيع بثمن المثل، للقدره على تحصيل الزيادة بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزياده عن ثمن المثل قبل البيع» قلت: ينبغى الجزم بذلك، مراعاة للأصلح مع تيسره، و فرق واضح بينه و بين ما إذا لم يكن خيار، و إن بذل المشتري الإقاله لعدم حق للمفلس ينبغى مراعاته، فلا يجب على الحاكم الإجابة لو بذلها المشتري فضلا عن وجوب الالتماس عليه، و ان علم اجابه المشتري له.

نعم يستحب للحاكم الفسخ مع رضا المشتري كما نص عليه في القواعد وغيرها، بل قد يقال: باستحباب التماس الحاكم للمشتري عليها، بل عليه يحمل ما عن المبسوط إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله، ثم جاء به زياده بعد لزوم البيع و انقطاع الخيار، سئل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة، و يستحب للمشتري الإجابة الى ذلك، لان فيه مصلحة المفلس، و ان لم يجبه إلى ذلك لم يجبر عليه، لان البيع الأول قد لزم، إذ احتمال اراده وجوب السؤال مخالف للأصل، بلا مقتض.

و من الغريب ما فى الحواشى المنسوبة إلى الشهيد عند قول الفاضل و لو بذلت زياده بعد الشراء استحباب الفسخ، قال: «هذا إن كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو غبن، و إلا فلا، نعم يستحب للمشتري الإقالة، و يحتمل فى الأول الوجوب، و قد استشكله فى باب الوكاله خصوصاً على قول الشيخ أن المبيع لا يملك إلا بعد انقضاء الخيار، قلت:

المتجه أيضاً وجوب الفسخ على الوكيل مع الخيار، و عموم وكالته له مراعاة للمصلحة، كما هو واضح. و لعل الذى دعاه الى ما ذكره ظهور قول الفاضل استحباب الفسخ فى أن له ذلك، و ان لم يرض المشتري، و ليس إلا مع الخيار، و فيه أن المراد استحباب الفسخ مع رضى المشتري بالإقالة، كما ذكرناه سابقاً و الله أعلم.

و يجرى عليه نفقته و كسوته و نفقه من تجب عليه و كسوته، و يتبع فى ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمه ماله، فيعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، و فى محكى المبسوط لا خلاف فى أنه يجب أن ينفق عليه، و على من تجب عليه نفقته من أقاربه و زوجته و ممالئكه من المال الذى فى يده، و لا- يسقط عنه نفقه أحد منهم. و فيه أيضاً يجب أن يكسى و يكسى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته و أقاربه إجماعاً، و قدرها ما جرت به عادته من غير سرف، و قد حد ذلك بقميص و سراويل و منديل و حذاء لرجله، و ان كان من عادته أن يتطلس دفع إليه طيلسان، و إن كان برداً شديداً زيد فى ثيابه محشوه، و أما جنسها فإنه يرجع أيضاً فيها إلى عادة مثله مع الاقتصاد، و فى التذكرة «يجب على الحاكم أن يترك له دست ثوب يليق بحاله، و قميص و سراويل و منديل و مكعب و يزيد فى الشتاء جبه، و يترك له العمامه

و الطيلسان و الخف، و دراعه يلبسها فوق القميص إن كان لبسها يليق بحاله، لأن حطها عنه يزرى بحاله، و فى الطيلسان و الخف نظر، (إلى أن قال): و يجوز أن يترك له نفقه يوم القسمة، و كذا نفقه من عليه نفقته» إلى غير ذلك من كلماتهم، و إن اقتصر بعضهم على ثياب التجمل، إلا أن المدرك فى الجميع واحد، و هو ما ذكرنا سابقا.

مضافا الى ما تسمعه مما ورد فى الكفن الذى هو كسوه الميت، فإن الحى أعظم حرمه منه، و إلى ما يشعر به فى الجمله

خبر على بن إسماعيل (١) «عن رجل من أهل الشام أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه و هو يخالط الناس، و هو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام و الشراب، فهل يحل له أم لا؟ و هل يحل أن يتطلع من الطعام، أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه و يبلغه؟ قال: لا بأس بما أكل»

و

النبوى (٢) «ابدء بنفسك ثم بمن تعول»

و الى ما دل على وجوب الإنفاق الذى يرجح على ما دل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الأصحاب، و اختص نفقه ذلك اليوم لعدم انضباط غيره، و لاحتمال تعلق وجوب نفقه اليوم الشامل لليل عليه بأول اليوم، دون غيره من الأيام، و ان قلنا بارتجاع نفقه من يموت من عيلته فى أثناء النهار، بناء على أنه يملكه المنفق عليه، بشرط اجتماع الشرائط لا مطلقا، و ان احتمله فى المسالك.

و على كل حال بذلك يفترق عن الكسوه التى لا معنى لاعتبارها يوما فيوما، و من هنا لاحظوا فيها المعتاد فيها كما و كيفا و زمانا، و لو اتفقت القسمة فى طريق سفره، ففى القواعد، و جامع المقاصد، و محكى الإيضاح أن الأقرب اجراء النفقه إلى يوم وصوله، بل فى الثانى ان احتمال العدم ضعيف جدا، إذا لم يكن دون منزله بلد آخر للإضرار المؤدى إلى الهلاك أو المشقه العظيمة، قال: و لو كان بلد دون منزله ففى الاجراء إلى وطنه المؤلف إشكال، هذا و فى التذكرة أن كلما يترك له

١- ١ الوسائل الباب ٢٧- من أبواب الدين الحديث- ١.

٢- ٢ الجامع الصغير ج ١ ص ٥ طبع عبد الحميد احمد حنفى الوسائل الباب ٢٨- من أبواب الصدقه الحديث- ٨- و فيه ابدء بمن تعول الأدنى فالأدنى.

إذا لم يوجد في ماله اشترى له، و هو جيد بالنسبة إلى النفقه دون الدار و الخادم و الفرس و نحو ذلك مما لم يكن متخذاً لها، و إن كان محتاجاً إليها لعدم الدليل.

و فيها أيضاً أنه لو كان للمفلس صنعه تكفيه لمؤنته و ما يجب عليه لعياله، أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شىء و كأنه مناف لإطلاق الأصحاب الذى قد عرفت أن منشؤه تقديم ما دل على وجوب الإنفاق، و القدره على التكسب لا تنافيه.

