



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلهم يا صابغ
الرماد

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحدائق الناضرة فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحراني

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بي جا ، بي نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٨	الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢٠
١٨	اشاره
١٨	اشاره
١٩	[اتمه كتاب التجاره]
١٩	[اتمه احكام العقود و المعاملات]
١٩	الفصل العاشر فى السلم
١٩	اشاره
١٩	[المقام] الأول-فى الشرائط
١٩	اشاره
١٩	[الشرط] الأول-الإيجاب و القبول
٢١	[الشرط] الثانى و الثالث-الجنس و الوصف
٢١	اشاره
٢٨	فوائد
٢٨	اشاره
٢٨	الأولى [جواز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت]
٣٠	الثانيه [فى أن كلما ينضبط وصفه يصح السلم منه]
٣٣	الثالثه
٣٤	الشرط الرابع:قبض الثمن قبل التفريق
٣٩	الشرط الخامس تقدير المبيع و الثمن بالكيل و الوزن
٤٣	الشرط السادس اعتبار الأجل بما لا يحتمل الزيادة و النقصان
٤٣	اشاره
٤٣	الأول [حكم ما لو اشتراه حالا]
٤٧	الثانى [كون الأجل معلوما للمتعاقدین على وجه يكون مضبوطا فى نفسه]

- ٤٨ الثالث [حمل الشهر على الهلالى]
- ٥٠ الشرط السابع-غلبه الوجود وقت الحلول إذا اشترط الأجل ..
- ٥٢ المقام الثانى فى الأحكام
- ٥٢ اشاره
- ٥٢ [المسأله] الأولى [الخلاف فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد]
- ٥٦ المسأله الثانیه لو أراد بيع ما أسلف فيه
- ٥٦ اشاره
- ٦٩ تذييلان:
- ٦٩ الأول [إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض]
- ٧٠ الثانى [بيع السلف على من هو عليه،أو على غيره قبل حلوله]
- ٧٣ المسأله الثالثه [فى دفع السلم دون الصفه و فوقها]
- ٧٦ المسأله الرابعه لو وجد فى المبيع أو الثمن عيب بعد القبض
- ٧٦ اشاره
- ٧٦ الأول- لو وجد بالمبيع عيبا بعد القبض
- ٧٧ الثانى [إذا ظهر فى الثمن بعد قبضه عيب] :
- ٧٩ المسأله الخامسه لو اختلفا فى قبض الثمن هل كان قبل التفرق أو بعده؟
- ٧٩ اشاره
- ٧٩ الأول-ما إذا اختلفا فى القبض هل هو قبل التفرق أو بعده؟
- ٧٩ الثانى لو قال البائع:قبضت الثمن ثم رددته إليك،و أنكر المشتري القبض
- ٨١ الفصل الحادى عشر فى بيع الغرر و المجازفه
- ٨١ اشاره
- ٨١ الاولى [فى من اشترى شيئا بحكم نفسه]
- ٨٤ الثانیه [بطلان البيع إذا كان الثمن مجهولا]
- ٨٤ الثالثه [بطلان بيع الصبره]
- ٨٥ الرابعه [عدم البأس بأن يعطى الغنم و البقر بالضريبه]
- ٨٨ الخامسه [فى بيع اللبن فى الضرع]

- السادسه [فى بيع الصوف على ظهر الغنم] ٩١
- السابعه [فى بيع ما فى بطون الأنعام] ٩١
- الثامنه [فى تقبل جزيه رؤس أهل الذمه] ٩٣
- التاسعه [فى شراء تبن البيدر لكل كى شىء معلوم و إن لم يكل] ٩٥
- العاشره [فى أنه يكره بيع صك الورق حتى يقبض] ٩٦
- الفصل الثانى عشر فى نكت متفرقه ٩٧
- اشاره ٩٧
- الاولى: لو أمر العبد أمر أن يبتاع له نفسه من مولاه ٩٧
- الثانيه [فى أنه يجوز للحاكم أن يبيع على السفيه و المفلس و الغائب] : ٩٨
- الثالثه [فى أنه يجوز الجمع فى عقد واحد من المختلفات] : ٩٨
- الرابعه: لو تضمن عقد البيع شرطا فاسدا ١٠٢
- الخامسه [جواز بيع الشىء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرضه أو يسلمه] : ١٠٦
- السادسه [إذا قوم على الواسطه بثمان و جعل باقى قيمه البيع له] : ١١٢
- السابعه [فى أن أجره الكيال و الوزان على البائع و أجره الدلال على الأمر] : ١١٥
- الثامنه [فى استحباب الإقاله] : ١١٨
- اشاره ١١٨
- الأول [الإقاله فسخ أم بيع؟] ١١٨
- الثانى [عدم صحتها مع زياده أو نقيصه فى الثمن] ١١٩
- الثالث [صحتها فى العقد و بعضه] ١٢٠
- الرابع [عدم سقوط أجره الدلال بالإقاله] ١٢٠
- الخامس [حكم النماءات] ١٢٠
- التاسعه [فى أحكام العينه] : ١٢١
- العاشره [فى أحكام العربون] ١٢٨
- الحاديه عشر [جواز الرشوه لدفع الظلم المتعدى] : ١٢٨
- كتاب الدين ١٢٩
- اشاره ١٢٩

المقصد الأول في القرض	١٣٦
اشاره	١٣٦
الموضع الأول [توقف القرض على الإيجاب و القبول]	١٣٩
الموضع الثاني في حكم النفع المترتب على القرض	١٤١
اشاره	١٤١
أحدها [تحریم اشتراط النفع في القرض] :	١٤١
ثانيها [إطلاق القرض إن اشترط فيه النفع]	١٥٠
ثالثها [حكم الزيادة العينيه و الحكيميه] :	١٥٢
رابعها [الخلاف في رد الصحاح عوضا عن المكسره] :	١٥٣
خامسها [في وجوب أخذ الأجود] :	١٥٦
الموضع الثالث [في أن القرض يملك بالقبض]	١٥٧
الموضع الرابع [في جواز الرجوع في العين ما دامت باقيه]	١٦٠
الموضع الخامس [في أن القرض من العقود الجائزه] :	١٦٤
الموضع السادس [كلما يضبط وصفه و قدره يجوز إقراضه] :	١٧٠
اشاره	١٧٠
تذنيبان	١٧٥
الأول [جواز إقراض الجوارى] :	١٧٥
الثاني [حكم ما لو ظهر في العين المقترضه عيب]	١٧٦
الموضع السابع [في حكم من أقرض غيره الدراهم فسقطت و جازت غيرها] :	١٧٧
المقصد الثاني في الدين	١٨٢
اشاره	١٨٢
المقام الأول في الدين المطلق	١٨٢
اشاره	١٨٢
المسأله الأولى [في أحكام الدين]	١٨٢
المسأله الثانيه [في حكم من كان لأحد في ذمه آخر دين فباعه بأقل منه] :	١٩٥
اشاره	١٩٥

- تذنيب [الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه] : ١٩٩
- المسألة الثالثة [عدم جواز مطالبه الدين في الحرم] ١٩٩
- المسألة الرابعة [في أنه إذا مات الرجل حل ما له و ما عليه] ٢٠٢
- المسألة الخامسة [جواز اقتضاء الدين من أثمان المحرمات إذا كان المديون ذمياً] : ٢٠٥
- المسألة السادسة [حكم ما لو كان لاثنتين فصاعداً مال في ذمم غيرهم و أرادوا قسمته] ٢١٠
- المسألة السابعة [حكم ما لو دفع المديون عروضاً عما في ذمته من غير مساعره] ٢١٣
- المسألة الثامنة [إذا قتل المديون عمداً و لا مال له ٢١٧
- المسألة التاسعة [إذا جحد المديون المال و لا بينه للمدعى ٢٢٢
- اشاره ٢٢٢
- الاولى- أن يحلف المديون ٢٢٢
- الثانية- أن يجحد نفسه و يتعذر استيفائه منه ٢٢٥
- المسألة العاشرة- من المستحبات في هذا الباب ٢٢٥
- اشاره ٢٢٥
- الإرفاق بالمديون في الاقتضاء و المسامحة في الحساب و عدم الاستقضاء ٢٢٥
- و منها الاظهار و التحليل ٢٢٦
- و منها حسن القضاء ٢٢٨
- و منها أن لا ينزل على غريمه ٢٢٨
- و منها ترك التعرض للمديون في الحرم ٢٣١
- و منها استحباب التقصير على نفسه لأجل التوصل إلى أداء دينه ٢٣١
- و منها استحباب الاشهاد على الدين ٢٣١
- و منها استحباب ترك الاستدانه مع الاستغناء ٢٣٢
- و منها انه يستحب أداء الدين على الأبوين ٢٣٢
- المسألة الحادية عشر - لو ضمن أحد عن الميت دينه ٢٣٢
- اشاره ٢٣٢
- الفائده الأولى ٢٣٥
- الفائده الثانيه ٢٣٥

الثالثة - ٢٣٥ -----

الرابعة - ٢٣٧ -----

الخامسة - ٢٣٧ -----

المسألة الثانية عشر [وجوب دفع جميع ما يملكه المديون في الدين مع حلول الدين و طلب صاحبه] ٢٣٧ -----

المسألة الثالثة عشر [في أنه لا يباع الدين بالدين] ٢٤٥ -----

المسألة الرابعة عشر [في أنه لا يؤدي عن المديون من سهم الغارمين الا مع إنفاقه في غير معصيه] : ٢٤٧ -----

اشاره ٢٤٧ -----

فروع: ٢٤٨ -----

الأول و الثاني [حبس المديون و بطلان صلاته لو لم يؤد الدين] ٢٤٨ -----

الثالث [عدم الإثم لو مات و لم يتمكن من أدائه] ٢٤٨ -----

الرابع [وجب أداء الدين على الإمام إذا لم يتمكن المديون من أدائه] : ٢٤٩ -----

الخامس [في أنه يقضى على الغائب إذا قامت البيئه] : ٢٥١ -----

السادس [عدم بطلان الحق بتأخير المطالبه] : ٢٥٢ -----

السابع [جواز تعجيل بعض الديون المؤجله بنقصان منها] : ٢٥٣ -----

الثامن [تقدم الكفن على الدين] : ٢٥٤ -----

التاسع: [يجوز القرض في بلد مع شرط أن يقضيه في بلد آخر] ٢٥٦ -----

العاشر [انتقال جميع ما في ذمه المقتول إلى ذمه قاتله] : ٢٥٩ -----

المقام الثاني في دين العبد ٢٦١ -----

اشاره ٢٦١ -----

[الأخبار في المقام] ٢٦١ -----

الأول [صح تملك العبد] ٢٦٤ -----

الثاني: [لو اذن له في التجاره دون الاستدانه] ٢٦٦ -----

الثالث [غريم العبد من غرماء المولى] : ٢٦٧ -----

الرابع [عدم لزوم شيء على المولى لو لم يأذن له في التجاره] ٢٦٧ -----

الخامس: [إذا اقترض المملوك مالا فأخذه المولى و تلف في يده] ٢٦٨ -----

٢٦٩ ----- كتاب الرهن

٢٦٩	اشاره
٢٦٩	الفصل الأول-فى الرهن
٢٦٩	اشاره
٢٦٩	[المسأله] الأولى-فى الصيغه المشتمله على الإيجاب و القبول
٢٧١	المسأله الثانيه [الخلاف فى أن قبض الرهن شرط فيه أم لا؟]
٢٧١	اشاره
٢٧٥	فروع
٢٧٥	الأول-لو قبض المرتهن الرهن بغير اذن الراهن
٢٧٥	الثانى-لو عرض للراهن الجنون أو الإغماء أو الموت بعد العقد و قبل القبض
٢٧٧	الثالث [عدم شرطيه استدامه القبض]
٢٧٧	الرابع-لو رهن ما فى يد المرتهن قبل الرهن
٢٧٨	الخامس-لو رهن ما هو غائب
٢٧٩	السادس [لو أقر الراهن بالإقباض]
٢٨٠	السابع-لو رهن ما هو مشترك بينه و بين غيره على سبيل الإشاعه
٢٨١	المسأله الثالثه [فى أن الرهن أمانه فى يد المرتهن]
٢٨٨	المسأله الرابعه [فى دخول فوائد الرهن فى الرهن]:
٢٩١	المسأله الخامسه [فى أن الرهن لازم من جهه الراهن]:
٢٩١	السادسه [إذا وجد المرتهن بالرهن عيبا سابقا]:
٢٩٢	السابعه [إذا رهن عصيرا فصار خمرا]:
٢٩٤	الفصل الثانى فى شرائط الرهن
٢٩٤	اشاره
٢٩٤	الأولى [اشتراط كون الرهن عينا مملوكه]
٢٩٥	الثانيه [الخلاف فى رهن المدير]
٢٩٧	الثالثه [حكم رهن الخمر]
٢٩٨	الفصل الثالث فى الحق و الراهن و المرتهن
٢٩٨	اشاره

- المقام الأول- في الحق الذي يؤخذ عليه الرهن ٢٩٨
- اشاره ٢٩٨
- فروع: ٣٠٠
- الأول- هل يلحق بالأعيان المضمونه [أخذ الرهن على المبيع و ثمنه؟] ٣٠٠
- الثاني [إطلاق الرهن على مال الجعالة] : ٣٠١
- الثالث [جواز الرهن على مال الكتابه] : ٣٠١
- الرابع [لو رهن على مال رهنا ثم استدان مالا آخر و جعله عليهما] ٣٠٢
- المقام الثاني في الراهن و المرتهن ٣٠٢
- اشاره ٣٠٢
- [الموضع] الأول- يجوز لولى الطفل رهن ماله ٣٠٣
- [الموضع] الثاني [عدم جواز إقراض مال اليتيم] ٣٠٣
- الموضع الثالث [مجرد إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلا في بيع الرهن لو تعذر الأداء] : ٣٠٥
- الموضع الرابع [حكم الراهن إذا مات و عليه ديون] : ٣٠٧
- الموضع الخامس [عدم جواز تصرف المرتهن في الرهن إلا مع الإذن] ٣٠٩
- الموضع السادس [جواز بيع الرهن عند موت الراهن و خوف جحود الورثه للدين] ٣١٣
- التاسع: لو وطأها المرتهن بغير اذن الراهن مكرها لها ٣٢١
- العاشر [في أنه لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله] : ٣٢٣
- الحادى عشر: إذا حل الأجل و تعذر الأداء ٣٢٤
- اشاره ٣٢٤
- أحدهما لو غاب الراهن و لم يقدر عليه ٣٢٤
- ثانيهما: لو استلزم رفع الأمر إلى الحاكم إثبات الدين مع عجزه عن الإثبات ٣٢٤
- الفصل الرابع في جملة من المسائل المتعلقة بالنزاع ٣٢٧
- اشاره ٣٢٧
- المسألة الثانيه- لو اختلفا فقال المالك: هو وديعه، و قال الآخر: هو رهن ٣٢٩
- المسألة الثالثه- إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن و اختلفا في قيمه ٣٣٣
- اشاره ٣٣٣

- ٣٣٣ [المقام] الأول- أنه هل القول في ذلك قول الراهن أو المرتهن؟
- ٣٣٤ المقام الثاني في تعيين القيمة هل هي قيمته يوم هلاكه أو يوم قبضه أو أعلى القيم؟
- ٣٣٥ المسألة الرابعة- إذا اذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع فاختلفا
- ٣٣٦ كتاب الشفعة -
- ٣٣٦ اشاره -
- ٣٣٧ [المقصد] الأول فيما تثبت فيه الشفعة
- ٣٣٧ اشاره
- ٣٤٣ تنبيهات -
- ٣٤٣ الأول- إذا بيعت الأرض و ما فيها من نخل أو شجر أو أبنيه
- ٣٤٥ الثاني- هل يثبت الشفعة في الثمره و ان بيعت على رؤس النخل و الشجر منضمه إليها -
- ٣٤٦ الثالث [عدم ثبوت الشفعة في النهر و الطريق و الحمام و نحو ذلك مما تضر قسمته]
- ٣٤٧ المقصد الثاني في الشروط
- ٣٤٧ اشاره
- ٣٤٧ الأول- الشركه
- ٣٤٧ اشاره
- ٣٥٠ [تنبيهات]
- ٣٥٠ اشاره
- ٣٥٠ الأول
- ٣٥٠ الثاني
- ٣٥٠ الثالث
- ٣٥٢ الرابع
- ٣٥٢ الخامس
- ٣٥٢ الثاني [انتقال الشقص بالبيع خاصه]
- ٣٥٦ الثالث [أن لا يكون الشريك أكثر من واحد]
- ٣٥٦ اشاره
- ٣٦٢ تنبيه:

- ٣٦٢ الرابع [أن يكون مما يمكن قسمته]
- ٣٦٣ المقصد الثالث في الشفيع
- ٣٦٣ اشاره
- ٣٦٣ الأول [اشتراط الشركه بحصه مشاعه]
- ٣٦٣ الثاني [المراد بالقادر على الثمن]
- ٣٦٤ الثالث [الشفعه فى ذوات القيم]
- ٣٦٥ الرابع:هل يدخل الموقوف عليه فيمن يجوز له الأخذ بالشفعه أم لا؟
- ٣٦٦ الخامس [اشتراط إسلام الشفيع لو كان المشتري مسلماً]
- ٣٦٧ السادس [اشتراط قدره الشفيع على الثمن]
- ٣٦٩ السابع [ثبوت الشفعه للغائب و الصبى و المجنون]
- ٣٧٠ الثامن [ثبوت الشفعه للولى إذا كان شريكاً لليتيم و باع ماله لمصلحته]
- ٣٧١ المقصد الرابع فى كيفية الأخذ بالشفعه
- ٣٧١ اشاره
- ٣٧١ الاولى [عدم توقف الشفعه على انقضاء الخيار]
- ٣٧٢ الثانيه [استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك]
- ٣٧٣ الثالثه [أخذ المال بالثمن الذى وقع العقد عليه]
- ٣٧٣ الرابعه [لو كان قيمياً هل تصح الشفعه أم لا؟]
- ٣٧٤ الخامسه [وجوب دفع الشقص المشفوع بعد الشفعه ما لم يدفع الشفيع الثمن]
- ٣٧٥ السادسه [وجوب الفوريه فى الشفعه]
- ٣٧٧ السابعه - [بطلان الشفعه] حيث تعتبر الفوريه [أو أهمل مع العلم]
- ٣٧٨ الثامنه [عدم سقوط الشفعه بتقابل المتبايعين]
- ٣٨٠ التاسعه [حكم ما لو انهدم البيت أو عاب]
- ٣٨١ العاشره [الخلاف فى أن الشفعه هل تورث أم لا؟]
- ٣٨٤ الحاديه عشر [حكم ما لو حمل النحل بعد الابتياح فأخذه الشفيع قبل التأبير]
- ٣٨٥ الثانيه عشر [إذا باع الشريك الذى له الشفعه نصيبه من المال المشترك قبل الأخذ بالشفعه]
- ٣٨٥ اشاره

- ٣٨٥ الاولى- أن يكون بيعه بعد العلم بالشفعة
- ٣٨٥ الثانيه أن يكون قبل العلم بالشفعه
- ٣٨٦ الثالثه عشر [حكم ما لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه فلم يردده فباعه من غيره]
- ٣٨٩ الرابعه عشر [الخلاف فى الأخذ بالشفعه فيما لو كان الثمن مؤجلاً]
- ٣٩٠ الخامسه عشر-إذا اختلف المشتري و الشفيع فى القيمه بعد الاتفاق فى الشراء
- ٣٩٢ السادسه عشر-إذا ظهر فى الشقص الذى هو محل الشفعه عيب
- ٣٩٢ اشاره
- ٣٩٢ فالأولى أن يكونا عالمين
- ٣٩٣ الثانيه أن يكونا جاهلين
- ٣٩٤ الثالثه-أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشتري
- ٣٩٤ الرابعه-أن يعلم المشتري خاصه
- ٣٩٤ السابعه عشر [طريق الأخذ بالشفعه]
- ٣٩٦ المقصد الخامس فى موجبات سقوط الشفعه و بطلانها
- ٣٩٨ كتاب الحجر
- ٣٩٨ اشاره
- ٣٩٨ المطلب الأول-فى موجبات الحجر
- ٣٩٨ اشاره
- ٣٩٩ [الموضع] الأول- الصغر
- ٣٩٩ اشاره
- ٣٩٩ المقام الأول-لا خلاف فى الحجر على الصغير ما لم يبلغ فى الجملة
- ٤٠٠ المقام الثانى [عدم زوال حجر الصغير إلا بالبلوغ]
- ٤٠٧ المقام الثالث [عدم ارتفاع حجر الصغير إلا مع الرشد]
- ٤٠٩ الموضع الثانى الجنون
- ٤٠٩ الموضع الثالث-الرق
- ٤٠٩ الموضع الرابع-المرض
- ٤١٤ المطلب الثانى فى الأحكام

- ٤١٤ اشاره
- ٤١٤ الاولى [عدم ضمان السفينه لو باع حال السفنه]
- ٤١٦ الثانيه [اعتبار حكم الحاكم فى ثبوت السفنه و زواله]
- ٤٢٧ الثالثه [بطلان البيع بعد ثبوت الحجر على السفينه]
- ٤٣١ الرابعه [من ولى السفينه؟]
- ٤٣١ اشاره
- ٤٣٢ الأول [الولاية فى نكاح السفينه]
- ٤٣٣ الثاني-لو بلغ عاقلا ثم تجدد سفنه
- ٤٣٤ الثالث [لو تعارض عقد الأب و الجد]
- ٤٣٥ الرابع-هل يعتبر العدالة فى الأب و الجد؟
- ٤٣٧ الخامسة [حكم السفينه فى العبادات البدنيه و الماليه الواجبه]
- ٤٤١ المطلب الثالث فى المفلس
- ٤٤١ اشاره
- ٤٤١ الأول-أن يكون ديونه ثابتة عند الحاكم
- ٤٤١ اشاره
- ٤٤٤ أحدها [المراد من التصرفات الممنوع منها]
- ٤٤٥ ثانيها-لو أقر بدين سابق صح
- ٤٤٩ ثالثها [الخلاف فى تعلق الحجر على المال المتجدد بعد الحجر]
- ٤٥٠ رابعها [عدم صيروره الديون المؤجله حالا بالحجر]
- ٤٥٠ خامسها [لو أقرض مالا بعد الحجر أو باعه بثمن فى ذمته لم يشارك الغرماء]
- ٤٥٢ سادسها [عدم جواز قبض دون الحق للغارم]
- ٤٥٢ الثاني [اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجده]
- ٤٥٢ اشاره
- ٤٥٢ الأول [أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها]
- ٤٥٢ اشاره
- ٤٥٥ تنبيهات

- الأول ٤٥٥
- الثاني ٤٥٦
- الثالث ٤٥٦
- الرابع ٤٥٧
- الخامس-هل الخيار المذكور هنا فى الحى أو الميت على الفور أو على التراخى؟ ٤٥٨
- الثاني [حكم ما لو وجد العين ناقصه] ٤٥٨
- اشاره ٤٥٨
- احديها ان يكون للفائت قسط من الثمن،و يجوز افراده بالبيع ٤٥٩
- الثانيه ما إذا كان الفائت لا قسط له من الثمن ٤٥٩
- الثالثه-ما إذا كان فوات ذلك الجزء الذى لا قسط له من الثمن بجنايه أجنبى ٤٦٠
- الثالث:إذا رجع الى العين و وجدها زائده ٤٦١
- الرابع [حكم ما لو نسج الغزل أو قصر الثوب و نحوهما] ٤٦٣
- الخامس [حكم ما لو باعه نخلا حائلا فأطلع فأخذه البائع قبل تأبيره] ٤٦٤
- السادس [لو اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها ثم أفلس] ٤٦٥
- الثالث [فى قسمه ماله] ٤٦٧
- اشاره ٤٦٧
- الاولى [فى مستحبات القسمه] ٤٦٧
- الثانيه [وجوب إيصال الديون الى الغرماء بكل وجه اتفق] ٤٦٨
- الثالثه [عدم إجبار المفلس على بيع داره التى يسكنها] ٤٦٩
- الرابعه [ظهور غريم بعد القسمه] ٤٧١
- الخامس إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله وقت القسمه ٤٧٢
- الرابع [حبس الغريم] ٤٧٢
- تعريف مركز ٤٨٥

الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢٠

اشاره

سرشناسه : بحراني، يوسف بن احمد، ق ١١٨٦ - ١١٠٧

عنوان و نام پديدآور : الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره / تاليف يوسف البحراني

مشخصات نشر : قم.

وضعيت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلى

يادداشت : فهرست نویسی براساس جلد هجدهم

يادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ٥٥٦٠٩

ص : ١

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

ص : ١

[تتمه كتاب التجاره]

[تتمه أحكام العقود و المعاملات]

الفصل العاشر فى السلم

اشاره

و يقال له السلف، و عرفوه بأنه بيع مضمون فى الذمه مضبوط بمال معلوم مقبوض فى المجلس إلى أجل معلوم بصيغه خاصه، فالكلام فى هذا الفصل يقع فى مقامين.

[المقام الأول- فى الشرائط]

اشاره

، و هى الإيجاب و القبول، و ذكر الجنس، و ذكر الوصف، و قبض الثمن قبل التفريق، و تقدير المبيع و الثمن بالكيل و الوزن، و اعتبار الأجل بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و غلبه وجوده وقت الحلول.

و تفصيل الكلام فى هذه الشروط يقع فى مواضع،

[الشرط الأول- الإيجاب و القبول]

، و دليل وجوبهما ظاهر، لان السلم قسم من أقسام البيع المتوقع على ذلك، و انعقد الإيجاب بلفظ بعت، و كذا انعقد بلفظ التمليك على ما ذكره بعض الأصحاب، و استلمت منك كذا، و اما أسلفتك و أسلمت إليك، فهما من المشتري، و كذا سلفتك بالتضعيف.

قال فى التذكرة: و يجىء سلمت الا ان الفقهاء لم يستعملوه، و ينبغى القول

ص: ٢

بجوازه لدلالته صريحا على المقصود، ووروده لغه فيه، والإيجاب بأحد هذه العبارات من المسلم و هو المشتري، و القبول حينئذ من المسلم اليه، و هو البائع، و هذا الحكم من خواص السلم بالنسبه إلى أقسام البيع، و مثله في صحه الإيجاب من كل من المتعاقدين الصلح، و هل ينعقد البيع بلفظ السلم كما ينعقد السلم به؟ بأن يقول أسلمت إليك هذا الدرهم في هذا الشيء قولان:

المشهور الجواز، و مثله-على ما ذكره في القواعد- ما لو قال البائع: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار، قالوا: و وجه الصحه ان البيع يصح بكل ما أدى ذلك المعنى المخصوص، و السلم نوع من البيع، اعتبره الشارع في نقل الملك، فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد، و لأنه إذا جاز استعماله لما في الذمه المحتمل للغرر كان مع المشاهده أدخل، لأنه أبعد من الغرر، إذ مع المشاهده يحصل العلم أكثر من الوصف، و الحلول يتيقن معه إمكان التسليم و الانتفاع بخلاف الأجل، فكان أولى بالصحه، و وجه العدم أن لفظ السلم موضوع حقيقه للنوع الخاص من البيع، فاستعماله في غير ذلك النوع مجاز، و العقود اللانزمه لا- تثبت بالمجازات، و لأن الملك انما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا، و لم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا في موضع النزاع، و فصل ثالث- فقال: الحق انا ان قلنا باختصاص البيع بما يثبت شرعا من الألفاظ، لم يصح هنا، و ان جوزناه بكل لفظ دل صريحا على المراد صح، لان هذا اللفظ مع قصد البيع صريح في المطلوب، و كلام الأصحاب في تحقيق ألفاظ البيع مختلف، و القول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوه.

أقول: و هذا التفصيل جيد إلا انك قد عرفت مما حققناه آنفا في صدر الفصل الأول في البيع في البحث عن الصيغه انه لم يقيم دليل على هذه الألفاظ التي اعتبروها و عينوها و زعموا أن الشارع حصر النقل فيها على الكيفيه التي أدعوها، بل المفهوم من الاخبار ان كل ما دل من الألفاظ على التراضي من الطرفين فهو كاف في الصحه،

حتى تخطأ بعض المحدثين الى الحكم بالجواز بمجرد الرضا و ان لم يقع بالألفاظ، و ظاهر هذا القائل الرجوع الى ما ذكره من الوجه الأول و هو مردود بما قلناه و الله العالم.

[الشرط] الثاني و الثالث - الجنس و الوصف

إشاره

و المراد بالجنس هنا اللفظ الدال على الحقيقه النوعيه، كالحنطه و الشعير و نحوهما، و الوصف هو الفارق بين أصناف ذلك النوع، فلو أدخل بهما أو بأحدهما بطل العقد، و الوجه في ذلك - مضافا الى الاخبار الآتية - لزوم الغرر المنفى لو لم يذكر و يشير الى ذلك جملة من الاخبار.

منها ما رواه

في الكافي و التهذيب عن معاويه بن عمار (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا بأس بالسلم في المتاع إذا سميت الطول و العرض».

و ما رواه

في الكافي عن جميل بن دراج (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول و العرض».

و في موثقه سماعه (٣) قال:

«و سألته عن السلم في الحيوان إذا وصفته إلى أجل معلوم فقال: لا بأس به».

و في صحيحه زراره (٤) المرويه في الفقيه و التهذيب عن الباقر عليه السلام قال:

«لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول و العرض، و في الحيوان إذا وصفت أسنانه».

و في حسنه زراره (٥) و صحيحه المرويه في الكافي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس بالسلم في الحيوان إذا وصفت أسنانه».

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ١٩٩.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٩.
- ٣-٣) الوسائل الباب-٣-من أبواب السلف الرقم ٨.
- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٦٨ التهذيب ج ٧ ص ٤١.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٢٠.

و فى موثقه لزراره (١) أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا بأس بالسلم فى فى الحيوان إذا سميت سنا معلوما».

و فى موثقه سماعه (٢) المرويه فى الكافى قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السلم فى الحيوان قال: أسنان معلومه و أسنان معدوده إلى أجل معلوم لا بأس به».

و قول ابى عبد الله عليه السلام فى روايه ابن الحجاج الكرخى (٣)

«و من اشترى من طعام موصوف و لم يسم فيه قريه و لا موضعا فعلى صاحبه أن يؤديه».

و فى صحيحه الحلبي (٤)

«قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم فى وصفاء بأسنان معلومه و لون معلوم الحديث». الى غير ذلك من الاخبار المتفرقه الاتى إنشاء الله تعالى جمله منها.

و الضابط فى الوصف أن كل ما يختلف لأجله الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله عاده فإنه يجب ذكره، قالوا: و المرجع فى هذه الأوصاف إلى العرف، فإنه ربما كان العامى أعرف بها من الفقيه و حظ الفقيه فيها البيان الإجمالى، ثم انه متى وصفه فلا يبالغ فى الوصف و يستقصى فيه، إذ ربما تعذر وجوده، فيبطل السلم، بل ينبغى الاقتصار على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى ذلك المعين، فان استقصى ذلك و وجد الموصوف صح السلم، و الا بطل كما ذكرناه.

قالوا: و لو شرط الأجود لم يصح لتعذره، إذ ما من فرد جيد الا و يمكن أن يكون فرد أجود منه فلا يتحقق حينئذ كون المدفوع من أفراد الحق، و كذا لو شرط الأردى لعين ما تقدم، و قيل هنا بإمكان التخلص من ذلك بأن الأردى و ان لم يمكن الوقوف عليه لما عرفت من انه لا فرد كذلك الا و يمكن أن يكون فوقه ما هو أردى

ص: ٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٢١ عن عبيد بن زراره.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٢٢.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٢٢١.

منه، إلا أنه يمكن التخلص من الحق بدونه، وطريقه ان يدفع فردا من الافراد، فإن كان هو الأردى فهو الحق و ان لم يكن كذلك كان قد دفع الجيد عن الردى، و هو جائز كما سيأتى -إنشاء الله تعالى- ذكره، فيحصل التخلص، و لا يبطل العقد، بخلاف ما لو شرط الأجود.

و أورد عليه بأنه و ان أمكن التخلص بالوجه المذكور، لكنه غير كاف فى صحه العقد، إذ الواجب تعيين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع اليه، عند الحاجة و يمكن تسليمه و لو بالقهر بان يدفعه الحاكم الشرعى من مال المسلم اليه لو فرض امتناعه من تسليمه، و من الظاهر أن هذين الأمرين منتفیان عن الأردى لأنه غير متعين، فلا يمكن تسليمه، و الجيد غير مستحق عليه، فلا يجوز للحاكم و نحوه دفعه من ماله. و كذا لا يجب عليه مع المماكسه و حينئذ فيتعذر التخلص، و به يظهر ان الأقوى عدم الصحه فى هذا الفرد ايضا كسابقه.

و لشيخنا الشهيد (عطر الله مرقده) فى الدروس هنا كلام فى ذكر أوصاف جمله من المبيعات سلما لا بأس بذكره و ان طال به زمام الكلام فى المقام، قال (قدس سره) و لنذكر مما يعم به البلوى ثلاثه عشر، أحدها الرقيق، و ليذكر فيه الذكوره و الأنوثة، و النوع و اللون، و السن و القد كالطويل و القصير و الربعه، و لو قدره بالأشبار كالخمسه و الستة احتمل المنع، لإفضائه إلى العزه و يحتمل وجوب ذكر الكحل (١) و الدعج (٢) و الزجج (٣) و تكلثم الوجه فى الجاربه و كونها خميصه ريانه اللمس، ثقيله الردف، أو أضداد ذلك لتفاوت الثمن به و عدم عزته، و الأقرب تعيين البكاره و الثوبه فى الأمه، فلو أطلق بطل، و لا يشترط ذكر الملاحه فلو ذكرها روعى العرف و يحمل على أقل درجه، و يحتمل البطلان لعدم انضباطها، فان مرجعها

ص: ٦

١- ١) و كحلت العين كحلا من باب تعب و هو سواد يعلو جفونها خلقه.

٢- ٢) الدعج و الدعجه: السواد فى العين.

٣- ٣) الزجج: هو تقويس فى الحاجب مع طول فى طرفه.

الى الاستحسان و الشهوه المختلفين باختلاف الطبائع، و لا يجب التعرض لآحاد الأعضاء لعدم تفاوت الثمن فيه بينا، و ربما ادى الى عزه الوجود، و كذا لو شرط الولد مع الام المقصود بها التسرى، و لو قصدها الخدمه كالزنجيه جاز لقله التفاوت و اولى بالجواز اشتراط كونها حاملا- سواء كانت حسناء أو شوهاء، و منع فى المبسوط منه لعدم إمكان ضبطه، و منع ابن الجنيّد من اشتراط الحمل فى الحيوان كله، و الوجه الجواز و لا يجب وصف الحمل لانه تابع.

و ثانيهما الإبل فيذكر السن كالثنى و الذكوره و الأنوثة و اللون كالأسود و الأحمر، و الصنف كالعرايى و البخاتى، و التناج إذا كان معروفا عام الوجوه كالعبادى.

و ثالثها الخيل فيذكر الذكوره و الأنوثة و السن و النوع و العربى و التركى، و اللون، و لو ذكر الشباب و الهيئات كالأغر و المحجل و اللطم جاز و ان لم يجب ذكرها.

و رابعها- البقر و الحمير، و يتعرض فيه للسن و النوع و الذكوره و الأنوثة و اللون و البلد.

و خامسها- الطير و يتعرض فيه للنوع و اللون و كبر الجثه أو صغرها، لان سننها غير معلوم، و كلما لم يعلم سنه يرجع فيه الى البيئه فإن فقدت، فالى السيد ان كان رقيقا صغيرا أو الى الرقيق ان كان بالغاً فإن فقدت فالى ظن أهل الخبره:

و سادسها زوائد الحيوان كاللبن و اللبأ و السمن و الزبد و الرائب (1) و الصوف و الشعر و الوبر فيتعرض فى اللبن للنوع كالمأغر و المرعى فان قصد به الجبن أو الكشكك احتمال ذكر الزمان فى الصفا و الغيم، فان لهما أثرا بينا فى ذلك عند اهله و يلزم عند الإطلاق حليب يومه، و فى اللبأ ذلك و يزيد فى اللون و الطبخ أو عدمه و فى السمن النوع كالبقرى، و اللون و الحدائه و العتاقه و فى الجبن ذلك، و الرطوبه أو اليبوسه و كذا القريش و الأقط، و ربما وجب فى القريش ذكر اليومى أو غيره

ص: ٧

لتفاوتته بذلك، وفي الزيد جميع ما تقدم و يتعرض في الصوف و الشعر و الوبر للنوع و الزمان و الطول و القصر و النعومه و الخشونه و الذكوره و الأنوثة ان ظهر لهما تأثير في الثمن.