و لا تقتضى تقديم حق الديان على حق من وجبت نفقته عليه فتأمل جيداً، و فيها أيضاً أن الأولى الاعتبار بما يليق بحاله فى إفلاسه، لا فى حال ثروته، و لو كان يلبس قبل الإفلاس أزيد مما يليق بحاله، رد إلى اللائق. و ان كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه فى الإفلاس، و يترك لعياله من الثياب ما يترك له، قلت: قد يقال: إن المدار على اللائق بحاله فى حد ذاته، مع قطع النظر عن حالى إفلاسه و ثروته.

نعم لو كان مقترراً على نفسه لم يزد على ذلك كما ذكره.

و لو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء، و يقتصر على الواجب منه بلا خلاف أجده، و

قال زراره (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و عليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفن بما ترك، إلا أن يتجر انسان فيكفنه، و يقضى بما ترك دينه»

و

خبر إسماعيل بن أبى زياد (٢) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله

عليه و آله إن أول ما يبدء به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصيه، ثم الميراث»

و هما الحجه مضافاً إلى محكى الإجماع فى جامع المقاصد، و إلى ما دل على التكفين من أصل المال (٣)، المرجح على ما دل على وفاء الدين (٤) بما عرفت، بل ليس فى الخبرين الاقتصار على الواجب، فقد يقال: بتقديم الكفن المتعارف بالنسبه إلى ذلك الشخص، على وفاء الدين.

خصوصاً إذا قلنا: إن المنشأ فى تقديمه كونه من النفقه التى قد عرفت الرجوع

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب الدين الحديث-١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب الدين الحديث-٢.

٣-٣ الوسائل الباب ٢٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١-٢.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- ٨٥ من أبواب الدين.

فيها إلى عادة أمثاله، كما يومى إليه إلحاق باقى مؤن تجهيزه من الصدر و الكافور و ماء الغسل و نحو ذلك، بالكفن فى التقديم، بل و مؤن تجهيز كل من وجب عليه تجهيزه، ضروره عدم المدرك لذلك إلا كونه من الإنفاق الذى قد عرفت تقديمه على وفاء الدين. فالوجه فى ذلك كله الرجوع إلى المتعارف، و إن زاد على الواجب، ما لم يقم إجماع على خلافه، اللهم إلا أن يقال: إنا نمنع كون المنشأ فى وجوب الكفن الإنفاق، و لذا لم يجب تكفين من وجبت نفقته عليه من أقاربه، بل المنشأ الخبران، و تقديم ما دل على التكفين من أصل المال على ما دل على وفاء الدين، و مثله باقى مؤن التجهيز فينبغى حينئذ الاقتصار على الواجب

منه، دون المندوب الذى قد ورد فيه أنه ليس من الكفن. نعم لا- بأس بالرجوع فى جنس الواجب إلى الوسط، مع أن المحكى عن البيان الاقتصار على الأدون، و احتمله غيره أيضا، و قد تقدم لنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب الطهاره فلاحظ و تأمل.

ثم إن الظاهر عن النص و الفتوى عدم الفرق فى هذه المستثنيات بين كون الدين لطاعه أو مباح أو معصيه، و بين كونه عوض غصب و سرقة و إتلاف محرم و غيرها، و بين كونه لمعين و غيره، كالزكاه و الكفاره و الخمس و النذور و نحوها.

أما تارك الحج عمدا حتى ذهب ماله، فالمتجه وجوب بيعها فى أدائه للمقدمه، و لعدم شمول أدله المقام له حتى نفى الحرج، ضروره كونه هو الذى أدخله على نفسه على أنه معارض بما دل على وجوب حجه على كل حال، لكن

عن فقه الرضا عليه السلام (١) «إن كان غريمك معسرا و كان أنفق ما أخذ منك فى طاعه الله فانظره إلى ميسره، و هو أن يبلغ خبره الامام عليه السلام، فيقضى عنه، أو يجد الرجل طولاً- فيقضى دينه، و إن كان أنفق ما أخذ منك فى معصيه الله فطالبه بحقك، فليس من أهل هذه الآيه».

و

فى خبر محمد بن سليمان (٢) عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبا نجاد «قال سئل الرضا عليه

السلام عن رجل و أنا اسمع فقال له: جعلت فداك إن الله عز و جل يقول:

١- ١ المستدرک ج ٢ ص ٤٩٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الدين الحديث- ٣.

(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ) أخبرني عن هذه النظرة التي ذكر الله تعالى في كتابه، لها حد يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بد من أن ينظر، وقد أخذ مال هذا الرجل، وأنفقه على عياله، وليس له غله فينظر إدراكها، وليس له دين ينظر محله ولا مال غائب ينظر قدومه؟ قال: نعم، فينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الامام، فيقضى ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله عز وجل، وإن كان أنفقه في معصية الله فلا شيء على الامام له، قلت: فما لهذا الرجل الذي اتتمنه، وهو لا يعلم فيما أنفقه، في طاعة الله أم في معصيته، قال: يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر.

و عن الصدوق الفتوى بمضمونها، فجوز المطالبة للمعسر إذا كان قد أنفقه في معصية، ولعل الدين إذا كان معصية في نفسه، كالسرقة والغصب أولى من ذلك عنده، وربما استحسن بعض متأخري المتأخرين الجمع بين خبر السكوني (١) الدال على تسليم المديون إلى غرمائه ليستعملوه، وغيره مما دل على العدم بذلك أيضا، إلا أن الجميع كما ترى بعد عدم ثبوت حججه الكتاب المزبور عندنا، وضعف خبر

أبي نجاد واضطراب متنه، بدلاله أوله على الإنفاق على العيال، وذيله على أنه لم يعلم، بل ما فيه من عدم وفاء الامام عنه مع الجهل بحاله مخالف لأصالة صحه فعل المسلم.

كل ذلك مضافا إلى ما قيل: من أولويه الانظار بالمنفق في المعصية من المنفق بالطاعة، باعتبار عدم حليه الزكاه للأول دون الثاني، فلا-ريب حينئذ في أن الإطلاق المزبور الذي قلنا أنه الظاهر من النص والفتوى أولى، كما أن الظاهر منهما أيضا عدم التسامح في الزائد على المستثنيات، ضروره وجوب وفاء الدين الذي يمكن دعوى استقلال العقل فيه، فضلا عما ورد فيه من الشرع.

و ربما وسوس فيه بعض متأخرين المتأخرين مدعيا أن الظاهر من النصوص التوسعه في ذلك، فإن

عمر بن يزيد (٢) قال: قد أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب الحجر الحديث-٣.

٢-٢ الوسائل الباب-٥- من أبواب الدين الحديث-٤.