و سابعها- الثياب و يذكر فيه النوع و البلد و العرض و الصفافه و الغلظ و النعومه أو أصدادها و لا يجب ذكر الوزن لعسره، و له الخام عند الإطلاع و ان ذكر المقصور جاز، فان اختلف البلدان ذكر بلد القصاره كالبعلبكي و القبطي (1) و الروسي و يجوز اشتراط المصبوغ فيذكر لونه و إشباعه أو عدمه و لا فرق بين المصبوغ بعد نسجه أو قبله على الأقوى و منع الشيخ إذا صبغ بعد غزله، لان الصبغ مجهول، و لانه يمنع من معرفه الخشونه و النعومه و في وجوب ذكر عدد الخيوط نظر أقربه ذلك لاشتهاره بين أهله و تأثير في الثمن.

ثامنها- الحرير و الكرسف و الكتان: و يذكر فيهما البلد و اللون و النعومه و الخشونه و يختص الحرير بالغلظ أو الرقه، و يجوز السلف في جوز القز، فيذكر اللون و الطراوه أو اليبس و البلده و أبطله الشيخ إذا كان فيه دود، لان الحى يفسد بالخروج، و الميت لا يصح بيعه، قلنا هو كنوى التمر في بلد لا قيمه له فيه، و الكرسف بوجوب ذكر حلجه أو عدمه و قيل يحمل الإطلاع على عدمه و هو بعيد الا مع القرينه، و لو سلف في الغزل و جب ذكر ما سلف، و اشتراط الغلظ و الدقه و لو أسنده إلى غزل امرأه بعينها بطل.

تاسعها- الحبوب و الفواكه و الثمار فيذكر في الحنظله البلد و الحدائه و العتق و اللون و الكبر و الصغر و الصرابه أو ضدها، و لا يشترط ذكر حصاد عام أو عامين، و ان ذكره جاز و في الشعير و القطنيه (2) ذلك كله و في التمر البلد و النوع و الكبير

ص: ٨:

١-١ (١) القبطيه: ثياب بيض من كتان يتخذ بمصر.

٢-٢ (٢) القطنيه بكسر القاف و سكون الطاء اسم جامع للحبوب التي تطبخ مثل العدس و الباقلاء و اللوبيا و الحمص و غيرها.

و الصغیر و الحدائنه و العتاقه و اللون ان اختلف النوع، و فی الرطب ذلك كله إلا العتاقه و يجب المتعارف، و لو شرط المنصف أو المذنب لزم، و فی الزبيب البلد و النوع و الكبير و الصغر و اللون ان اختلف نوعه، و المزيت أو غيره، و له الجاف من التمر و الزبيب الخالي من التفاله، و لا يجب تناهي الجفاف.

و فی الفواكه البلد و النوع و الطراوه أو ضدها، و اللون ان اختلف.

و فی الجوز الصنف و الكبير و الصغر و البلد و الحديث أو العتيق، و له منزوع القشره العليا و كذا اللوز.

و فی الطلاء البلد و النوع و الحديث و العتيق و اللون و الصفا و القوام، و يجب كونه مما ذهب ثلثاه فصاعدا خاليا من التفل غير المعتاد، و ان ضم اليه ظروفه، و يشترط كونها مما يصح فيه السلم فلو كانت من أديم احتمال المنع، لعسر وصفه، و الأقرب الجواز لعدم تعلق الغرض بجميع أوصافه.

و فی السيلان و المعصر البلد و النوع و القوام و اللون، و فی الدبس كذلك و لا يمنع منه سليس النار، و يجوز السلم فی المصفر من الرطب و التمر و يوصف بوصفهما.

و عاشرها-العسل و يذكر فيه البلد و الزمان و اللون و يحمل الإطلاق على المصفى لا الشهد، و يحمل المصفى على ما لم تمسه النار الا ان يشترط ذلك.

و حادى عاشرها الخشب و الحطب فيذكر النوع و اليبس و الرطوبه و الطول و الثخن، و لا يجيئان فى الحطب، نعم يذكر فيه الغلظ و الدقه و الوزن و فى خشب العريش ذلك و يزيد السمع أو المعقد.

و ثانى عاشرها-الحجر و اللبن و الآجر، ففي الحجر النوع و اللون و القدر و الوزن، و للطحن يزيد الرقه أو الثخن و البلد، و فى اللبن القالب المشهور، و المكان الذى يضرب فيه و كذا فى الآجر و يزيد فيه اللون.

و ثالث عشرها-الآنيه فيذكر النوع و الشكل و القدر و الطول و السمك و السعه

و كونه مصبوبا أو مضروبا و الوزن، خلافا للشيخ و مدار الباب البناء على الأمور العرفيه، و ربما كان العوام اعرف بها من الفقهاء و حظ الفقيه البيان الإجمالى، انتهى.

و أنت خبير بان الظاهر من الاخبار المتقدمه و نحوها هو الاكتفاء بالوصف فى الجمله فإنها دلت فى الحيوان على الاكتفاء بوصف الأسنان، و فى المتاع بوصف الطول و العرض دون الاستقصاء فى جميع الأوصاف كما هو ظاهر كلامهم، و ان كان ما ذكره أحوط.

فوائد

إشاره

إذا عرفت ذلك فهنا فوائد يجب التنبيه عليها

الاولى [جواز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت]

- المشهور جواز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت، بل ادعى عليه المرتضى الإجماع، و كون الثمن نقدا أو عرضا ما لم يؤد الى الربا، و عن ابن الجنيد انه منع من إسلاف عرض فى عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن بالزيت.

أقول: و يدل على ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الله بن سنان (١) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف رجلا زيتا على ان يأخذ منه سمننا قال: لا يصلح».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن عبد الله بن سنان (٢) فى الحسن قال:

« سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: لا ينبغى إسلاف السمن بالزيت و لا الزيت بالسمن».

و يدل على المشهور ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن وهب (٣)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن». و الشيخ جمع بين الخبرين الأولين و الثالث، بحمل الخبرين الأولين المذكورين اما على المنع من حيث كونهما متفاضلين، قال: لان التفاضل بين

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٨٩.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ و الفقيه ج ٣ ص ١٦٧.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٧.

المختلفين انما يجوز إذا كان نقدا،و إذا كان نسيئه فلا يجوز،و اما ان يكون على الكراهه قال:و لأجل ذلك قال:«لا يصلح و لا ينبغي»و لم يقل انه لا يجوز أو ذلك حرام و الأصحاب حملوها على الثانى لمنع ما ذكره الشيخ من التحريم فى المتفاضلين نسيئه كما تقدم فى تحقيق المسأله المذكوره.

و أنت خبير بأن استعمال لا يصلح و لا ينبغي فى التحريم فى الاخبار أكثر كثير.نعم هما فى العرف الآن بمعنى الكراهه،و نقل عن ابن ابى عقيل انه منع من إسلاف غير التقدين،و لم نقف له على دليل،بل ظاهر جمله من الاخبار يرده و اما إسلاف الأثمان فى العروض فهو متفق عليه نضا و فتوى،و اما إسلاف الأثمان و ان اختلفا فالظاهر انه لا خلاف فى عدم جوازه لدخوله فى باب الصرف المشترط فيه التقابض فى المجلس.

نعم يأتى على ما تقدم نقله عن الصدوق فى باب الصرف من عدم اشتراط ذلك الصحه هنا إلا أنك قد عرفت ضعف القول المذكور،و فيه ايضا مع تماثل العوضين مانع آخر،و هو الزيادة الحكميه فى الثمن المؤجل باعتبار الأجل،فإن له حظا من الثمن،فيلزم الربا حينئذ.

الثانيه [فى أن كلما ينضبط وصفه يصح السلم منه]

قد ذكر جمله من الأصحاب للسلم ضابطه،و هى أن كلما ينضبط وصفه يصح السلم منه،كالأشياء المعدوده فى كلام صاحب الدروس،و منعوا من السلم فى اللحم و الخبز و الجلود و النبل المعمول،و الجواهر و اللثالى،و العقار و الأرض،لتعذر الضبط،و ناقش بعض محققى متأخر المتأخرين فى هذا الضابط قال هذا الضابط ظاهر،و لكن العلم بتحقيقه فى بعض الجزئيات غير ظاهر، و الفرق مشكل.

نعم قد يوجد فى بعض الافراد،و لكن غير معلوم،لنا كليته،فان الفرق بين الحيوان و لحومه مشكل،و كذا بين اللحم و الشحم حتى لا يصح فى الأول منهما و يصح فى الثانى،و ان تخيل الفرق بينهما،و يمكن ان يقال بالصحه فيما

ينضبط في الجملة إلا- ما ورد النهى عن مثله، و ما علم التفات العظيم بين افراده مثل اللحم، فإنه ورد النهى عنه، و مثل اللؤلؤ الكبير فان التفاوت بين افراده باللون و الوضع كثير جدا بحيث يشكل ضبطه في عبارته، و كذا أكثر ما يباع عددا مشاهده كالبطيخ و الباذنجان و القثاء و النارج و غير ذلك. انتهى و هو جيد.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بذلك ما رواه

في الكافي عن جابر (1) عن ابي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن السلف في اللحم قال: لا تقربنه فإنه يعطيك مره السمين، و مره التساوى و مره المهزول و اشتريه معاينه يدا بيد، قال: و سألته عن السلف في روايا الماء فقال: لا تقربنها فإنه يعطيك مره ناقصه و مره كامله، و لكن اشتريه معاينه و هو أسلم لك و له». و الظاهر من هذا الخبر ان النهى عن السلم في هذين الجنسين المذكورين انما هو من حيث عدم وفاء المسلم اليه بما اشترط عليه لا من حيث عدم الانضباط، و لهذا ان ظاهر بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) جعل الخبر المذكور على الكراهه (2) و هو جيد.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم عن حديد بن حكيم (3) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئا معلوما قال:

لا- بأس به». و الخبر و ان كان مطلقا الا انه محمول على تعيين الأجل، و اما احتمال ان يكون المراد بقوله يعطيه في كل يوم شيئا يعنى من الثمن، فيكون من باب النسيه، فالظاهر بعده، نعم يحتمل حمله على وقوع البيع حالا و ان تأخر التسليم، و انه انما يعطيه آنا فأنا و يوما فيوما مع حصول التراضى، فإنه لا ينافى الحلول، و بعض الأصحاب

ص: ١٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.

٢-٢) قال (قدس سره) المشهور بين الأصحاب و المقطوع به في كلامهم عدم جواز السلم في اللحم و الخبز، و الخبر مع ضعفه يمكن حمله على الكراهه بقربنه آخر الخبر، مع أنه أضبط من كثير مما جوزوا السلم فيه انتهى. منه رحمه الله.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٢٢ مع اختلاف يسير الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.

استدل بهذا الخبر لما ذهب اليه الشيخ من جواز السلم في الجلود مع المشاهده.

و فيه ما عرفت من الاحتمال الذي ذكرناه، الا انه

قد روى في الكافي و التهذيب عن أبي مخلد السراج (١) قال:

«كنا عند أبي عبد الله عليه السلام، فدخل عليه معتب فقال:

بالباب رجلا، فقال أدخلهما فدخلا فقال أحدهما: انى رجل قصاب و انى أبيع المسوك (٢) قبل ان أذبح الغنم؟ قال: ليس به بأس، و لكن انسبها غنم أرض كذا و كذا». و هذا الخبر كما ترى ظاهر في جواز السلم في الجلود، و المشهور في كلام الأصحاب العدم، تمسكا بحصول الجهالة و اختلاف الخلقه، و تعذر الضبط حتى بالوزن، لأن القيمه لا ترتبط به.

و عن الشيخ القول بالجواز مع المشاهده (٣) و أورد عليه انه مع المشاهده يخرج عن السلم، لان المبيع في السلم أمر في الذمه مؤجل إلى مده، و أجيب بأن المراد مشاهده جملة كثيره يكون المسلم فيه داخلا فيها، و لهذا لا يخرج عن السلم، لان المبيع غير معين، و انما يخرج عن السلم مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعم منه فيمكن حمله على ما ذكرناه، أنت خبير بان النص المذكور ظاهر في الجواز كما عرفت فلا تسمع هذه المناقشات في مقابله، و هو أيضا أحد الاحتمالين في الخبر

ص: ١٣

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٠١ التهذيب ج ٧ ص ٢٧.

٢- (٢) أى الجلود.

٣- (٣) قال في الخلاف: اختلفت روايات أصحابنا في السلم في الجلود فروى انه لا بأس به إذا شاهد الغنم، و روى انه لا يجوز، ثم استدل على الجواز بآيه البيع و باخبار المرويه في ذلك و بالأصل الدال على الجواز مع انتفاء المانع، و قال في المبسوط بجواز السلم في جلود الغنم إذا شاهدها و روى انه لا يجوز و هو أحوط لأنه مختلف الخلقه و اللون و لا يمكن ضبطه بالصفه لاختلاف خلقته، و لا- يمكن ذرعه و لا- يجوز وزنه لانه يكون ثقيلًا و ثمنه أقل من ثمن الخفيف، و تبعه في الجواز ابن البراج في الكامل و رجع عنه في كتابه الآخر و ابن إدريس و من تأخر عنه عدا القول بالمنع. منه رحمه الله.

الأول كما عرفت، و لذلك عدّه في الوسائل في جملة أخبار السلم.

و العلامة قد نقل في المختلف الخبرين المذكورين حجه للشيخ، و أجاب عن خبر مغلذ السراج بضعف السند الذي قد عرفت في غير موضع انه غير مرضى و لا- معتمد و عن الأخر بأنه لا- دلالة فيه على بيع السلم، و الظاهر انه اشار الى ما ذكرناه من الاحتمال في الخبر المذكور.

و اما الجواهر و اللثالي فظاهر جملة من الأصحاب عدم الفرق فيها بين الكبار و الصغار، لا شراك الجميع في عله المنع، و هو تعذر ضبطها على وجه يرتفع بسببه اختلاف الثمن، و فرق آخرون فخصوا المنع بالكبار، لما ذكر من تفاوتها باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة أما الصغار التي تستعمل في الأدويه و الكحل و نحوها فهي لا- تشتمل على أوصاف كثيرة بحيث يختلف قيمه باختلافها، فيجوز السلم فيها و ما ذكرنا من التفصيل مثل المعاجين خيره الشهيدين رحمهما الله و هو جيد.

و اما ما ذكروه من العقار و الأرض فلم أقف فيه على خبر، الا ان

الحميري روى في قرب الاسناد عن علي بن جعفر (1) عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن السلم في النخل قبل أن يطلع قال: لا يصلح السلم في النخل و في موضع آخر قال:

«سألته عن الرجل يسلم في النخل قبل ان يطلع قال: لا- يصلح السلم في النخل». و الظاهر أن المراد منه ما هو ظاهره من كون السؤال عن السلم في العقار لا في الثمرة، إذ لا اشكال و لا خلاف في جوازه، فيكون الخبران المذكوران مستندا لعدم جواز السلم في العقار، الا ان موردهما النخل كما ترى.

الثالث

شرط الشيخ في جواز السلم في البيض و الجوز ضبطهما بالوزن لاختلافهما، و الأظهر الاكتفاء بالعدد مع ذكر النوع الذي يقل الاختلاف فيه بحيث يختلف الثمن باختلافه، و منع الشيخ من السلم في جوز القز محتجا بان في جوفه دودا ليس مقصودا و لا فيه مصلحه، فإنه إذا ترك فيه أفسده، لانه يقرضه و يخرج منه،

ص: ١٤

و ان مات فيه لم يجز من حيث انه ميتة، والأشهر الأظهر الجواز، لان المقصود بالبيع خال من هذه الموانع، و الدود غير مقصود، و انما هو بمنزلة النوى الذى لا فائده فيه.

و منع الشيخ ايضا من السلم فى الشاه معها ولدها، محتجا بأنه لا يوجد الا نادرا، و كذا فى الجارية الحامل لجهاله الحمل، و عدم إمكان وصفه، و رد الأول بإمكان الوصف بالصفات المعتره فى السلم من غير أداء الى عزه الوجود، و الثانى باغتفار الجهاله فى الحمل، لانه تابع، و وافقه العلامه فى الجارية الحسناء مع ولدها لعزه وجودها، قيل و فى الفرق نظر.

و بالجمله فضايط المنع و عدمه عزه الوجود و عدمه، و يجوز الإسلاف فى شاه لبون، و المراد بها ما من شأنها ذلك، بان يكون لها لبن، و ان لم يكن موجودا بالفعل حال البيع، بل لو كان موجودا حال البيع لم يجب تسليمه، بل له أن يحلبه و يسلمها بعد ذلك، و بالجمله فضايط اللبون ما يكون لها لبن يحلب فى اليوم أو الليله.

و اما الحامل فالمراد بها ما كان الحمل موجودا فيها بالفعل، لا ما يمكن ان تحمل فان الحامل لا يطلق عرفا الا على الأول، بخلاف اللبون، فإنه يطلق على ما يحلب فى اليوم أو الليله لا ما كان موجودا بالفعل خاصة.

الشرط الرابع: قبض الثمن قبل التفرق

فيبطل بدونه على الأشهر، بل نقل فى التذكرة عليه الإجماع، قال: فلا يجوز التفرقه قبله، و ان تفارقا قبل القبض بطل السلم عند علمائنا اجمع، و ظاهره انه مع البطلان يحصل الإثم أيضا و قد تقدم.

قولهم فى الصرف ايضا بنحو ذلك. و قد بينا ما فيه ثمه و نقل عن ابن الجنيد جواز تأخير القبض ثلاثه أيام، و لم أقف فى الحكم المذكور على نص، و الظاهر أن دليل الأصحاب انما الإجماع المدعى مع ما عرفت من خلاف ابن الجنيد، و كأنه غير ملتفت اليه عندهم بناء على قاعدتهم من عدم الاعتداد بمخالفه معلوم النسب.

و لعله لعدم وجود النص هنا توقف صاحب البشرى (١) في الحكم المذكور كما نقل عنه و هو في محله.

قالوا و لو قبض بعض الثمن خاصة، صح فيما يخصه من المبيع و بطل في الباقي، ثم انه لو كان عدم الإقباض بتفريط المسلم اليه و هو البائع فلا خيار له، و الا تخير لتبعض الصفقة، و لو شرط تأجيل بعض الثمن قالوا: بطل في الجميع، لجهاله ما يواذى المقبوض (٢) و احتمال في الدروس الصحة و انه يقسط فيما بعد البيع سلعتين فيستحق إحداهما.

و لو كان للمشتري دين في ذمه البائع فأراد جعله ثمنا فهنا صورتان إحداهما أن يشترط ذلك في العقد بمعنى أن يجعل الثمن ما في الذمه بأن يقرنه بالباء، و المشهور بين الأصحاب بطلان العقد لانه بيع دين بدين، قالوا: أما كون المسلم فيه دينا فواضح، و أما، الثمن الذي في الذمه فلانه دين في ذمه المسلم اليه، فإذا جعل عوضا للمسلم فيه الذي هو دين كما عرفت صدق بيع الدين بالدين، و قيل بالجواز على كراهه و هو اختيار المحقق في الشرائع و العلامه في التحرير (٣) و وجهه أن ما في الذمه بمنزله المقبوض.

الثانيه- المحاسبه به قبل التفرق، بمعنى أن يتقابضا في المجلس من غير أن يعينه

ص: ١٦

-
- ١- ١) هو السيد الفاضل أبو الفضائل أحمد بن طاوس أخ السيد رضى الدين على بن طاوس منه رحمه الله.
 - ٢- ٢) و وجهه أنه بتأجيل البعض كما هو المفروض يبطل البيع في المؤجل لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافى له، و إذا بطل البيع في المؤجل بطل في الحال لجهاله قسطه من الثمن و ان جعل كلا منهما قسطا معلوما عين للتأجل خمسين من مائه لان المعجل يقابل قسطا من المبيع أكثر مما يقابله المؤجل بتعيين الثمن على الآجل و النسبه عند العقد غير معلوم منه رحمه الله.
 - ٣- ٣) حيث قال في التحرير و لو شرط ان يكون الثمن بأجمعه من دين عليه فالوجه الكراهه و قيل بالمنع، انتهى منه رحمه الله.

ثمنا لانه استيفاء دين قبل التفرق، مع عدم ورود العقد عليه فلا يقصر عما لو أطلقا الثمن، ثم أحضره فى المجلس، و ينبغي أن يعلم انه انما يفتقر إلى المحاسبه مع تخالفهما جنسا أو وصفا أو هما معا، اما لو اتفق ما فى الذمه و ما عينه ثمنا فيهما وقع التهاثر قهريا و لزم العقد، و ظاهر شيخنا الشهيد فى الدروس (١) الاستشكال فى صحة العقد على هذا التقدير من حيث ان مورد العقد دين بدين، وورد بان بيع الدين بالدين المنهى عنه انما يتحقق إذا جعلنا جميعا فى نفس العقد متقابلين فى المعاوضه بمقتضى الباء و هى هنا منتفیه، لأن الثمن هنا أمر كلي، و تعيينه بعد العقد فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقابض و التحاسب استيفاء لا- معاوضه، و لو اثر مثل ذلك للزم مثله فيما لو أطلق ثم أحضره فى المجلس، لصدق بيع الدين بالدين ابتداء مع انه لا يقول به.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا الفرع ما رواه

الشيخ عن إسماعيل بن عمر (٢)

«انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل ان يبيعه بها طعاما إلى أجل مسمى فأمر إسماعيل من يسأله، فقال: لا بأس بذلك قال: ثم عاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك و قال: انى كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت:

لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم؟ قلت: يقولون: فاسد، قال: لا تفعله فإنى أوهمت».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن طلحه بن زيد (٣) عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله لا يباع الدين بالدين».

ص: ١٧

١- ١) قال فى الدروس: و لو أطلقا ثم تقابضا فى المجلس فالظاهر الجواز و يقع التقابض قهرا ان كان الجنس و الوصف واحدا، و يلزم منه كون مورد العقد دينا بدين فيشكل انتهى. منه رحمه الله.

٢- ٢) الوسائل الباب-٨- من أبواب السلف الرقم-١.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٠٠ التهذيب ج ٨ ص ١٨٩.

عبد الله الجعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده على بن جعفر (1) عن أخيه موسى عليه السلام قال:

«سألته عن المسلم فى الدين قال: إذا قال: اشتريت منك كذا و كذا بكذا و كذا فلا بأس».

و الكلام فى هذه الاخبار مع أصل المسأله يتوقف على بيان مقدمه، و هى ان بيع الدين بالدين الممنوع منه كما دل عليه خبر طلحه هل هو عباره عما كان دينا قبل العقد كان يكون العوضان دينا قبل العقد كما لو باعه الذى فى ذمته بدين آخر له فى ذمته أيضا أو فى ذمه ثالث أو تبايعا دينا فى ذمه غريم لأحدهما بدين فى ذمه غريم آخر للآخر فيخص المنع بهذه الصوره، أو يشمل ما صار دينا بسبب العقد و ان لم يكن دينا قبله كما إذا بيع بمؤجل فى العقد، و يدخل ذلك فى بيع الدين بالدين بناء على ان الثمن مؤجل غير حال. المشهور الثانى، و قيل بالأول و هو اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى كتاب الدين من الروضه الا انه ناقض نفسه فى باب السلم من الروضه أيضا فى مسأله اشتراط قبض الثمن قبل التفرق أو المحاسبه به من دين عليه فقال بعد ذكر المصنف «لو جعل الثمن نفس ما فى الذمه بطل لانه بيع الدين بالدين» ما لفظه اما كون المسلم فيه دينا فواضح و اما الثمن الذى فى الذمه فلانه دين فى ذمه المسلم اليه انتهى. (2)

و فيه انما صار دينا بالعقد لا قبله و هو فى كتاب الدين قد منع من كون ذلك من باب بيع الدين بالدين، حيث قال -بعد قول المصنف «و يصح بيعه اى الدين بحال لا بمؤجل ما صورته لانه بيع الدين بالدين، و فيه نظر لان الدين الممنوع منه ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء به، و المضمون عند العقد ليس بدين و انما يصير دينا بعد، فلم يتحقق بيع الدين بالدين الى آخر كلامه زيد فى إكرامه.

ص: ١٨

١- ١) الوسائل الباب-٨- من أبواب السلف الرقم-٣.

٢- ٢) اما المسلم فيه فظاهر و اما الثمن فلأنه أمر كلى ثابت فى الذمه فهو دين و ان كان غير مؤجل منه رحمه الله.

و سؤال الفرق متجه فان المسلم فيه ايضا كذلك انما يصير دينا بعد العقد لا قبله، و بذلك يظهر ان الحكم بالبطلان فى الصوره الاولى من الصورتين المتقدمتين انما يتجه على القول بالعموم، كما هو المشهور، و اما على القول الآخر فلا، و حينئذ فموافقه الأصحاب فى البطلان هنا غفله عما اختاره، و خالفهم فيه فى تلك المسأله و على هذا فيمكن ان يقال: ان نفى البأس فى خبر إسماعيل بن عمر المتقدم انما وقع بناء على القول الثانى الذى اختاره شيخنا المتقدم ذكره من عدم دخول بيع الطعام سلما فى الدين و ان صار دينا بعد العقد فلا يدخل فى بيع الدين بالدين، و حينئذ يصح البيع سواء كان الدراهم التى جعلت ثمنا حاله أو مؤجله، و يحتمل على بعد، فى الخبر المذكور- ان وجه الصحه و نفى البأس انما هو من حيث الثمن، و ان تلك الدراهم التى فى الذمه كانت حاله، و البيع انما وقع بعد حلولها، و ان بيع الطعام سلما داخل فى الدين كما هو المشهور- و الصحه انما اتجهت من جهه كون الثمن حالا و المبيع و ان كان دينا لكن الثمن حال فلا يدخل فى بيع الدين بالدين، و الى هذا الاحتمال جنح صاحب الوافى فذكر الخبر المشار إليه فى باب بيع الدين بالدين، و اما على ما ذكرناه فالأنسب به باب السلف كما أوضحناه فى حواشينا على الكتاب المذكور.

و اما خبر قرب الاسناد فالظاهر ان المراد بقوله و سألته عن السلم فى الدين فى حال كون الثمن دينا و جوابه عليه السلام بنفى البأس «فيما إذا قال: اشتريت منك كذا و كذا بكذا و كذا» فالظاهر ان مراده كون الثمن كلياً فى الذمه، لا عين ما فى الذمه و الا لقال: بما فى ذمتك، و حينئذ يصير من قبيل الصوره الثانيه المتقدمه، و تحصل المقاصه و المحاسبه بعد العقد أو التهاتر و التساقت على الوجهين المتقدمين.

و اما رجوعه عليه السلام عما افتى به أولا فى روايه إسماعيل بن عمر و نسبه نفسه الى الوهم فإنما خرج مخرج التقيه كما ينادى به سياق الكلام، و كيف كان فقد عرفت ان أصل المسأله خال من النص، و به ينقدح الإشكال فى بعض فروع

المسألة، و ان كان الاحتياط فى الوقوف على ما ذكره و الله العالم.

الشرط الخامس تقدير المبيع و الثمن بالكيل و الوزن

و لا خلاف فيه نصا و فتوى لما تقدم فى أحكام البيع المطلق و هذا أحد أقسامه.

و من الاخبار هنا ما رواه

المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم عن غياث بن إبراهيم (١) عن ابي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بالسلف بكيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم الى دياس و لا الى حصاد». و الدياس دق السنبل يخرج منه الحب.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد الحلبى (٢) فى الصحيح قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلف فى الطعام بكيل معلوم قال: لا بأس به».

و ما رواه

فى الفقيه عن صفوان بن يحيى عن عبد الله بن سنان (٣) فى الصحيح و الحسن بإبراهيم بن هاشم عن ابي عبد الله عليه السلام

«قال سألته عن الرجل يسلم فى غير زرع و لا نخل قال: يسمى كيلا معلوما إلى أجل معلوم» الحديث.

و ما رواه

الشيخ عن الشحام (٤) عن ابي عبد الله عليه السلام

«فى رجل اشترى من رجل مأة من صفرا و ليس عند الرجل شىء منه قال: لا بأس به إذا وفى بالوزن الذى اشترط له». و رواه الصدوق بإسناده عن ابي الصباح الكنانى (٥) عن الكنانى عن ابي عبد الله عليه السلام مثله.

و فى صحيحه الحلبى (٦) عن ابي عبد الله عليه السلام

«و الزعفران يسلم فيه الرجل الدرهم فى عشرين مثقالا أو أقل أو أكثر من ذلك قال: لا بأس» الحديث.

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ١٨٤ الفقيه ج ٣ ص ١٦٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٧.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٤ التهذيب ج ٧ ص ٢٨.
- ٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٤، بتفاوت الفقيه ج ٣ ص ١٧٥.
- ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩.
- ٦-٦) الكافي ج ٥ ص ١٨٦ الفقيه ص ١٦٦.

و لا بد فى الكيل و الوزن من المعلوميه فيما يكال به و يوزن كما صرح به فى روايه غياث المتقدمه، و صحيحه محمد الحلبى، فلا يجزى ما كان مجهولا من مكيال أو ضنج و ان تراضيا عليه، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى البيع، و ظاهر الأصحاب هنا انه لا فرق فى ذلك بين ما يعتاد كيله و وزنه و ما يعتاد بيعه جزافا كالحطب و القصب و الحجاره و نحوها، لأن المشاهده ترفع الضرر، و فى السلم حيث كان ما سلم فيه غائبا أو معدوما فلا بد من معلوميته بأحد الوجهين ليصح العقد عليه، فعلى هذا لا يجوز السلم فى القصب اطنابا و لا- فى الحطب حزما و لا- فى المجر و رجزا لما عرفت من اختلاف المذكورات الموجب للغرر فى عقد السلف، بخلاف ما لو بيع مشاهدا فإن المشاهده ترفع الغرر عنه، و يجوز السلم فى الثوب أذرا و ان قلنا بجواز بيعه مع المشاهده بدون الذرع، لما عرفت من ان المشاهده ترفع الغرر بخلاف ما لم يشاهد، و هل يجوز الإسلاف فى المعدود عددا قيل لا، لعدم انضباط المعدود فلا يحصل العلم بقدره بدون الوزن، و قيل بالتفصيل و عدم جواز ذلك فى مثل الرمان لحصول التفاوت فى أفرادها، و جواز ذلك فى مثل الجوز و اللوز و البيض لعدم التفاوت فى بعض و قلته فى آخر بحيث يتسامح به.

و فى الدروس الحق البيض بالرمان الممتنع فيه، و على كل تقدير لا بد فى البيض من تعيين الصنف، و لا بد فى الثمن أيضا ان يكون مقدرًا بالكيل أو الوزن، فلا يكفى مجهولا كقبضه من دراهم و صبره من طعام، و لا يجوز الاقتصار على مشاهدته إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعد، اما لو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصاد على مشاهدته كما لو بيع، و لو كان الثمن من المذروعات كالثوب فهل يكتفى بمشاهدته عن ذرعه كما لو بيع حسبما تقدم، فكذا إذا كان ثمنًا أم لا بد من ذرعه، قطع الشيخ باشتراط ذرعه و توقف العلامه فى المختلف و اختار فى المسالك بناء على جواز بيعه كذلك فان قلنا به فى البيع أجزناه هنا، و خالف المرتضى رضى الله عنه فى ذلك كله فاكتمى بالمشاهده فى الثمن مطلقا مكيفا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا قال فى المسائل

الناصرية حيث ذكر المسأله أن معرفه مقدار رأس المال شرط في صحه السلم، ما أعرف لأصحابنا إلى الآن نضا في هذه المسأله، إلا أنه يقوى في نفسى أنه رأس مال السلم إذا كان معلوماً بالمشاهده مضبوطاً بالمعاينه لم يفتقر إلى ذكر صفاته و مبلغ وزنه و عدده، و هو المعمول عليه من قول الشافعى، ثم نقل عن أبى حنيفه القول بما عليه الأصحاب من الاشتراط إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، و المشهور الأول و به صرح الشيخ في المبسوط و الخلاف.

احتج العلامة في المختلف للقول المشهور قال: لنا انه غرر فيكون منها عنه،

لأن النبى صلى الله عليه و آله (١)

«نهى عن الغرر». و لانه عقد لا- يمكن إتمامه في الحال و لا تسليم المعقود عليه، و لا يؤمن انفساخه فوجب معرفه مقدار رأس المال ليرد بدله، و لانه لولاه لأفضى إلى التنازع و الشارع أرشد إلى المصالح النافيه للتنازع، كالشهاده و غيرها، و معلوم أن الضرر الناشى من تجهيل الثمن أشد من ضرر ترك الشهاده و لانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فيفسخ العقد في قدره، فلا يدري كم بقى و كم انفسخ.

و نقل عن المرتضى أنه احتج بما روى

عن النبى (٢) صلى الله عليه و آله

«انه قال: من أسلم فليسلم في كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم». فاذا النبى صلى الله عليه و آله في السلم على هذه الصفات و لم يشترط سواها، ثم أجاب عنه بأنه بين أولاً النهى عن الغرر، و من جملة جهاله الثمن، فالإذن في السلم بعد ما بين أولاً غير دال على ما ادعاه انتهى. و حاصله أن الخبر مطلق يجب تقييده بما دل على النهى عن الغرر.

و بالجملة فالظاهر هو القول المشهور لأنه الأنسب بالقواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه مع موافقته للاحتياط المطلوب في الدين كما لا يخفى على الحاذق المكين.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره الرقم ٤.

٢- (٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٨.

و يمكن أن يستدل على ذلك زيادة على ما ذكر بما رواه

في الكافي عن أبي مريم الأنصاري (1) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«أن أباه لم تكن يرى بأسا بالسلم في الحيوان بشيء معلوم إلى أجل معلوم». فان الظاهر ان الشيء المعلوم عبارته عن الثمن بمعنى أنه يشترطه سلما بشيء معلوم، و من الظاهر ان المعلومه في المكيل لا يتحقق الا بكيله و الموزون الا بوزنه و هكذا في المعدود و الله العالم.

الشرط السادس اعتبار الأجل بما لا يحتمل الزيادة و النقصان

إشاره

،فلو ذكر أجلا- مجهولا كان يقول: حتى أردت أو ما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج أو إدراك الثمن كان باطلا، و قد تقدم ما دل عليه في روايه غياث بن إبراهيم و صحيحه الحلبي و صحيحه عبد الله بن سنان أو حسنته و نحوها قوله عليه السلام في روايه أبي مريم الأنصاري المتقدمه بشيء معلوم إلى أجل معلوم و فر له عليه السلام في

روايه قتيبه الأعشى (2)

«أليس يسلم في أسنان معلومه إلى أجل معلوم قلت: بلى قال: لا بأس». الى غير ذلك من الاخبار المؤيده باتفاق الأصحاب.

و تحقيق الكلام في هذا المقام يقع في مواضع

الأول [حكم ما لو اشتراه حالا]

قال في الشرائع و لو اشتراه حالا- قيل يبطل، و قيل يصح، و هو المروى، لكن يشترط أن يكون عام الوجود في وقت العقد أقول قال الشيخ في النهاية لو أخل بالأجل كان البيع غير صحيح، و في الخلاف السلم لا يكون إلا مؤجلا، و لا يصح أن يكون حالا، و تبعه ابن إدريس و هو قول ابن أبي عقيل.

قال في المختلف بعد نقل ذلك و التحقيق أن نقول ان قصد السلم وجب- الأجل، و اما لو قصد الحال مثل ان يقول أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب أو في قفيز حنطه فالأقرب الصحة، و ينعقد بيعا مطلقا، لا سلما، لنا أن البيع جزء من السلم و يصح إطلاق اسم الكل على جزئه فإذا قصده و جب انعقاده عملا بالقصد، و لانه عقد يصح مؤجلا فيصح حالا لبيع الأعيان، و لأنه إذا جاز مؤجلا كان الحال

ص: ٢٣

أولى بالجواز،لأنه من الغرر أبعد،ثم نقل عن الشيخ انه احتج بإجماع الفرقه، و بالإجماع على الصحه مع الأجل،و ما عداه لا دليل عليه،و بما رواه

ابن عباس (1)عن النبي صلى الله عليه و آله

«أنه قال:من أسلف فليسلف فى كيل معلوم و أجل معلوم». و الأمر يقتضى الوجوب،و لأنه أمر بهذه الأمور تثبيتاً للسلم،و لهذا لا يصح إذا انتفى الكيل أو الوزن،فكذا الأجل،ثم أجاب بالقول بموجب هذه الأدله قال:لأننا نسلم ان مع قصد السلم يجب ذكر الأجل،و ليس صورته النزاع،بل البحث فيما لو تبايعا حالا بحال بلفظ السلم انتهى.

و ظاهر كلامه(قدس سره)أن محل الخلاف فى هذه المسأله صحه و بطلاننا انما هو فيما إذا تبايعا بقصد الحلول،سواء صرح به فى العقد أم لم يصرح به،فإنه هل يكون بيعا كسائر أفراد البيوع و ان وقع بلفظ السلم كما اختاره،أو يكون باطلا بناء على أن وضع السلم على التأجيل.و أنت خبير بأنه على هذا التقدير يرجع الى الخلاف المتقدم فى صدر البحث فى أن البيع المطلق هل ينعقد بلفظ السلم أم لا، فعلى القول بالانعقاد كما هو المشهور ثبت الصحه هنا،و على العدم العدم.

و ظاهر عبارته المحقق المتقدمه أن موضع الخلاف انما هو فيما إذ قصد السلم لا البيع المطلق،و أخل بذكر الأجل على ذلك التقدير و أظهر منها عبارته الشهيد فى الدروس حيث قال:الثالث ان يكون المسلم فيه دينا (2)لأنه موضوع لفظ السلم لغه و شرعا،فلو أسلم فى عين كان بيعا،و لو باع موصوفا كان سلما نظرا الى المعنى فى الموضعين

ص: ٢٤

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٧.

٢-٢) قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد-بعد قول المصنف الخامس كون المسلم فيه دينا الى آخره-ما لفظه و ذلك لان السلم لا- يكون إلا- مؤجلا،فإذا وقع حالا امتنع كونه من افراد السلم،و كون العين موصوفه لا يصيره سلما لانتفاء الأجل،و لكن سيأتى أنه لا بد من التصريح بالحلول.انتهى و هو ظاهر فى خلاف ما اختاره فى الدروس من كون ذلك سلما و أنه ليس الأجل شرطا فى السلم مطلقا.منه رحمه الله.

و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الأجل الذى لا يحتمله العين، لأن الأصح انه لا يشترط الأجل، نعم يشترط التصريح بالحلول و عموم الوجود عند العقد، و لو قصد الحلول و لم يتلفظا به صح أيضا، و لو قصد الأجل اشترط ذكره، فيبطل العقد بدونه و لو أطلقا العقد حمل على الحلول انتهى.

و ظاهره أن الأصح أنه لا يشترط الأجل فى السلم بقول مطلق لجواز السلم فى العين حالا بالشرطين المذكورين، و انما يشترط ذكر الأجل فيه فيما إذا قصد التأجيل و خلاف الأصح هو اشتراط الأجل فى السلم مطلقا، كما هو ظاهر كلام الشيخ المتقدم و من تبعه، و استجود فى المسالك أن هذا هو محل الخلاف دون الأول.

و الظاهر ان الروايه التى أشار إليها فى عبارته الشرائع هى ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن عبد الرحمن بن الحجاج (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالا قال: ليس به بأس قلت:

انهم يفسدونه عندنا، قال: و أى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا- يرون به بأسا، يقولون هذا إلى أجل، و إذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال:

إذا لم يكن أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل، و حالا (2) لا يسمى له أجلا، إلا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه. فلا ينبغى شراء ذلك حالا».

ص: ٢٥

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٤٩.

٢- ٢) الذى فى التهذيب فى هذه الروايه «قال: لا- بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل، فقال لا يسمى له أجلا» فأبدل لفظ «و حالا» كما فى الفقيه بلفظ «فقال» و لا ريب انه غلط من قلمه، و العجب انه فى الوافى نقل الروايه عن الكتابين بلفظ (فقال) مع ما عرفت فيه من الاختلال، و لم ينبه على ما فى الفقيه، و كذا فى بعض نسخ التهذيب ايضا و هو الأصح- منه رحمه الله.

أقول: والذى يقرب عندي أنه لا ثمره في هذا الخلاف على كل من التقديرين المذكورين، وملخص الكلام في المقام أنه أما ان قلنا بوقوع البيع بلفظ السلم كما هو المشهور فلا مانع من البيع حالا بهذا اللفظ، والافلا، وعلى هذا لو تبايعا بهذا اللفظ بشرط الحلول بنى في الصحه و البطلان على الخلاف المذكور، وأما لو قصد السلم الذى هو عبارته عن شراء ما فى الذمه فلا بد من الأجل و لا يصح بدونه كما صرح به الشيخ و اتباعه، و اليه أشار فى الدروس فى صدر العبارة المنقوله، و اما قوله فى الدروس «و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الأجل» الى آخره فإنه لا يخرج عما ذكرناه من جواز البيع و الاشتراء بلفظ السلم كما هو المشهور، و الروايه المذكوره لا- دلالة فيها على أزيد من جواز بيع الإنسان ما ليس عنده بشرط أن يكون عام الوجود وقت العقد، و مثلها فى هذا المعنى أخبار عديده و لا إشارة فى شىء منها فضلا عن التصريح بكون ذلك سلما.

نعم المفهوم من الاخبار أن البيع قد يقع على ما فى الذمه من غير اشتراط التأجيل بل قصد الحلول كما دلت عليه الأحاديث المذكوره، و قد يقع مع اشتراط التأجيل و هو السلم المشهور و قد يقع على العين المشخصه الموجوده، فإن أريد أن الأول من حيث كونه فى الذمه يطلق عليه السلم كالثانى و يسمى سلما فلا مشاحه فى ذلك.

و

الثانى [كون الأجل معلوما للمتعاقدين على وجه يكون مضبوطا فى نفسه]

قالوا: و لا- بد أن يكون الأجل معلوما للمتعاقدين على وجه يكون مضبوطا فى نفسه بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، فلا يكفى تعيينه فى نفسه بحيث يحتاج إلى مراجعته غيرهما فى معرفته كالنيروز الذى هو عبارته عن انتهاء الشمس إلى أول برج الحمل، و هو الاعتدال الربيعى، و المهرجان الذى هو عبارته عن انتهائها إلى أول برج الميزان و هو الاعتدال الخريفى و لو قال: الى جمادى فهل يحمل على أقربهما و يكون العقد صحيحا أم لا- لكون اللفظ مشتركا و احتمال الأمرين متساويا فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما وجهان بل قولان: للأول أنه قد

علق العقد على هذا الاسم و بدخول الأول من الشهرين يصدق الاسم فلا يعتبر غيره فيكون الإطلاق دالا عليه بالتقريب المذكور فيحمل عليه و يصح العقد.

و للثاني ما تقدم من أن اللفظ مشترك و محتمل لهما معا فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما، و هل يكون الحكم كذلك فيما لو شرط التأجيل إلى يوم معين من أيام الأسبوع كالاثنين و الجمعة أم لا، فرق في التذكرة فحكم في اليوم بحمله على الأول، للدلالة العرف عليه، و تردد في الأول، و احتمل في المسالك التساوى بينهما في الحمل على الأول.

و التحقيق أن يقال: أنه ان كان فهم المتعاقدين متفقا على إرادته الأول فلا إشكال في الصحة، و حمل إطلاقهما عليه، لان قصد ذلك في قوه ذكره في اللفظ و الا- كان باطلا، سواء اعتقد نقيضه أم لا- لان ما جعلنا، من الأجل محتمل للزيادة و النقصان فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما.

الثالث [حمل الشهر على الهلال]

يحمل الشهر على الهلال- إن اتفق التأجيل في أوله سواء كان ثلاثين يوما أو أقل، و على ثلاثين يوما ان اتفق في الأثناء، و يعتبر في الأوليه و الأثناء العرف لا الحقيقة لانتفائها غالبا أو دائما، إذ لا يتفق المقارنه المحضه لغروب الشمس ليله الهلال، فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظه، و الظاهر أن الساعه غير قادحه ايضا، أما نصف الليل فقد صرحوا بأنه قادح، فيرجع حينئذ إلى العدد.

و لو قال: الى شهر كذا حل بأول جزء منه ليله الهلال، و الغايه و ان اختلفت دخولا و خروجا (1) الا أن العرف هنا قاض بالخروج فيحكم به لانه المرجع حيث لا- حقيقه شرعيه، كما أنه قاض بالدخول لو قال: الى شهر و أطلق، فإنه يتمه بآخره و يكون الغايه داخله، و الوجه فيه انه لولا ذلك للزم خلو السلم عن الأجل.

ص: ٢٧

١- ١) فإنها قد تكون داخله، كما إذا قلت قرأت القرآن الى آخره، و قد تكون خارجه، كقوله سبحانه «ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ» و قد تكون محتمله لكل من الأمرين كغسل اليد الى المرفق منه رحمه الله.

و لو قال:الى شهرين فان كان فى أول شهر فلا اشكال و لا خلاف فى انه يعد شهرين هلاليين،لأن الأصل فى الشهر عند الإطلاق هو الهلالى،و انما يعدل عنه إلى العددي عند تعذر حمله على الهلالى.

و ان كان فى الأثناء فأقوال أحدها اعتبار الشهرين المذكورين بالهلالى، اما الثانى فظاهر لوقوعه بأجمعه هلاليا،و اما الأول فلصدق معنى القدر الحاصل منه عرفا كنصفه و ثلثه مثلا،فيتم من الثالث قدر ما فات منه حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتم تسعه و عشرين يوما،لاين النقص جاء فى آخره،و هو من جملة الأجل و الثابت من الأول لا يختلف بالزيادة و النقصان،و هذا القول نقله المحقق فى الشرائع.

و ثانيها اعتبار ما عدا الأول هلاليا و أنه يتمم الأول ثلاثين يوما،و الوجه فيه اما بالنسبه إلا ما عدا الأول فلصدق الهلالى،و قد عرفت ان الأصل فى الشهر ذلك، و اما بالنسبه إلى الشهر الأول المكسور فلأنه بإهلال الثانى لا يصدق عليه انه شهر هلالى فيكون عدديا،و لا يمكن اعتبار الجميع بالهلالى لثلا يلزم اطراح المنكسر و تأخر الأجل عن العقد مع الإطلاق،و حينئذ فيكمل الأول ثلاثين يوما بعد انقضاء المقصود من الهلالى من شهر أو أكثر قال فى المسالك و هو قول الأكثر.

أقول:و هو اختيار المحقق فى الشرائع و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و نقله فى المختلف عن الشيخ ايضا و هو الأوفق بالقواعد المقرره.

و ثالثها انكسار الجميع بكسر الأول فيقدر الكل بالعدد ذهب اليه الشيخ فى أحد قوليه،و نفى عند البعد فى المختلف قال:و لا استبعد بكونها كلها عدديه بناء على المتعارف من الحمل عليه عند قرب الهلال،و فيه ما يأتى ذكره إنشاء الله (تعالى)،و الوجه فى هذا القول أن الشهر الثانى لا- يعقل دخوله الا- بعد انقضاء الأول،فالأيام الباقية اما ان لا تحتسب من أحدهما أو من الثانى و كلاهما محال،أو من الأول فلا يعقل دخول الثانى حتى يتم الأول بعدد ما فات منه من الثانى فينكسر الثانى و هكذا،و فيه-زيادة

على ما تقدم- أن الأشهر الباقية يمكن إجراؤها على حكم الأصل، و هو الاعتبار بالهلال إذ لا مانع منه فيتعين الحمل عليه، و لا يلزم إكمال الشهر الأول المنكسر من الذى يليه بلا فاصله لصدق الإكمال مما بعده سواء كان مما يليه أو يتأخر عنه، إذ لا محذور لازم من الإكمال من غيره، بخلاف ما لو أكمل من الذى يليه فإنه يلزم اختلال الشهر الهلالى مع إمكان اعتباره بالهلالى، و لأن الأجل إذا كان ثلاثه أشهر مثلا فبعد مضى شهرين هلاليين و ثلاثين يوما ملفقه من الأول و الرابع يصدق أنه قد مضى ثلاثه أشهر عرفا فيحل الأجل، و الا كان أزيد من المشترط، و لأنه إذا وقع العقد فى نصف الشهر مثلا و مضى بعده شهران هلاليان يصدق انه مضى من الأجل شهران و نصف، فيكفى إكمالها خمسه عشر يوما لصدق الثلاثه معها، و هذا أمر ثابت فى العرف حقيقه و الله العالم.

الشرط السابع- غلبه الوجود وقت الحلول إذا اشترط الأجل

كما هو الأشهر الأظهر، و المراد غلبه الوجود فى البلد الذى شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حين يطلق على أحد الأقوال الاتيه. أو فيما قاربه بحيث ينتقل إليه عادة، و ظاهر الأكثر انه لا يكفى وجوده نادرا، و فى القواعد جعل الشرط إمكان وجوده (1) فى ذلك الوقت و هو يشعر بدخول النادر و تألوله بما يرجع الى قول الأكثر، و لم نقف فى أصل هذا الشرط على دليل واضح، بل ربما الظاهر من الاخبار ما ذكره القواعد و لم أقف على مخالف لما ذكره فى هذا المقام سوى المحقق الأردبيلى طاب ثراه حيث قال بعد قول المصنف «و غلبه وجوده وقت الحلول» ما لفظه هذا هو الثامن من الشروط و دليله غير واضح بل الظاهر عدم ذلك و الاكتفاء بإمكان وجوده كما هو ظاهر

ص: ٢٩

١ - ١) قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد: المراد بإمكان وجوده كونه بحيث يوجد كثيرا عادة بحيث لا- يندر تحصيله، فالمراد بإمكان وجوده عادة هو الذى لا يعز وجوده انتهى، و لا يخفى ما فيه من التكلف و الخروج عن ظاهر العبارة. منه رحمه الله.

عبارة القواعد و التذكرة على ما نقل في شرح الشرائع (١) بمعنى القدره على تسليم المبيع حين الأجل بناء على ظنه، كما تشعر به عبارة الدروس حيث جعل الشرط القدره على التسليم عند الأجل و يؤيده ما

في موثقه عبد الرحمن بن الحجاج (٢) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل، و حالا لا يسمى أجلا الا ان يكون يباع لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا».

و صحيحه زراره (٣)

«قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قريه بعينها؟ فقال: لا بأس ان خرج فهو له و ان لم يخرج كان دينا عليه.

و روايه خالد بن الحجاج (٤) عن ابى عبد الله عليه السلام

في الرجل يشتري طعام قريه بعينها، و ان لم يسم له قريه بعينها أعطاه من حيث شاء».

و هما يدلان على جواز اشتراط القريه المعينه، و المشترطون غلبه وجود المسلم فيه لا يقولون به، بل صرحوا بأنه لو شرطت بطل السلم، و يظهر ان ظن الوجود و إمكانه حين الأجل في الجملة يكفى، و لا شك في حصول الظن بحصول غله قريه و ان كانت صغيره، بل و لو أرضا معينه قليله، و لهذا يتكل صاحبها على غله تلك الأرض، و لا يزرع غيرها ظنا بأنه يحصل له منها غله، و يبيع و يشتري رجاء للوفاء منها، و كذا غزل امرأه معينه، و لا اعتبار بإمكان موتها لحصول الظن بالحياه للاستصحاب، و لهذا يكتب إليها كتابه و يبعث إليها هدايا بعد الغيبه بمدته طويله

ص: ٣٠٠

١-١) أقول الموجود في شرح الشرائع انما هو النقل عن القواعد، و اما عن التذكرة فليس فيما حضرني من نسخ المسالك له اثر و لعله كان في النسخ التي كانت عنده (قدس سره) و الله العالم: منه رحمه الله.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٤٩.

٣-٣) الوسائل الباب-١٢- من أبواب السلف الرقم-١ الفقيه ج ٣ ص ١٣٢.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٣٩.

و بمثل هذا جعل الاستصحاب دليلا فعدم صحه مثله على ما قالوه محل التأمل انتهى و هو جيد وجيه.

المقام الثانى فى الأحكام

اشاره

و فيه مسائل

[المسأله] الأولى [الخلاف فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد]

-اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد-مع اعتراف جملة منهم بأنه لا- نص فيه-على أقوال:أحدها اشتراطه مطلقا،و هو مذهب الشيخ فى الخلاف،و تبعه عليه جمع ممن تأخر عنه،و استقر به الشهيد(رحمه الله عليه)و علوه بان مكان التسليم مما يختلف فيه الأغراض،و يختلف باختلافه الثمن و الرغبات،فإنه قد يكون بعيدا من المشتري و لا يرغب فى تكثير الثمن،و لا فى الشراء على بعض الوجوه،و قد يكون قريبا فينعكس الحكم،و كذا القول فى البائع.

أقول فيه ما أشرنا إليه فى غير مقام مما تقدم من ان مثل هذه التعليلات لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه،على انه لو صلح كون ذلك عله كما ذكروه لما خفى على الأئمه (صلوات الله عليهم)فكيف لم ينبهوا عليه،و لم يذكروا فى شروط السلم موضع التسليم،كما ذكروا غيره مما تقدم ذكره،أ رأيت انهم(رضوان الله عليهم)اهتدوا الى ما لم يهتد إليه الأئمه(صلوات الله عليهم)على تطاول مدتهم و أزمانهم،و لم يهتد إليه أحد من نقله اخبارهم،بل الحق ان ذلك انما هو من باب اسكتوا عما سكت الله عنه،كما فى جملة من الاخبار (١).

ص: ٣١

١- ١) و هكذا ما ذكروه ايضا من ان المطالبه بالمبيح فرع ثبوته فى الذمه و استحقاق المطالبه و ذلك فى السلم المؤجل غير معلوم،لأنه انما يكون عند الحلول،و لا يعلم فى أى مكان يتحقق الحلول على البائع،و لهذا يفرق بينه و بين القرض حيث الصرف الى مكان العقد و كذا البيع لا يلزم مثله فى بيع النسيئه لخروجه بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله،و الا لكان الدليل قائما فيه فلا يلحق به المختلف فيه انتهى و فيه ان ما ذكروه كله مبنى على ما اصطلاحوا عليه و ذكروه فى التعليلات التى من هذا القبيل و الا- فلا- نص فى شىء من ذلك،و الواجب مع الحلول ما حل عليه فى أى مكان كان و فى سلف أو بيع أو قرض،و الفرق بين بعضها و بعض فى الأمكنه لا اعرف عليه دليلا واضحا و الله العالم منه رحمه الله.

و ثانيها عدمه مطلقا و هو ظاهر الشيخ في النهايه و اختاره العلامة في التحرير و الإرشاد و المحقق في الشرائع و جمع آخرون و هو ظاهر ابن ابي عقيل على ما نقله في المختلف و وجهه مضافا الى أصاله العدم إطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود «و حل البيع» و الإجماع على عدم اشتراطه في باقى أنواع البيع و ان كان مؤجلا و هذا هو الأظهر عندي.

و اختار هذا القول ابن إدريس و ادعى عليه الإجماع، قال: و ليس من شرط صحه السلم ذكر موضع التسليم بغير خلاف بين أصحابنا و الأصل براءة الذمه و قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و هذا بيع و قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ما ذكره الشيخ في الخلاف لم يذهب إليه أحد من أصحابنا و لا- ورد به خبر عن أئمتنا (عليهم السلام) و انما هو أحد قولى الشافعى اختاره شيخنا أبو جعفر (رحمه الله عليه) لا- تراه فى استدلاله لم يتعرض بإجماع الفرقه و لا- أورد خبرا فى ذلك لا- من طريقنا و لا- من طريق المخالفين.

و اعترضه العلامة فى المختلف فقال: و من العجب قول ابن إدريس انه لا يشترط بغير خلاف بين أصحابنا، مع وجود ما نقلناه من الخلاف بين أصحابنا و قوله الأصل براءة الذمه يعارضه أصاله بقاء المال على صاحبه، «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» مصروف الى البيع الصحيح دون الفاسد، و نحن نمنع من صحه المتنازع فيه.

و كذا قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نسبه ما ذكره الشيخ فى الخلاف الى أحد قولى الشافعى و ليس قولنا لأحد من أصحابنا يدل على قله معرفته بمواضع الخلاف، و قوله لم يوجد فى أحاديث أصحابنا و لا غيرهم ممنوع، لأنهم عليهم السلام نصوا

على اشتراط الوصف، و هو يتناول المكان، لأن الأين من جملة الأوصاف اللاحقه بالماهييه، فكون الشيخ لم يستدل بالإجماع و لا بالاخبار لا يدل على بطلان الحكم، لإمكان الاستدلال عليه بغيرها انتهى.

أقول: لا يخفى عليك ما فيه من الوهن الظاهر لكل ناظر، و لا سيما معارضته لأصالة براءه الذمه بأصالة بقاء المال على صاحبه، فان هذه الأصالة يجب الخروج عنها بالأدله العامه و الخاصه بالسلف، من الآيات و الروايات الداله على حل البيوع، و صحتها بجميع أنواعها- و خصوصا أخبار بيوع السلف حيث أنها خاليه عن ذلك- الا ما قام الدليل الواضح على فساده، و كان الواجب عليه اقامه الدليل على فساد البيع فى موضع البحث، ليتجه له تخصيص تلك الأدله، و الا- فتخصيصها بمجرد الدعوى مصادرته محضه، و مجازفه ظاهره، و أضعف من ذلك دعواه دلالة الاخبار على ذلك، بتقريب أنها دلت على اشتراط الوصف، و المكان من جملة الأوصاف، فإن الوصف عندهم انما هو عبارته عما يفرق به بين أصناف النوع كما تقدم ذكره فى كلام الدروس.

و لهذا انهم عدوا من الشروط الوصف على حده، و عدوا ذكر موضع التسليم على حده، على أنك قد عرفت مما أشرنا إليه آنفا أنه ليس فى الاخبار ما يدل على استقصاء الأوصاف على الوجه الذى ذكروه، حتى أنه يتعدى الى ما يحمله هنا، و ادعى أنه من جملة الأوصاف، و بالجملة فإن كلامه (قدس سره) انما هو محض تعصب على ابن إدريس كما هو عادته، و قبله المحقق «عطر الله مرقديهما»، من الرد عليه غالبا بما هو حق تاره و باطل أخرى.

و ثالثها التفصيل بأنه ان كان فى حمله مؤنه و جب تعيين محل حمله، و الا فلا، و ذهب اليه الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه، و وجهه ظاهر مما تقدم فى القول الأول، فإن الأغراض إنما تختلف فى محل يفتقر الى المؤنه، و أما غيره فلا، و فيه ما أوردناه على القول الأول.

و رابعها التفصيل أيضا لكن بنحو آخر، وهو أنه ان كانا في بربه أو بلد غربه قصدهما مفارقتة اشترط تعيينه، و الا- فلا- اختاره
العلامه فى القواعد و المختلف، و الوجه فيه ما ذكره فى المختلف قال: لنا انهما متى كانا فى بربه أو بلد لا يجتمعان فيه لم يمكن
التسليم فى مكان العقد، و يتعين غيره، و ليس أحد الأمكنه أولى من الأخر، و ذلك يفضى الى التنازع لجهالته، و أما إذا كانا فى
بلد يجتمعان فيه فان إطلاق العقد يفتضى التسليم فى بلده، و لأن فى تعيين المكان غرضا و مصلحه لهما فالأشبه بتعيين الزمان.

أقول: و فيه ما تقدم فى القول الأول، و يزيد هنا بأن مبنى الاشكال الذى أوجب له القول بالتفصيل المذكور هو ما ذكره من أن
إطلاق العقد يقتضى وجوب التسليم فى مكان العقد، و هذا مما لم نقف له على دليل من النصوص، لا بالعموم و لا بالخصوص، بل
الواجب مع حلول الدين هو الأداء فى أى مكان كان، و سيأتى- إنشاء الله تعالى- ما فيه مزيد إيضاح لما ذكرنا و بيان.

و خامسها أنه ان كان لحمله مؤنه أو لم يكن المحل صالحا كالقرية اشترط تعيينه و الا- فلا- و هو خيره العلامه فى التذكرة، و
وجهه مركب من القولين السابقين عليه.

قال فى المسالك بعد نقل الأقوال المذكوره (1): و لكل من الأقوال وجه، الا أن الأخير يضعف السابقين عليه، و يبقى الإشكال فى
ترجيح أحد الثلاثة، فأصالة البراءة و حمل الإطلاق فى نظائره على موضع العقد يرجح الأول، و اختلاف الأغراض و عدم الدليل
المدال على تعيين موضع العقد فى المتنازع يؤيد الثانى، و وجه الأخير ظاهر و لا- ريب أن التعيين مطلقا أولى، و انا فى ترجيح
أحدهما من

ص: ٣٤

١- ١) أقول صورته نقل شيخنا المذكور للأقوال حسبما ذكرنا الا انه جعل الأول هو الثانى و الثانى أولا و باقى الأقوال الثلاثه
حسبما أوردناه من الترتيب و به ينكشف غشاوه الإجمال عن عبارته التى نقلناها فى الأصل- منه رحمه الله.

أقول و التحقیق أن ما ذكروه من هذه التعلیلات فیما عدا القول الأول غایه ما تفیده الأولویه دون الوجوب كما یدعونه، فإن الأحكام الشرعیة من الوجوب و التحریم و نحوهما لا تثبت بمثل هذه التخریجات، بل لا بد فیها من التعلیل الشرعی الواضح من آیه أو روایه، و الا كان قولاً على الله بغير علم، و قد استفاضت الآیات و الروایات بالمنع منه و الزجر عنه، و التحقیق عندی فی هذا المقام هو ما ذكره المحقق الأردبیلی (قدس سره) و ان كان قد هجس بفكری قبل الوقوف على كلامه (قدس سره) حیث قال بعد قول المصنف «و لیس ذكر موضع التسلیم شرطاً» ما صورته:

دلیل عدم الاشتراط هو عموم أدله جواز هذا البیع و خصوصها مع خلوها عن سبب اشتراط ذكر موضع التسلیم مع عدم المانع، و الجهالة و احتمال النزاع و اختلاف الأغراض یندفع بانصرافه الى موضع یقتضیه العرف، كما فی سائر البیوع و العقود خصوصاً النسیئة.

نعم الأحوط ذلك خصوصاً مع وقوعه فی موضع یعلمان مفارقتة قبل حلول الأجل، أو یحتاج نقله إلى مؤنه و لم تكن عادة، فإن كان مقتضى العادة و القرینه شیئاً و الا انصرف الى موضع الحلول، لان مقتضى العقد وجوب تسليم المبیع عند الحلول فی أى مكان كان مع وجود المسلم فیة عادة، و عدم قرینه إرادته خلافه، و لكن ظاهر كلام الأصحاب أن موضع التسلیم موضع العقد، فان كان لهم دلیل من الإجماع و الا فالظاهر ما مر لما مر. انتهى و هو جید نفیس.

المسألة الثانية لو أراد بيع ما أسلف فيه

إشاره

فهنا صور، احديها بیعه قبل حلول الأجل حالاً، و الظاهر أنه لا خلاف فی عدم الجواز لعدم استحقاقه له (١).

ص: ٣٥

١- ١) أقول عبائر جملة الأصحاب حتى الأصحاب المتون انه لا- یجوز بیعه قبل حلوله و هو أعم من أن یكون المبیع حالاً- أو مؤجلاً، و الثمن ایضاً حالاً- أو مؤجلاً، و قال فی المهذب: الـدين المؤجل منع ابن إدريس من بیعه مطلقاً و ادعى علیه الإجماع، و أجاز العلامه بیعه على من هو علیه، فیباع بالحال لا بالمؤجل انتهى. و تعلیل المحقق المشار إليه فی الأصل فی الصورة الثانية بلزوم منع من الـدين انما یتجه فیما إذا كان الثمن مؤجلاً و اما لو كان نقداً فلا، و المدعى فی كلامهم أعم من ذلك كما عرفت- منه رحمه الله.

و ثانيها الصورة المذكوره الا- انه يبيعه مؤجلا، و ظاهر الأصحاب العدم ايضا، قال بعض المحققين بعد نقل ذلك عنهم: و كان دليله الإجماع، و احتمال دخوله تحت بيع الدين بالدين، ثم قال: فتأمل خصوصا على من هو عليه، لانه مقبوض له انتهى.

و ثالثها يبيعه بعد الحلول و بعد القبض، و لا خلاف فى صحه البيع.

و رابعها بعد الحلول و قبل القبض، و المشهور أنه يجوز بيعه من البائع بزياده و نقصان، سواء كان من جنس الثمن أم لا، و منع الشيخ فى التهذيب من بيعه بعد الأجل بجنس الثمن مع الزيادة، و به قال ابن الجنيد و ابن ابى عقيل و ابن البراج و ابن حمزه، و الروايات فى هذه الصورة لا يخلو من اختلاف، فالواجب أولا نقل ما وصل إلينا منها ثم الكلام فيما يحصل به الجمع بينها.

الاولى ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن قيس (١) عن ابى جعفر عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه و ليس شرطه الا الورق، فان قال: خذ منى بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلا شرطه، طعامه أو علفه، فان لم يجد شرطه و أخذ ورقا لا محاله قبل ان يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، لا تظلمون و لا تظلمون». و روى هذه الروايه فى الاستبصار بإسقاط قوله فلم يجد الى قوله فان لم يجد و هو أوضح.

الثانيه ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن محمد بن قيس (٢)

ص: ٣٦

١- (١) التهذيب ج ٧-ص ٣٢ الاستبصار ج ٣ ص ٧٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٢٠ التهذيب ج ٧ ص ٣٢.

عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أعطى رجلا ورقا في وصيف إلى أجل مسمى فقال له صاحبه: لا أجد لك وصيفا خذ مني قيمه وصيفك اليوم ورقا قال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مره لا يزداد عليه شيئا».

الثالثه ما رواه

في التهذيب عن الحلبي (١) في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

«لا بأس بالسلم في الحيوان إذا سميت الذي تسلم فيه فوصفته، فان وفيته و الا فأنت أحق بدراهمك».

الرابعه- ما رواه

في الكافي و الفقيه في الصحيح عن الحلبي (٢) عن ابي عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك الى أجل مسمى قال: لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه، ان يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس مال ما بقى من الغنم دراهم».

الخامسه- ما رواه

الشيخ عن علي بن جعفر (٣) قال:

«سألته عن رجل له على آخر تمر و شعير أو حنطه أو يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي يشتري به دراهم، فلا تصلح دراهم بدراهم».

السادسه ما رواه

في التهذيب عن يعقوب بن شعيب (٤) في الصحيح قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يسلف في الحنطه و التمر بمأه درهم فيأتي صاحبه حين يحل له الذي له فيقول: و الله ما عندي إلا- نصف الذي لك فخذ مني ان شئت بنصف الذي لك حنطه، و بنصفه ورقا فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه».

ص: ٣٧

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

السابعه ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن أبان (1) عن بعض، أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام،

«فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمه قال:

لا بأس بذلك».

الثامنه ما رواه

الشيخ عن الحسن بن على بن فضال (2) قال:

«كتبت الى ابى الحسن عليه السلام الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم».

التاسعه ما رواه

عن على بن محمد (3) قال:

«كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطه أو شعير أو قطن فلما تقاضاه قال: خذ بما لك عندى دراهم يجوز ذلك له أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز ذلك عن تراض منهما إن شاء الله تعالى».

العاشره ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (4)

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام، الى ان قال: أ رأيت إن أوفانى بعضا و عجز عن بعض أ يجوز ان آخذ بالباقي رأس مالى؟ قال: نعم ما أحسن ذلك».

الحادى عشر- ما رواه ايضا

عن سليمان بن خالد (5) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم فى الزرع فيأخذ بعض طعامه و يبقى بعض، لا يجد وفاء فيعرض عليه صاحبه رأس ماله؟ قال: يأخذه فإنه حلال» الحديث.

الثانيه عشر ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي (6) عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث الى بدراهم فقال:

ص: ٣٨

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٠ و الكافى ج ٥ ص ١٨٥.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٧.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٤.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ١٨٥ التهذيب ج ٧ ص ٤١.

٥-٥) الكافى ج ٥ ص ١٨٥ التهذيب ج ٧ ص ٢٩.

٦-٦) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

اشتر لنفسك طعاما فاستوف حقك، قال: أرى ان يولى، ذلك غيرك و تقوم معه حتى تقبض الذى لك و لا تتولى أنت شراءه».

الثالثه عشر ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الرحمن بن ابى عبد الله (١) فى الموثق

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحل الذى له فأرسل إليه بدراهم فقال: اشتر طعاما و استوف حقك، هل ترى به بأسا؟ قال:

يكون معه غيره يوفيه ذلك».

الرابعه عشر ما رواه

فى التهذيب عن يعقوب بن شعيب (٢) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يكون له على الرجل أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنائير فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذى لك قال لا بأس إذا ائتمنه».

و رواه فى الفقيه عن صفوان عن يعقوب بن شعيب، قال سألت أبا جعفر عليه السلام، مثله.

الخامس عشر ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن ابن بكير (٣) فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل أسلفه فى شىء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها و لم يستوف سلفه قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره».

السادس عشر ما رواه

فى التهذيب عن ابن حجاج الكرخى (٤) عن ابى عبد الله عليه السلام، قال:

«كل طعام اشتريته فى بيدر أو طسوج فأتى الله عليه فليس للمشتري إلا رأس ماله، و من اشترى من طعام موصوف و لم يسم فيه قريه و لا موضعا فعلى صاحبه ان يؤديه» . و رواه فى الفقيه مرسلا.

ص: ٣٩

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ و التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ مع اختلاف يسير الفقيه ج ٣ ص ١٦٤.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣١ الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩ الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

المشايخ الثلاثة عن الحلبي (1) في الصحيح قال:

« سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلف دراهم في خمسه مخاتيم حنطه أو شعير إلى أجل مسمى و كان الذى عليه الحنطه و الشعير لا يقدر على أن يقضيه جميع الذى له إذا حل فشاء صاحب الحق أن يأخذ نصف الطعام أو ثلثه أو أقل أو أكثر و يأخذ رأس ماله ما بقى من الطعام دراهم؟ قال: لا بأس به و سئل عن الزعفران يسلم فيه الرجل دراهم فى عشرين مثقالاً أو أقل من ذلك أو أكثر قال: لا بأس - إن لم يقدر الذى عليه الزعفران أن يعطيه جميع ماله - أن يأخذ نصف حقه أو ثلثه أو ثلثيه و يأخذ رأس مال ما بقى من حقه دراهم». و لفظ دراهم فى آخر الخبر فى الفقيه دون الكتابين الآخرين.

الثامن عشر ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن العيص بن القاسم (2) عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطه حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دواباً و دقيقاً و متاعاً أ يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه، قال: نعم يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعاً». هذا جملة ما حضرني من الاخبار، و المشهور بين الأصحاب فى هذه المسألة هو جواز البيع على من عليه الحق و غيره بزياده أو نقيصه، و ان كان على كراهيه فى المكيل و الموزون، لان هذه المسألة عندهم أحد جزئيات مسأله بيع الشئ قبل قبضه، و قد تقدم الكلام عليها فى فصل بيع النقد و النسيه و المشهور بينهم ثمه هو الجواز على كراهيه فى المكيل و الموزون فجروا هنا على ذلك، و قد عرفت أننا أن المختار فى تلك المسألة هو التحريم، وفاقاً لجمع من المتقدمين و لشيخنا الشهيد الثانى من المتأخرين.

و لكن أخبار هذه المسألة كما سيظهر لك إنشاء الله مما يؤذن بمغايره المسألتين، و يعضده أن مورد أخبار هذه المسألة كلها على كثرتها و اختلافها مخصوصه بالبيع على من عليه الدين، بخلاف أخبار تلك المسألة فإنها بعد ضم مطلقها الى مقيدها و مجملها

ص: ٤٠

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٩ الفقيه ج ٣ ص ١٦٦.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.

الى مفصلها ظاهره فى البيع على الغير، و يدل على القول المشهور الخبر السابع و الثامن و التاسع، فإنها ظاهره فى الجواز بزياده أو نقيصه.