و أنا حاضر، فقال له: ليس عندنا شىء. و لكن يأتينا خَطْر و وسمه فتباع و نعطيك إنشاء الله، فقال له الرجل: عدنى، فقال له عليه السلام: كيف أعدك و انا لما لا أرجو أرجى منى لما أرجو»

و هو دال على التوسعه، و عدم ما ذكره من التضييق، فإنه يبعد كل البعد أن لا يكون له مال بالكلية سوى المستثنيات المذكوره، إذ الاستفادة من الاخبار أنه كان ذا ثروه و أملاك، و إن تعذر عليه النقد فى ذلك الوقت.

و هو من غرائب الكلام فإنه ليس فى الخبر دلالة على مضايقه الديان له هذه المضايقه، و إنما تقاضاه بتخيل وجود شىء عند، فأرضاه بالكلام حتى أراد منه الوعد على ما ذكره، فأجابه بما سمعت. نعم ربما يستفاد من

خبر يزيد بن معاويه (١) نوع سعه «قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن على دينا يعوزنى و أظنه قال و لأيتام، و أخاف إن بعت ضيعتى بقيت و ما لى شىء؟ فقال: لا تبع ضيعتك، و لكن أعط بعضا، و أمسك بعضا»

لكن يمكن أيضا أن لا- يكون مقتضى لتعجيل دينهم، و أنهم محتاجون إلى الإنفاق الذى يحصل بالدفع تدريجا، بل ربما أذن عليه السلام له فى ذلك، باعتبار ولايته عليه السلام عليهم، و كل ذلك مع عدم دلالة فى الخبر على إلزام الولى له بذلك؟ و أنه إنما سأل الإمام عن أصل وجود الدين عليه لهم، و أنه يريد وفاءه و إن لم يكن ملتزما بذلك. بل هو الظاهر من الخبر و الله أعلم.

[مسائل ثلاث]

اشاره

مسائل ثلاث

[المسأله الأولى إذا قسم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها و شاركهم الغريم]

الأولى: إذا قسم الحاكم مال المفلس على غرمائه ثم ظهر غريم لم يكن يعلم به و ليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها نقضها بل هي انتقضت في نفسها و شاركهم الغريم كما في الإرشاد، و التحرير، و المسالك، و محكى المبسوط، و التذكرة، لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام ضروره أنها إخراج الحصص المشاعه إلى التعيين، و مع فرض ظهور الغريم المشارك لهم بسبب سبق دينه على الحجر مثلا لم تخرج حصته من الإشاعه إلى التعيين، لحصولها في كل حصه دفعت إلى كل غريم فتبطل القسمة التي من مقوماتها وصول نصيب كل إلى صاحبه، فلا يتحقق صدقها إلا بدفع الحصه الأخيره إلى صاحبها لو فرض وقوعها على التدرج.

و من هنا ظهر لك أنه لا فرق بعد الأمر بالقسمه التي عرفت توقف صدقها على ما سمعت، بين اشتراك عين المال و عدمه، كما في المقام، فإن المال و إن كان ملكا للمفلس بل لا يتوقف تعيين نصيب كل منهم على التراضى، إلا أنه علق الشارع فيه ديون الغرماء على الإشاعه، على معنى استحقاق كل منهم الوفاء منه بحصه مشاعه على نسبه إلى باقى الديون و أمر بقسمته على ذلك، و قد عرفت توقف صدقها على ما سمعت، بل لعلها كذلك في شركه الأموال فإن المال المشترك بين ثلاث لو فرض كونه نصفين مثلا، و تراضى اثنان منهما على ان يكون نصيب كل منهما في أحد النصفين عوضا عن الآخر، فيبقى للثالث مع كل منهما حصته المشاعه، لم تصح القسمة، و إن لم يكن فيها تصرفا في مال الثالث، و لا إخراجا له عن الإشاعه، إلا أن القسمة لا يتحقق صدقها مع بقاء الحصه المشاعه للثالث، بل قد يشكل الصحه مع التراضى من

الجميع، ما لم يكن بعقد صلح مثلاً فاتضح من ذلك أن المانع في الجميع متحد، وهو عدم صدق القسمة بدون ذلك.

فما في ظاهر القواعد- أو محتملها في المقام- من عدم انتقاضها وأنه يرجع إلى كل أحد بحصه يقتضيها الحساب- واضح الضعف، وإن اختاره في جامع المقاصد محتجاً بأن كل واحد قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقض، لأنه يقتضى إبطال الملك السابق، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر، فإنها غير مملوكة فتستعاد، وحاصله أنه قبض نصيبه وغيره، فهو صحيح في نصيبه، باطل في غيره، لوجود المقتضى في الأول، إذ هو الدفع من المالك على وجه القضاء، وقبض الديان له على هذا الوجه بخلاف الزائد فإنه ليس له دفعه وفاء، فيختص المانع به، وبقاءه مشاعاً غير قادم، لأنه مال الدافع، إذ هو كما لو دفع المديون خمسة عشر إلى الديان اشتباهاً، فإنه يصح الدفع والقبض في خمسة فقط، وإن بقيت مشاعاً في العشرة المشتركة بينهما، وبذلك افترق المقام عن الأموال المشتركة بين ملاك متعدده.

لكنك خير بما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا، مضافاً إلى أن مقتضاه الصحة حتى في صورته الاشتباه في التوزيع بين الغرماء الحاضرين، وفي صورته نسيان بعضهم، وفي صورته العمد إلى اختصاص أحدهم بالزائد، أقصاه أن الغريم يضرب بالحصه، وأما القابض فإنه يملك مقدار نصيبه، لا أظن أحداً يلتزمه، فإنه لا يتصور القسمة المأمور بها في بعض أفرادها كما لو خص أحدهم بجميع المال، أو خرج حصه أحدهم مستحقه للغير، ولم يكن للمفلس إلا غريمان، ودعوى أن المراد بالقسمة في المقام أمر لا ينافيه شيء من ذلك، لا شاهد له، بل الشاهد بخلافه متحقق، ضروره ظهور النصوص والفتاوى بصحة الدفع والقبض - إذا كان جامعاً لوصف القسمة، فلا يترتب عليه ملك بدونه كما هو واضح؛ هذا.

و عن فخر المحققين أن مبنى المقام على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين

بالرهن، أو الجنايه برقبه العبد؟ فعلى الأول يكون قضاء، و يرجع بحصه يقتضيها الحساب لأنه يكون بمنزله صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه، و على الثانى تبطل، لأنها تكون قسمه الكل المشترك حقيقه بين بعض المستحقين، و هو كما ترى خصوصا الشق الثانى، إذ لا يلزم من كون تعلقه بها تعلقا كتعلق أرش الجنايه ثبوت القسمه حقيقه التى هى فرع الشركه الحقيقه، لأن المجنى عليه، لا يملك الجانى و لا شيئا منه بمجرد الجنايه، و إن استحق ذلك مطلقا، أو فى صوره العمده، و أما الشق الأول ففيه مالا يخفى أيضا بناء على ما ذكرنا.