و يؤيده أيضا أنه كسائر أمواله له الاختيار فى بيعها بزياده عما اشترى أو نقيصه، الا أن جل الأخبار المتقدمه قد منعت من الزيادة على رأس المال صريحا فى بعض و ظاهرا فى آخر، و هذا مما يؤذن بالمغايره بين المسألتين أيضا، و الأصحاب رضوان الله عليهم لم ينقلوا إلا صحيحتى محمد بن قيس، و حملوهما على كراهه البيع قبل القبض، أو الاستحباب:

و الأقرب فى الجمع بين الاخبار المذكوره انما هو حمل ما دل على أخذ رأس المال خاصه- و المنع من الزائد- على ما إذا فسخ العقد الأول (1) لتعذر المبيع كلاً أو بالنسبه الى ما تعذر منه من نصفه أو ثلثه، فإنه فى هذه الحال لا يجوز أخذ الزائد على رأس المال، لاستلزامه الربا، و الاخبار الداله على القول المشهور على ظاهرها من بقاء المبيع من غير فسخ، فله بيعه بما شاء زياده و نقيصه.

و أما ما دل عليه الخبر الثانى عشر و الثالث عشر- من النهى عن الشراء بالدراهم المرسله اليه الا ان يكون معه آخر يشتري و يوفيه فهى محموله على خوف التهمه، بدليل الخبر الرابع عشر، لا- ما حملة عليه فى الوافى من فسخ البيع و الوقوع فى الربا، فان ظاهر الاخبار الثلاثه أنه أرسل إليه الدراهم و جعله و كيلا- عنه فى الاشتراء و الإقباض، و لكن حصل النهى فى بعضها للعله التى ذكرناها، كما أفصح به

ص: ٤١

١- ١) و انما حملت الأخبار المذكوره على فسخ العقد لأن الحق الثابت فى الذمه انما هو الجنس الذى أسلم فيه، فالواجب دفعه أو قيمته ان كان قيماً أو مثله ان كان مثلياً، فان هذا هو مقتضى القواعد الشرعيه، لكن لما دلت هذه الاخبار على خلاف ذلك من أخذ رأس المال خاصه فلا بد من حملها على فسخ العقد، لتعين أخذ رأس المال خاصه، و لا يجوز الزيادة حيثئذ لوقوع الربا بذلك. منه رحمه الله.

و استند الشيخ فيما تقدم نقله عنه الى الخبر الخامس، قال فى التهذيب بعد إيراد الخبر السابع و الثامن ثم الخبر الخامس قال محمد بن الحسن: الذى افتى به ما تضمنه الخبر الأخير من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجوز له أن يبيع عليه بدراهم، لانه يكون قد باع دراهم بدراهم.

و ربما كان فيه زياده و نقصان، و ذلك ربا، و لا تنافى بين هذا الخبر و الخبرين الأولين، لأن الخبر الأول مرسل غير مسند، و لو كان مسندا لكان قوله «انظر ما قيمته على السعر الذى أخذت منى» فإننا قد بينا أنه يجوز له أن يأخذ القيمة برأس ماله من غير زياده و لا نقصان، و الخبر الثانى أيضا مثل ذلك، و ليس فى واحد من الخبرين أنه يعطيه القيمة بسعر الوقت، و إذا احتمل ما ذكرناه فلا تنافى بينهما على حال، على أن الخبرين يحتملان وجهها آخر و هو أن يكون انما جاز له أن يأخذ الدراهم بقيمته إذا كان قد أعطاه فى وقت السلف غير الدراهم، و لا يؤدى ذلك الى الربا لاختلاف الجنسین انتهى.

و لا يخفى بعد ما ذكره، سيما الاحتمال الأخير فإن أحد الخبرين المذكورين فى كلامه و هو مرسله أبان صريح فى كونه أسلف دراهم، و قد اعترضه فى هذا الاستدلال بعض من تأخر عنه، بأن الخبر الذى استند اليه يدل على خلاف ما ذهب اليه، فلا يصح له الاعتماد عليه، لانه عليه السلام منع من التقويم بالدراهم مطلقا سواء كان بقدر الثمن أو أقل أو أزيد، و الشيخ قد جوز بالمساوى فما يدل عليه الحديث بإطلاقه لا يقول به، و ما يقول به لا يدل عليه الخبر، إذ لا دلالة للعام على الخاص فلا يمكنه الاحتجاج به و هو جيد.

و كيف كان فان روايات المسألة كلها متفق على الجمع الذى قدمنا ذكره (1)

ص: ٤٢

١ - ١) أقول و ملخص الكلام فى اخبار هذا الباب بعد الجمع بينها كما ذكرناه فى الأصل ان جملة منها قد دل على انه الفسخ يرجع الى رأس ماله و مع عدم الفسخ فان بعضها دل بأنه يبيعه عليه بما شاء كما هو القول المشهور، و بعضها دل على انه يعطيه دراهم يشتري بها و كاله عنه و يقبض جنسه الذى اشتراه من وجه طلبه، و بعضها دل على انه مع قبض بعض له الفسخ فى الباقي و أخذ رأس ماله، و بعضها دل على انه يجوز عوض سلفه عروضه يكون قيمه سلفه، و الجميع موافق لمقتضى الأصول و القواعد و لم يخرج من تحت روايه على بن جعفر لما عرفت فى الأصل منه رحمه الله.

و أما هذه الروايه فهى مخالفه للقواعد الفقهييه المتفق عليها نصا و فتوى، فإنه بالبيع قد استحق المال المسلم فيه و صار ماله، يتصرف فيه كيف شاء، سواء اشتراه بدراهم أو عروض، و له يبعه بما شاء من الدراهم و العروض، إلا أن يفسخ البيع، فيلزم رأس المال خاصة.

و أما مع عدم الفسخ فلا وجه للمنع من تقويمه بالدراهم، و كون المدفوع فى قيمته دراهم و يبعه الان بدراهم لا يوجب ذلك الربا، لأنه إنما باع المتاع الذى أسلم فيه لا الثمن الذى دفعه قيمه، و أما ما دل عليه الخبر الخامس عشر فسيأتى الكلام فيه فى محله إنشاء الله تعالى.

و بالجمله فالظاهر من الاخبار المذكوره بمعونه الجمع الذى قدمنا ذكره أنه مع عدم فسخ البيع الأول فله ان يبيع ما فى ذمه المسلم اليه بما أراد من زياده و نقيصه عليه أو على غيره، لأنه ماله يتصرف فيه كيف شاء و لا مانع من ذلك شرعا إلا ما ربما يتخيل مما تقدم فى مسأله البيع قبل القبض، و ان المختار ثمه هو التحريم كما دل عليه جل روايات تلك المسأله.

و الجواب عن ذلك ان الظاهر عندى ان هذه المسأله غير مترتبه على تلك، بل هى مسأله على حياها كما لا يخفى على المتأمل فى أخبار المسألتين و موضوع اخبار هذه المسأله انما هو بيع مال السلم على من هو عليه، و اخبار تلك المسأله انما هو الشراء على غير وجه السلم و يبعه على الغير قبل قبضه كما لا يخفى على المتأمل

فيها و ان اشترك الجميع فى كونه يباع قبل القبض، و المختار عندنا هنا هو الجواز كما عرفت من الاخبار التى أشرنا إليها، و هى الخير السابع و الثامن و التاسع بالتقريب المتقدم، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى اختيار التحريم هنا بناء على اختياره التحريم فى تلك المسأله كما قدمنا نقله عنه (١) و هو غفله عن ملاحظه روايات هذه المسأله المذكوره فإنها صريحه فى الجواز كلا و انما اختلفت فى الزياده عن رأس المال منعا و تجويزا و إلا فأصل البيع لا خلاف فيه لا فى الاخبار و لا فى كلام الأصحاب بخلاف روايات تلك المسأله، فإنها مختلفه فى جواز البيع و عدمه، و جل الاخبار على العدم، كما رجحناه ثمه، و الظاهر ان الكراهه التى

ص: ٤٤

١-١) حيث قال بعد قول المصنف «و يجوز بيعه على من هو عليه و على غيره و ان لم يقبضه على كراهيه: ما صورته هذا إذا كان بما يكال أو يوزن» اما لو كان مما يعد فى الكراهيه نظر، لعدم الدليل، و قد تقدم فى ذلك و ان الأقوى التحريم إذا كان طعاما أو إذا كان مما يكال أو يوزن على ما فصل انتهى. و هو ظاهر فى بناء هذه المسأله على تلك المسأله فإن قوله و قد تقدم الكلام إشاره الى ما قدمه فى تلك المسأله و ان عنده التحريم هنا و ان من اختار فى تلك المسأله الكراهيه اختار الكراهيه هنا ايضا و أنت خير فى الجميع فإن الكراهه التى جمعوا بها بين اخبار تلك المسأله راجعه إلى أصل البيع حيث ان اخبار تلك المسأله اختلفت فى صحه البيع و بطلانه. و اما اخبار هذه المسأله فلم يختلفن فى أصل البيع و انما اختلفت فى الثمن فالكراهه إنما ترجع الى الثمن و زيادته على رأس المال لا إلى أصل البيع، فإنه لا دلالة فى شىء من هذه الاخبار على بطلان البيع و انما قيد المنع من الزياده على رأس المال و فى روايه على بن جعفر المنع من خصوص الدراهم و هم حملوا على الكراهه و على ما ذكرناه من الجمع باعتبار فسخ العقد و عدمه فلا يحتاج الى ما ذكره و بالجمله فإن كلامه هنا مبنى على تلك المسأله و غفلته عن روايات هذه المسأله و الله العالم - منه رحمه الله.

ذكرها القائلون بالجواز في هذه المسألة حيث انهم صرحوا بجواز بيع السلم على من هو عليه على كراهيه،إنما استندوا فيها الى اخبار تلك المسألة لاختلافها في جواز البيع قبل القبض و عدمه،فجمعوا بينها بالكراهه،و الا فأخبار هذه المسألة على كثرتها متفقه على الجواز،و انما اختلفت في الزيادة على رأس المال.

و الظاهر ان السبب في ذلك كله هو ادراجهم هذه المسألة تحت تلك المسألة و الغفله عن ملاحظه أخبار هذه المسألة مع كثرتها و تعددها،و التحقيق بالنظر الى اخبار كل من المسألتين هو تغاير الحكمين،و ان الأظهر في هذه المسألة هو الجواز للاخبار المتقدم ذكرها بلا كراهه بناء على ما جمعنا به بين اخبارها،و في تلك المسألة هو التحريم لما قدمناه فيها و الله العالم.

تذنيبان:

الأول [إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض]

-المشهور بين الأصحاب أنه إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض.

ثم طالب المشتري بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر-و نقل عن ابن إدريس إنكار الخيار في هذه المسألة،تمسكا بأن العقد ثابت بالإجماع،و آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و انه لا دليل على فسخه،و يدل على القول المشهور الخبر الخامس عشر من الاخبار المتقدمه،و هو نص في الباب.

و يؤيده الأخبار المذكوره ثمه الداله على جواز أخذ رأس المال،فإنك قد عرفت انها محموله على فسخ العقد،مع ان ظاهرها أن المسلم فيه غير معدوم يومئذ و ان لم يوجد عند البائع فإذا جاز الفسخ مع وجوده،فمع تعذره بطريق اولي،و به يظهر بطلان ما ذهب اليه ابن إدريس،و قيل في المسألة قول ثالث، و هو انه لا- يفسخ و لا- يصبر بل يأخذ قيمته الآن،قال في المسالك:و هو حسن لأن الحق هو العين،فإذا تعذرت رجعت الى قيمه حيث يتعذر المثل.

أقول لا ريب ان هذا القول هو الموافق للأصول الشرعيه،و القواعد المرعيه

ص: ٤٥

و يؤيده الأخبار المتقدمه الداله على القول المشهور، و هو يبعه على من هو عليه، و أخذ قيمته يومئذ، الا- ان موثقه ابن بكير المذكوره ظاهره الدلاله على القول المشهور هنا، و المسأله لا- تخلو عن شوب الاشكال، قالوا: لو كان العارض الموجب لتأخر التسليم من جهه المشتري مع بذل البائع، فإنه لا فسخ لاستناد الفوات الى تقصير، قالوا: و الخيار ليس على الفور، و حينئذ لا يسقط بالتأخير بل قيل انه لو صرح بالإمهال لم يسقط و توقف فى الدروس.

و لو قبض البعض قالوا: تخير بين الصبر به و بين فسخ العقد من أصله لتبعض الصفقه التى هى عيب عندهم، و ان لم نقف لها على دليل إذ المسلم فيه انما هو المجموع، و قد تعذر، فتبعيضه ضرر عليه، و بين الفسخ فى المختلف خاصه لأنه الذى تعذر فله الرجوع الى ثمنه، لان الصبر ضرر لا يلتزم به، و يدل على هذا الوجه الثالث- من الاخبار المتقدمه- الخبر الرابع، و الخبر العاشر، و الحادى عشر و السابع عشر.

الثانى [بيع السلف على من هو عليه، أو على غيره قبل حلوله]

قد عرفت فى صدر المسأله أن من جملة صورها بيع السلف على من هو عليه، أو على غيره قبل حلوله، يعنى حال كونه ديناً و انه لا خلاف بينهم فى عدم الجواز، لعدم استحقاقه له يومئذ، و ظاهرهم أن ذلك أعم من أن يبيعه حالاً أو مؤجلاً للعله المذكوره، و ظاهر المحقق المتقدم ذكره ثمه أن دليلهم الإجماع، مع أنه فى المسالك نقل عن العلامة فى التذكرة القول بالجواز، و اليه يميل ايضاً كلامه فى المسالك مستنداً إلى أنه حق مالى إلى آخر ما يعتبر فى البيع فينبغى أن يصح بيعه على حالته التى هو عليها، و ان لم يجز المطالبه قبل الأجل. ثم اعترض على نفسه بأنه ربما أشكل بعدم إمكان قبضه الذى هو شرط فى الصحه، ثم أجاب بمنع اشتراط إمكان القبض حين العقد، بل إمكانه مطلقاً و يمكن تحققه بعد الحلول، كما لو باعه عينا غائبه منقوله لا يمكن قبضها الا بعد مضى زمان يمكن فيه الوصول إليها.

أقول و الاشكال المذكور انما يتوجه فيما إذا كان البيع على غير من عليه الحق،

و الا فلو كان على من هو عليه فإنه مقبوض، لكونه في ذمته، و الى ذلك يميل أيضا كلام المحقق الشيخ حسن بن شيخنا الشهيد الثاني في حواشيه على شرح اللمعه على ما نقله عنه ابنه الشيخ محمد، حيث أن شيخنا المشار إليه جرى في الكتاب المذكور على القول المشهور، فقال: و اما بيعه قبل حلوله فلا، لعدم استحقاقه حينئذ، فكتب عليه ابنه المحقق المذكور ان أريد بالاستحقاق استحقاق أصل الملك على أن المراد أنه لا- يملك أصل المسلم فيه الا بعد الأجل فتوجه المنع اليه ظاهر، و ان أريد به عدم استحقاقه المطالبه، فمنع ذلك البيع غير واضح انتهى: ثم ان ابنه الشيخ محمد كتب على ما ذكره أبوه الجواب نختار الشق الثاني و منعه البيع واضح، لاشرط القدره على التسليم انتهى.

أقول و كأنه غفل عما ذكره جده في المسالك، و لم يقف عليه من الجواب عما ذكره، و اليه يميل ايضا كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد و هو الذي عبرنا عنه ببعض المحققين في صدر المسأله، و قد تقدم كلامه في صدر المسأله، و بالجملة فالمسأله لخلوها عن النص لا يخلو عن اشكال، و ان كان ما ذكره هؤلاء المحققون ظاهر القوه خصوصا في البيع على من هو عليه، و كذا في صورته ما لو كان البيع مع تأجيل المبيع إلى المده المضروبه أو لا، و ان كان على غير من هو عليه، لحصول الاستحقاق بعد المده.

ثم ان ظاهر القول المشهور من المنع من بيعه قبل حلوله أنه لا- فرق بين أن يكون الثمن حالا- أو مؤجلا- لما عرفت من التعليل المذكور في كلامهم، و هو عدم الاستحقاق، و أما على القول بالجواز فلا إشكال في صحته بالحال، مشخصا كان أو مضمونا، و لا إشكال أيضا في عدم الصحه لو كان الثمن دينا قبل العقد، للزوم بيع الدين بالدين المنهى عنه، و انما الكلام فيما لو شرط تأجيله في العقد بمعنى أنه انما يكون دينا بعد العقد لا- قبله، فظاهر جمله من الأصحاب دخوله في بيع الدين بالدين، و الظاهر انه المشهور.

و ظاهر جمله منهم شيخنا الشهيد الثاني فى المسالك و الروضه العدم، قال فى المسالك بعد قول المصنف فى مسأله بيع الدين بعد حلوله بما شرط تأجيله قيل يبطل، لانه بيع دين بدين، و قيل يكره، و هو الأشبه ما لفظه:

و أما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعه إلى المنع منه، اعتمادا على أن المؤجل يقع عليه اسم الدين، و فيه أنهم ان أرادوا إطلاق اسم الدين عليه قبل العقد، و حالته فظاهر منعه، لانه لا يعد دينا حتى يثبت فى الذمه، و لا يثبت الا بعد العقد، فلم يتحقق بيع الدين بالدين، و ان أرادوا أنه دين بعد ذلك لزم مثله فى المضمون الحال، و لا- يقولون بطلانه، و أما دعوى إطلاق اسم الدين على المؤجل قبل ثبوته فى الذمه دون الحال فهو تحكم.

و الحق أن اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضه، كما لو باعه الدين الذى فى ذمته بدين آخر له فى ذمته، أو فى ذمه ثالث أو تبايعا دينا فى ذمه غريم لأحدهما بدين فى ذمه غريم آخر للآخر، و نحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضا، و المضمون الذى لم يكن ثابتا فى الذمه قبل ذلك لا- يعد جعله عوضا بيع دين بدين، و أما ما يقال: اشترى فلان كذا بالدين، مرادين به أن الثمن فى ذمته لم يدفعه، فهو مجاز يريدون به أن الثمن بقى فى ذمته دينا بعد البيع، و لو لا ذلك لزم مثله فى الحال لإطلاقهم فيه ذلك نعم. الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله و بعده، فلا بد فى المنع من دين آخر يقابله، فظهر أن ما اختاره المصنف من جواز ذلك على كراهيه أوضح. انتهى و هو جيد، الا ان ما ذكره من ان الدين المبيع كالسلم مثلا يطلق عليه اسم الدين بعد الحلول أيضا و ان كان هو الظاهر من كلام غيره من الأصحاب أيضا، الا ان الدين لغه كما صرح به جمله من أرباب اللغه مخصوص بالمؤجل دون الحال، قال فى القاموس: الدين ماله أجل، و ما لا أجل له فقرض.

و قال فى النهايه الأثيريه فيه انه نهى عن الكالى أى النسيئه، بالنسيئه و ذلك ان يشتري الرجل شيئا الى أجل، فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به فيقول بعينه

إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه منه، ولا يجرى بينهما تقابض.

وقال في كتاب الغريبين قوله تعالى «إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ» الدين ما له أجل، والقرض ما لا- أجل له، وهو عين ما ذكره في القاموس، إلا- ان الظاهر من كلام الفيومي في المصباح المنير خلاف ذلك، قال بعد ذكر كلمات جملة من أهل اللغة في مادة الاشتقاق: تشتمل على إطلاق الدين على القرض، ثم ذكر قوله سبحانه «إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ» أي تعاملتم بدین من سلم وغيره: ما لفظه فثبت بالآية و بما تقدم ان الدين لغه هو القرض، و ثمن المبيع الى آخره، و ربما ظهر منه الاختصاص بما ذكره، و الحال كما ترى لا يخلو من الاشكال، و مثله يأتي فيما ألزمهم به من إطلاق الدين على المضمون الحال، فإنه يمكن الجواب عنه بأنه بناء على ما ذكره من تخصيص الدين بالمؤجل لغه لا يرد ما أورده، إلا ان يكون مراده الإطلاق عرفا كما هو ظاهر سياق الكلام، و كيف كان فالمسألة لا تخلو عن شوب الاشكال كما تقدمت الإشارة اليه و الله العالم.

المسألة الثالثة [في دفع السلم دون الصفه و فوقها]

إذا دفع دون الصفه و رضى المشتري فلا- إشكال في الجواز، و براءه ذمه البائع، و ان دفع فوق الصفه فظاهر الأصحاب و جوب قبوله، اما لو دفع أكثر لم يجب قبول الزيادة.

قال في المسالك: الفرق بين العين و الصفه ان زياده الصفه لا تنافى عين الحق، بل تؤكد، إذ المفروض كونه مساويا للحق في النوع و غيره، و يزيد الصفه، اما العين فهي خارجه عن الحق زائده عليه، فلا يجب قبولها، لأنها عطيه جديده، و يمكن تخليصها و الحق معها غير متعين انتهى.

و لا- يخفى ما فيه فان ما ذكره في العين يمكن إجراءه في زياده الصفه، فان الحق الذي له موصوف بصفه خاصه، و المدفوع موصوف بصفه أخرى، و به يحصل التغاير، فكيف لا تنافى عين الحق، و اما قوله في الزيادة فلا يجب قبولها لأنها عطيه، فإنه يجرى في زياده الوصف، فإنها مشتمله على المنه، و لا يجب قبولها ايضا كما صرحوا به في غير موضع،

و منه قبول ما يوهب مما يستطيع به الحج، و المنقول عن ابن الجنيد التسويه بين الأمرين فى عدم وجوب القبول، و يدل عليه بعض الاخبار الآتية، و بالجملة فإنه مع التراضى من الطرفين لا اشكال و لا خلاف فى جواز الأخذ ناقصا و زائدا فى العين أو الصفة، و انما الكلام فى وجوب القبول و تحتمه شرعا.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى المقام ما رواه

فى الكافى عن قتيبه الأعشى (١) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و انا عنده فقال رجل: ان أخى يختلف الى الجبل فيجلب الغنم فيسلم فى الغنم فى أسنان معلومه إلى أجل معلوم، فيعطى الرباع جذاعا مكان الثنى فقال له: أبطيه من نفس صاحبه؟ قال: نعم قال: لا بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم، عن أبى بصير (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم فى الحيوان؟ قال: ليس به بأس، قلت: أ رأيت أن أسلم فى أسنان معلومه أو شىء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أو فوجه ببطيه النفس منهم؟ قال: لا بأس».

و ما رواه

فى الكافى عن الحلبي (٣) فى الصحيح قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام، عن الرجل يسلم فى وصفاء أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوجه فقال: إذا كان عن طيبه نفس منك و منه فلا بأس». و رواه الشيخ عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و عن معاويه بن عمار (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل أسلف فى وصفاء أسنان معلومه و غير معلومه ثم يعطى دون شرطه؟ قال: إذا كان ببطيه النفس منك و منه فلا بأس، الى أن قال: و لا يأخذ دون شرطه إلا ببطيه نفس صاحبه».

و عن الحلبي (٥) فى الصحيح و رواه فى الفقيه أيضا عن الحلبي فى الصحيح

ص: ٥٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٢٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٦.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٢٠ التهذيب ج ٧ ص ٤٦.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٢١ التهذيب ج ٧ ص ٤٦ و ٤١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢١.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ الفقيه ج ٣ ص ١٦٧.

عن أبي عبد الله عليه السلام، في حديث قد تقدم قال: «و يأخذون دون شرطهم و لا يأخذون فوق شرطهم».

و رواه الشيخ في الصحيح أيضا عن سليمان بن خالد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، و يمكن الاستدلال بهذا الخبر لما نقل آنفا عن ابن الجنيد من عدم وجوب أخذ ما زاد على الوصف، و المراد أنه لا يجب عليهم قبول ما زاد على الوصف، و لا ينافيه ما تقدم في صحيحه الحلبي من نفى البأس مع طيبه النفس منهما إذا كان فوقه، لأن الكلام كما عرفت في وجوب الأخذ عليه لا في الجواز، بل هذه الرواية أيضا ظاهره فيما ذكره ابن الجنيد حيث شرط فيها أخذ ما فوق الشرط بطيبه نفسى الآخذ، فلا يجبر عليه، كما هو ظاهر كلامهم من وجوب القبول.

و بالجمله فإن الظاهر هو قوه ما ذهب إليه ابن الجنيد لما عرفت من ضعف التعليل الذى ذكره فى المسالك، مع اعتضاد قول ابن الجنيد بظاهر الصحيحه المذكوره، و لو دفع إليه ما هو على الصفه المشروطه و جب القبول أو الإبراء من حقه، و لو امتنع من الأمرين جبره الحاكم، و الا- قبضه له إذا سأل المسلم إليه ذلك، و الظاهر انه يبرئ لو عزله له، و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذا المقام فى المسأله الثالثه (٢) من المطلب الأول فى النقد و النسيئه من الفصل الرابع فى أحكام العقود و متى قبضه برئت ذمه المسلم إليه.

المسأله الرابعه لو وجد فى المبيع أو الثمن عيب بعد القبض

اشاره

فهنا مقامان

الأول- لو وجد بالمبيع عيبا بعد القبض

فإنه يتخير بين الرضاء به مجانا و بين رده، فيرجع الحق إلى ذمه المسلم إليه، بمعنى أن المدفوع لا يتعين بمجرد الدفع، و ان كان من الجنس و على الوصف، للعب المذكور، لأنه إنما أسلفه فى صحيح، و لا- أرش هنا، لأنه لم يتعين الحق حتى يجب قبوله و يجبر بالأرش، بل الحق فى الذمه أمر كلى، و دفع هذا المعيب عنه بعد ظهور العيب يكون ملكا متزلزلا يتخير فيه بين الرضاء به

ص: ٥١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٢-.

٢- (٢) ح ١٩ ص ١٣١.

مجانا فيستقر ملكه عليه، و بين أن يرده، فيرجع الحق إلى الذمه سليما بعد ان خرج خروجاً متزلزلاً.

بقى الكلام في النماء المنفصل المتجدد زمن الخيار بعد القبض و قبل الرد متى اختار الرد، و الظاهر من كلامهم أنه للقباض، فإنه متجدد في ملكه و ان كان متزلزلاً، كظائره من النماء المتجدد زمن الخيار، و اما المتصل كالسمن فإنه تابع للعين.

الثاني [إذا ظهر في الثمن بعد قبضه عيب]:

قالوا: إذا ظهر في الثمن بعد قبضه عيب فان كان من غير الجنس كان يكون نحاساً و الثمن فضة، بطل العقد، و ان كان من جنسه رجع بالأرش ان اختار البيع، و ان اختار الرد كان له ذلك، و هو لا يخلو من إجمال، و تفصيل الكلام في ذلك بمعونه ما تقدم في باب الصرف أن يقال هنا ان العيب اما أن يكون من الجنس أو من غيره، و على كل من التقديرين فاما أن يكون في جملة الثمن أو بعضه، و على كل من هذه التقادير اما ان يظهر قبل التفرق أو بعده، و على كل من هذه التقادير اما أن يكون الثمن معيناً أو كلياً.

و جملة الأقسام تنتهي إلى ستة عشر، أحدها ان يكون العيب من غير الجنس، و يكون في جملة الثمن بعد التفرق، و كان معيناً و لا إشكال في البطلان هنا، لانتفاء شرط السلم، و هو القبض قبل التفرق، كما تقدم.

ثانيها: الصورة بحالها و لكن قبل التفرق، و الحكم هو المطالبة بالبدل قبل التفرق.

ثالثها: الصورة الأولى بحالها و لكن كان العيب في بعض الثمن، و الحكم فيها صحة البيع فيما هو من الجنس، و البطلان في غيره.

رابعها: الصورة بحالها و لكن قبل التفرق، و الحكم فيها الصحة فيما هو من الجنس، و المطالبة بالبدل قبل التفرق.

خامسها: العيب من غير الجنس في جملة الثمن بعد التفرق، و لكن الثمن كلي في

الذمه و حكمها كالصوره الاولى لعدم العيب للعله المذكوره ثمه.

سادسها:الصوره بحالها و لكن قبل التفرق و الحكم فيها كما فى الصوره الثانيه سابعها:العيب من غير الجنس بعد التفرق و كون الثمن كلياً لكن العيب فى بعض الثمن،و الحكم فيها كما فى الصوره الثالثه.

ثامنها:الصوره كسابقها و لكن قبل التفرق و الحكم فيها كما فى الرابعه،فهذه ثمان صور فيما لو كان من غير الجنس.

تاسعها:العيب من الجنس كخشونه الجوهر و اضطراب السكه و نحوهما و كون ذلك فى جمله الثمن بعد التفرق،مع كون الثمن معيناً و الحكم فيها التخيير بين الرد و الرضا مع الأرش،كما تقدم فى كلامهم.

عاشرها:الصوره بحالها لكن مع كون الثمن كلياً فى الذمه،فهل يكون العقد صحيحاً لحصول التقابض سابقاً و لو فى الجملة أو يكون باطلا لعدم التقابض حقيقه قبل التفرق؟اشكال تقدم بيانه فى المسأله الحاديه عشر من مسائل الصرف.

الحادى عشر:الصوره كسابقتها لكن ظهور العيب قبل التفرق،و الحكم هنا وجوب الإبدال،لأن الثمن أمر كلي فى الذمه محمول على الصحيح السالم من العيب،فمتى كان المدفوع معيناً و جب رده قبل التفرق،لان المقبوض فى حكم العدم،و يرجع الحق إلى الذمه،فيجب الأبدال و لا خيار هنا و لا أرش،لاختصاص ذلك بما إذا كان الثمن معيناً.

الثانيه عشر:الصوره الاولى من صور العيب الجنسى لكن مع ظهور العيب قبل التفرق،و الحكم فيها كما فى تلك الصوره من التخيير،و هذه الصور الأربع فى العيب الجنسى مبنيه على ما إذا كان العيب فى جمله الثمن،و قس عليها ما إذا كان العيب فى بعض الثمن،فإنه يأتى فيه الصور الأربع المذكوره،و الحكم فيما قابل الصحيح صحه البيع،و فيما قابل المعيب ما تقدم فى كل من الصور الأربع من الخيار فى الاولى،و الاشكال فى الثانيه،و وجوب الإبدال فى الثالثه،و التخيير فى الرابعه.

المسألة الخامسة لو اختلفا في قبض الثمن هل كان قبل التفرق أو بعده؟

إشاره

أو ادعى البائع انه قبضه ثم رده قبل التفرق.

و الكلام هنا فى موضعين

الأول- ما إذا اختلفا فى القبض هل هو قبل التفرق أو بعده؟

و مقتضى هذا الكلام أنهما قد اتفقا على القبض، الا أن أحدهما ادعى أن القبض وقع قبل التفرق، فيصح العقد حينئذ لوجود شرطه.

و الآخر ادعى انه بعده فيبطل، و مقتضى قواعد الأصحاب أن القول قول مدعى الصحة، و به أفتوا فى المسألة، أما لو اختلفا فى أصل قبض الثمن، فان القول قول منكر القبض و ان تفرقا و استلزم البطلان، و النزاع فى الحقيقة فى كل من المسألتين يرجع الى طرو المفسد، و الا فهما متفقان على أصل الصحة، و لا نزاع بينهما فيها، لا اتفاقهما على وقوع العقد.

و لكن فى المسألة الأولى ادعى أحدهما أن القبض انما وقع بعد التفرق، و هو موجب لبطلان العقد، و فى الثانية ادعى البائع عدم القبض، و حصول التفرق الموجب للبطلان، و فى الأولى قدم قول مدعى الصحة المتفق عليها، لأن الأصل عدم طرو المفسد، و فى الثانية المقتضى للفساد قائم و هو التفرق، و يترتب على ما هو الأصل من عدم قبض الثمن، فان مقتضى الأصل ذلك، فمن أجل ذلك حكم بالبطلان.

هذا مع عدم البينه، و لو أقام كل منهما بينه بالنسبة إلى المسألة الأولى، بنى على تقدم بينه الداخلى - و هو هنا مدعى الصحة - أو الخارج، و اختار فى المسالك الثانى، و نقل عن العلامة تقديم بينه الأول لقوه جانبه بدعوى أصاله عدم طرو المفسد، و لكون دعواه مثبتة، و الأخرى نافية، و بينه الإثبات مقدمه.

الثانى لو قال البائع: قبضت الثمن ثم رددته إليك، و أنكروا المشتري القبض

، و ظاهرهم أن القول قول البائع مع يمينه، مراعاة لجانب الصحة، و تفصيل ذلك أنهما الاثنان متفقان على أن الثمن عند المشتري، اما فى ذمته، أو أمانه عنده (1) و انما

ص: ٥٤

١- ١) أقول كون الثمن فى ذمته بناء على إنكار المشتري الإقباض، و كونه عنده يعنى امانه بناء على دعوى البائع أنه رده عليه - منه رحمه الله.

اختلفا فى كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن لا يكون البائع قبضه بل بقى فى ذمه المشتري، فلم يحصل التقابض، أو على وجه مصحح بأن يكون قبضه البائع ثم رده إليه، والأصحاب قدموا قول البائع رعايه لصحه العقد.

و قد يقال: ان أصله صحه العقد معارضه بأن الأصل عدم حصول القبض، الا انه يمكن أن يقال أيضا أنه مع تعارض الأصلين المذكورين يحصل الشك فى طرو المفسد، والأصل عدمه، أو يقال المقتضى للفساد مشكوك فيه، إذ لا يعلم ان التفرق كان قبل القبض، والأصل عدمه، فيتمسك بأصل الصحه.

و كيف كان فإنه يبقى هنا إشكال فى المقام، و هو ان دعوى البائع مشتمله على شيئين، قبض الثمن و رده، و انما قدم قوله فى القبض مراعاة لصحه العقد، و أما فى الرد فمقتضى القواعد الشرعيه أنه غير مقبول كمنظأره، إذ لا مدخل له فى الصحه و حينئذ فمع قبوله فى القبض هل له مطالبه المشتري بالثمن أم لا؟ إشكال ينشأ من عدم قبوله فى الرد مع اعترافه بحصول القبض، فليس له المطالبه، و من اتفاق المتبايعين على أن الثمن عند المشتري، اما على دعوى البائع فظاهر، و أما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم الإقباض، فإذا قدم قول البائع فى صحه العقد ألزم المشتري بالثمن، فيجوز المطالبه حينئذ، الا أنه يشكل أيضا بأن المشتري بناء على فرض المسأله لا يدعى شيئاً فى ذمه البائع، لاعترافه بفساد البيع، و أنه لم يقبضه الثمن قبل التفرق، فلا تبقى الا دعوى البائع، و هى مشتمله على الاعتراف بالقبض، و دعوى الرد، و الثانيه غير مقبول بمقتضى القواعد الشرعيه فكيف تجوز له المطالبه.

و بالجمله فأمثال هذه الفروع الخاليه من النصوص على العموم و الخصوص سيما مع تعارض الاحتمالات العقليه فيها محل الاشكال، و ان كان الأقرب بالنظر الى هذه التعليقات هو عدم المطالبه، إلزاما له بالاعتراف بالقبض الذى بنوا عليه صحه العقد، و عدم سماع دعوى الرد، و الله العالم.

و فيه مسائل

الاولى [فى من اشترى شيئاً بحكم نفسه]

قال الشيخ فى النهايه من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلا، فان هلك فى يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه، الا- أن يحكم على نفسه بأكثر من ذلك، فيلزمه ما حكم به دون قيمه، و ان كان الشىء قائماً بعينه كان لصاحبه انتزاعه من يد المبتاع، فإن أحدث المبتاع فيه حدثاً نقص به ثمنه كان له انتزاعه منه و أرش ما أحدث فيه، فان كان الحدث يزيد فى قيمته و أراد انتزاعه من يده كان عليه أن يرد على المبتاع قيمه الزيادة لحدثه فيه، فان ابتاعه بحكم البائع فحكم بأقل من قيمته كان ذلك ماضياً، و لم يكن له أكثر من ذلك، و ان حكم بأكثر من قيمته لم يكن له أكثر من قيمه فى حال البيع، الا أن يتبرع المبتاع بالتزام ذلك على نفسه، فان لم يفعل لم يكن عليه شىء و كذا قال الشيخ المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح على ما نقله فى المختلف.

و قال سلار: من لم يسم ثمناً بطل بيعه و شراؤه فإن هلك المبيع فى يد من ابتاع و لم يسم الثمن كان عليه قيمته يوم أخذه، فإن كان باقياً للبايع أخذه، فإن كان قد أحدث فيه حدثاً فان نقصت به قيمته للبايع أورش النقصان، و ان زادت فالأرش للمبتاع.

و قال العلامة فى المختلف: لا يجوز البيع بحكم أحدهما فى الثمن، فان بيع كذلك بطل البيع، و لو حكم الحاكم منهما بأى شىء كان لم يلزم بل يبطل البيع، فان كانت السلعه قائمه استردها البائع، و ان كانت تالفه و جب على المشتري قيمتها و لا اعتبار بما يحكم به أحدهما، هذا إذا كانت من ذوات القيم، و ان كانت من ذوات الأمثال و جب عليه مثلها، فان تعذر المثل فقيمه المثل يوم الإعواز ثم قال: و قال ابن إدريس كما قلناه إلا فى موضعين.