ثم إنه لا يخفى ثمره القولين بأدنى تدبر فى كون النماء للمفلس على النقض، فيحسب حينئذ له من ديونه، لظهور بطلان القسمه من الأصل لا حين ظهور الغريم، و للغرماء، على تقدير عدم النقض عدا نماء الحصه الباقيه للغريم، فإنه يكون حينئذ للمفلس، فيقسم بين غرمائه، و لا يختص به صاحب الحصه، لعدم ملكه إياها قبل القبض، كما هو واضح. لكن فى القواعد بعد أن ذكر عدم النقض أولا- ثم احتمال النقض قال: «ففى الشركه فى النماء المتجدد إشكال» و لعله للإشكال فى أصل المسأله و ما عن الإيضاح من أنه تفرغ على النقض و عدمه، فإن قلنا بالنقض شارك، و إلا فلا و منشأ الاشكال هل هو رفع القسمه من أصلها أم فسخ متجدد و هو كما ترى، و كذا احتمال أنه تفرغ على النقض، و إن قيل: إنه المبادر من العبارة، إلا أنه واضح الفساد و منها تحقق الزكاه على القابض، إذا بلغ نصيبه النصاب على عدم النقض، و لا زكاه على النقض، و منها مضى التصرف فيه على عدم النقض، و عدمه على الآخر، إلى غير ذلك مما هو واضح بأدنى تأمل.

و لو كان قد تلف المال فى يد الغرماء، فالظاهر احتسابه عليهم على كل حال أما على عدم النقض فواضح، و أما على النقض فلانه قبضوه استيفاء، و القبض يضمن بفاسده، كما يضمن بصحيحه، و لعموم (١)

«على اليد»

هذا كله فى ظهور الغريم المطالب بدين.

أما إذا كان غريم له عين قائمه فى أموال المفلس، فى المسالك «أما إن وجدها مع بعض الغرماء أو مع غيرهم بأن يكون الحاكم قد باعها و جعل ثمنها فى ماله، أو وجدها بأيدى الغرماء بالسويه، و فيما عدا الصوره الأخيره لا يتوجه إلا نقض القسمه لأن العين إذا انتزعت من أحدهم بقى بغير حق، و فى الأخيره الخلاف السابق.

قلت: مبنى هذا الكلام على عدم بطلان الخيار بالبيع، أو بالدفع إلى أحد الغرماء و هو أحد الاحتمالين أو الثلاثه أو الأربعه فى المسأله كما أوضحناه فى محله، و على تقديره فظاهره انحصار الخلاف فى الصوره المتأخره، مع أنه يمكن جريانه فى الصوره الأولى، بناء على ما سمعته من جامع المقاصد مما لا فرق فيه بين ظهور الغريم و حضوره، و كذا الثانيه إذا فرض اختصاص أحد الغرماء بالثمن، أو لو فرض توزيعه فالمتجه عدم نقض القسمه، لعدم رجوع أحد الغرماء على الآخر بحصه مشاعه، و إنما يرجع عليهم صاحب الثمن على حسب حصصهم، و هو لا يقتضى بطلان القسمه، و كذا الصوره الثالثه التى هى فرض تسويه الغرماء فى العين، فإنه مع انتزاعها منهم أجمع له يرجع أحدهم على الآخر بشىء.

نعم لو جعل مبنى النقض فى ذلك أن صاحب العين من جمله الغرماء، و قد وقعت القسمه قبل حضوره، فهو يستحق حصه مشاعه يخير بينها، و بين انتزاع العين، فالنقض حينئذ لذلك بناء على أن النقض بمثله، و لو على جهه التخيير كان أولى، لكن عليه ينبغى أن لا- يتفاوت الحال فى الصور الثلاثه بل يتجه النقض حينئذ لو وجد العين على ملك المفلس و قد قسم ما عداها فانتزعاها. هذا. و ربما توهم من عباره المصنف و القواعد و غيرهما احتياج نقض القسمه إلى حكم الحاكم بذلك، و هو واضح الفساد، كما نص عليه فى جامع المقاصد، و إنما أسند النقض اليه باعتبار فرض كونه القاسم، و إلا فهى منتقضه بنفسها، بناء على النقض كما هو ظاهر.

و لو خرج المبيع مثلا- من مال المفلس ظاهرا مستحقا للغير، فإن كان الثمن موجودا لم يدفع بعد إلى الغرماء رجع به صاحبه، و إن كان قد تلف فى يد المفلس

أو وليه كان ضامنا له، فيضرب صاحبه مع الغرماء إن كان قد أتلفه المفلس، بناء على ضرب مثله و إن كان بعد الحجر، كما تقدم سابقا، اللهم إلا أن يفرق بينهما بأن ما نحن فيه قد وقع باختيار من المالك و رضى منه، و إن كان على جهه الضمان فلا يضرب به، بخلاف السابق المفروض إتلاف المفلس قهرا على مالكة بسرقة أو غضب أو خطأ و نحوها.

لكن خيره الفاضل و المحكى عن الشيخ و فخر المحققين أنه يقدم على الغرماء و لو كان التلف بآفه سماويه، بعد أن احتمال الضرب معهم، و استجوده فى جامع المقاصد معللين له بأنه من مصالح الحجر، لثلا يرغب عن شراء مال المفلس، و هو كما ترى لا يصلح مثله أن يكون مدركا لذلك، و انما وقع من بعض العامه بناء منهم على حجيه الاستحسان، و المصالح المرسله، و كذا لو تلف فى يد الغرماء و اختار هو الرجوع على المفلس، فيقدم عليهم عند الفاضل، و احتمال الضرب، و على ما ذكرنا يتجه البقاء فى ذمه المفلس، أما لو رجع عليهم اتجه تغريم كل منهم مقدار ما قبض من ماله، و لا يرجع به على المفلس، لانه قبض مضمون عليهم، و إنما لهم الرجوع بدينهم، لأنه باق، و ان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء، لأن قرار الضمان على من تلف فى يده المال- و الله أعلم.