أحدهما أن مع التلف و لا مثل يجب عليه أكثر القيم من وقت القبض الى وقت التلف كالغصب.

و الثاني- أن الحدث الذى أبره المشتري ان كان عين مال له أخذه، و ان كان فعلا لم يكن له الرجوع على البائع بشىء، ثم انه احتج فى المختلف على البطلان، قال: لنا على بطلان البيع مع الجهالة الإجماع عليه، و النهى عن الغرر و الحكم غير لازم، إذ ذلك لا- يصير ما ليس بثابت فى الذمه ثابتا، أقول: الظاهر من كلام الشيخ و من تبعه ممن تقدم ذكره هو التفصيل فى البيع بحكم أحدهما، و أنه ان كان الحاكم هو المشتري فالبيع عندهم باطل، و ان كان الحاكم هو البائع، فإن حكم بأقل من قيمته كان البيع ماضيا، و لم يكن له أكثر من ذلك، و ان حكم بأكثر فالبيع أيضا صحيح و لكن ليس له أكثر من قيمه فى حال البيع، الا- أن يرضى المشتري بتلك الزيادة، و ظاهر ابن إدريس و من تأخر عنه كالمحقق و العلامة و غيرهما من المتأخرين هو البطلان مطلقا.

و ابن إدريس قد خالف الشيخ فى مواضع، منها فى قوله فان هلك فى يد المبتاع كان عليه قيمه يوم ابتاعه، فقال: هكذا قال شيخنا أبو جعفر فى نهايته، و الذى يقتضيه أصول المذهب أن الشىء ان كان له مثل فعليه مثله لا قيمته، و ان أعوز المثل فعليه ثمن المثل يوم الإعواز، و ان كان المبيع مما لا مثل له فإنه يجب عليه قيمه أكثر ما كانت الى يوم الهلاك، لان هذا بيع فاسد، و البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب فى الضمان.

أقول: ما ذكره من التفصيل بالمثل و القيمى جيد كما هو المتكرر فى كلامهم، و أما تعيين وقت القيمة فقد تقدم الكلام فيه، و منها فى قول الشيخ فان كان الحدث يزيد فى قيمته و أراد انتزاعه من يده كان عليه أن يرد على المبتاع قيمه الزيادة لحدثه.

فقال: هكذا قال شيخنا فى نهايته، و الاولى أن يقسم الحدث فيقول:

ان كان آثار أفعال لا أعيان أموال، فلا يرد على المبتاع شىء، و ان كان الحدث أعيان أموال فهو على ما قاله رحمه الله.

أقول: و بما أطلقه الشيخ هنا أفتى المحقق فى الشرائع، و وافقه فى المسالك لكن قيده بصوره الجهل، و الظاهر أن مراده الجهل بصحه البيع ثم قال: أما مع علمه فليس له الا الزيادة العينيه التى يمكن فصلها، فالوصفيه كالصنعه لا يستحق بسببها شىء، و بالجمله حكمه حكم الغاصب، و هذا هو أصح الأقوال فى المسئله انتهى: و حينئذ يصير هذا قولاً ثالثاً فى المسأله.

و منها فى قوله «فان ابتاعه بحكم البائع فحكم بأقل من قيمته» الى آخر الكلام فقال: هكذا أوردته فى نهايته و الاولى أن يقال البيع باطل، لان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن يكون باطلاً بغير خلاف بين المسلمين، فإذا كان كذلك فان كان باقياً بعينه فللبائع انتزاعه من يد المشتري، و ان كان تلفاً و تحاكماً فلصاحبه مثله ان كان له مثل، و ان كان لا- مثل له فله قيمته أكثر القيم الى يوم الهلاك، لا- قيمته فى حال البيع، فإن أقر البائع بشىء لزمه إقراره على نفسه، الا أن يقر بأزيد من قيمته التى يوجبها الشارع، و انما هذه أخبار آحاد أوردتها فى نهايته إيراداً لا اعتقاداً انتهى.

و أنت خير بأنه قد تقدم فى المسئله السابعه من مسائل المقام الثالث من الفصل الأول نقل صحيحه رفاعه الداله على بيع الجاربه بحكم المشتري و عدم قبول البائع لما حكم به بعد أن دفع الجاربه إلى المشتري، و وطأها المشتري، و حكمه عليه السلام، فى الصوره المذكوره بأن يقوم الجاربه قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعث اليه كان عليه أن يرد عليه ما نقص من قيمه، و ان كان قيمتها أقل مما بعث فهو له، و لا يسترد منه شيئاً، و لكن الأصحاب لم يذكروها، و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك بما خطر بالبال العليل، و الفكر الكليل.

و أما ما ذكره الشيخ هنا من الصحه فى صوره حكم البائع على الوجه الذى ذكره فلم أقف فيه على دليل، و اما ما ذكره من الضمان على المشتري للقاعده المقرره عندهم «من ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فقد تقدم الكلام

فيه أيضا في بعض المواضع المشار إليها آنفا.

الثانيه [بطلان البيع إذا كان الثمن مجهولا]

قال في المختلف: لا- خلاف بيننا في ان الثمن إذا كان مجهولا بطل البيع الا عن ابن الجنييد- فإنه قال: لو وقع على مقدار معلوم بينهما، و الثمن مجهول لأحدهما جاز إذا لم يكن بواجبه، و كان للمشتري الخيار إذا علم، و ذلك كقول الرجل يعنى كر طعام بسعر ما بعت، فاما ان جهلا- جميعا قدر الثمن وقت العقد لم يجوز، و كان البيع منفسخا- و الا من السيد المرتضى في المسائل الناصريه، فإنه قال: لا يشترط العلم برأس مال السلم إذا كان معلوما بالمشاهده مضبوطا بالمعاينه - و الا من الشيخ في المبسوط في كتاب الإجاره فإنه قال: إذا باع شيئا بثمان جزاف جاز إذا كان معلوما مشاهدا و ان لم يعلم وزنه، و كذا مال السلم، لئلا انه غرر فيكون منها عنه انتهى.

أقول- و نحو هذا الكلام ذكر في الدروس، و قد تقدم نقل عبارته، و الكلام في حكم هذه المسأله صحه و بطلاننا تقدم في المسأله السابغه المشار إليها في سابق هذه المسأله.

الثالثه [بطلان بيع الصبره]

قال في المختلف: بيع الصبره باطل الا- ان يعلمها قدرها أو يعلمه أحدهما و يخبر الآخر حاله العقد، و لو جهلاها وقت العقد أو أحدهما بطل، سواء شاهداها أم لا- و سواء كالاها بعد ذلك أو لا، ذهب إليه علماؤنا أجمع، إلا ابن الجنييد فإنه جوز ذلك، و الشيخ قال في المبسوط: إذا قال: بعتك هذه الصبره بعشره دراهم صح البيع، لأن الصبره مشاهده، و مشاهده المبيع تغنى عن معرفه مقداره، و قد روى أن ما يباع كيلا لا يباع جزافا و هو الأقوى عندي، ثم فرع على الوجهين بعض الفروع و هو مشعر بترده، و ان قوى أحدهما، و رده المختلف بأنه غرر منهى عنه بالإجماع، و جزم في الخلاف بالبطلان.

أقول و قد تقدم الكلام في ذلك في المسأله المشار إليها آنفا فيما يصح بيعه من صور بيع الصبره و ما يبطل.

الرابعه [عدم البأس بأن يعطى الغنم و البقر بالضريبه]

قال الشيخ فى النهايه: لا بأس أن يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضريبه مده من الزمان بشىء من الدراهم و الدنانير و السمن، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود فى الاحتياط، و نقل عن المختلف عن ابن إدريس أنه لا يجوز ذلك، و قال فى المختلف بعد نقل ذلك: و التحقيق أن هذا ليس ببيع، و انما هو نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه، بل سائغه و لا منع فى ذلك.

أقول: و الذى حضرنى من الاخبار الوارده فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن ابى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبه سمنًا شيئًا معلومًا أو دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا قال:

لا بأس بالدراهم، و لست أحب أن يكون بالسمن.

و ما رواه

فى الكافى عن إبراهيم بن ميمون (٢)

«أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال:

نعطى الراعى الغنم بالجبل يرعاها و له أصوافها و ألبانها و يعطينا الراعى لكل شاه درهما قال: ليس بذلك بأس، فقلت: ان أهل المسجد يقولون: لا يجوز لأن منها ما ليس له صوف و لا لبن، فقال أبو عبد الله عليه السلام: و هل يطيبه الا ذاك يذهب بعضه و يبقى بعض». و رواه فى التهذيب مثله.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن مدرك بن الهزهاز (٣) عن ابى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يكون له الغنم فيعطيها بضريبه شيئًا معلومًا من الصوف أو السمن أو الدراهم فقال: لا بأس بالدراهم و كره السمن.

و ما رواه

فى الكتابين ايضا عن عبد الله بن سنان (٤) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه لكل شاه كذا و كذا فى كل شهر قال: لا بأس بالدراهم، و اما السمن فما أحب ذلك الا ان تكون حوالب فلا بأس بذلك».

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٣ التهذيب ج ٧ ص ١٢٧.
 - ١-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ التهذيب ج ٧ ص ١٢٧.
 - ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ التهذيب ج ٧ ص ١٢٧.
 - ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ التهذيب ج ٧ ص ١٢٧.

فى التهذيب عن إسماعيل بن الفضل (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يدفع الى الرجل بقرا و غنما على ان يدفع اليه كل سنه من ألبانها و أولادها كذا و كذا قال: ذلك مكروه».

أقول: الظاهر تقييد ما أطلق من الاخبار فى كراهه أخذ الثمن بصحيحه عبد الله بن سنان الداله على الجواز إذا كانت حوالب، و استفاد من الجميع ان المراد السمن من تلك الغنم التى يدفعها للراعى، و الاستفادة من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو أنه يجوز أن يعطى الغنم و نحوها الى من يرعاها بضريبه يضربها المالك على الراعى من نقد أو سمن بالشرط المتقدم، و ان ما عدا ما شرطه مما حصل من الغنم من لبن و دهن و صوف و نحو ذلك فهو للراعى فى مقابله قيامه بها و حفظها و دورانها بها فى مواضع القطر و العلف، و حينئذ يكون ذلك أجره عمله.

لكن يشكل ذلك على قواعد الأصحاب من وجوب معلوميه الأجره و تعيينها، و المفهوم من كلام ابن إدريس ان منعه لذلك، لان دفعها على هذا الوجه من قبيل الإجاره، و ان الإجاره هنا باطله، لأن ثمره الإجاره تمليك المنفعه، دون العين، و الذى أخذه الراعى انما هو من الأعيان لا المنافع.

قال فى السرائر: و قد روى «انه لا بأس ان يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضريبه مده من الزمان بشىء من الدراهم و الدنانير و السمن» و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود فى الاحتياط و يمكن ان يعمل بهذه الروايه على بعض الوجوه و هو ان يحلب بعض اللبن و يبيعه مع ما فى الضروع مده من الزمان على ما وردت به الاخبار، أو يجعل عوض اللبن شيئا من العروض و يبيعه مع ما فى الضروع مده من الزمان، لأن الإجاره لا تصح ههنا، لأن الإجاره استحقاق منافع السلعه المستأجره دون الأعيان منها، و الأقوى عندى المنع من ذلك كله، لانه غرر و بيع مجهول و الرسول عليه السلام نهى عن بيع الغرر، فمن اثبت ذلك عقدا يحتاج الى دليل شرعى و الذى ورد فيه اخبار

ص: ٦١

آحاد شذاذ، وقد بينا أن اخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا عملا، و الواجب على المفتى الرجوع فى صحه الفتوى إلى الأدله القاطعه انتهى.

و المراد من قوله «و يمكن ان يعمل بهذه الروايه الى آخره، ان المالك يبيع الراعى ما فى ضرور الغنم من الألبان مده من الزمان بضميمه يضمها الى ذلك من لبن يحلبه منها أو عرض، فتصير الألبان أو ما يخرج منها من سمن و نحوه للراعى بالبيع، و يشترط عليه المالك بما يريد من سمن أو لبن أو دراهم، فيكون ما يأخذه الراعى من السمن و الألبان حلالا خاليا من الشبهه، بخلاف ما لو لم يعمل كذلك، فإنه لا وجه لاستحقاقه شيئا منها حتى انه يشترط عليه المالك بعضا و يترك له بعضا، لأن أخذه للغنم بطريق الإجاره لها أو لالبانها غير صحيح، لما ذكر من أن الإجاره انما تفيد تملك المنفعه لا العين، و لهذا ان العلامه إنما تفصى عن ذلك بان هذه المعامله ليست من قبيل البيع، و لا الإجاره، و انما هى نوع معاوضه و تراض من الطرفين، و ان كان غير لازم شرعا لو أريد فسخه و إبطاله، و هو جيد و قوفا على ظواهر الأخبار المذكوره و الله العالم.

الخامسه [فى بيع اللبن فى الضرع]

قال الشيخ فى النهايه: لا يجوز بيع اللبن فى الضرع، فمن أراد بيع ذلك حلب منه شيئا و اشتراه مع ما بقى منه فى الضرع فى الحال أو مده من الزمان، و ان جعل معه عرضا آخر كان أحوط، و به قال ابن البراج و ابن حمزه و ابن الجنيد، و قال الشيخ المفيد: لا يجوز بيع اللبن من الغنم الى وقت انقطاعه، لأن ذلك جزاف و مجهول، و لا بأس ببيعه أرتالا مسماه، و به قال أبو الصلاح، نقل جميع ذلك العلامه فى المختلف.

ثم قال: و قال ابن إدريس لا- يجوز ذلك، و هو المعتمد، لنا انه بيع مجهول ضم الى معلوم، و كان المجهول أصلا فى البيع، فلم يصح لتطرق الجهاله، إلى المبيع، إذ انضمام المعلوم اليه لا يصير جملة المبيع- بل المقصود الذاتى- معلوما، فيكون غررا انتهى.

أقول أما ما نقله عن ابن إدريس ففيه أن الذي وقفت عليه في كتابه ظاهر بل صريح في موافقه كلام الشيخ المتقدم، حيث قال في باب بيع الغرر و المجازفه ما لفظه: ولا يجوز أن يباع اللبن في الضروع، فمن أراد بيع ذلك حلب منه شيئاً و اشتراه مع ما بقى في الضروع في الحال أو مده من الزمان على ما رواه أصحابنا، و ان جعل معه عرضاً آخراً كان أحوط انتهى.

و أنت خبير بأن ظاهر الجميع الاتفاق على المنع من بيعه في الضروع حالاً من غير ضم شيء إلا أن الشيخ و من تبعه جوزوه مع الضميمة، سواء كان بالنسبه إلى الموجود في الضروع وقت العقد، أو ما يتجدد في الزمان المستقبلي، و الشيخ المفيد جوز ذلك أرطالاً معينه، و لم يتعرض لبيعه مع الضميمة نفياً و لا إثباتاً، و العلامه على الجواز مع الضميمة لكن بشرط ان يكون الضميمة هي المقصوده بالبيع، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

قال في المسالك في مسأله بيع السمك في الآجام مع القصب: و القول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ و جماعه، استناداً الى أخبار ضعيفه، و الذي أجازته المتأخرون أن المقصود بالبيع ان كان هو القصب، و جعل السمك تابعا له صح البيع، و ان انعكس أو كانا مقصودين لم يصح، و هو الأقوى، و كذا القول في كل مجهول ضم الى معلوم كالحمل و اللبن في الضرع و غيرهما انتهى.

ثم ان الذي وقفت عليه من الاخبار هنا اما بالنسبه الى ما ذكره الشيخ المفيد (نور الله تعالى مرقده) فهو ما رواه

في الكافي و الفقيه عن أبي ولاد الحنات (1) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الغنم يحلبها لها ألبان كثيره في كل يوم ما تقول فيمن يشتري منه الخمسمائه رطل أو أكثر من ذلك، الماء رطل بكذا و كذا درهما فيأخذ منه في كل يوم أرطالاً حتى يستوفى ما يشتري منه؟ قال: لا بأس بهذا و نحوه». و رواه الشيخ في التهذيب عن أبي ولاد في الموثق مثله على اختلاف

ص: ٦٣

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢، الفقيه ج ٣ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٢٦.

فى أفاظه:

و هذا الخبر يحتمل أن يكون البيع حالا و ان كان يأخذ منه فى كل يوم ما يريد و يحتمل أن يكون مؤجلا بأجال مختلفه فىكون من باب السلم، و لعل الأظهر الأول كما هو ظاهر عباره الشيخ المفيد، و الروايه ظاهر الدلاله على ما ذكره (قدس سره).

و أما ما يدل على ما ذكره الشيخ فهو ما رواه فى الموثق و مثله

الصدوق فى الفقيه عن سماعه (1) قال:

«سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه سكرجه فتقول: اشتري منك هذا الذى فى السكرجه و ما بقى فى ضروعها بثمان مسمى و ان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه». و السكرجه بضم السين و الكاف و الراء المشدده إناء صغير فارسى معرب، و أجاب العلامة فى المختلف - و مثله غيره ممن تأخر - عن هذه الروايه بضعف السند، و أنها غير مسنده الى امام، و فيه ما لا يخفى على المتأمل المنصف، فإنهم قد صرحوا بالاعتماد على مضمرات سماعه و غيره، و استدلوا بها فى غير موضع، ثم قال فى المختلف: و يحمل على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن، و يصير أصلا.

و اما ما ذكره فى اشتراط صحه البيع بالضميمه بأن يكون الضميمه هى المقصوده بالبيع دون المضموم اليه فلا إشعار فى شىء من روايات الضمائم على تعددها و كثرتها بذلك، بل الظاهر منها انما هو العكس، و هو أن المقصود بالبيع انما هو المضموم اليه، و انما جعلت الضميمه تفاريا من ذهاب الثمن مجانا، على تقدير عدم التمكن من البيع المقصود بالذات، و لذا اعتبروا فى الضميمه بأن يكون مما يتمول فى الجملة و ان قل، و كان الثمن فى غايه الكثره كما لا يخفى على من نظر فى تلك الاخبار بعين التأمل و الاعتبار.

ص: ٦٤

و منها أخبار بيع الآبق و غيرها، و قد تقدم فى المسأله السابعه من المقام الثالث من مقامات الفصل الأول ما يوضح ما ذكرناه، و من اخبار المسأله أيضا ما رواه

فى الكافى عن عيص بن القاسم (1) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل قال: نعم حتى ينقطع أو شىء منها». و فيه إجمال موجب لتعدد الاحتمال و قد تقدم الكلام فى المسأله المشار إليها آنفا و الله العالم.

السادسه [فى بيع الصوف على ظهر الغنم]

اختلف الأصحاب فى بيع الصوف على ظهر الغنم مع المشاهده، فجزوه الشيخ المفيد (عطر الله مرقده) و منعه الشيخ الا أن يضم اليه غيره، و تبعه أبو الصلاح و ابن البراج، و اختار العلامه فى المختلف مذهب الشيخ المفيد، و كذلك ابن إدريس نظرا إلى أنه مشاهد، و الوزن فيه حال كونه على ظهور الغنم غير معتبر، و إلا - لما جاز بيع الثمر على رءوس الأشجار، و ان كانت موزونه أو مكيله بعد القطع، و صرح المحقق فى الشرائع بالمنع و ان ضم اليه غيره، و حينئذ ففى المسأله أقوال ثلاثه و قد تقدم تحقيق القول فى هذه المسأله أيضا فى الموضوع الثانى عشر من المسأله المتقدم ذكرها قريبا.

السابعه [فى بيع ما فى بطون الأنعام]

قال الشيخ فى النهايه: لا يجوز بيع ما فى بطون الانعام و الأغنام و غيرهما من الحيوان، فإن أراد بيع ذلك جعل معه شيئا آخر، فان لم يكن ما فى البطون حاصلًا كان الثمن فى مقابل الآخر، و تبعه ابن البراج و ابن حمزه، و قال ابن إدريس: لا - يجوز بيع ما فى بطون الانعام و الأغنام من الحيوان، فإن أراد بيع ذلك جعل معه شيئا آخر ليسلم من الغرر، و ان لم يكن ما فى البطون حاصلًا كان الثمن فى الآخر على ما روى فى الاخبار من طريق الآحاد، و الأولى عندى ترك العمل بذلك أجمع لأنه غرر و جزاف منهى عنهما، و قد روى أن من اشترى أصواف الغنم مع ما فى بطونها فى عقد واحد كان البيع صحيحا ماضيا، و الأولى عندى ترك العمل بهذه الروايه، لأنها زياده غرر إلى

ص: ٦٥

غرر انتهى.

أقول: ما ذكره أخيراً من زياده غرر الى غرر فى الصورة المذكوره انما يتم بناء على المنع من بيع الصوف على ظهور الغنم، كما هو أحد الأقوال فى المسأله و أما على ما اختاره من الجواز كما قدمنا نقله عنه فليس الا غرر واحد، كما لا يخفى.

و الروايه التى أشار إليها أخيراً هى روايه

إبراهيم الكرخى (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مأه نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما؟ فقال: لا بأس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف».

و اما الاخبار التى أشار إليها و طعن فيها بأنها من طريق الآحاد فلم نقف على شىء منها سوى الروايه المذكوره، و بالجمله فإن ما ذكره جيد على أصله الغير الأصيل، و هذه الروايه المذكوره مما يؤيد مذهب الشيخ المفيد و من تبعه فى جواز بيع الصوف على ظهور الانعام بمجرد المشاهده، لأن جعله ضميمه لما لا يجوز بيعه لولا ذلك أظهر ظاهر فى جواز بيعه وحده خاصه كما هو شأن سائر الضمائم، فلا يتوهم من الروايه الداله على مذهب الشيخ فى تلك المسأله، بمعنى جعل الحمل ضميمه إلى جواز بيع الصوف كما يشعر به كلام العلامة فى المختلف، لان الحمل لا يجوز بيعه وحده، و من شأن الضميمه صحه بيعها وحدها، لتكون مصححه لبيع ذلك المجهول.

ثم انه لا يخفى أن ما ذكره ابن إدريس من عدم جواز البيع بالضميمه فى هذا الموضع يجرى فى جميع ما ورد جواز بيعه بالضمائم، لعدم جواز بيعه منفردا مع تكاثر الاخبار بذلك فى جمله من المواضع.

و فى ارتكاب ردها من الشناعه ما لا يرتكبه محصل و لا متدين، لان مقتضى كلامه أن العله المانع من جواز بيعه منفردا و هو الغرر هنا باقيه مع الضميمه، فكذلك العله

ص: ٦٦

المانعه من بيع الآبق مثلاً، وهو عدم التسليم الى المشتري باقيه، وهكذا فى كل موضع ورد صحه بيعه بالضميمه، كما تقدم فى فصل بيع الثمار ايضاً وغيره، مع أنه فى بيع الآبق جوزه مع الضميمه (١) و هو ترجيح بغير مرجح، و سؤال الفرق متجه.

الثامنه [فى تقبل جزيه رؤس أهل الذمه]

قال الشيخ فى النهايه: لا بأس أن يشتري الإنسان أو يتقبل بشيء معلوم جزيه رؤس أهل الذمه، و خراج الأرضين و ثمره الأشجار، و ما فى الآجام من السموك إذا كان قد أدرك شيء من هذه الأجناس، و كان البيع فى عقد واحد و لا يجوز ذلك ما لم يدرك منه شيء على حال، و منع ابن إدريس من ذلك، قال: لا-ن هذا بيع مجهول، و لا- يرجع فى مثل هذا الى أخبار الآحاد، و ظاهر العلامه فى المختلف موافقه ابن إدريس هنا.

أقول و الذى يدل على ما ذكره الشيخ ما رواه

الشيخ و الكلينى عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يتقبل بجزيه رؤس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطير، و هو لا- يدري لعله لا- يكون من هذا شيء أبداً أو يكون؟ قال: إذا علم من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك اشتراه و تقبل به».

و ما رواه

فى الفقيه عن أبان بن عثمان عن إسماعيل بن الفضل (٣) عن أبى عبد الله (ع) قال:

«سالته عن الرجل يتقبل خراج الرجال و جزيه رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصايد و السمك و الطير و لا يدري هذا لا- يكون أبداً أو يكون أ يشتريه و فى أى زمان يشتريه و يتقبل به منه، فقال: إذا كان علمت ان من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتراه و تقبل به». و طريق الصدوق الى أبان بن عثمان هنا صحيح

ص: ٦٧

١- ١) قال: و لا يجوز أن يشتري الإنسان عبداً آبقاً على الانفراد فان اشتراه لم ينعقد البيع إلا إذا اشتراه مع شيء آخر من متاع أو غيره منضم الى العقد، و يكون العقد ماضياً انتهى منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٥ التهذيب ج ٧ ص ١٢٥.

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤١.

و العلامه فى المختلف طعن فى روايه إسماعيل بن الفضل بعد أن نقل استدلال الشيخ بها، فقال: و الروايه ضعيفه السند و مقطوعه، مع أنها محموله على أنه يجوز شراء ما أدرك، و مقتضى اللفظ ذلك من حيث عود الضمير إلى الأقرب، على أنا نقول: ان هذا ليس بيعا فى الحقيقه، و انما هو نوع مرضاه غير لازمه، و لا محرمه انتهى.

أقول: أما الطعن بضعف السند فإنما يتجه على روايتى الشيخين الأولين، و الطعن بالقطع انما يتجه على روايه الشيخ فى التهذيب حيث أن فى السند ابن سماعه عن غير واحد، و الا- فروايه الكلينى ليست كذلك، الا- أن فى طريقها عبد الله بن محمد، و هو مجهول أو مشترك، و بالجمله فالروايه بطريق الصدوق صحيحه، فينتفى الطعن بالضعف، هذا مع تسليم صحه هذا الاصطلاح، و الا فإن الطعن بالضعف لا يرد على الشيخ و نحوه من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاح المحدث عندهم، بل الاخبار عندهم كلها صحيحه، كما اعترف به جمله من متأخرى أصحاب هذا الاصطلاح، و أما الحمل على شراء ما أدرك خاصه دون الباقي فهو تعسف محض، و الظاهر من الخبرين المذكورين انما هو المجموع، و أن هذا الذى أدرك انما هو بمنزله الضميمه المتقدم ذكرها، بمعنى أنه لو لم يحصل شىء من هذه الأشياء كان وجه القباله بإزاء هذا الذى أدرك.

و بالجمله فالظاهر هو ما ذكره الشيخ (رحمه الله عليه) للخبرين المذكورين بالتقريب الذى قلناه من كون ذلك ضميمه للصحه، سواء كان المعامله المذكوره بيعا أو صلحا أو قباله.

بقى هنا شىء و هو أن القباله هل هى من قبيل الصلح، أو عقد برأسها قال شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره): ظاهر الأصحاب أن للقباله حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح، لكون الثمن و المثلن واحدا و عدم ثبوت الربا، و ظاهر الشهيد (رحمه الله عليه) فى الدروس أنها نوع من الصلح، و قال فى كتاب مجمع البحرين: و القباله بالفتح الكفاله. و هى فى الأصل مصدر قبل إذا كفل، و قباله

الأرض أن يتقبلها الإنسان من الامام بأن يعطيها إياه مزارعه أو مساقاه و ذلك في ارضن الموات و أرض الصلح انتهى.

و الظاهر أن ما هنا من قبيل الكفاله، فإنه تكفل بهذا المبلغ المعلوم الذى تراضيا به من هذه الأشياء المعدوده فى الخبرين، سواء حصل منها ما هو أزيد أو أنقص و الله العالم.

التاسعه [فى شراء تبن البيدر لكل كر بشىء معلوم و إن لم يكل]

قال الشيخ فى النهايه لا بأس أن يشتري الإنسان تبن البيدر لكل كر من طعام تبنه بشىء معلوم و ان لم يكل بعد الطعام، و به قال ابن حمزه، و قال ابن إدريس لا يجوز بيعه، لانه مجهول وقت العقد غير معلوم، و لا بد أن يكون معلوم القدر وقت العقد عليه، و هذا غير معلوم و لا- محصل، فالبيع باطل، لانه لا فرق بين ذلك و بين من قال: بعثك هذه الصبره من الطعام كل قفيز بدينار، و لم يختبر كم فيها وقت العقد و لا كالهها ذلك الوقت، و يكون العقد و الصحه موقوفا على كيلها فإذا كالهها صح البيع المتقدم، و هذا باطل بالإجماع انتهى.

و اختار فى المختلف قول الشيخ (رحمه الله عليه) قال: لنا أنه مشاهد فيصح بيعه لانتفاء الغرر فيه، و ما رواه

زراره (1) فى الصحيح قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل اشترى تبن بيدر قبل أن يداس تبن كل بيدر بشىء معلوم يأخذ التبن و يبيعه قبل أن يكال الطعام؟ قال: لا- بأس». و الجهاله ممنوعه إذ من عادته الزراعه قد يعلم مقدار ما يخرج من الكر غالبا و لا يشترط الإحاطه بجميع المبيع بحيث ينتفى الجهاله من كل أحواله، بل يبنى فى ذلك على المتعارف انتهى.

أقول: هذه الروايه قد رواها الشيخ فى التهذيب و الصدوق فى الفقيه عن جميل عن زراره فى الصحيح، إلا أن الذى فى الفقيه كل كر بشىء معلوم، و هو أظهر.

ص: ٦٩

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن جميل (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اشترى رجل تبين بيدى كل كر بشىء معلوم فيقبض التبن و يبيعه قبل أن يكال الطعام قال: لا بأس به».

قال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) بعد نقل خبر جميل المذكور:

هذا مخالف لقواعد الأصحاب من وجهين الأول من جهة جهل المبيع، لأن المراد به اما كل كر من التبن، أو تبين كل كر من الطعام، كما هو ظاهر من قوله قبل أن يكال الطعام، و على التقديرين فيه جهاله.

الثانى من جهة البيع قبل القبض، ثم أجاب عن الأول بما ذكره فى المختلف و قال فى الجواب عن الثانى: فعلى القول بالكرهه لا اشكال، و على التحريم فلعله لكونه غير موزون، أو لكونه غير طعام، أو لأنه مقبوض و ان لم يكتل الطعام يعد، كما هو مصرح به فى الخبر، انتهى.

أقول: لا يخفى على من أحاط خبرا بما قدمناه فى المسألة التى تقدم مكررا الإشارة إليها من سهوله الأمر فى معرفه المبيع الموجه للخروج من الجهاله و الغرر، و انها تكفى و لو بوجه ما، ان الأمر فى هذه المسألة انما خرج ذلك المخرج، فان التبن لا اشتباه و لا تعدد فى أفراده بحيث يحتاج الى وصفه، و ليس بمعدود و لا مكيل و لا موزون حتى يحتاج إلى شىء من ذلك، فيكفى فى قصد بيعه تخصيصه بيدى مخصوص، و اشتراط تبين كل كر من الطعام بكذا و كذا كما تضمنته الروايه، فإن بذلك تحصل المعلومه فى الجملة، و بالجملة فالواجب الوقوف على النص المذكور و عدم الالتفات الى هذه التعليقات العليله، سيما مع تأيده بما قدمناه من النصوص التى من هذا القبيل و الله العالم.

العاشره [فى أنه يكره بيع صك الورق حتى يقبض]

قد روى الشيخ فى التهذيب عن غياث بن إبراهيم (٢) عن جعفر

ص: ٧٠

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٨٠ عن جميل التهذيب ج ٧ ص ١٢٥ مع اختلاف يسير الفقيه ج ص ١٤٢.

٢-٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الرقم-٢٠.

عن أبيه عن علي عليهم السلام «أنه كره بيع صك الورق حتى يقبض». قال في النهاية الأثيرية في حديث أبي هريره قال المروان: أحلت بيع الصك، هي جمع صك و هو الكتاب، وذلك أن الأمراء كانوا يكتبون الناس بأرزاقهم و عطياتهم كتباً فيبيعون ما فيها قبل أن يقبضوها معجلاً، و يعطون المشتري الصك ليمضى و يقبضه فهو عن ذلك لأنه يبيع ما لم يملك و لم يقبض، انتهى.

و قال ابن إدريس في السرائر: و لا يجوز أن يبيع الإنسان رزقه على السلطان قبل قبضه له، لأن ذلك بيع غرر، و يبيع ما ليس يملك له، لأنه لا يملكه إلا بعد قبضه إياه، و لا يتعين ملكه إلا بعد قبضه إياه، و كذلك يبيع أهل مستحق الزكوات و الأحماس قبل قبضها، لأنه لا يتعين ملكها لهم إلا بعد قبضها، فجميع ذلك غير مضمون، و يبيعه غير جائز و لا صحيح، انتهى.

و قد تقدم كثير من مسائل هذا الفصل في الفصول المتقدمه.

الفصل الثاني عشر في نكت متفرقه

اشاره

و هي بمنزله النوادر لكتاب البيع،

الاولى: لو أمر العبد أمر أن يتناع له نفسه من مولاه

فظاهر كثير منهم الجواز، و قيل: بالعدم، و علة العدم بأمرين، أحدهما اعتبار التغير بين المتعاقدين، و عبارته العبد كعباره سيده، و ثانيهما اشتراط اذن المولى في تصرف العبد، و لم يسبق له منه اذن، و رد الأول بأن المغايره الاعتباريه كافيته، و من ثم اجتزئنا بكون الواحد الحقيقي موجبا قابلاً. و هنا أولى، و الثانى بأن مخاطبه السيد له بالبيع فى معنى التوكيل له فى تولى القبول، و يظهر من بعض محققى متأخرى المتأخرين المناقشه فى الثانى قال: إذ ينبغى ثبوت الوكاله قبل العقد، و يمكن القول بأنه حاصل هنا لأن خطابه بأن يبيعه من موكله يدل على تجويز الوكاله سابقاً و الرضا، إلا أن يقال: لا بد من التصريح حتى يعلم العبد الذى هو الوكيل، و ذلك غير معلوم، و قد يناقش فى القبليه أيضاً، إذ قد يكفى المعيه و حين العقد، بحيث لا يقع جزء من العقد قبل الوكاله، انتهى.

أقول: والمسألة لخلوها عن النص موضع إشكال، فإن مقتضى قواعدهم و هو ظاهر الاخبار أيضا أن المملوك محجور عليه، لا يصح شيء من أفعاله من بيع وغيره الا بإذن مولاه، و ظاهر تفرع الصحه على تقدم الاذن و الوكاله، و الذى هنا ليس كذلك و الله العالم.

الثانيه [فى أنه يجوز للحاكم أن يبيع على السفیه و المفلس و الغائب]:

قد صرح جملة من الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه - بأنه يجوز للحاكم الشرعى أن يبيع على السفیه و المفلس و الغائب مع المصلحه، و ظاهر أخبار نيابته عن الامام عليه السلام يقتضى ذلك، فإن للإمام عليه السلام ذلك لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

و كما ورد فى خصوص المفلس مثل

روايه عمار (١) عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسم بينهم يعنى ماله».

و مثلها روايه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

و فى مرسله جميل (٢) عن جماعه من أصحابنا عنهما عليهما السلام قالا

الغائب يقضى عنه إذا قامت عليه البيئه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم» الحديث. و هو ظاهر فى بيع الحاكم الشرعى الذى قد ثبت الدين عنده بالبيئه، و يتعدى ذلك الى عدول المؤمنين مع فقد الحاكم الشرعى كما يدل عليه بعض الاخبار من جواز تولى عدول المؤمنين لبعض الحسييات مع فقد الحاكم، و لأنه إحسان محض، و لا سبيل على المحسنين.

الثالثه [فى أنه يجوز الجمع فى عقد واحد من المختلفات]:

قد صرح جملة من الأصحاب بأنه يجوز الجمع فى عقد واحد بين لمختلفات كبيع، و اجاره، و نكاح، و سلف، و بعوض واحد، و يقسط عن ثمن المثل،

ص: ٧٢

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٠٢ الوسائل الباب ٦- من أبواب أحكام الحجر الرقم ١.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٠٢.