[المسئله الثانيه إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله قسمت أمواله على حاله خاصه]

المسئله الثانيه إذا كان عليه ديون حاله و ديون مؤجله و قد فلس لقصور ما عنده عن حاله قسمت أمواله على حاله خاصه و لا يدخر منها شىء للمؤجله بلا خلاف و لا إشكال، لعدم استحقاقها قبل الأجل، كما تقدم سابقا فى أول كتاب الفليس. نعم لو حلت قبل قسمه الكل فى التذكره و المسالك و الروضه شاركت بل فيها جميعها أنه لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقي و ضرب بجميع المال، و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم، و لعل الوجه فى ذلك بعد كونه أولى من المتجدد، كأرش الجنايه و عوض الإتلاف أن المقتضى للمشاركه موجود، و هو كونه دينا سابقا على الحجر، و كان الأجل مانعا، فإذا ارتفع عمل المقتضى عمله، فهو كما لو أسلم الوارث قبل القسمه، و تعلق حقوق الغرماء غير مانع من تعلق حق غيرهم ممن شاركهم فى سبب

الاستحقاق، و بذلك ترتفع المناقشه من بعض متأخرى المتأخرين فى أصل المشاركه، بسبق تعلق حق الغير فتمنع تعلق غيره به، إذ هو حيثئذ كالمرهون، و إن كانت هى لا تخلو من وجه، خصوصا بناء على ما تقدم سابقا من عدم الرجوع لصاحب العين لو كان دينه مؤجلا و قد حل قبل القسمه، و نحوه مما هو مبنى على سبق تعلق الحق المانع من تعلق حق الغير.

و على كل حال فالظاهر عدم الفرق فى حلول المؤجل بين انتهاء المده، و بين إسقاطه بالصلح على الأنقص منه مثلا، مع المفلس الذى لا يمنع من مثل هذا الصلح، لعدم كونه تصرفا فى المال الذى تعلق به حق الغرماء و ان كان بعد الصلح يشاركهم صاحبه، لصدق حلول المؤجل قبل القسمه، و دعوى المنع من مثل هذا الصلح على وجه يلحق الغريم به، لأنه يؤل إلى الضرر على الغرماء، و لأنه كالدين الحاصل بعد الحجر- يمكن منعها لما عرفت، و لأنه ليس دينا جديدا بل هو صلح عن ذلك الدين ببعضه، فيكون الصلح بالنسبه إلى الزائد كالإبراء و إن كان هو فى مقابله إسقاط الأجل، فتأمل، جيدا. و الله أعلم.

[المسئله الثالثه إذا جنى عبد المفلس كان المجنى عليه أولى به]

المسئله الثالثه: إذا جنى عبد المفلس، كان المجنى عليه أولى به من الغرماء الذين لا يزيد تعلق حقهم بالمال على الرهانه التى قد عرفت تقدم الجنايه عليها للوجوه السابقه الآتيه هنا منضمه إلى عدم الخلاف فى ذلك فى المقامين، و منه يعلم أن تعلق حق الغرماء هنا ليس كتعلق أرش الجنايه، و إلا- أمكن القول بالاشتراك بينهما، كما لو جنى العبد الجنانى قبل انتهاء حال الجنايه الأولى، و بالجملة يتجه فيه ذلك الحكم لعدم الخلاف فى التقديم هنا مما يرمى إلى عدم كون التعلق كأرش الجنايه، و ان احتمله الفخر سابقا فيستوفى منه حق الجنايه حيثئذ، فإن زاد فهو الغرماء.

و على كل حال ف لو أراد مولاه فكه بما تعلق به الحق من الأموال كان للغرماء منعه لأنه تصرف مالى و قد حجر عليه فى ذلك؛ لكن

فى المسالك «إنما يمنع المولى من فكه مع عدم المصلحه فى فكه، فلو فرضت بأن كان كسوبا يثمر مالا إلى حين القسمه و قيمته باقيه فله فكه لمصلحه» قلت: قد يمنع أيضا معها، لتعلق الحق فى المال على وجه لا يتصرف به إلا فى بيعه للوفاء، و ان اتفق حصول مصالح للمفلس، و كذا لو كان له رهن على دين مؤجل و كانت المصلحه فى فكه، لم يلتزم الغرماء بذلك، فلعل إطلاق المصنف و غيره المنع لا يخلو من قوه.

و لو كان الجانى المفلس بما يوجب مالا كان المجنى عليه أسوه الغرماء، كما قدمناه سابقا، إذ الفرق بينه و بين عبده بالتعلق بالذمه و العين واضح، و لو كانت جنايته عمدا فصالح على الديه لم يشارك، بناء على أن الواجب أولا القصاص، و أن الديه تثبت بالصالح. نعم لو قلنا الواجب أحد الأمرين من أول الأمر و الخيار بيد المجنى عليه، أمكن القول حينئذ بالمشاركه للغرماء، بل لو قلنا فى الصالح أنه ليس من قبيل المعاوضات، و إنما هو إسقاط لحق القصاص، و رجوع إلى الديه الثابته شرعا أمكن القول بالشركه، فيكون الفرق بين القولين أن الخيار فى الأول بيد المجنى عليه، و الثانى بأيديهما معا، و لعل قوله تعالى (١) «فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ» إلى آخره لا يخلو من اشعار بذلك، و كأنه لذا لم يجزم الفاضل فى التذكره بعدم المشاركه فى الصالح أيضا، فإنه بعد أن حكى عن أحمد المشاركه مطلقا قال: و يحتمل عندى أن لا يشارك، لأن الجنايه موجبها القصاص. و إنما يثبت المال صلحا و هو متأخر عن الحجر، فلا يشارك كما لو استدان فتأمل جيدا و الله أعلم هذا تمام الكلام فى حكم المفلس.

[و يلحق بذلك النظر فى حبسه]

و لكن يلحق بذلك النظر فى حبسه بل حبس كل مديون فنقول:

لا يجوز حبس المعسر مع ظهور إعساره سواء كان مفلسا أى منعه الحاكم من التصرف فيما يتجدد من الأموال، أولا، للأنتظار المأمور به فى الكتاب و السنه، بل

و الفتوى، فإنى لا أجد خلافاً فى ذلك، إلا ما تقدم سابقاً من الصدوق فى المعسر بصرف ما استدانه فى معصيه، و قد عرفت ضعفه.

و كيف كان ف يثبت ذلك أى إعساره بموافقه الغريم جميعهم و إلا- ففى حق الموافق، و لو فرض تعدده و جمعه لشرائط الشهاده ثبت حينئذ، و اندرج تحت قول المصنف كغيره من الأصحاب أو قيام البيئه لكن على التفصيل الاتى خلافاً لبعض العامه، حيث جعل قيام البيئه به غير مانع من حبسه مده يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر، و هو كما ترى.

فإن تناكرا أى الغريم و المديون فى الإعسار و عدمه و كان له أى للمديون مال ظاهر غير المستثنيات لم يقبل دعواه، و أمره الحاكم بالتسليم إن كان المال من جنس الحق أو تراضياً به، و إلا صرف اليه بيع و نحوه فان امتنع فالحاكم بالخيار، بين حبسه حتى يوفى بنفسه لوجوبه عليه، بل مماطلته فيه تحل عقوبته بالحبس و غيره و عرضه، ل

قوله صلى الله عليه و آله «لى الواجد يحل عقوبته و عرضه»

المعمول بإطلاقه بين الأصحاب، من غير ملاحظه مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و قد سمعت

النصوص (١) المتضمنه لفعل أمير المؤمنين عليه السلام «فيمن كان يلتوى على غرمانه»

بل لعل إطلاق الخبر المزبور يقضى بحليه ذلك للغريم و غيره، اللهم إلا أن يدعى أن الحبس و نحوه من وظائف الحاكم، لانه كالتعزير الملحق بالحدود.

نعم لا إشكال فى حليه العرض للغريم، بأن يقول له يا ظالم و نحوه لذلك، و قوله تعالى (٢) «لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» و لا يلزم التفكيك فى الخبر، إذ المراد من الحبس حينئذ أن يحبسه عند الحاكم، فيكون التحليل له فيهما، بل الظاهر جواز ذلك للحاكم، لإطلاق الخبر المزبور، بل و غيره فى وجه.

و على كل حال فهو بالخيار بين ما عرفت و (١١) بين بيع أمواله و قسمتها

١- ١ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الحجر.

٢- ٢ سورة النساء الآية - ١٤٨.

بين غرمائه لأنه ولي الممتنع، وإن كان لا يتعين عليه ذلك، بل يخير بينه وبين الفرد الأول، وقد تقدم نظير ذلك في الرهن، كما أنه تقدم التأمل فيه، والمحكى في

النصوص (١) هنا من فعل أمير المؤمنين عليه السلام «أنه كان يحبسه بالالتواء ثم يأمر بقسمه ماله بين الغرماء، فإن أبى باعه و قسمه بينهم»

بل و

في خبر السكوني (٢) منها «أنه كان يحبس في الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء»

و على كل حال هو غير التخيير المزبور، اللهم إلا ان يقال: إنه لا دلالة في فعله عليه السلام على عدم جواز غير هذا الفرد، وفيه أن نقل الأئمة عليهم السلام لهم بهذا اللفظ ظاهر في أن الحكم ذلك، فتأمل جيدا. و الأمر سهل.

و كيف كان ف لو لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار، فإن وجد البينة قضى الحاكم بها بالشرط الآتى و إن عدمها، و كان له أصل مال معهود أو كان أصل الدعوى مالا كالقرض و نحوه و قد أثبتها الغريم حبس حتى يثبت إعساره لأصالة بقاء المال، و لا يشترط الانظار بالإعسار و لم يثبت، و لأن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس بمجرد الالتواء، نعم في التذكرة «إنه إذا لم يكن له بينه بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف، فإذا حلفوا حبس، و لعله مراد غيره مع احتمال العدم، لما عرفت من عدم اشتراط الحبس باليسار مع المماطلة، كى يحتاجوا إلى إثباته، بل يكفى فيه عدم ثبوت اليسار، و هو حاصل و ان لم يحلفوا. هذا.

و قد صرح الفاضل في التذكرة و القواعد «أنه لا يمنع الحبس تعلق حق الغير في عينه بإجاره و نحوها» و هو كذلك مع إمكان الجمع، أما مع عدمه ففيه اشكال، من تعارض الأدلة و لا ترجيح، و احتمال ترجيح الإجاره بالسبق معارض بصوره سبق الدين و إن تأخرت المطالبة. نعم قد يتم في صورته سبق الإجاره عليه، كما أنه

يتم ترجيح الدين عليها في صورته سبقه، بل قد يقال بترجيحه مطلقا، باعتبار انجبار المستأجر بالخيار بخلافه، إلا أن الجميع محل للنظر، كما أن ما فى القواعد من

١-١ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام الحجر.

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث-٣.

أنه يجوز الحبس في دين الولد لا يخلو من اشكال، لخبر الحسين بن ابي العلاء^(١) وللنصوص الداله على أن الولد و ماله لأبيه و على عظم حق الوالدين و نحو ذلك، و لعله لذا جزم في التذكرة بالعدم، و في جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوه، و هو كذلك، و الله أعلم.

و على كل حال فإذا تصدى لإثبات إعساره ف ان شهدت البيه بتلف جميع أمواله قضى بها، و لم يكلف اليمين، و لو لم تكن البيه مطلع على باطن أمره بالصحة المتأكد، لأنها بيه إثبات، فيشملها جميع ما دل على قبول البيه، و لا يقدح تضمنها النفي، لأن كل بيه إثبات تتضمن ذلك، حتى بيه ملك العين مثلاً- لزيد، المتضمنه لعدم بيعه خفيه و عدم هبته و غير ذلك من المحتملات التي لا تقدح، بعد أن كان شهاده البيه أمراً إثباتياً يمكن علمها به، و أنه هو المستند لها فيما هو مخالف للأصل، فيلزمه حينئذ ثبوت الإعسار، ضروره اقتضاء تلف جميع الأموال ذلك و لا يحتاج إلى اليمين معها، للأصل، و ظهور

قوله ^(٢)«البيه على المدعى»

إلى آخره في عدم الشركه بينهما، مضافاً إلى أنها كسائر البيئات المعلوم عدم توقف ثبوت ما شهدت به على اليمين، لمعوميه عدم اشتراط قبولها بالاطلاع على باطن أمره بالصحة المتأكده إذ هي بعد ما سمعت كباقي بيئات الإثبات التي لا ينحصر طريق علمها بما تشهد به لذلك.

أما لو شهدت بالإعسار مطلقاً أى من دون تعرض لتلف المال المعلوم أصله و غيره لم تقبل حتى تكون مطلع على باطن أمره بالصحة المؤكده لأنها حينئذ بيه نفي، ضروره رجوعها الى عدم الملك الذى يمكن أن يكون مستنداً فيه الأصل المعلوم نقضه عند غيرها، و يمكن أن يكون اطلاعها على التلف، إلا أنها مع فرض الصحة المؤكده يحصل الظن القوي بل المتأخم أن يكون مستنداً الثانى، فيقوى حينئذ بها جانب مدعى الإعسار، بل ظاهر الأكثر تقديمه حينئذ على خصمه

١- ١ الوسائل الباب - ٧٨- من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث - ١ - ٢.