و أجره المثل و مهره، كان يقول: بعثك هذا الثوب، و آجرتك هذا الدار سنه، و أنكحتك ابنتي، و بعثك مأه من حنطه إلى شهر، بمأه دينار، فيقول: قبلت، فإنه صحيح عندهم، و اعترضهم في هذا المقام المحقق الأردبيلي (عطر الله مرقده) فقال:

بعد نقل ذلك عنهم، دليله عموم أدله جواز العقود، و عدم ظهور المانع، و يمكن عدم الجواز، لجهاله ثمن المبيع، و أجره السكنى، و مهر الابنه حال البيع، و هو ليس أقل في الجهل مما إذا قال: بعثك هذه الصبره كل قفيز بكذا، و هو غير جائز عندهم للجهاله، و لهذا نقل في التذكرة عن الشيخ عدم جواز بيع عباين يكون كل واحد منهما لشخص و باعاهما صفقه لجهاله ثمن كل واحد، و يمكن الفرق بأن هذا الكل لشخص واحد، و الظاهر أنه لا ينفع على أن المهر للبت، و أنهم ما يفرقون و يؤيد عدم الجواز ما روى من طرقهم و طرقنا المنع من جواز بيع و شرط مثل

روايه عمار (1) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«بعث رسول الله صلى الله عليه و آله رجلا- من أصحابه واليا فقال له: انى بعثتك الى أهل الله يعنى الى أهل مكة فأنهاهم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين فى بيع و عن ربح ما لم يضمن». و يطلق الشرط على البيع كثيرا.

و روايه سليمان بن صالح (2) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك، و عن ربح ما لم يضمن». و المصنف فى التذكرة رد دليل الشيخ بأنه يكفى معلوميه ثمن الكل، و لا يحتاج إلى معرفه ثمن الاجزاء لان الصفقه الواحده يكفى معلوميه الثمن الذى فيها و قال: ليس المراد بالشرط كل الشرط لجواز البعض بالاتفاق فكأنه محمول على الشرط المخالف للكتاب و السنه فحمل الشرط على معناه، و الظاهر ما قلناه كما يفهم من هذه الروايه، و يمكن أن يقال: الروايتان غير صحيحتى السند، فلا يصلحان لمعارضه عموم أدله الكتاب و السنه و الأصل، و يمكن حملها على بعض الشرائط المخالفه للكتاب و السنه، و البيوع الغير الجائزه فتأمل و الاحتياط واضح، انتهى كلامه زيد مقامه.

ص: ٧٣

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٠.

أقول: و يمكن تطرق النظر إليه في مقامين: أحدهما ما ذكره من جهاله ثمن المبيع و أجره السكنى، فان فيه ما ذكره العلامة هنا، و هو المفهوم من قواعدهم في أمثال هذا المقام، و حاصله أن اعتبار معلوميه قيمه انما هو باعتبار العقد الواقع و الصفقه التي انعقد عليها البيع، سواء كان ما وقع عليه متحدا أو متعددا و ان احتيج بعد ذلك الى التقسيط في المتعدد، كما لو باع ملكه و ملك غيره، و الجهاله بالنسبه إلى قسط كل واحد مما وقع عليه العقد غير مؤثر.

قال في المسالك: لا خلاف عندنا في صحه ذلك كله، لان الجميع بمنزله عقد واحد، و العوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، و هو كاف في انتفاء الغرر و الجهاله، و ان كان عوض كل منها بخصوصه غير معلوم، و كون كل واحد بخصوصه يباع في المعنى، و بعضه إجاره أو غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدر، لان لهذا العقد جهتين، فبحسب الصوره هو عقد واحد، فيكفي العلم بالنسيه اليه، ثم ان احتيج الى التقسيط قسط على ما ذكر، و هو نص فيما قلنا، الا أن يحمل كلامه (قدس سره) على منع ذلك، و أنه حيث كان مرجع هذا العقد في المعنى الى عقود متعدده فإنه يشترط في كل من تلك العقود، و هذا التفريع الذي ذكره في المسالك انما يتجه لو قام الدليل على صحه مثل هذا العقد، و قد عرفت أنه لا دليل عليه زياده على ما يدعونه من الإجماع بينهم.

و ثانيهما ما استند اليه من الخبرين المذكورين، فاني لا أعرف لذلك وجهها ظاهرا و ان سلمنا إطلاق الشرط على البيع، فإنه ليس في العقد المفروض أولا يباعان في بيع، ليدخل تحت هذين الخبرين، و بيان معنى الخبرين المذكورين أن معنى يبعين في بيع على ما ذكره بعضهم هو أن يقول بعتك هذا الثوب نقدا بعشره، و نسيئه بخمسه عشر، قال: و انما نهى عنه لانه لا يدرى أيهما الثمن الذي يختاره ليقع عليه العقد.

أقول فيه أن ما ذكره، و ان كان هو المصرح به في كلام الأصحاب لكنه مردود بما صرحت به الاخبار من صحه البيع، و أنه ليس له الا أقلهما نظره، و قيل: ان

معناه هو أن يقول:بعتك هذا بعشرين على أن تبغنى ذلك بعشره،و أما معنى بيع و سلف فهو أن يقول:بعتك منا من طعام حالا بعشره،و سلفا بخمسه.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فيجب تخصيصه بما إذا كان البيع حالا، و المبيع غير موجود فى ذلك الوقت،كالبطيخ و نحوه فى غير أوانه،و الا فلا مانع من الصحة اتفاقا نضا و فتوى.

و أما النهى عن ربح ما لم يضمّن فالمراد ان يبيع المتاع الذى اشتراه مرابحه قبل أن يوجب البيع،فإنه قد ورد النهى عنه فى عده أخبار.

و أما بيع ما لم يقبض،فقد تقدم الكلام و الخلاف فيه تحريما و كراهه بالنسبه إلى المكيل و الموزون،أو الطعام بخصوصه،و بالجمله فإنى لا أعرف لاستناده الى هذين الخبرين وجهها ظاهرا.

نعم يمكن ان يقال:ان الأصل بقاء كل شىء على أصله حتى يثبت الناقل شرعا،و لم يثبت كون مثل هذا العقد المشتمل على هذه الأشياء المختلفه ناقلا، و الذى علم من الاخبار و هو الذى استمر عليه عمل الناس و عادتهم انما هو استقلال البيع بعقد على حده،و النكاح بعقد على حده،و السلف كذلك،و الإجاره و نحو ذلك،و الأحكام التى بحثوا عنها فى هذه العقود انما تترتب على ذلك،ثبوت ذلك فى بيع أمتعه متعدده فى عقد واحد و تقسيط الثمن على الجميع لو سلم الدليل على صحته،لا يقتضى قياس هذا العقد عليه كليه،لظهور الفارق و لا سيما بالنسبه إلى عقد النكاح،فإنهم إنما حكموا هنا بمهر المثل،مع أن الظاهر أن هذه من قبيل المفوضه،و هى التى لم يعين لها مهر،و قد صرحوا بأنها ترجع الى مهر السنه لو زاد مهر المثل عنه،فلا يتم إطلاق مهر المثل هنا،و بالجمله فالمسأله محل توقف و اشكال.

و اما كيفيه التقسيط بناء على ما ذكره من صحه العقد المذكور فهو أن يقوم كل من تلك الأشياء منفردا و تنسب قيمته الى المجموع،ثم يؤخذ من ذلك

العوض الذى وقع عليه العقد بتلك النسبه (١).

الرابعه: لو تضمن عقد البيع شرطا فاسدا

قال الشيخ يبطل الشرط خاصه دون البيع، و به قال ابن الجنيد و ابن البراج، و قال العلامه فى المختلف بعد نقل ذلك:

و المعتمد عندى بطلان العقد و الشرط معا، قال لنا أن للشرط قسطا من الثمن، فإنه قد يزيد باعتباره، و قد ينقص، و إذا بطل الشرط بطل ما يازائه من الثمن و هو غير معلوم فتطرق الجاهل إلى الثمن، و يبطل البيع، و أيضا البائع إنما رضى بنقل سلعته بهذا الثمن المعين على تقدير سلامه الشرط له و كذا، المشتري إنما رضى ببذل هذا الثمن فى مقابله العين على تقدير سلامه الشرط، فإذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه، كان البيع باطلا، لأنه يكون تجاره عن غير تراض ثم نقل عن الشيخ انه احتج بقوله تعالى (٢) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و هذا بيع فيكون صحيحا، و الشرط باطلا، لأنه مخالف للكتاب و السنه.

و بما روى

عن عائشه (٣)

«أنها اشترت بريره بشرط العتق، و يكون ولائها لمولاها فأجاز النبي صلى الله عليه و آله البيع و أبطل الشرط، و سعد المنبر، و قال: ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل و كتاب الله أحق، و شرطه أوثق». ثم قال مجيبا عن ذلك: و الجواب عن الأول أن المبيع إنما يكون حلالا لو وقع على الوجه المشروع، و نحن نمنع من شرعيته،

ص: ٧٤

١- ١) و توضيحه أن يقال: قيمه الثوب يومئذ بخمسه دنانير، و أجره الدلال ديناران، و مهر المثل عشرون دينارا و قيمه الحنطه إلى المده المذكوره ثلاثه دنانير، مجموع هذه الدنانير ثلاثون دينارا، و نسبه قيمه الثوب و هى الخمسه إلى الثلاثين السدس، فيؤخذ من العوض المذكور فى العقد سدسه، و هكذا باقى تلك الأشياء المذكوره فى العقد. منه رحمه الله.

٢- ٢) سورة البقره الآيه- ٢٧٥.

٣- ٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣.

و عن الثانى من وجوه الأول الطعن فى السند، الثانى الحديث ورد هكذا (١).

«قالت عائشه: جاتنى بريره فقالت: كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقيه فاعينينى فقالت لها عائشه: ان أحب أهلك ان أعدها لهم، و يكون ولاؤك لى فعلت فذهبت بريره إلى أهلها فقالت لهم: ذلك فأبوا عليها، فجاءت من عند أهلها و رسول الله (صلى الله عليه و آله) جالس، فقالت: انى عرضت ذلك عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم، فسمع ذلك النبى صلى الله عليه و آله فسألها فأخبرت عائشه النبى صلى الله عليه و آله فقال:

خذيها و اشترطى لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشه، ثم قام:

رسول الله صلى الله عليه و آله فحمد الله و أثنى عليه، ثم قال: أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز و جل فهو باطل و ان كان مأه شرط، فقضاء الله أحق و شرط الله أوثق، و انما الولاء لمن أعتق».

و هذا ينافى ما ذكره الشيخ و استدلل به عليه، لأن بريره أخبرت بأنها كوتبت و طلبت الإعانة من عائشه، فسقط الاستدلال به بالكليه.

الثالث المراد بقوله عليه السلام «اشترطى لهم الولاء» اى عليهم لانه عليه السلام أمرها به، و لا يأمرها بفاسد، و كيف يتأتى عن الرسول مع تحريم خائنه الأعين و هو الغمز وضع حيله لا تتم انتهى كلامه زيد إكرامه.

و لا يخفى ما فيه على الفطن النبى الذى قد جاس خلال ديار الاخبار و ما جرت به فى هذا المضممار و ان كان قد تبعه على هذا القول جل المتأخرين بل كلهم على ما يظهر من كلام من وقفنا على كلامه، و منهم شيخنا الشهيد الثانى و سبطه السيد السند فى شرح النافع و غيرهم.

و ما ذكره (قدس سره) من التعليل لبطلان العقد بالعلل الاعتباريه المذكوره و ان كان مما يتسارع الى الذهن قبوله، الا أن الاخبار ترده و تدفعه، و ما ذكره من خبرى بريره هنا من كلام الشيخ الذى نقله عنه و فى كلامه هو «قدس سره» الظاهر انه من طرق العامه.

ص: ٧٧

و الذى وقفت عليه من طرقنا هو ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه ذكر أن بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله، وقال: ان شئت تفر عند زوجها و ان شئت فارقته، و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق.»

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن عيص بن القسم (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قالت عائشه لرسول الله صلى الله عليه وآله: ان أهل بريره اشترطوا ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق.»
و الحدیثان كما ترى صحیحان صریحان فى صحه البیع مع فساد الشرط، و به يظهر أن خبر الشيخ و ان كان عاميا الا انه هو الأصح لموافقته لاخبار أهل البيت عليهم السلام بخلاف خبره. و بذلك ايضا يظهر بطلان ما ذكره من تلك التعليلات العليله.

و من الاخبار الوارده فى المسأله المذكوره بالنسبه إلى النكاح ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن قيس (٣)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل يتزوج المرأه إلى أجل مسمى، فان جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهى امرأته و ان لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل، و ذلك شرطهم بينهم حين انكحوا، فقضى للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم.»
و نحوها صحيحه ثانيه له أيضا.

و ما رواه

فى الكافى عن الوشاء (٤) عن الرضا عليه السلام قال:

«سمعته يقول لو ان رجلا- تزوج امرأه جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا و الذى جعله لأبيها فاسدا.»

ص: ٧٨

١-١ (١) الفقيه ج ٣ ص ٧٩.

٢-٢ (٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠.

٣-٣ (٣) الوسائل الباب-١٠ من أبواب المهور الرقم-٢.

٤-٤) الوسائل الباب-٩- من أبواب المهور الرقم-١.

قال السيد السند في شرح مختصر النافع يستفاد من هذه الرواية عدم فساد العقد باشماله على هذا الشرط الفاسد انتهى، و قدم تقدم الكلام في هذه المسألة مرارا عديدة سيما في مقدمات الكتاب في جلد كتاب الطهارة، و قد ذكرنا ثمه ورود بعض الاخبار داله أيضا على القول المشهور(١) و ان الاولى هو الوقوف على الاخبار في كل جزئي من الأحكام من غير أن يكون ذلك قاعده كما ادعوه.

ثم انه لا يخفى أن ما أجاب به عن حجه الشيخ الاولى محض مصادره، و أن حديثه الثاني الذي أورده على الشيخ دال على ما دل عليه خبر الشيخ، فان قوله صلى الله عليه و آله لعائشه:

خذيتها اشترطى لهم الولاء، ثم خط بعد ذلك بما يدل بطلان الشرط خاصه، أظهر ظاهر في المدعى، و العجب منه «قدس سره» اعتذاره عما دل عليه الخبر المذكور من الغمز و خيانه الأعين، مع كون الخبر عاميا، و أعجب من ذلك جعل الاعتذار المذكور وجها ثالثا من وجوه الجواب عن حديث الشيخ، مع أن ذلك انما هو في حديثه، و بالجملة فإن الاستعجال و عدم التدبر في المقال مما يوجب مزيد الاختلال.

الخامسه [جواز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرضه أو يسلمه]:

قال العلامة في المختلف: المشهور بين علمائنا الماضين و من عاصرناه الا من شذ أنه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئا، لأنهم نصوا على جواز أن يبيع الإنسان شيئا و يشترط الإقراض أو الاستقراض، أو الإجاره أو السلف أو غير ذلك من الشروط السابقه، و قد كان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك، لنا وجوه.

الوجه الأول: قوله تعالى (١) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و هذا أحد جزئياته.

الثانى: قوله تعالى (٢) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» دل الاستثناء على تسويغ التجاره المقترنه بالرضا، و صوره النزاع داخل تحته.

الثالث: أنه لا خلاف بين علماء الأمصار فى جواز بيع الشىء بأضعاف قيمته، فنقول انضمام الشرط اليه لا يغير حكمه، لأنه شرط سائغ يجوز اشتراطه فى البيع بثمان المثل، أو فى الإجاره أو غيرهما من العقود إجماعا فيجوز فى صوره النزاع، إذ الحكمه الداعيه إلى شرعيته فى تلك الصور موجوده هنا،

و لقولهم عليهم السلام (٣)

«المؤمنون عند شروطهم».

الرابع: اتفاق علماء الإماميه السابقين، فإنهم قالوا لا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالنقد و النسيه، 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.

قال المفيد: لا بأس ان يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو عقارا بالنقد و النسيه معا على أن يسلف البائع شيئا فى مبيع أو يستسلف منه فى مبيع، أو يقرضه مائة درهم الى أجل أو يستقرض منه.

قال: و قد أنكرو ذلك جماعه من أهل الخلاف و لسنا نعرف لهم حجه فى الإنكار و ذلك ان البيع وقع على وجه حلال، و السلف و القرض جائزان، و اشتراطهما فى عقد البيع غير مفسد له بحال، قال:

و قد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر النفع

«فقال: خير القرض ما جر المنفعه».

الخامس: تظاهر الروايات عليه و تطابقها من غير معارض، فيتعين العمل عليه،

روى سليمان بن محمد الديلمى (٤) عن أبيه عن رجل

«كتب الى العبد

ص: ٨٠

١-١ (١) سورة البقره الآيه-٢٧٥.

٢-٢ (٢) سورة النساء الآيه-٢٩.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٢.
٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣ لكن فيه عن محمد بن سليمان الديلمي.

الصالح (عليه السلام): يسأله أنى أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم فى القفيز درهمين إلى أجل معلوم، وهم يسألونى أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم، فهل من حيله لا أدخل فى الحرام؟ فكتب إليه أقرضهم الدراهم قرضا وازدد عليهم فى نصف القفيز ما كنت تربح عليهم».

و فى الصحيح عن عبد الملك بن عتبة (١) قال:

«سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيده على مالى الذى عليه أ يستقيم أن أزيده مالا و أبيع له لؤلؤه تسوى مائة درهم بألف درهم، فأقول له: أبيعك هذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أؤخر ك بئمنها و بمالى عليك كذا و كذا شهرا؟ قال: لا بأس».

و عن محمد بن إسحاق بن عمار (٢) قال:

«قلت للرضا عليه السلام:

الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت؟ قال: لا بأس، قد أمرنى أبى ففعلت ذلك و زعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام: عنها فقال له: مثل ذلك». ثم أطل فى الاستدلال الى أن بلغ خمسة و عشرين دليلا و أوضحها ما ذكرناه.

ثم نقل حجه المانعين فقال: احتج المانعون بما رواه

يعقوب بن شعيب (٣) فى الصحيح عن الصادق عليه السلام: قال:

«سألته عن رجل يسلم فى بيع أو تمر عشرين دينارا و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال: لا يصلح، إذا كان قرضها يجر نفعاً فلا يصلح».

و عن محمد بن قيس (٤) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«من أقرض رجلا ورقا

ص: ٨١

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٦ التهذيب ج ٧ ص ٥٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٠٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٣.

٣-٣) الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الرقم-٩.

٤-٤) الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين الرقم ١١.

فلا يشترط الا مثلها، فإن جوزى بأجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترط من أجل قرض ورقه».

و ما رواه

خالد بن الحجاج (١) قال:

«جاء الربا من قبل الشروط».

و ما رواه

الوليد بن صبيح (٢) عن الصادق عليه السلام قال:

«الذهب بالذهب و الفضة بالفضه و الفضل بينهما هو الربا المنكر». و لان البيع بالمحاباه نفع و هو مشترط فى القرض، فيجب ان يكون حراما.

ثم أجاب عن ذلك قال: و الجواب عن الروايات بعد سلامه سندها أنها داله على الكراهه لا التحريم، على أنا نقول الروايه الاولى - و هى الصحيحه - معارضه بروايه محمد بن مسلم، و نقول بموجب الروايه الثانيه، فإن اشتراط النفع فى القرض حرام بالإجماع، و هو غير صورته النزاع، و كذا عن الروايه الثالثه، فإن كل شرط لو تضمن الربا لكان باطلا- بالإجماع، مع انا نصحح أكثر الشروط بالإجماع، فإذا لا محل لها الا مع اشتراط زياده فى المتساوى جنسا مع عقد البيع، و هذا هو الربا بعينه، و هو غير محل النزاع.

و كذا الرابعه فإنها صريحه فى تناول الربا إذ لا قائل بإباحه الفضه بالفضه مع زياده، و لا الذهب بالذهب مع زياده.

و عن الثانى بوجهين الأول- المعارضه بما روى من

قولهم عليهم السلام (٣)

«خير القرض ما جر نفعاً». و لان المتنازع اباحه البيع بالمحاباه مع اشتراط القرض، لا العكس انتهى ملخصا.

أقول منشأ شبهه القائل المذكور هو أنه لما كان السبب فى هذا القرض من

ص: ٨٢

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٣- ٣) الوسائل الباب-١٩- من أبواب الدين الرقم ٥.

البائع للمشتري هو كون المشتري أخذ سلعته بأضعاف قيمتها، فيصير الحامل للبائع على القرض هو ذلك، و القرض إذا جر المنفعه كان باطلا، فالواجب الحكم ببطالان البيع المذكور، و هو توهم فاسد، لان المستفاد من الاخبار- كما سيأتي ذكرها إنشاء الله تعالى جميعا في كتاب الديون و الجمع بينهما- هو أن المحرم انما هو القرض الذى يشترط فيه النفع، لا- ما يجر النفع بقول مطلق، و المستفاد من بعضها أن تحريم ما يجر النفع مطلقا مذهب العامه، كما تقدم ذكره فى كلام شيخنا المفيد رحمه الله.

و حيثنذ فما دل على خلاف ما ذكرناه من الاخبار كصحيحه يعقوب بن شعيب المذكوره فهو محمول على الاشتراط أو التقيه، و العلامه إنما أجاب عنها بالمعارضه لصحيحه محمد بن مسلم، و الظاهر أنها ما رواه

المشايخ الثلاثة عنه (١) و عن غيره قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضا و يعطيه الرهن اما خادما و اما آنيه و اما ثيابا، فيحتاج إلى شيء من منفعتة، فيستأذنه فيه فيأذن له؟ قال: إذا طابت نفسه فلا- بأس به، فقلت: ان من عندنا يرون أن كل قرض يجر منفعه فهو فاسد، فقال: أو ليس خير القرض ما جر منفعه».

و هذه الروايه هى التى أشرنا إليها فى الدلاله على ان ذلك مذهب العامه و نحوها فى الدلاله على ان خير القرض ما جر منفعه غيرها ايضا.

و العجب انه سكت عن الجواب عن روايه محمد بن قيس، مع انها ظاهره فى الدلاله على ان التحريم انما هو من حيث الشرط لا مطلقا، لقوله أو لا- «فلا- يشترط الا- مثلها، و ان جوزى بأجود منها فيقبل، و قوله ثانيا «يشترط من أجل قرض ورقه» يعنى لا يجعل عاريه المتاع أو ركوب الدابه شرطا فى القرض، و هو ظاهر.

و مما ذكرنا يعلم أن ما أطلال به (قدس سره) من الوجوه التى ذكرها غير محتاج إليه، لأن بيع الشيء بأضعاف ثمنه مما لا نزاع فيه، و كذا وقوع الشروط

ص: ٨٣

فى العقود فى الجملة، و انما منشأ الشبهه هو ما ذكرناه.

و الجواب عنها هو ما عرفت، على أن النهى فى الصوره المفروضه انما هو كون القرض شرطاً فى البيع، و الممنوع منه شرعاً انما هو شرط النفع فى القرض، و اليه أشار العلامة آتفاً، و بالجملة فالإشكال انما يقع فيما لو أقرضه بشرط أن يشتري ماله بأضعافه(١) بأنه موجب لاشتراط النفع فى القرض المنهى عنه فى الاخبار، و ان كانت الصوره المفروضه راجعه الى هذا فى المعنى، الا أنه انما يحلل و يحرم الكلام، كما ورد فى بعض الاخبار (١) لا مجرد القصد بأى وجه اتفق و الله العالم.

السادسه [إذا قوم على الواسطه بئمن و جعل باقى قيمه البيع له] :

قال الشيخ المفيد (عطر الله مرقده): إذا قوم التاجر على الواسطه المتاع بدراهم معلومه - ثم قال له: بعه فما تيسر لك فوق هذه القيمه فهو لك و القيمه لى جاز و لم يكن بين التاجر و الواسطه بيع مقطوع، فان باعه الواسطه بزياده على القيمه كانت له، و ان باعه بها لم يكن على التاجر شىء، و ان باعه بدونها كان عليه تمام القيمه لصاحبه، و ان لم يبعه كان له رده، و لم يكن للتاجر الامتناع من قبوله و لو هلك المتاع فى يد الواسطه من غير تفريط منه كان من مال التاجر، و لم يكن على الواسطه ضمان، و إذا قبض الواسطه المتاع من التاجر على ما وصفناه لم يجز أن يبيعه مرابحه، و لا - يذكر الفضيله على القيمه فى الشراء، و إذا قال الواسطه للتاجر خبرنى بئمن هذا الثوب و اربح على فيه شيئاً لأبيعه، ففعل التاجر ذلك و باعه الواسطه بزياده على رأس المال و الربح كان ذلك للتاجر، دون الواسطه، الا أن يضمه

ص: ٨٤

الواسطه، و أوجبه على نفسه، فان فعل ذلك جاز له أخذ الفضل على الربح، و لم يكن للتاجر الا ما تقرر بينه و بينه انتهى، و نحوه قال الشيخ فى النهايه و ابن البراج.

و قال ابن إدريس بعد إيراد كلام الشيخ فى النهايه: ما أورده الشيخ غير واضح، و أشار به الى ما ذكره أولاً من أنه إذا قوم التاجر متاعاً على الواسطه بشيء معلوم، و قال له بعه فما زدت على رأس المال فهو لك و القيمه لى، ثم زاد كانت الزيادة للواسطه، و لا يجوز له أن يبيعه مرابحه قال: لان هذا جميعه لا بيع مرابحه و لا اجاره، و لا جعله محققه، و إذا باع الواسطه بزيادة على ما قوم عليه لم يكن للواسطه فى الزيادة شيء، لأنها من جمله ثمن المتاع، و المتاع للتاجر لم ينتقل عن ملكه بحال و للواسطه أجره المثل، لانه لم يسلم له العوض، فيرجع الى المعوض، و كذلك أن باعه برأس المال، و ان باعه بأقل كان البيع باطلاً، و ان تلف المبيع كان الواسطه هنا ضامناً، ثم أى شراء بين التاجر و الواسطه حتى يخبر بالثمن، و ليس هذا موضع بيع المرابحه فى الشريعة بغير خلاف، و انما أورد أخبار الآحاد فى هذا الكتاب إيراداً لا اعتقاداً، و قول الشيخ ثانياً و إذا قال الواسطه خبرنى بثمان هذا المتاع و اربح على فيه كذا ففعل كانت الزيادة للتاجر، و له أجره المثل يوضح ما نبهنا عليه انتهى.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى و الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (١) عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال فى رجل قال لرجل: بع ثوبى بعشره دراهم فما فضل فهو لك، قال ليس به بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن سماعه (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا عليه قيمه، فيقولون بع فما ازددت فلك، قال: لا بأس بذلك، و لكن لا يبيعهم مرابحه».

ص: ٨٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٩٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٤.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٤.

الشيخ فى التهذيب عن زراره (١) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يعطى المتاع فيقال: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك، فقال: لا بأس». و رواه بسند آخر فى الموثق عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام مثله.

و هذه الاخبار كما ترى متفقہ الدلاله على ما قاله الشيخان، و ردها بأنها أخبار آحاد خارج عن جاده السداد.

بقى الكلام فى ان الظاهر أن هذا من باب الجعالة، و مال الجعالة يجب أن يكون معلوما، و هنا ليس كذلك، و هذا هو السبب فى منع ابن إدريس هنا من صحه ما ذكره الشيخ، و فيه ما ذكره جمع من الأصحاب من أن وجوب معلوميه الجعالة انما هو فى موضع يؤدى الجهل بها الى التنازع، و هو منقى هنا، إذ الزيادة للواسطه متى زاد على ما قومه عليه التاجر مهما كانت الزيادة قليله أو كثيره، و الا- فلا- شىء له لحصول التراضى على ذلك، بخلاف الجعالة المجهوله المؤديه إلى التنازع، و بذلك يظهر الفرق بين ذلك، و بين ما إذا قال الواسطه: خبرنى بثمان المتاع و اربح على فيه ففعل، فإن الزيادة للتاجر و للواسطه أجره المثل، فإنه على هذه الصوره لا- بيع و لا- جعالة، فمن أجل ذلك حكم بالزيادة للتاجر، و للواسطه بأجره المثل، فاعتضاد ابن إدريس بهذه الصوره فى الرد على الشيخ حيث قال: و قول الشيخ ثانيا الى آخره ليس فى محله، لظهور الفرق، و قد تقدم تحقيق القول فى هذا المقام فى الفصل الخامس فى المباحه و المواضعه و التوليه هذا.

و النهى عن البيع مرابحه فى موثق سماعه اما من حيث أنه لم ينتقل المبيع اليه بهذا الكلام الذى وقع بينهما، لعدم تحقق البيع بمجرد التقويم عليه هذا ان كان باع لنفسه، و ان كان للتاجر و كاله فرأس المال غير معلوم، لان تقويمه على الدلال بقيمه أعم من أن يكون برأس المال أو بزياده فيه، بل الغالب هو الثانى، و الواجب فى بيع المرابحه معلوميه رأس المال و الربح، و أما ما حكم به الشيخان- من صحه البيع لو باعه

بأقل مما قومه عليه، و أن على الدلال تمام قيمه، و قول ابن إدريس ان البيع هنا باطل - فالظاهر أنه متفرع على الكلام فى صحه البيع الفضولى و بطلانه و ظاهر ابن إدريس الثانى، و أما على تقدير القول بصحته فينبغى التفصيل فى المقام بأنه ان رضى المالك، و أجاز البيع المذكور فليس له المطالبه بما زاد على قيمه التى باع بها الواسطه، و ان لم يجز البيع فان له المطالبه بعين ماله ان كانت العين قائمه، فيلزم الدلال بتخليصها و إرجاعها، و ان تعذر ذلك كان له الرجوع على الدلال بالقيمه، و على هذا فينبغى أن يحمل كلام الشيخين هنا على ما إذا لم يجز البيع، و تعذر الرجوع الى العين.

السابعه [فى أن أجره الكيال و الوزن على البائع و أجره الدلال على الأمر]:

قد صرح الأصحاب بأن أجره الكيال و الوزن على البائع، و أجره الناقد و وزان الثمن على المشتري، و أجره الدلال على الأمر، و لو باع و اشترى فأجره البيع على الأمر به، و أجره الشراء على الأمر به.

أقول: و الوجه فى الأولين ظاهر، لانه يجب على البائع توفيه المشتري المبيع و تسليمه بعد معلوميته بالكيل و الوزن، و حينئذ فأجره هذا العمل عليه لو لم يفعله بنفسه، و نقد الثمن و وزنه، و اوجب على المشتري، لأنه يجب عليه توفيه الثمن و تسليمه فيجب عليه أجره هذا العمل لو لم يفعله بنفسه.

و اما الثالث فكذلك، لان الدلال بمنزله الأجير، فإن كان و كيلا فى البيع فأجرته على البائع، و ان كان فى الشراء فأجرته على المشتري.

بقى هنا شىء و هو أن الشيخ رحمه الله، قال فى النهايه: لو نصب نفسه لبيع الأمتعه كان له أجر البيع على البائع، و لو نصب نفسه للشراء كان له أجره على المبتاع، فان كان ممن يبيع و يشتري كان له أجره على ما يبيع من جهه البائع، و أجره على ما يشتري من جهه المبتاع انتهى.

و قال ابن إدريس: فى قوله فان كان ممن يبيع و يشتري الى آخره و لا- يظن ظان أن المراد بذلك فى سلعه واحده يستحق أجرين، و انما المراد بذلك ان من كان صنعته يبيع تاره للناس، و يشتري لهم تاره، فيكون له أجره على من يبيع له

فى السلعه المبتاعه، فإن اشترى للناس سلعه غيرها كان له أجره على من اشترى له تلك السلعه، لا أنه يشتري سلعه واحده و يبيعها فى عقد واحد، لأن المشتري غير البائع، و البائع غير المشتري، و انما مقصود شيخنا ما نبهنا عليه فليتأمل ذلك انتهى.

و اعترضه العلامه فى المختلف بأنه ليس بجيد، لأننا يجوز كون الشخص الواحد وكيلا للمتعاقدين كالأب يبيع على ولده من ولده الأخر، و حينئذ يستحق اجره البيع على أمره، و أجره الشراء على أمره، و قوله العقد لا يكون الا بين اثنين مسلم و هو هنا كذلك لتعدد المنتسب اليه كالأب العاقد عن ولديه. انتهى.

و هو جيد الا- ان المفهوم من كلام شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه- حيث قال: المصنف و أجره الدلال على الأمر و لو أمراه فالسابق (1) و لو أمراه بتولى الطرفين فعليهما- ان الذى عليهما متى أمراه بتولى الطرفين الإيجاب و القبول انما هو أجره واحده بالتنصيف، حيث قال بعد قول المصنف فى آخر العبارة المذكوره فعليهما: ما صورته أجره واحده بالتنصيف اقترنا أم تلاحقا، ثم قال: و لو منعنا من تولى الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين، لكن لا- يتجه حمل كلام الأصحاب أنه لا يجتمع بينهما لواحد عليه، لأنه قد عبر به من يرى جوازه، بل المراد أنه لا- يجمع بينهما لعمل واحد، و ان أمره البائع بالبيع، و المشتري بالشراء، بل له أجره واحد عليهما، أو على أحدهما كما فصلناه انتهى. و هو ظاهر فى أنه مع تولى الطرفين ليس الا أجره واحده بالتنصيف، و من الظاهر أنه لا فرق فى تولى الطرفين بين الولى الشرعى كما تقدم فى كلام العلامه،

ص: ٨٨

١ - ١) أقول: قوله و لو امراه فى السابق حاصل معنى هذه العبارة على ما يفهم من الشرح أنه لو أمراه يعنى كل من البائع و المشتري فالأجره على الأمر أو لا ان كان مراد كل منهما المماكسه فقط من غير تولى طرفى العقد، و ان كان مرادهما الأمر بتولى طرفى العقد فالأجره عليهما معا بالمناصفه، سواء اقترنا أو تلاحقا لكن بقيت هنا صورته ثالثه و هى ما لو أمراه بالمماكسه و لكن اقترنا من غير تقدم أحدهما الأخر، و ربما ظهر من فحوى كلام الشارح أنها ملحقه بالصوره الثانيه و هو الأمر بالعقد منه رحمه الله.

و لا بين الوكيل فيهما من جهة البائع و المشتري.

و كيف كان فهو ظاهر المنافاه لما تقدم فى كلام العلامة، و قوله و لو منعناه الى آخره خرج مخرج الرد على المصنف فى الدروس حيث قال: و لو منعنا من توليه الطرفين امتنع أخذ أجرتين، و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد، و حاصله أنه فسر كلامهم بأن معناه انه لا يجمع بين الأجرتين لشخص واحد، و ان ذلك مبنى على المنع من توليه الطرفين لشخص واحد بأن يتولى الإيجاب و القبول، فقولهم ذلك إشاره إلى المنع فى هذه الصورة على تقدير القول به.

و الشارح رده بأنه قد صرح بهذا الكلام من جوز تولي الطرفين لشخص واحد، و حينئذ فلا يصح تفسير كلامهم بما ذكره، بل مرادهم بذلك الكلام انما هو أنه لا يجمع بين الأجرتين لعمل واحد، و ان كان هنا أمران أحدهما البيع، و الآخر الشراء، فإنه عمل واحد يستحق عليه أجره واحده منهما أو من أحدهما على التفصيل الذى قدمه، و لا مدخل لبنائه على تولي الطرفين و عدمه.

و بالجملة فإن كلامه هنا ظاهر فى أنه مع تولي الطرفين ليس له الا أجره واحده و هو ظاهر فى خلاف ما قدمنا نقله عن العلامة.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام، و أنا أستمع فقال له: ربما أمرنا الرجل فيشترى لنا الأرض و الغلام و الدار و الخادم و الجارية و نجعل له جعلاً قال: لا بأس بذلك». و رواه الشيخ بسنتين آخرين مثله.

و ما رواه فى الكتابين المذكورين

عن ابن ابى عمير (٢) فى الصحيح عن بعض أصحابنا من أصحاب الرقيق قال:

«اشترت لأبى عبد الله عليه السلام، جاريه فناولنى أربعة دنائير فأبيت قال: لتأخذنها فأخذتها فقال: لا تأخذ من البائع».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن أبى ولاد (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

ص: ٨٩

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٨٥ التهذيب ج ٧ ص ١٥٦.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٥ التهذيب ج ٧ ص ١٥٦.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٨٥ التهذيب ج ٧ ص ١٥٦.

و غيره عن ابي جعفر عليه السلام «قالوا:قالا:لا بأس بأجر السمار انما هو يشتري للناس يوما بعد يوم بشيء معلوم، وانما هو مثل الأجير». و السمار بالكسر المتوسط بين البائع و المشتري، و مرسل ابن أبي عمير ظاهر في النهي عن أخذ الأجره من البائع بعد أخذها من المشتري، و الظاهر أن الوجه في ذلك أن الأمر له انما هو المشتري، و البائع لم يأمره بالبيع له، فلا يستحق عليه شيئا، بل لو فرضنا أن المشتري لم يدفع اليه أجره فإنه لا رجوع له، على البائع متى كان لم يأمره، و هو ظاهر.