الموافق للأصل، و كم من ظاهر قدم عليه، كما فى دعوى الزوجه مع الخلوه الدخول بها و غيرها و يتجه حينئذ ما ذكره المصنف و غيره بل نسب إلى الأ-كثر من أن للغرماء إحلافه حينئذ دفعا للاحتمال الخفى و هو احتمال عدم اطلاعها على أصل المال و خفائه عليها، و إنما شهدت بالأصل المفروض انتقاضه، و بذلك ظهر الفرق بين بينه التلف و بينه الإعسار، كما أنه ظهر كون اليمين لقوه جانب مدعى الإعسار حينئذ و اليمين تتبع من قوى جانبه بالأصل أو بالظاهر الذى ثبت ملاحظته للشارع، فاليمينه فى المقام لحصول الظاهر المرجح بدعوى الإعسار، فىكون به حينئذ منكرا فيتوجه اليمين عليه لذلك، لا أنه باق مدع و محتاج إلى اليمين مع اليينه كيمين الاستظهار، ضروره ظهور

قوله عليه السلام (١)«اليمينه على المدعى»

فى قطع الشركه، و لا دليل بالخصوص هنا على اليمين كالاستظهار، مضافا إلى عدم تنقيح مستند شهاده اليينه هنا و إن كان قد حصل الظن القوى بالصحه المتأكده أنه التلف لا الأصل، لكنه إذا لم يصل إلى حد العلم غير مجد فى قبول مثل هذه اليينه التى قد عرفت رجوعها إلى بينه النفى المعلوم عدم قبولها ما لم تؤل إلى الإثبات بالحصص و نحوه، و لو فرض كونها فى المقام كذلك رجعت إلى اليينه الأولى و لم يحتج معها إلى اليمين قطعا، كما أن الأولى لو فرض شهادتها على تلف المال الظاهر، و لم تعلم بغيره و لا اعترف الخصم بعدم غيره اتجه أيضا توقف ثبوت الإعسار على اليمين، ضروره رجوع الحال حينئذ إلى دعواه ممن لم يعلم له أصل مال، و ستعرف احتياجه حينئذ إلى اليمين.

نعم لو شهدت بتلف الظاهر و اعترف الخصم بعدم غيره لم يحتج حينئذ ثبوته إلى يمين كما هو واضح، و بذلك تم كلام الأكثر و سقط ما أظن به فى المسالك، فإنه بعد أن قرر المشهور حاكيا له عن المصنف و العلامه فى غير التذكرة قال: «أما فيها فعكس الحكم، و

أثبت اليمين فى بينه التلف دون بينه الإعسار، محتجا بأن اليينه

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث- ١- ٢- لكن فيهما «و اليمين على المدعى عليه».

إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه، و ادعى مالا غيره فإنه يلزمه اليمين» و أفتى فى موضع آخر منها بأنه لا يمين فى الموضوعين محتجا بأن فيه تكديبا للشهود، و ل

قوله صلى الله عليه و آله [\(١\)](#) «البينه على المدعى و اليمين على المنكر»

و التفصيل قاطع للشركه.

ثم قال: «إن تلخيص الحكم فى ذلك لا يخلو من اشكال، و الفرق لا يخلو من نظر، و ذلك لأن شهود تلف ماله إما أن تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفه لهم بحال باطن أمره، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف، كما هو الظاهر من قول الجماعة و تعليقه المسأله و تصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبره بحاله، و يشكل مع هذا ثبوت إعساره، لأن حاله بالنسبه إلى المال باطنا مجهول مطلقا، حتى لو فرضنا أن هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت ماليته باطنا، و الحال أنه لم يختبر، و إن أرادوا- بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن أمره أن الحاكم لا يعتبر اطلاع على ذلك، مع ان اطلاعهم معتبر فى نفس الأمر اتكالا على عدالتهم، و أن العدل لا يجازف فى شهادته كما

صرح بهذا المعنى بعض الأصحاب أشكل الفرق بين الأمرين، لأن ذلك آت فى الشهاده على مطلق الإعسار و تحويلها نحو الإثبات لثلا يتمحض النفى غير متوقف على هذا الشرط، فإن مرجعه الى تحرير شهادتهم، لا إلى علمنا بأخبارهم، و حكم اليمين متفرع على ما قررنا، فإن اكتفينا فى بينه التلف بالاطلاع على ظاهر ماله، فلا بد من القول باليمين، لأنه يصير بهذه البينه كمن لا يعلم له أصل مال مع احتمال، و يتوجه عدم الافتقار الى اليمين فى بينه الإعسار المطلعه على الحال، لأن ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعا فى التفحص، فلا يكلف مع البينه أمرا آخر، لأصالة البراءه أو لظاهر الخبر، و إن اعتبرنا اطلاع بينه التلف على باطن أمره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه.

و يمكن أن يوجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبره الباطنه فى شهادته التلف لا بالنظر إلى الحاكم، و لا بالنظر إلى الشهود بأن هذا المديون لما كان يعرف

له أصل مال و لو بكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال، و إن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، و التكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، و هذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه، فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنه و العشره المتأكده ليحصل الظن بتلف ذلك المال، و انما يحصل بذلك.

فظهر الفرق بين الحالين، و توجه به ما اختاروه من ثبوت اليمين في الأول دون الثاني، لأن الأول لا يدفع المال الباطن يقينا، و لا ظنا، لعدم الاطلاع عليه، بخلاف الثاني، لأن كثره ملابسته و مجاورته و الاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عاده، يفيد الظن الغالب بعدم المال، فلا يتجه مع ذلك انضمامه اليمين إلى البيئه.

نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون، و اعترف بعدم غيره فشهد الشهود بتلفه لم يجب اليمين في الأول أيضا، و لم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلا أن هذه ماده خاصه و المسأله أعم منها، و الظاهر من عباره الأصحاب و غيرهم في هذه المسأله هو ما وجهناه أخيرا من أن شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في أنفسهم و لا عند الحاكم، بخلاف شهود الإعسار، و وجهه ما بيناه.

لكن المحقق الشيخ على رحمه الله قرر كلامهم على ما نقلنا من الوجه، و هو أن المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر، فحصل الالتباس في الفرق على تقريره، و نفى اليمين في الأول و إثباتها في الثاني على تقريرهم، فإن الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبرا فيها فإما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضا أو نفيه عنهما اتكالا على العداله، فالفرق ليس بجيد، و إذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف على ما ذكره، يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر كما ذكره في التذكرة دون العكس، لأن الخبرة الباطنه أفادت ظنا قويا، مضافا إلى البيئه بعدم المال، و مختار التذكرة في إثبات اليمين في الأول دون الثاني أوجود، و نقلناه

بطوله ليظهر لك مواقع النظر فيه من غير ما ذكرناه أيضا خصوصا فيما ذكره من التوجيه لكلام الجماعة الذي جعل نتيجته ما لا يقولون به، من إثبات اليمين لبينه التلف دون بينه الإعسار.

و من الغريب قوله بعدم احتياج الثانيه اليه، مع اعترافه بأنها إنما تفيد الظن القوي بسبب الصحبه بأن مستندها التلف، و معلوم أن مثل ذلك لا- يخرجها عن كونها بينه نفى، و عن احتمال كون مستندها الأصل المعلوم قطعه كما أوضحناه سابقا و أغرب منه عدم ذكره الوجه الظاهر من كلماتهم في تشقيقه عدم اعتبار الاطلاع في بينه التلف من أن مرادهم جميع الأموال المستلزم لثبوت الإعسار، و أن مثله لا- يعتبر فيه الاطلاع بالصحبه و لا- اليمين، لأنها فرد من بينه الإثبات، و لا ينحصر طريق علمها بذلك في الصحبه، و لو فرض ان بينه الإعسار كذلك، استغنت عن اليمين أيضا، إلا أنك قد عرفت احتمالها و أنها ظاهره مع الصحبه في أن مستندها الاطلاع على التلف، كما أنه لو فرض كون بينه التلف على تلف مال مخصوص، اتجه اعتبار اليمين من المديون في نفى دعوى غيره، و ما حكاه عن التذكرة من عكس الأمر إنما ذكره احتمالا، مع أن الظاهر خروجه عن موضوع البحث كما اعترف به في جامع المقاصد، لأن ظاهر كلامه فرض شهاده البينه على تلف المال الذي في يده ظاهرا لا جميع الأموال، و اليمين حينئذ مع عدم اعتراف الخصم بعدم غيره متوجه كما ذكرناه، بل لعل ما حكاه عنها أيضا من عدم احتياج اليمين في البينتين خارج أيضا، لظهور كلامه في عدم اليمين مع بينه الإعسار التي تؤل إلى بينه التلف في معلوميه كون مستندها العلم بتلف جميع أمواله، و أنها غير محتمله لأن يكون مستندها الأصل، فإنه جعلها كالبينه على عدم الوارث فلاحظ و تأمل.

و بالجمله كلامه في المقام لا- يخلو من نظر من وجوه، ثم قال: «و اعلم أن الخبره المعتبره في شهود الإعسار إن اطلع الحاكم عليها فلا كلام، و إلا ففي الاكتفاء بقولهم له أنهم بهذه الصفه وجه قوى، و قطع به في التذكرة» قلت لا ريب في ضعفه،

ضروره عدم الدليل على ثبوته بقولهم الذى مرجعه إلى دعوى لا يثبت بها مثله بعد اعتبار اتصافهم به كالعده، فلا بد من العلم به و لو بينه شرعيه كما هو واضح، و أوماً إليه فى جامع المقاصد.

و قد تلخص مما ذكرناه أن بينه الإعسار عندهم، لم يعلم رجوعها إلى إثبات حتى يتوجه الاستغناء عن اليمين، للخبر القاطع للشركه، بل هى بسبب الصحبه المؤكده أفادت كون الظاهر مع دعوى الإعسار، فقدموه على الأصل بيمين المعسر كما أوضحناه سابقاً، و لو فرض العلم برجوعها إلى إثبات، أغنت عن اليمين قطعاً و كانت كمينه التلف حينئذ، بناء على المعلوم من مذهب الأصحاب من قبول بينه النفي إذا رجعت إلى إثبات، خلافاً لبعض العامه، ضروره شمول ما دل على حجيه بينه حينئذ لها، بخلاف ما إذا لم يعلم رجوعها إلى إثبات، لاحتمال كون مستندها أصل العدم، المعلوم انتقاضه، كما فى المقام، أولاً تزويد على إنكار المنكر و الله أعلم.

و كيف كان فان لم يعلم له أصل مال و لا- كانت الدعوى الثابته عليه مالا- و ادعى الإعسار قبلت دعواه و لا يكلف بينه، و للغرماء مطالبته باليمين لانه بموافقه للأصل كان منكراً و قد

قال عليه السلام (١) «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بل منه ينقدح الإشكال فى قبول البينه منه لو أقامها على وجه يعلم رجوعها إلى إثبات، بناء على عدم قبولها من المنكر، لكن جزم فى التذكرة بقبولها و إسقاط اليمين عنه حينئذ، و لا يخلو من بحث كما يأتى إنشاء الله.

و من الغريب من بعض العامه منع قبوله هنا إلا- بالبينه، بناء على أن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً قل أو كثر، و فيه منع اعتبار هذه الظاهر بدون دليل بحيث يقطع الأصل. نعم لو فرض العلم بذلك اتجه ما ذكره، بل لعله متجه أيضاً فيما لو حصل العلم

بإتلافه مالا أيضاً، لانقطاع أصل العدم فيه قطعاً، و حصول المال فى الجملة معارض بالعلم بإتلافه كذلك، فلا يستصحب شىء منهما، لرجوعه إلى استصحاب الجنس،

فيكون قول كل منهما خاليا عن الأصل، إلا أن الواجب على المديون الوفاء، حتى يثبت إعساره الذي هو الشرط في الإنظار، لا أن اليسار شرط في صحه المطالبه، فيتجه حينئذ حبسه إلى ثبوت إعساره فتأمل جيدا والله أعلم.

و على كل حال فإذا قسم المال الذي عنده بين الغرماء وجب إطلاقه و لا يجوز إبقاؤه في الحبس الذي هو أذيه حينئذ بلا حق، و لو فرض كونه مفلسا فهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء و الاقتسام، لأنه إنما حجر عليه بالنسبه إلى الموجود من ذلك المال و قد فرض قسمته أو يفتقر إلى حكم الحاكم لأنه قد حصل بحكمه فلا- يرتفع إلا- بحكمه للاستصحاب كالسفيه الأولى عند المصنف و الفاضل و غيرهما أنه يزول بالأداء لزوال سببه و لا بأس به مع فرض كون الحجر بالنسبه إلى المال الموجود، لا إذا كان فيه و في المتجدد، و لا في الإطلاق إذا فرض شموله لهما كما هو واضح و الله أعلم.

إلى هنا تم الجزء الخامس و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غاية جهدنا في تصحيحه و مقابله للنسخه المصححه التي قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه و يتلوه الجزء السادس و العشرون في أحكام الحجر إنشاء الله تعالى على الآخوندى

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
الغمامة اصحمان



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