الثامن [في استحباب الإقالة] :

اشاره

قد تكاثرت الاخبار باستحباب الإقالة، و قدمنا طرفا منها في المقدمه الثانيه من مقدمات هذا الكتاب.

و منها زياده على ما تقدم ما رواه

الصدوق (١) (قدس الله روحه) في المقنع مرسلا عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«أيما مسلم أقال مسلما بيع ندامه أقاله الله عشرته يوم القيامة».

و الكلام فيها يقع في مواضع

الأول [الإقالة فسخ أم بيع؟]

-الإقالة عند الأصحاب (رضوان الله عليهم) من غير خلاف يعرف فسخ لا- بيع، سواء كان في حق المتعاقدين أو غيرهما، و سواء وقعت بلفظ الفسخ أو الإقالة، و أشير بهذه القيود الى خلاف العامه في هذا المقام، فذهب بعضهم إلى انها بيع مطلقا، و بعض آخر إلى انها بيع ان وقعت بلفظ الإقالة، و فسخ ان وقعت بلفظ الفسخ و يلحقها أحكامه و ذهب بعض إلى انها بيع بالنسبه إلى الشفيع خاصه، فيستحق الشفعه بها و ان كانت فسخا في حق المتعاقدين، (٢) و بطلان الجميع ظاهر، إذ لا يطلق

ص: ٩٠

١- ١) الوسائل الباب-٣- من أبواب آداب التجاره الرقم ٤.

٢- ٢) القائل بأنها بيع في حق غير المتبايعين أبو حنيفه، و القائل بالتفصيل بالفسخ و غيره بعض الشافعيه، و القائل بأنها بيع مطلقا جماعه منهم المالک و الشافعي في القديم، كذا نقله بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) منه رحمه الله.

عليها اسم البيع في شيء من هذه الصور، و للبيع ألفاظ خاصه ليست هذه منها (١) و صيغتها أن يقول كل منهما تقابلنا أو تفاسخنا، أو يقول أحدهما أقلتك العقد الواقع بيننا فيقبل الآخر، أو يقول تفاسخنا، و لا فرق في ذلك بين النادم و غيره، و لا يكفي التماس أحدهما عن قبوله أو إيجابه، بل لا بد فيها من الإيجاب و القبول بالألفاظ المذكوره، و لا يعتبر فيها سبق التماس، بل لو ابتداء أحدهما بالصيغه فقبل الآخر صح.

الثاني [عدم صحتها مع زياده أو نقيصه في الثمن]

قالوا: لا تصح بزياده في الثمن الذي وقع عليه العقد و لا نقيصه لأنها فسخ، و مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكه، فلو شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط، و يترتب عليه فسادها كما في كل شرط فاسد، لأنها لم يتراضيا على الفسخ الا على ذلك الوجه، و لم يحصل لبطلانه، فما تراضيا عليه لم يحصل، و ما حصل لم يتراضيا عليه.

أقول و يشير الى ما ذكره من عدم الزيادة و النقيصه بعض الاخبار التي لا يحضرنى الآن موضعها، و أما ما ذكره من بطلان العقد هنا لاشتماله على شرط فاسد بناء على ما اشتهر بين المتأخرين من جعل ذلك قاعده كليه، فقد عرفت ما فيه آنفا في بعض نكت هذا الفصل.

الا أن ما يؤيد كلامهم هنا ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم)، عن الحلبي (٢) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه، ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال: لا يصلح أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباع بأكثر من ثمنه رد على الأول ما زاد».

ص: ٩١

١ - ١) أقول: قال الشيخ في المبسوط: الإقالة فسخ سواء كان قبل القبض أو بعده في حق المتعاقدين و في غيرهما، بدلاله أنه لا يجوز الزيادة في الثمن و لا النقصان إجماعا. انتهى. منه رحمه الله.

٢ - ٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٦ الفقيه ج ٣ ص ١٣٧.

و به يظهر ما قدمنا ذكره من أن الاولى الوقوف فى كل حكم حكم على ما يرد به الاخبار فيه من غير أن يكون ذلك قاعده كليه كما ادعوه، فإن الاخبار فى بعض العقود توافق ما ذكروه، كهذا الخبر و نحوه غيره أيضا، و بعض كالأخبار التى قدمناها تخالف ما ذكروه، فكيف يمكن جعل ذلك قاعده كليه.

ثم انهم قالوا بناء على هذه القاعده ايضا: أنه لا فرق فى المنع من الزيادة و النقيصه بين العينيه و الحكيميه، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسور و نحو ذلك لم يصح.

الثالث [صحتها فى العقد و بعضه]

-الظاهر أنه لا- خلاف بينهم فى أنها تصح فى العقد و فى بعضه، سلما كان أو غيره، خلافا لبعض العامه حيث منع من الإقاله فى بعض السلم، محتجا بأنه يصير حينئذ سلما و بيعا، و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله عنه، و فيه مع تسليم الخبر أنه مبنى على كون الإقاله بيعا كما تقدم نقله عن بعضهم، و هو ممنوع على أنه قد تقدم فى النكته الثالثه ذكر معنى لهذا اللفظ، فلا يتعين الحمل على ما ذكروه، و الاخبار الوارده باستحباب الإقاله شامله بإطلاقها للكل و البعض، بل هو صريح جمله من الاخبار المتقدمه فى المسأله الثانيه من المقام الثانى من الفصل العاشر فى السلم كما أوضحناه ذيل تلك الاخبار، و على هذا فمتى وقع التقابل فى البعض خاصه اقتضى تقسيط الثمن على المثل، فيرتجع فى نصف المبيع نصف الثمن، و فى ربهه ربهه و هكذا.

الرابع [عدم سقوط أجره الدلال بالإقاله]

-قالوا: و لا تسقط أجره الدلال لسبق استحقاقه الأجره، فإنه كان على السعى المتقدم و قد حصل و مثله أجره الكيال و الوزان و الناقد و هو جيد.

الخامس [حكم النماءات]

-قد عرفت أنه بالإقاله يرجع كل عوض الى مالكه و حينئذ فإن كان باقيا أخذه و نماءه المتصل به فإنه تابع للعين، و اما المنفصل فلا- رجوع به و ان كان حملا- لم تضعه يومئذ و لم ينفصل، أما اللبن فى الضرع فهل يكون كالولد منفصلا أو يكون متصلا كالسمن؟ اشكال و ان كان الأقرب الأول.

و أما الصوف و الشعر قبل الجز فأشد إشكالا و استظهر فى المسالك أنه من

المتصل مع احتمال العدم، و ان كان تالفا رجع بمثله ان كان مثليا و بقيمته ان كان قيميا و كذا يرجع بالقيمه فى المثلى لو تعذر
المثل، و فى تعيين وقت القيمه الخلاف المتقدم فى الأبحاث السابقه من أنه يوم تلف العين، أو يوم القبض، أو يوم الإقاله، أو
الأعلى من هذه القيم، و لو وجده معييا فله أرش العيب، لان الجزء الفائت بالعيب بمنزله التالف فيضمنه كما يضمن الجميع.

التاسعه [فى أحكام العينه]:

قد تكاثرت الروايات بذكر العينه و لم أقف فى الكتب الفقهيه على من تعرض لذكرها بهذا العنوان الا ما سيأتى من نقل كلام
لابن إدريس فى السرائر قال ابن الأثير فى النهايه و فى حديث ابن عباس أنه كره العينه، و هو أن يبيع من رجل سلعه بثمان معلوم
إلى أجل مسمى، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به، فان اشترى بحضره طالب العينه سلعه من آخر بثمان معلوم و قبضها
فباعها من طالب العينه إلى أجل، فقبضها ثم باعها المشتري من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن فهذه أيضا عينه، و هى أهون من
الأولى، و سميت عينه لحصول النقد الذى لصاحب العينه، لأن العين هى المال الحاضر من النقد، و المشتري إنما يشتريها ليبيعها
بعين حاضره يصل إليه معجله انتهى.

و قال ابن إدريس فى كتاب السرائر على ما نقله عنه بعض الأصحاب و ذكر شيخنا فى الاستبصار فى كتاب المكاسب باب العينه
و هى بالعين غير المعجمه المكسوره- و الياء الساكنه و النون المفتوحه مخففه و الهاء المنقلبه عن تاء، و معناها فى الشريعه هو أن
يشتري السلعه بثمان مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك (1) نقدا ليقضى ديناً عليه ممن قد حل له عليه و يكون الدين الثانى و هو العينه
من صاحب الدين الأول روى ذلك أبو بكر الحضرمي، مأخوذ ذلك من العين: و هو النقد الحاضر انتهى و هو يرجع الى المعنى
الأول، الذى ذكره فى النهايه، و الواجب نقل ما وقفت عليه

ص: ٩٣

(١-١) قوله بدون ذلك: يعنى بأدون و أنقص، لا أن الدون بمعنى الغير.

من الاخبار الوارده بذلك فى المقام. و الكلام ذيل كل منها بما يكشف عن معناه نقاب الإبهام.

الأول: ما رواه

فى الكافى عن إسماعيل ابن عبد الخالق (1) فى الصحيح قال:

« سألت أبا الحسن عليه السلام، عن العينه و ذلك أن عامه تجارنا اليوم يعطون العينه فأقص عليك كيف نعمل قال: هات قلت: يأتينا الرجل المساوم يريد المال فيساومنا و ليس عندنا متاع فيقول: أربحك ده يازده و أقول أنا: ده دوازده، فلانزال نترأض حتى نترأض على أمر، فإذا فرغنا قلت له: أى متاع أحب إليك ان اشترى لك؟ فيقول: الحرير لانه لا- يجد شيئا أقل و ضيعه منه، فأذهب و قد قاولته من غير مبايعه فقال: أليس إن شئت لم تعطه و ان شاء لم يأخذ منك؟ قلت: بلى، قلت فأذهب فأشترى له ذلك الحرير و أما كس بقدر جهدى ثم أجيء به الى بيتى فأبايعه فربما ازددت عليه القليل على المقاوله، و ربما أعطيته على ما قاولته، و ربما تعاسرنا و لم يكن شىء، فإذا اشترى منى لم يجد أحدا أغلى به من الذى اشتريته منه، فيبيعه منه، فيجيئنى ذلك فيأخذ الدراهم، فيدفعها اليه و ربما جاء فيحيله على، فقال: لا تدفعها الا الى صاحب الحرير، قلت: و ربما لم يتفق بينى و بينه البيع به، فأطلب اليه ليقيله منى فقال: أو ليس لو شاء لم يفعل و ان شئت أنت لم ترد، فقلت: بلى لو أنه هلك فمن مالى قال: لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس».

أقول: ما اشتمل عليه هذا الخبر هو المعنى الثانى من المعنيين اللذين ذكرهما فى النهايه، و إطلاق كلام ابن إدريس شامل لهذه الصوره أيضا، لأن قوله ثم يبيعه بدون ذلك أعم من أن يكون البيع على من اشترى منه أو على غيره.

و فى الخبر أيضا دلالة على أنه لا يختص العينه بما إذا كان الغرض منها قضاء دين عليه كما يشعر به كلام ابن إدريس، و ان كان قد ورد ذلك فى جملة من أخبار المسأله لأن ظاهر الخبر المذكور انما هو أخذ المال لينتفع به.

و ظاهر هذا الخبر و غيره من أخبار العينه أن الغرض من ذلك هو الحيله فى

ص: ٩٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٣.

الخروج من الربا، بأن يجيء الرجل محتاجا الى مبلغ من النقد يريد به إلى مده بنفع يكون لصاحب النقد في ذلك المال ضمن المده المذكوره، فيشترى منه متاعا بقيمه زائده على القيمه الواقعيه مؤجله عليه إلى مده معلومه بينهما، فإذا اشتراه واستقر الثمن في ذمه المشتري و هو طالب العينه باعه من صاحبه الأول أو غيره بثمان أنقص مما اشتراه و قبض ثمنه، وبقى ذلك المبلغ الأول عليه الى حلول الأجل، فربما تعذر عليه بعد حلول الأجل فيتعين أيضا من ذلك الشخص أو غيره ليوفى دينه، السابق.

فقوله في الخبر يأتينا الرجل المساوم يريد المال، أى المال النقد، و انما يريد اقتراضه إلى مده بنفع يكون فيه، و هذه المساومه بده دوازه و نحوها الى آخر ما ذكر انما هو حيله فى التخلص من الوقوع فى الربا، قوله لم يجد أحدا أعلى به، أى لم يجد أحدا يشتري منه بثمان غال كثير، و أما منعه عليه السلام لقبول الحواله و منعه من الدفع الا الى صاحب الحرير فلا أعرف له وجهها، و لهذا حملة بعض مشايخنا على الكراهه.

قوله و ربما لم يتفق بينى و بينه البيع الى آخر الخبر معناه أنه ربما لم يتفق بينى و بين طالب العينه البيع، فالتمس من الذى باعنى المتاع أن يفسخ البيع الذى بينى و بينه، و يقبل متاعه، فقال عليه السلام أو ليس البيع الأول الذى وقع بينك و بينه لازما بحيث أنه لو شاء لم يفسخ البيع، و لو شئت أنت عدم الرد لم يجب عليك الرد، فقال: بلى الأمر كذلك، و لو هلك المتاع قبل الفسخ كان من مالى فقال عليه السلام إذا لم تعد هذا الشرط أى إنشاء لم يقبل، و ان شئت لم ترد فلا بأس، فهو من عدا يعدو أى تجاوز.

الثانى: ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن الحسين بن المنذر. (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يجيئنى الرجل فيطلب العينه فاشترى له المتاع من أجله ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكانى قال: فقال: إذا كان بالخيار إنشاء باع، و ان شاء لم يبع، و كنت أيضا بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتريه فلا بأس، قال:

ص: ٩٥

فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون: ان جاء به بعد أشهر صلح فقال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس به».

أقول ما ذكره في هذا الخبر هو المعنى الأول من المعنيين المذكورين في النهايه، و من هذا الخبر يظهر أن مذهب العامه تحريم العينه، لأن المراد بأهل المسجد علماء العامه الذين كانوا يجلسون في مسجد النبي صلى الله عليه و آله، لأجل نشر العلوم، و تعليم الناس و الى ذلك يشير كلام صاحب النهايه المتقدم، و قوله عليه السلام «إذا كان بالخيار» الى آخره كناية عن تحقق البيع و لزومه واقعا، بمعنى أنه إذا تحقق البيع الأول و جميع شروط الصحه فلا بأس بشراء ك منه، و كان العامه كانوا يشترطون الفصل بين البيعين بمدته مدیده، فقال عليه السلام: انما هذا تقديم و تأخير، فلا مدخل له في الجواز ثم لا يخفى أن الخبر المذكور و ان كان مطلقا بالنسبه إلى التأجيل و عدمه، و حصول النفع و عدمه، الا- أنه يجب حمله على غيره من أخبار المسأله كالخبر المتقدم و غيره، و كان ذلك لمعلومية الحكم من لفظ العينه كما عرفت من معناها آنفا.

الثالث: ما رواه

في الكافي و التهذيب عن منصور بن حازم (١) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوبا بعينه، فقال: ليس عندي و هذه دراهم فخذها و اشتر بها فأخذها، و اشترى ثوبا كما يريد، ثم جاء به ليشتريه منه؟ فقال: أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟ فقلت: بلى، فقال: ان شاء اشترى و ان شاء لم يشتر قال: فقال: لا بأس به».

أقول: الا- اشتراء هنا قد وقع و كاله عن صاحب الدراهم، و الغرض هنا انما تعلق بالسؤال عن الشراء على هذه الكيفيه، و قوله عليه السلام، «أ ليس ان ذهب الثوب» الى آخره بمعنى أن ضمان الثوب على الذي اعطى الدراهم: و أن الذي اشتراه بالخيار بين أن يشتريه من صاحب الدراهم، و أن لا- يشتريه، مما يوضح أن الشراء الأول انما كان و كاله عن صاحب الدراهم، لا أنه أقرضه الدراهم فشري بها لنفسه

ص: ٩٤

لأنه لو كان كذلك لكان الزيادة التي يوقعها صاحب العينة ربا، ولا معنى لقوله في الخبر ثم جاء به ليشتريه منه، والظاهر كما استظهره بعض مشايخنا عطر الله مراقدهم أنه قد سقط لفظ «قلت: بلى» بعد قوله «و ان شاء لم يشتري» من قلم النساخ، فان المعنى لا يستقيم الا- بذلك، وحاصله أنه عليه السلام قال للسائل أولا: لا ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم، فأجاب بلى، فقال له ثانيا: «أ ليس ان شاء اشترى و ان شاء لم يشتري» فأجاب بلى، قال: «فقال: لا- بأس» والخبر لم يذكر فيه بقيه أحكام العينة، لأن الغرض انما تعلق بالسؤال عن هذا الأمر الخاص.

الرابع: ما رواه

في التهذيب عن منصور بن حازم (١) في الصحيح قال:

« قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينه، فيقول له الرجل أنا أبصر بحاجتي منك، فأعطني حتى اشترى فيأخذ الدراهم فيشتري حاجته ثم يجيء بها الى الرجل الذي له المال فيدفعها اليه، فقال: أ ليس إنشاء اشترى و ان شاء ترك، و ان شاء البائع باعه و ان شاء لم يبيع؟ قلت: نعم، قال: لا بأس». و التقريب في هذا الخبر كما في سابقه و هو أوضح دلالة لما عرفت في الأول (٢).

الخامس: ما رواه

المشايخ الثلاثة برد الله مضاجعهم، عن بشار بن يسار (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسي و يشتريه من صاحبه الذي

ص: ٩٧

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٥٢.

٢- ٢) قال ابن إدريس في كتاب السرائر: و إذا أخذ الإنسان من تاجر مالا و اشترى به متاعا يصلح له ثم جاء به الى التاجر ثم اشتراه منه لم يكن بذلك بأس، لأنه وكيل التاجر نائب عنه في الشراء، و يكون التاجر مخيرا بين أن يبيعه، و ان لا يبيعه، فان كان الإنسان الذي هو الوكيل اشتراه لنفسه في ذمته لا بعين مال موكله ثم نقد الثمن على أنه ضامن له لم يكن للتاجر عليه سبيل، و ان اختلفا في ذلك فالقول قول الوكيل دون الموكل، و ان كان الوكيل شراه بعين مال موكله فان الملك يقع للتاجر الذي هو الموكل دون الوكيل انتهى منه رحمه الله.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ التهذيب ج ٧ ص ٤٧ الفقيه ج ٣ ص ١٣٤.

يبيعه منه؟ قال: نعم لا- بأس، فقلت: أشتري متاعى؟ قال: ليس هو متاعك و لا- بقرک و لا- غنمک». أقول هذه هي العينه على ما عرفت، و أنه يدفع له قيمه ما اشتراه منه و يجعل الأول دينا عليه إلى الأجل المعلوم بينهما، و السائل توهم المنع، لأنه يشتري متاع نفسه، و أجابه عليه السلام بأنه قد انتقل عنك بالبيع الأول الذى جعلت ثمنه نسيئه، فليس هو متاعك، و انما هو متاع المشتري و أنت تريد شراءه منه».

السادس: ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى بكر الحضرمى (١) فى الحسن قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل تعين ثم حل دينه فلم يجد ما يقضى أ يتعين من صاحبه الذى عينه و يعطيه؟ قال: نعم».

السابع: ما رواه أيضا

عن الحضرمى (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

يكون لى على الرجل الدراهم فيقول لى: بعنى شيئا أقضيك فأبيعه المتاع ثم أشتريه منه فاقبض مالى؟ قال لا بأس به».

الثامن: ما رواه

فى الكافى عن هارون بن خارجه (٣)

«قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام: عينت رجلا- عينه فقلت له: اقضنى فقال: ليس عندى تعينى حتى أقضيك قال: عينه حتى يقضيك».

و رواه

فى الفقيه عن صفوان الجمال (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: عينت رجلا- عينه فحلت عليه فقلت: اقضنى» الحديث. دلت هذه الاخبار على التعين ثانيا من صاحب العينه الأولى كما ذكره ابن إدريس، و كأنه لم يطالع إلا على خبر الحضرمى و لا اختصاص لها بهذه الصورة، لما عرف فى ما تقدم و هو أن يشتري طالب العينه من صاحب الطلب متاعا بما يزيد على قيمته السوقية مؤجلا عليه، ثم يشتريه البائع بأنقص و يدفع الثمن الى صاحب العينه، ثم ان طالب العينه يدفعه لصاحب الطلب عن طلبه

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٨.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٨.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٥.
- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٨٣.

السابق، و يبقى قيمه ما باعه عليه أولا في ذمته ديناً عليه.

العاشره [في أحكام العربون]

قال ابن الجنييد: العربون من جمله الثمن، و لو شرط المشتري للبائع أنه ان جاء بالثمن، و الا فالعربون له كان عوضاً عما منعه من البيع، و هو التصرف في سلعته، قال في المختلف بعد نقل ذلك عن ابن الجنييد: و المعتمد أن يكون من جمله الثمن، فان امتنع المشتري من دفع الثمن و فسخ البائع العقد و جب عليه رد العربون.

لنا الأصل بقاء الملك على المشتري، فلا ينتقل عنه الا بوجه شرعي، و ما رواه

وهب (١) عن الصادق عليه السلام قال:

«كان أمير المؤمنين عليه السلام، يقول: لا يجوز بيع العربون الا ان يكون هذا من الثمن». ثم نقل عن ابن الجنييد انه احتج

بقوله عليه السلام (٢)

«المؤمنون عند شروطهم». ثم أجاب عنه بان المراد الشروط السائغة.

أقول: ما نقله من الرواية بلفظ هذا من الثمن هو الموجود في التهذيب، و في غيره، «الا أن يكون نقداً من الثمن» و الظاهر على هذا أن يكون من الثمن بدلاً من نقد.

و كيف كان فالظاهر ضعف ما ذكره ابن الجنييد ان لم يكن ذلك الشرط في عقد صحيح لازم، لوجوب الوفاء بالشرط - و منع كونه سائغاً كما ذكره العلامة - لا أعرف له وجهاً، نعم لو وقع ذلك من غير أن يكون في عقد لم يلزم، الا ان يقال: بوجوب الوفاء بالوعد كما دل عليه ظاهر القرآن، و يدل عليه أيضاً بعض الاخبار، و اليه جنح بعض مشايخنا المتأخرين و هو قوي.

الحادية عشر [جواز الرشوة لدفع الظلم المتعدى]:

روى الشيخ في التهذيب عن حكم بن حكيم الصيرفي (٣) قال:

«سمعت أبا الحسن عليه السلام، و سأله حفص الأعمور فقال: ان السلطان يشرون منا القرب و الادواء فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا، فترشوه حتى لا يظلمنا، فقال:

ص: ٩٩

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٣٤.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٥.

لا بأس ما تصلح به مالك، ثم سكت ساعه ثم قال: إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط؟ قلت: نعم قال: فسدت رشوتك».

أقول: فيه دلالة على جواز الرشوة لدفع الظلم المتعدى، والظاهر أن الجواز إنما هو بالنسبة إلى المعطى لا إلى القابض، فإنها محرمة عليه البتة، لأنه إنما أعطى لأجل دفع ظلمه، وهذا إنما يوجب زيادة في التحريم.

و أما إعطاء الوكيل هنا لأجل أن يقبل أقل من الحق الواجب أدائه، فإنه محرم البتة، ولهذا قال عليه السلام لما سأله أنه بعد أخذ الرشوة يأخذ أقل من الشرط يعنى الحق الذى شرط عليه فقال نعم: «فسدت رشوتك» فان ذلك خيانه و ظلم، و هو ظاهر.

و الله العالم بحقائق أحكامه و أولياؤه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

كتاب الدين

إشارة

و لنقدم هنا جملة من الاخبار الواردة فى الاستدانه فإن كتابنا هذا كتاب أحكام و أخبار كما لا يخفى على من تأمله بعين الفكر و الاعتبار،

فروى سماعه (1) فى الموتى قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشىء يتبلغ به و عليه دين أ يطعمه عياله حتى يأتى الله عز و جل بميسره، فيقضى دينه؟ أو يستقرض على ظهره فى خبث الزمان و شدة المكاسب، أو يقبل الصدقة؟ قال: يقضى بما عنده دينه، و لا يأكل من أموال الناس الا - و عنده ما يودى إليهم حقوقهم، ان الله عز و جل يقول (2) «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و لا يستقرض على ظهره الا و عنده وفاء، و لو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة و اللقمتين و التمره و التمرتين، الا ان يكون له ولى يقضى دينه من بعده، ليس منا من يموت الا جعل الله له ولىا يقوم فى عدته و دينه فيقضى عدته و دينه».

ص: ١٠٠

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٩٥ التهذيب ج ٨ ص ١٨٥ الوسائل الباب ٢- من أبواب الديون.

٢- ٢) سورة النساء الآية ٢٩.

و روى عبد الرحمن بن الحجاج (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«تعوذوا بالله من غلبه الدين، و غلبه الرجال و بوار الأيم». أقول الأيم التى لا زوج لها و بوارها كسادها، و فى التهذيب «نعوذ بالله».

و فى كتاب معانى الأخبار روى عن الكاهلى

«انه سأل أبا عبد الله عليه السلام أ كان على عليه السلام يتعوذ من بوار الأيم؟ فقال: نعم، و ليس حيث تذهب انما كان يتعوذ من العاهات، و العامه يقولون بوار الأيم و ليس كما يقولون». قيل: لعل المراد أن التعوذ منه انما هو البوار الذى يكون من جهة العاهه بها لا مطلق البوار، و ان كانت صحيحه ليس بها بأس.

و عن مسعده بن صدقه (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا وجع الا وجع العين، و لا هم إلا هم الدين.

و بهذا الاسناد (٣) قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الدين ربقه الله عز و جل فى الأرض، فإذا أراد الله جل اسمه أن يذل عبدا وضعه فى عنقه.

و عن عبد الله بن ميمون القداح (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام، عن آبائه عن على عليهم السلام قال:

«إياكم و الدين فإنه مذلّه بالنهار مهمه بالليل، و قضاء فى الدنيا و قضاء فى الآخرة».

و روى ابن إدريس فى مستطرفات السرائر من كتاب المشيخه لابن محبوب عن أبى أيوب عن سماعه (٥) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل منا يكون عنده الشىء يتبلغ به و عليه دين، أ يطعمه عياله حتى يأتى الله بميسره فيقضى دينه؟ أو يستقرض على ظهره فى جذب الزمان و شدة المكاسب أو يقضى بما عنده دينه و يقبل

ص: ١٠١

١-١) الكافى ج ٥ ص ٩٢ التهذيب ج ٨ ص ١٨٣.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٠١.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٠١.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٩٥ التهذيب ج ٨ ص ١٨٣.

٥-٥) الوسائل الباب-٤- من أبواب الدين.

الصدقه قال: يقضى بما عنده دينه و يقبل الصدقه، و قال: لا يأكل أموال الناس الا و عنده ما يؤدي إليهم حقوقهم، ان الله تعالى يقول (١) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» و قال ما أحب له أن يستقرض الا و عنده و فاء بذلك، اما في عقده أو تجاره، و لو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمه و اللقمتين، الا أن يكون له ولى يقضى دينه عنه من بعده، ثم قال: انه ليس منا من يموت الا جعل الله له ولىا يقوم فى دينه فيقضى عنه».

و عن حنان بن سدير (٢) عن أبيه، عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«كل ذنب يكفره القتل فى سبيل الله الا الدين، فإنه لا كفاره له الا أدائه أو يقضى صاحبه، أو يغفر الذى له الحق».

و عن معاويه بن وهب (٣) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انه ذكر لنا أن رجلا من الأنصار مات و عليه ديناران دينا فلم يصل عليه رسول الله صلى الله عليه و آله و قال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنها عنه بعض قرابته، فقال: أبو عبد الله عليه السلام ذلك الحق ثم قال: ان رسول الله صلى الله عليه و آله انما فعل ذلك ليتعظوا و ليرد بعضهم على بعض، و لئلا يستخفوا بالدين، و قد مات رسول الله صلى الله عليه و آله و عليه دين، و قتل أمير المؤمنين عليه السلام، و عليه دين، و مات الحسن عليه السلام و عليه دين، و قتل الحسين عليه السلام و عليه دين» (٤).

ص: ١٠٢

١-١ (١) سورة النساء الآيه-٢٧.

٢-٢ (٢) الكافى ج ٥ ص ٩٤.

٣-٣ (٣) الكافى ج ٥ ص ٩٣.

و فى كتاب كشف المحججه لابن طاوس (١)قال:

«رأيت فى كتاب إبراهيم بن محمد الأشعري الثقة بإسناده عن أبى جعفر عليه السلام، «قال: قبض على عليه السلام و عليه دين ثمان مائة ألف درهم، فباع الحسن عليه السلام ضيعة له بخمس مائة ألف درهم، و قضاها عنه و باع ضيعة له بثلاثمائة ألف فقضاها عنه و ذلك أنه لم يكن يزرأ من الخمس شيئاً و كانت تنوبه نواب».

قال: و رأيت فى كتاب عبد الله بن بكير (٢) بإسناده عن أبى جعفر عليه السلام

«أن الحسين عليه السلام قتل و عليه دين، و أن على بن الحسين عليهما السلام، باع ضيعة له بثلاثمائة ألف فقضى دين الحسين عليه السلام و عدات كانت عليه».

و عن موسى بن بكر (٣)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 ان غلب عليه فليستدن على الله عز و جل و على رسوله صلى الله عليه و آله ما يقوت به عياله، فان مات و لم يقضه كان على الإمام قضاؤه، و ان لم يقضه كان عليه وزره، فان الله عز و جل «يقول إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ إِلَى قَوْلِهِ وَ الْعَارِمِينَ فَهُوَ فقير مسكين مغرم».

و عن العباس بن عيسى (٤)قال:

«ضاق على على بن الحسين عليهما السلام ضيقه فأتى مولى له فقال له: أقرضنى عشرة آلاف درهم الى ميسره، فقال: لا لانه ليس عندى، و لكنى أريد وثيقه، قال: فنتف له من ردايه هديه، فقال: هذه الوثيقه قال: فكان مولاة كره ذلك، فغضب عليه السلام فقال: أنا أولى بالوفاء أم حاجب بن زراره، فقال: أنت أولى بذلك منه، قال فكيف صار حاجب بن زراره يرهن قوسا و هى خشبه على مائة حماله، و هو كافر فيفى و أنا لا أفى بهديه ردائى؟ قال: فأخذها الرجل منه و أعطاه الدراهم و جعل الهدبه فى حق، فسهل الله عز و جل له المال فحمله الى الرجل، ثم قال: له أحضرت مالك فهات وثيقتى،

ص: ١٠٣

١-١) الوسائل الباب-٢-من أبواب الدين الرقم ١١.

١-٢) الوسائل الباب-٢-من أبواب الدين الرقم ١٢.

٢-٣) الوسائل الباب-٢-من أبواب الدين الرقم ٢.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٩٦.

فقال له: جعلت فداك ضيعتها فقال: إذا لا- تأخذ مالك مني، ليس مثلي من يستخف بدمته، فقال: فأخرج الرجل الحق فإذا فيه الهدبه، فأعطاها علي بن الحسين عليهما السلام الدراهم، فأخذ الهدبه فرمى بها ثم انصرف».

و عن موسى بن بكر (١) قال:

«ما أحصى ما سمعت أبا الحسن عليه السلام ينشد:

فان يك يا أميم علي دين

فعمران بن موسى يستدين

». قيل: المراد موسى بن عمران و انما قلب محافظه علي الوزن.

و عن موسى بن بكر (٢) قال:

«من طلب الرزق من حله فغلب فليستقرض علي الله عز و جل و علي رسوله صلى الله عليه و آله».

و عن أيوب بن عطيه الحذاء (٣) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: أنا أولى من كل مؤمن بنفسه، و من ترك مالا فللوارث، و من ترك ديناً أو ضياعاً فالي و علي». و الضياع بالفتح العيال.

و عن أبي موسى (٤) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك يستقرض الرجل و يحج؟ قال: نعم، قلت: يستقرض و يتزوج؟ قال: نعم انه ينتظر رزق الله غدوه و عشيه».

أقول: الوجه في الجمع بين هذه الاخبار هو جواز الاستدانه علي كراهه، و روايتا سماعه المتقدمتان محمولتان علي شدة الكراهه و تأكدها، لما عرفت أولاً- من استدانه الأئمه عليهم السلام، و ثانياً بما دلت عليه روايه موسى بن بكر و روايه أبي موسى من أنه يستقرض علي الله و أنه ينتظر رزق الله.

و يؤكده ما رواه

الشيخ عن صفوان بن يحيى عن علي بن إسماعيل عن رجل

ص: ١٠٤

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١١١.

٣-٣) الوسائل الباب-٣-من أبواب كتاب الفرائض و الموارث الى قم ١٤.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١١١.

من أهل الشام (١)» أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل عليه دين قد قده (٢) وهو يخالط الناس، وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام و الشراب فهل يحل له أم لا و هل يحل له أن يتضلع من الطعام أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه و يبلغه؟ قال لا بأس بما أكل».

و الظاهر أنه تزول الكراهه مع الحاجه، و على هذا يحمل استدانه الأئمه عليهم السلام كما يشير اليه خبر استدانه على بن الحسين عليهما السلام قال: في الدروس و لا كراهه مع الضروره، فقد مات رسول الله -عليه و على آله الصلوات و السلام- و الحسنان و عليهم دين، قال: لو كان له مال بإزائه خفت الكراهه، و كذا لو كان له ولى يقضيه و ان لم يجب عليه قضاؤه، فزالت مناقشه ابن إدريس (٣) لأن عدم وجوب القضاء لا ينافى وقوع القضاء، ثم نقل عن الحلبي أنه حرم الاستدانه على غير القادر على القضاء، و كان مراده عدم القدره على الأداء حالا و مؤجلا لعدم شىء عنده.

و يرده ما تقدم من قوله عليهم السلام فى ما تقدم «يستقرض على الله و على رسوله، و أنه ينتظر رزق الله» و كذا ظواهر أخبار الجواز لإطلاقها فى ذلك.

ص: ١٠٥

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٤.

٢- (٢) يقال قده الدين: أى أثقله، و يتضلع: أى امتلى شعبا، و يبلغه من البلغه بالضم و هى ما يكتفى به من العيش. منه رحمه الله.
٣- (٣) و صورته مناقشه ابن إدريس هو ان الشيخ ذكر فى النهايه ان الاولى ان لا يستدين إلا إذا كان له ما يرجع اليه، أو يكون له ولى يعلم انه ان مات قضى عنه، فاعترضه ابن إدريس بأن هذا غير واضح لأن الولى لا يجب عليه قضاء دين من هو ولى له، و خطأه العلامه فى المختلف بان الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولى، بل قال: إذا علم بأن له ولىا يقضى عنه زالت الكراهه، و هو الذى أشار إليه فى الدروس. و أنت خير بان الشيخ قد عول فى ذلك على روايتى سماعه المذكورتين فى الأصل. منه رحمه الله.

ثم انه حيث كان الدين عبارته عما يوجب شغل الذمه، فالظاهر شمول الكراهه هنا للبيع سلفا و نسيئته، بل ربما أمكن شموله للحال مع عدم إحضار النقد، بل تأخيره إلى وقت آخر الا أن يخص الدين بالمؤجل، كما قيل: ان الدين ما له أجل، و القرض ما لا أجل له.

و حيث ان الدين الذى عنوانا به الكتاب أعم من القرض، فالكلام هنا يقع فى مقصدين.

[المقصد الأول فى القرض]

إشاره

و ثوابه جسيم و أجره عظيم، و منعه من الطالب المحتاج اليه ذميم،

فروى الصدوق فى كتاب ثواب الأعمال عن محمد بن حباب القمط (١) عن شيخ كان عندنا قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضا أحب الى من أن أتصدق بمثله، و كان يقول: 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 مثل صدقه دينار واحد فى كل يوم».

و عن الفضيل (٢) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا يريد به وجه الله الا حسب له أجره كحساب الصدقه حتى يرجع اليه».

و عن جابر (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من أقرض مؤمنا قرضا ينظر به ميسوره، كان ماله فى زكاه، و كان هو فى صلاه من الملائكه حتى يؤديه اليه».

و عن هيثم الصيرفى (٤) و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«القرض الواحد بثمانيه عشر و ان مات حسبه من الزكاه».

و روى فى كتاب الهدايه (٥) قال:

قال

ص: ١٠٦

- ٢-٢) الوسائل الباب-٦-من أبواب الدين و القرض.
- ٣-٣) الوسائل الباب-٦-من أبواب الدين و القرض.
- ٤-٤) الوسائل الباب-٦-من أبواب الدين و القرض.
- ٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٣٩٨.

الصادق عليه السلام: مكتوب على باب الجنة الصدقه بعشره، و القرض بثمانيه عشر». و انما صار القرض أفضل من الصدقه لأن المستقرض لا يستقرض الا من حاجه، و قد يطلب الصدقه من غير الاحتياج إليها.

و روى فى كتاب عقاب الأعمال فى حديث (1) عن رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

« من شكى إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزى المحسنين».

و روى الراوندى فى نوادره (2) بإسناده عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الصدقه بعشره، و القرض بثمانيه عشر، و صله الإخوان بعشرين، و صله الرحم بأربع و عشرين».

و روى فى الأمالى فى خبر المناهى (3) قال:

«قال النبى صلى الله عليه و آله، من احتاج إليه أخوه المسلم فى قرض و هو يقدر عليه و لم يفعل حرم الله عليه ربح الجنة».

و روى الشيخ و جملة ممن تأخر عنه فى الكتب الفقهيه منهم العلامة فى جملة من كتبه أن القرض أفضل من الصدقه بمثله من الثواب، و الظاهر كما استظهره بعض مشايخنا المتأخرين أن الضمير فى مثله متعلق بأفضل، بمعنى أن فضل القرض أكثر من الصدقه فى الثواب بقدر المثل، أى أن ثواب القرض ضعف ثواب الصدقه، و ربما أشكل الجمع بينه و بين ما تقدم من أن الصدقه الواحده بعشره، و القرض بثمانيه عشره، حيث ان ظاهر الخبر أن درهم الصدقه بعشره، و درهم القرض بعشرين، و عند التأمل فى ذلك لا إشكال، لأن المفاضله و المضاعفه انما هى فى الثواب، و لا ريب انه إذا تصدق بدرهم، فإنه إنما يصير عشره باعتبار ضم الدرهم المتصدق به حيث أنه لا يرجع، و الحاصل من الثواب الذى اكتسبه بالصدقه فى الحقيقه مع قطع النظر عن ذلك الدرهم انما هو تسعه، و على هذا فتواب القرض و هو ثمانيه عشر ضعف التسعه، لان المفاضله و المضاعفه انما هى فى الثواب المكتسب.

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب-٦- من أبواب الدين و القرض.

٢- (٢) الوسائل الباب-١١- من أبواب المعروف.

٣- (٣) الفقيه ج ٤ ص ٩.

و لك أن تقول ان درهم الصدقه لما لم يكن بعشره الا من حيث عدم رجوع الدرهم فدرهم القرض،لما كان يرجع بعينه،و يرجع ما قبله من الثواب المخصوص بتلك العين،يكون الباقي ثمانية عشر،و على كل من التقديرين فالمضاعفه حاصله.

ثم انه ينبغي أن يعلم أن تحقق أصل الثواب في القرض فضلا عن أفضليته على الصدقه انما يكون مع قصد القربه لله سبحانه،كما في نظائره من الطاعات،فلو قصد به الأغراض الدنيويه لم يترتب عليه ذلك.

و يدل عليه ما رواه

الثقه الجليل على بن إبراهيم القمي في تفسيره بسنده فيه عن حفص (١)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:الربا رباءان أحدهما حلال،والآخر حرام،فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضا طمعا أن يزيده،و يعوضه بأكثر مما يأخذه من غير شرط بينهما،فإن أعطاه أكثر مما أخذه بلا شرط بينهما فهو مباح له،و ليس له عند الله ثواب فيما أقرضه،و هو قوله «فَلَا يَرْبُؤَا عِنْدَ اللَّهِ» و أما الحرام فالرجل يقرض قرضا يشترط أن يرد أكثر مما أخذه فهذا هو الحرام».

و كيف كان فالكلام في هذا المقصد يقع في مواضع

[الموضع الأول [توقف القرض على الإيجاب و القبول]

قد صرح الأصحاب رضوان الله عليهم،بأن القرض عقد يتوقف على الإيجاب و القبول مثل سائر العقود، الا أنه عقد جائز لا لازم،مثل البيع و نحوه،و هو ظاهر في تحقق الملك على المشهور من تملكه بالإيجاب و القبول و القبض (٢)و أما على القول بأنه لا يملك الا بالتصرف فمقتضى ذلك أنه قبل التصرف انما هو بمنزله الإباحه،و على هذا فينبغي أن لا يتوقف على العقد،الا أن يقال:بأن الآثار

ص: ١٠٨

١- (١) الوسائل الباب-١٨- من أبواب الربا و فيه عن المنقرى عن جعفر بن غياث.

٢- (٢) و من أظهرها في وجوب الزكاه على المقترض بعد قبضه مال القرض و دخول الحول عليه عنده،و لو كان اباحه لكان باقيا على ملك المقترض،و كانت الزكاه عليه،و بالجمله فإن ظاهر الاخبار يدل على حصول الملك بذلك لا على مجرد الإباحه،و من الظاهر ان حصول الملك يحتاج الى ناقل شرعى عما كان عليه سابقا فتأمل.منه رحمه الله.

المرتبه على التصرف فى هذا الباب-المغايره للتصرف على وجه الإباحه-تتوقف على ما يدل على جواز التصرف،و ليس الا العقد و القبض،قالوا:و إيجابه أن يقول أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك و عليك عوضه،أو خذه أو تصرف فيه أو انتفع به و نحو ذلك.

و بالجملة فإن صيغته لا تنحصر فى لفظ كالعقود الجائزه،بل كل لفظ دل عليه كفى،الا ان أقرضتك صريح فى معناه،فلا يحتاج إلى ضميمه عليك رد عوضه، و نحوه و غيره من الألفاظ يحتاج إليها،فلو تركها و كان بلفظ التملك أفاد الهبه ان لم يكن ثمه ما يدل على القرض من قرائن المقام،و لم يعلم قصده،لان اللفظ المذكور صريح فى ذلك،و لو كان بلفظ السلف كان فاسدا،لأنه حقيقه فى السلم،و لم يوجد ما يصرف عنه كما هو المفروض،و لم يجتمع شرائطه،و لو كان بغيرهما من الألفاظ الداله على الإباحه فهو على ما يقتضيه ظاهر اللفظ،الا مع القصد إلى الهبه فيدخل فيها، و لو اختلفا فى القصد فالقول قول الموجب،لأنه أبصر بما قاله.

و لو اختلفا فى الهبه بأن ادعى القابض كونه هبه،و ادعى المعطى كونه قرضا فقد قطع فى التذكرة بتقديم قول صاحب المال محتجا بأنه أعرف بلفظه،و أن الأصل عصمه ماله و عدم التبرع،و وجوب الرد على الأخذ

لقوله (1)صلى الله عليه و آله

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». ثم احتمل تقديم دعوى الهبه.

و استشكل فى القواعد و أورد على ما احتج به فى التذكرة بأن لفظ التملك حقيقه فى الهبه،لأنه تمام مفهومه الشرعى،و أما كونه بمعنى القرض فيفتقر إلى ضميمه أخرى،لأنه معنى مجازى يتوقف الحمل عليه على القرينه،و الفرض انتفاؤها،و لا خلاف و لا شبهه فى أن دعوى خلاف الظاهر و الحقيقه-فى سائر العقود-لا- يلتفت إليها،و القصد و ان كان معتبرا الا- أن الظاهر فى الألفاظ الصريحه اقترانها بالقصد،و أنه لو أريد غيره لذكرت القرينه معه،و من هنا أجمعوا على أنه لو ادعى عدم القصد الى البيع و نحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت اليه.

و من ذلك يعلم أن أصاله العصمه قد انقطعت باللفظ الصريح الدال على الانتقال،

ص: ١٠٩

و مثله القول فى الخبر فإنه مع وجود اللفظ الصريح فى الدلالة على النقل عن الملك الرافع للضمان يخرج موضع النزاع من ذلك، و الكلام فى القبول كما تقدم فى الإيجاب من أنه لا ينحصر فى لفظ، بل كلما دل على الرضا بالإيجاب.

و هل يكفى القبول الفعلى و يترتب عليه ما يترتب على القولى من تمام الملك أو إنما يكفى بالنسبة إلى إباحه التصرف خاصه؟ قطع جمع من الأصحاب بالأول، و تنظر فيه بعضهم، و استظهر الثانى إذا عرفت ذلك فالذى يظهر عندى من تتبع الاخبار ان الأمر هنا كما قدمنا شرحه فى كتاب التجاره (1) من سعه الدائره فى العقود، و الاكتفاء فيها بما دل على الرضا، و عدم اشتراط شىء زائد على ذلك.

و الاكتفاء هنا بمجرد الطلب و الإعطاء و أخذ ذلك بالألفاظ الداله على اراده القرض، كما عرفت من حديث استقراض على بن الحسين عليهما السلام المتقدم، فإنه ليس فيه بعد طلبه القرض من مولاه بقوله أقرضنى و المحاوره بينهما فى الوثيقه، الا انه أعطاه المال بعد قبض الوثيقه، فأخذ عليه السلام المال و انصرف، و ليس هنا صيغه و لا عقد زائد على ما ذكر فى الخبر.

[الموضع] الثانى فى حكم النفع المترتب على القرض

أشاره

و الكلام فى ذلك يقتضى بسطه فى موارد

أحدها [تحريم اشتراط النفع فى القرض]:

لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم، فى تحريم اشتراط النفع فى القرض، بل نقل بعض محققى متأخرين المتأخرين إجماع المسلمين على ذلك، و ربما ظهر من بعض الاخبار تحريم حصول النفع، و ان كان لا- بشرط، و الواجب نقل ما وصل إلينا من الاخبار فى ذلك، ثم الجمع بين مختلفاتها و تأليف متشتماتها.

فمنهما ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن محمد بن

ص: ١١٠

مسلم (1) وغيره قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضا و يعطيه الرهن اما خادما و اما آنيه و اما ثيابا فيحتاج إلى شىء من منفعتة، فيستأذنه فيه فيأذن له، قال: إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت: ان من عندنا يرون أن كل قرض يجر منفعة فهو فاسد؟ قال: أو ليس خير القرض ما جر منفعة».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن عبده (2) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القرض يجر المنفعة؟ قال: خير القرض الذى يجر المنفعة».

و ما رواه

فى الكافى عن بشر بن مسلمة (3) و غير واحد عن أخبره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«خير القرض ما جر المنفعة» و رواه الشيخ فى التهذيب عن بشر بن مسلمة عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: قال أبو جعفر عليه السلام»، الحديث.

و ما رواه

الصدوق و الشيخ عن إسحاق بن عمار (4) فى الموثق قال:

«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا فيطول مكثه عند الرجل، لا- يدخل على صاحبه منه منفعة، فينبه الرجل الشىء كراهه ان يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة أ يحل ذلك له؟ قال: لا بأس إذا لم يكونا شرطاه».

و ما رواه

فى الكافى عن إسحاق بن عمار (5) عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«سألت 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 ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن قيس (6) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها، فإن جوزى بأجود منها فليقبل و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه».

فى التهذيب عن أبى بصير (٧) فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام،

ص: ١١١

-
- ١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٥ التهذيب ج ٦ ص ٢٠١.
 - ٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٥ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٢.
 - ٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٥ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٢.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٥ الفقيه ج ٣ ص ١٨١.
 - ٥-٥) الكافى ج ٥ ص ١٠٣.
 - ٦-٦) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٣.
 - ٧-٧) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٣.

قال: «قلت له: الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعها لهم بالأجر فيقولون:

له أقرضنا دنانير فانا نجد من يبيع لنا غيرك، ولكننا نخصك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا قال: لا بأس به، إنما يأخذ دنانير مثل دنانيره، وليس بثوب ان لبسه كسر ثمنه، ولا دابه ان ركبها كسرهما و إنما هو معروف يصنعه إليهم».

و ما رواه

في الفقيه و في التهذيب عن جميل بن دراج (١) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت: أصلحك الله انا نخالط نفرا من أهل السواد فنقرضهم القرض، و يصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر، و لنا في ذلك منفعة؟ قال: فقال لا بأس، و لا أعلمه، الا و قال: لو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم، فقال:

لا بأس».

و ما رواه

الشيخ في الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أقرضت الدراهم ثم جائك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط».

و عن خالد بن الحجاج (٣) قال:

«سألته عن رجل كانت لى عليه مائة درهم عددا فقضاها مائة ورقا قال لا بأس ما لم يشترط، قال: و قال: جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط».

و عن الحلبي (٤) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى وزنا و قد عرف أنها أثقل مما أخذ و يطيب نفسه ان يجعل له فضلها؟ فقال: لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط، و لو وهبها له كملا كان أصلاح».

و عن أبي الربيع (٥) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلا

ص: ١١٢

١-١) الفقيه ج ٣ ص ١٨٠ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠١.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.

٥-٥) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.

دراهم فرد عليه أجود منها بطيب نفسه، وقد علم المستقرض و القارض انه انما أقرضه ليعطيه أجود منها قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض».

و ما رواه

في التهذيب عن إسحاق بن عمار (١) في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يرهن الثوب أو العبد أو الحلوى أو المتاع من متاع البيت، فيقول صاحب الرهن للمرتهن: أنت في 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 عن علي بن محمد (٢) قال:

«كتبت اليه القرض يجز المنفعه هل يجوز أم لا؟ فكتب عليه السلام، يجوز ذلك عن تراض منهما ان شاء الله».

و عن يعقوب بن شعيب (٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً؟ قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجز شيئاً، فلا يصلح، قال: و سألته عن الرجل يأتي حريفه و خليفه فيستقرضه الدنانير فيقرضه، و لولا 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».

و ما رواه

في الكافي عن غياث بن إبراهيم (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«ان رجلاً أتى علياً عليه السلام فقال له: ان لى على رجل دينا فأهدى الى هديه قال: احسبه من دينك عليه».

و عن هذيل بن حيان أخى جعفر بن حيان الصيرفي (٥) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انى دفعت الى أخى جعفر مالا فهو يعطينى ما أنفقته و أحج به و أتصدق، و قد سألت من قبلنا فذكروا أن ذلك فاسد لا يحل، و أنا أحب أن انتهى الى قولك،

ص: ١١٣

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٥.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٠٣.

فقال لى: أ كان يصلك قبل ان 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».

و ما رواه

الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده على بن جعفر (١) عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل اعطى رجلا مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم، أو أقل أو أكثر قال: هذا الربا المحض».

هذا ما حضرنى من اخبار المسألة و جلها كما ترى متفق الدلالة و واضح المقالة على حل الانتفاع بما يحصل فى القرض، و يترتب عليه من المنافع الا مع الشرط.

و اما ما دل عليه صحيح يعقوب بن شعيب مما ينافى ما ذكرناه فقد حملة الشيخ على الكراهه تاره، و على الشرط اخرى، و الأقرب عندى حملة على التقيه لما يفهم من الخبر الأول و خبر هذيل بن حيان، فان ظاهرهما ان مذهب العامة تحريم القرض الذى يجر المنفعة مطلقا.

و قد رووا

عن النبى صلى الله عليه و آله

«ان كل قرض يجر المنفعة فهو حرام» (٢). و لهذا تكاثرت الاخبار ردا عليهم، بأن خير القرض ما جر المنفعة، و انما منعت فى صورته الشرط خاصة، كما تقدم فى الاخبار خصوصا

روايه خالد بن الحجاج من قوله عليه السلام

«جاء الربا من قبل الشروط، انما يفسده الشروط».

و اما ما دل عليه خبر غياث بن إبراهيم من حساب الهدية من الدين، فحملة الشيخ على الهدية الغير المعتاده أو المشترطه جمعا بين الاخبار، و حملة بعضهم على الاستحباب، و لا بأس به، و يشير الى ذلك قول عليه السلام فى موثق إسحاق بن عمار «و ما أحب له أن يفعل» بعد ان صرح بالجواز، و لا منافاه فى ذلك لباقي الأخبار، فإن غايه ما يدل عليه الجواز، و هو لا ينافى الكراهه.

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل الباب ١٩- من أبواب الدين الرقم ٨.

٢- (٢) المستدرک- ج ٢ ص ٤٩٢ الجامع الصغير- ج ٢ ص ٩٤ ط احمد حنفى لكن فيهما «فهو ربا».

و على هذا ينبغي ان يحمل مفهوم روايه هذيل بن حيان،فان ظاهرها تخصيص جواز القول بما إذا كان يصله سابقا قبل دفع ماله اليه،و مفهومه عدم الجواز لو كان بعد دفع المال،و ما ذاك الا من حيث ترتب النفع على دفع المال،فيحمل حينئذ على الكراهه جمعا (1)و يشير الى ذلك ايضا قوله في آخر حسنه الحلبي المتقدمه «و لو وهبها له كان أصلح»فكأنما بالهبة تزول الكراهه،و حينئذ فيمكن القول بالجواز على كراهه الا ان ظاهر

قولهم عليهم السلام

«خير القرض ما جر المنفعه». ربما نافي ذلك،فإنه لا تثبت الخيره مع الكراهه.

و بعدم الكراهه صرح ايضا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك،فقال بعد قول المصنف«لو تبرع المقترض بزياده في العين أو الصفه جاز»:لا- فرق في الجواز بين كون ذلك من نيتهما أو عدمه،و لا- بين كونه معتادا أو عدمه بل لا يكره قبوله،للأصل و إطلاق النصوص بذلك،

و قد روى ان النبي صلى الله عليه و آله (٢)

«اقترض بكرا فرد باذلا (٢)رباعيا،وقال:ان خير الناس أحسنهم قضاء». و روى مثله كثيرا عن الصادق عليه السلام انتهى.

ص: ١١٥

١- ١) و يحتمل ايضا الحمل على التقيه بل الظاهر انه الأقرب كما يشير اليه قوله في آخر الخبر إذا قدمت العراق فقل:جعفر بن محمد أفتاني بهذا،فإنه حيث كانت هذا الفتوى موافقا لما عليه العامه من تحريم النفع أمر بإضاعتها و عدم كتمانها منه رحمه الله.
٢- ٣) البازل الذي تم له ثمان سنين ثم يقال له باذل عام و باذل عامين و هكذا كل سنه.منه رحمه الله.

و يؤيده ما ذكره أيضا

صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم؟ فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد، فيقول:

يا بنى ردها على الذى استقرضتها منه فأقول: يا أبت ان دراهمه فسوله و هذه خير منها فيقول: يا بنى ان هذا هو الفضل فأعطه إياها».

أقول: الظاهر أن قوله عليه السلام، «ان هذا هو الفضل» إشاره إلى قوله عز و جل (٢) «وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» و يمكن الجمع - بأن هذه الاخبار حيث أنك قد عرفت ظهور الكراهه من الاخبار التي أشرنا إليها - بأن يقال: لا منافاه بين استحباب إعطاء الفضل من المقترض و ان كره على المقترض أخذه، الا - ان اجراء هذه الحمل فى اخبار «خير القرض ما جر المنفعه» لا يخلو من تعسف و تكلف.

و

ثانيها [بطلان القرض إن اشترط فيه النفع]

الظاهر أن لا خلاف بين الأصحاب فى بطلان القرض و عدم افادته الملك متى اشتمل على اشتراط النفع.

بل نقل فى المسالك الإجماع على ذلك، قال: و مستنده

«ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله (٣) أنه قال: كل قرض يجر منفعه فهو حرام». و المراد مع الشرط، إذ لا خلاف فى جواز التبرع. انتهى. و حينئذ فمع شرط الزيادة تصير الزيادة و الإقراض و الاقتراض حراما، و كذا التصرف فى المال المقترض مع العلم، و يكون مضمونا كالمغصوب، لان المفروض بطلان العقد بذلك، فيترتب الأحكام المذكوره، فلو قبضه كان مضمونا عليه، كالبيع الفاسد للقاعده المشهوره «من أن

ص: ١١٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٤ التهذيب ج ٧ ص ١١٥ الفقيه ج ٣ ص ١٨١.

٢- (٢) سورة البقره، الايه ٢٣٧.

٣- (٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢ الجامع الصغير ج ٢ ص ٩٤ ط احمد حنفى لكن فيهما «فهو ربا».

كل عقد يضمن بصحيحه، يضمن بفاسده» ونقل عن ابن حمزه أنه ذهب الى كونه أمانه و هو ضعيف، لما عرفت.

أقول: أما ما ذكروه من تحريم الشرط المذكور فهو مما لا- اشكال فيه، و ما ذكروه من بطلان أصل العقد فان كان من حيث اشتماله على الشرط الفاسد، و كل عقد كان كذلك فهو باطل، فقد عرفت الخلاف في ذلك فيما تقدم، الا ان الظاهر أنه ليس البطلان هنا عندهم مبنيًا على ذلك، و لهذا انما استند شيخنا المتقدم ذكره بعد دعوى الإجماع الى الخبر النبوي المذكور، و هو صريح فيما ذكره، الا- أن الظاهر أن الخبر المذكور انما هو من طريق العامه، فإنني لم أقف عليه بعد التبع في شيء من كتب أخبارنا، و أخبار المسألة المتقدمه على كثرتها و تعددها ليس فيها اشعار فضلا عن الدلاله الصريحه ببطلان أصل العقد، بل الظاهر منها انما هو بطلان الشرط، فان مفهوم نفي البأس مع عدم الشرط في كثير مما تقدم من الاخبار انما -توجه إلى الزيادة، كما لا يخفى على المتأمل فيها.

فمنها موثقه إسحاق بن عمار (1) المشتمله على أنه ينيله الشيء بعد الشيء كراهه أن يأخذ ماله أ يحل ذلك؟ قال: لا بأس إذا لم يكونا شرطاه» و هو ظاهر في أن السؤال انما هو عن حل الزيادة، فأجاب عليه السلام بالحل مع عدم الشرط، و مفهومه أنه مع الشرط لا تحل، و أما أصل العقد فلا تعرض في الخبر له بوجه.

و قس على ذلك غيره من الاخبار التي مثله في هذه العبارة مثل خبر إسحاق الثاني و حسنه الحلبي و نحو ذلك قوله عليه السلام في صحيحه محمد بن قيس:

«و لا يأخذ أحدكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه». فإنه نهى عليه السلام عن أخذ الزيادة بالشرط.

و بالجملة فإن الأخبار المتقدم لا دلالة فيها و لو بنوع اشاره على بطلان العقد من أصله، و لا أعرف لهم دليلا إلا الإجماع المدعى كما عرفت، و المسألة لذلك محل

ص: ١١٧

ثالثها [حكم الزيادة العينيه و الحكميه] :

لا- يخفى أن الزيادة التي يحرم اشتراطها في القرض -و يجوز أخذها مع عدم الشرط- اما أن يكون عينيه و هو ظاهر، أو حكميه كدفع الجيد بدل الردى و الصحيح بدل المكسور، و الكبير بدل الصغير، و لا إشكال في صورته عدم الاشتراط في أن المقرض يملك الزيادة المذكوره ملكا مستقرا بقبضه ذلك، لأنها تابعه للعين، كان ذلك استيفاء لحقه.

و انما الإشكال في الزيادة العينيه كما لو دفع اثنا عشر من عليه عشره، فهل يكون الحكم في هذه الزيادة كالزيادة الحكميه؟ بناء على أنها معاوضه عما في الذمه، غايته كونه متفاضلا، و هو مع عدم الشرط جائزا أو أنه يكون الزائد بمنزله الهبه- فيترتب عليه أحكامها التي من جملتها الرجوع في العين ما دامت موجوده على بعض الوجوه، نظرا الى أن الثابت في الذمه انما هو مقدار الحق، فالزائد تبرع خالص، و إحسان محض، و عطيه منفرده- اشكال.

قال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك و بعد أن اعترف بأنه لم يقف فيه على شيء ما صورته: و لعل الثاني أوجه، خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك عن مالكة على وجه اللزوم انتهى و هو جيد.

و يؤيده أن غايه ما يفهم من الاخبار المتقدمه هو حل ذلك له، و ان كان على كراهيه كما قدمنا ذكره، و هو لا ينافي جواز الرجوع مع وجود العين، و أما ما ذكره المحقق الأردبيلي (قدس سره) في هذا المقام- حيث قال- بعد نقل حسنه الحلبي المتقدمه الداله على أن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدد اثم يعطى وزنا الى آخره-: و فيها دلالة على أن الزيادة هبه مستأنفه يجرى فيها أحكامها، و لا يحتاج إلى صيغته على حده، بل يكفي الإعطاء بطيب النفس عوضا، فيجرى فيه أحكام المعوضات،

ص: ١١٨

١- ١) و بموجب ما ذكرناه انه لو أقرضه بشرط شيء من النفع عينيا أو حكما فان القرض صحيح يملكه المقرض، و انما يحرم ما اشترطه من النفع خاصه- منه رحمه الله.

كما هو مقتضى الأصل و القواعد، و قد تردد فيه في شرح الشرائع، ثم رجح ما رجحناه، و قال: و لم أقف ثم نقل باقى العبارة كما قدمناه.

ففيه أولا- أنه لا- يخفى أن كلام شيخنا الشهيد الثانى المتقدم انما هو فى الزيادة العينيه، و الذى تضمنه الخبر انما هو الزيادة الحكيميه، فإن الثقل الحاصل فى الدرهم انما هو من قبيل الحكيميه، كما تقدم فى دفع الكبير بدل الصغير، و قد عرفت أنه لا إشكال فى انتقالها و ملك المقرض لها.

و ثانيا أن عبارة الخير «و لو وهبها له كان أصلح» ظاهره فى أن ما تضمنه السؤال و الجواب أولا انما يعطى مجرد الإباحه التى قد بنينا سابقا على دخول الكراهه فيها، و قد ذكرنا أن قوله «و لو وهبها» الى آخره إنما أريد به الإشاره إلى دفع الكراهه، بأن يهبه الزيادة بصيغه شرعيه، ليخرج بذلك من الكراهه، فظاهر الخبر انما هو ان الدفع انما كان على جهه الإباحه و العطيّه المطلقه، و أن الامام عليه السلام، استدرك ذلك بقوله «و لو دفع ذلك على وجه الهبه لكان أصلح».

و فيه إشاره الى أن الذى ذكر فى الخبر أولا- على غير الوجه الأصح لا- أن الروايه دلت على كون الزيادة هبه كما فهمه، و فرع عليه ما ذكره، فان توسط (لو) فى المقام ظاهر فى تغاير ما قبلها، و ما بعدها و أن ما بعدها، فرض آخر، بمعنى أن الأصح أن يكون كذلك، و ما ذكرناه بحمد الله سبحانه ظاهر للنظر.

و

رابعها [الخلاف فى رد الصحاح عوضا عن المكسره] :

قد عرفت تحريم اشتراط النفع فى القرض مطلقا عينيا كان أو حكيميا، و قال الشيخ فى النهايه: و ان أعطاه الغله و أخذ منه الصحاح شرط ذلك أو لم يشترط لم يكن به بأس، و قال أبو الصلاح يجوز القرض بشرط أن يعطيه عوض الغله صحاحا، و عوض المصوغ من الذهب عينا، و من الفضة ورقا، و عوض نقد مخصوص من خالص الذهب و الفضة العتيق من نقد غيره، و يلزم ذلك مع الشرط، و مع عدمه ليس له الا مثل ما أقرض الا أن يتبرع أحدهما.

و قال ابن حمزه يصح اشتراط الصحيح عن الغله، و كذا قال ابن البراج، و ظاهر كلام أكثر هؤلاء هو استثناء اشتراط أخذ الصحاح عن الغله من القاعده

المتقدمه، و زاد أبو الصلاح على ذلك ما هو مذكور في عبارته.

و قال ابن إدريس لا يجوز أن يشترط رد الصحاح عوضا عن المكسره، و به أفتى جمله من تأخر عنه، و هو كذلك.

و نقل عن الشيخ و من معه الاستناد فيما ذكره الى ما رواه

عن يعقوب بن شعيب (1) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله و يأخذ منه الدراهم الطازجيه (2) طيبه بها نفسه قال: لا بأس». و ذكر ذلك عن علي عليه السلام.

و رده الأصحاب بأنه لا دلالة فيه على ما ادعاه، إذ لم يذكر فيه الشرط، و غايته أنه مطلق، فيجب تقييده بعدم الشرط، جمعا بينه و بين ما دل من الاخبار المتقدمه على تحريم الاشرط، و لا سيما

صحيح محمد بن قيس (3) فإنه نص في المطلوب حيث قال فيه:

«من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها».

و ظاهر المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) هنا الميل الى ما ذكره الشيخ و من تبعه، و تعميم الحكم في المنفعه الحكميه لا بخصوص ما في عبارته النهايه، بل نقل عن الشيخ و الجماعه المذكورين العموم أيضا، قال «قدس سره»: و أما اشتراط الزيادة و صفا مثل أن يشترط الصحيح عوضا عن المكسور فنقل عن الشيخ و جماعه جوازه، و لأنه مثل اشتراط الجيد عوض الردى، و للأصل، و عدم ظهور دخوله تحت الربا، و عدم دليل آخر من إجماع و نحوه، و خبر العامه ليس بصحيح، و معارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جمله من الاخبار المتقدمه المطلقه في جواز

ص: ١٢٠:

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠١.

٢-٢) قال في المختلف و يريد بالطازجيه الدراهم البيض الجيده، و هي بالطاء غير المعجمه و الزاي و الجيم انتهى و قال في المسالك: و المراد بالطازج الخالص و بالغله غيره و قال في السرائر الطازجيه: بالطاء غير المعجمه و الزاء المعجمه و الجيم: الدراهم البيض الجيد، و الغله مكسره الدراهم منه رحمه الله.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٣.

أخذ نفع القرض، الى أن قال: نعم يمكن حملها على ما إذا لم يشترط جمعا بين الأدله.

ثم أورد جملة من الروايات الداله على نفى البأس ما لم يشترط، ثم ذكر صحيحه محمد بن قيس، وقال: هذه صريحه فى المنع و التحريم عن الزيادة الوصفيه، الى أن قال: فلو لا الحمل، بل و لو لا هذه الروايه لكان قول الشيخ و الجماعه قويا بما تقدم، مع عدم نص صحيح فى المنع فى الوصف، لأن الأخبار المتقدمه إنما دلت بالمفهوم على البأس مع الشرط، و هو أعم من الكراهه و التحريم، فكان الحمل على الكراهه أولى فتأمل.

و فيه أولا- أن ما نقله عن الشيخ و الجماعه من عموم الجواز فى الزيادة الوصفيه مطلقا لا- أعرف له وجهها، و قد قدمنا لك عبارتهم، و كيف لا- و الشيخ فى النهايه مصرح فى غير موضع بتحريم الزيادة وصفيه أو عينيه مع الشرط (1) و انما استثنى هذا الفرد الذى قدمنا نقله عنه، و هو مدلول روايته التى نقل عنه الاستناد إليها.

و ثانيا أنه قد تقدم فى روايه خالد بن الحجاج «انما يفسده الشروط» و هو أعم من أن يكون الزيادة المشروطه عينيه أو وصفيه، و لكن له الجواب هنا بأن الخبر غير صحيح، كما يشير اليه قوله «مع عدم نص صحيح فى المنع فى الوصف».

و ثالثا قوله «فكان الحمل على الكراهه أولى» فإن فيه أن الاولى انما هو العكس، لان ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم فى تلك الاخبار و ان كان أعم من الكراهه و التحريم كما ذكره، الا أن صحيحه محمد بن قيس لما صرحت بالتحريم- كما اعترف به- فالمناسب حمل هذا الإطلاق فى هذه الاخبار عليها، و تقييده بها، كما

ص: ١٢١

١- ١) فمن ذلك قوله فإذا أقرض الإنسان مالا، فرد عليه ما هو الأجود منه من غير شرط كان ذلك جائزا، و ان أقرض وزنا فرد عليه عددا أو أقرض عددا و رد عليه وزنا من غير شرط زاد أو نقص بطيبه نفسه منها لم يكن بذلك بأس، ثم قال: «و ان أعطاه الغله» العبارة المتقدم نقلها عنه فى الأصل، و هو كما ترى ظاهر فى تخصيص الجواز بهذه الصوره. منه رحمه الله.

خامسها [فى وجوب أخذ الأجود]:

قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) بعد البحث فى المسأله و تقديم جملة من الاخبار التى قدمناها: ثم ان ظاهر الاخبار المتقدمه و جوب أخذ الأجود، ذكره فى التذكرة، و ليس ببعيد، و عدم الأخذ ببعيد، و تكليف المقترض بغير الأجود منفى بالأصل، و بأنه فضل ماله و زياده بلا- مانع، فيجب القبول، و لدخوله تحت مثل المال. نعم يمكن المنع فى الزياده العينيه، و هنا أيضا لا ينبغى مع عدم المنه، بل قد يكون المنه له لو قبل، الى آخر كلامه (زيد فى إكرامه).

و فيه نظر أما أولا فإن ما نقله عن التذكرة و نفى عنه البعد من ظهور الاخبار فى وجوب أخذ الأجود- لا اعرف له وجهها، فإن غايه ما تدل عليه الاخبار المشار إليها هو نفى البأس عن أخذ الأجود، كما تضمنته صحيحه الحلبي (١) و روايه خالد بن الحجاج، (٢) و حسنه الحلبي، (٣) و روايه أبى الربيع، (٤) و هو ان لم يدل على البأس- كما قيل ان نفى البأس، يشير إلى البأس- لم يدل على الوجوب، على أن الوجوب حكم شرعى يحتاج الى دليل صريح واضح.

و أما ثانيا فلما عرفت فيما تقدم فى المورد الأول من أنه يكره للمقترض قبول الزياده عينيه أو وصفيه، فكيف يتم الوجوب عليه، و قد أوضحنا ذلك من جملة من الاخبار، و بذلك أيضا صرح الشيخ فى النهايه حيث أنه- بعد أن عد جملة من المواضع التى يجوز قبول الزياده فيها عينيه أو وصفيه مع عدم الشرط، قال:

«و الاولى تجنب ذلك أجمع، و هو مؤيد لما ذكرناه حيث فهم من الاخبار ما فهمناه.

و أما ثالثا فان ما ذكره من الوجوه التخريجه زاعما دلالتها على الوجوب حيث قال بعدها: فيجب القبول عجيب من مثله (قدس سره) فان مثل هذه العلل التخريجه لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه، إذ الأدله عندنا منحصره فى الكتاب و السنه، و على تقدير زيادتهم الإجماع و دليل العقل فلا إجماع فى المقام، و لا دليل عقليا، لانحصار ذلك عندهم فى الاستصحاب و البراءه الأصلية.

ص: ١٢٢

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠١.

٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٠١.

على أن قوله و تكليف المقترض بغير الأجداد منفي بالأصل، معارض بأن مقتضى القواعد أن التكليف انما يقع بما استقر في الذمه، و جواز الزائد على ذلك انما خرج هنا مخرج الرخصه، فالأصل ان أريد به بمعنى القاعده، فالدليل مقلوب عليه، كما عرفت، و غير هذا المعنى لا وجه لاحتماله هنا، و بالجملة فإن الكلام المذكور لا يخلو عن مجازفه و قصور و الله العالم.

الموضع الثالث [في أن القرض يملك بالقبض]

المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أن القرض يملك بالقبض، و كثير منهم لم يذكر خلافا في ذلك، و قيل: بأنه يملك بالتصرف، و نقل عن الشهيد (رحمه الله عليه) في بعض حواشيه أنه نسب هذا القول الى الشيخ، و في الدروس نسب القول المشهور الى الشيخ، و حكى الآخر بلفظ قيل.

احتجوا للقول المشهور بأن التصرف فرع الملك و تابع له، فيمتنع كونه شرطا فيه، و الا لزم الدور. و توجيهه أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا، لقبح التصرف في مال الغير، فلو كان لا يصير ملكا حتى يتصرف فيه لزم توقف التصرف على الملك، و الملك على التصرف و هو دور.

و رد بمنع تبعيه التصرف للملك، و عدم تسليم قولكم أن التصرف لا يجوز حتى يصير ملكا، فإنه يكفي في جواز التصرف اذن المالك، كما في غيره من المأذونات، و لا شك في حصول الإذن بالإيجاب و القبول، فيكون ذلك سببا تاما في جواز التصرف، و ناقصا بالنسبه إلى إفاده الملك، فإذا تصرف حصل تمام الملك، كذا ذكره في المسالك.

و أورد عليه المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) بأن الاذن انما حصل من المالك بأن يكون مالكا و يكون عليه العوض لا مطلقا، كما في سائر المعاوضات فإنها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بأن الإذن قد حصل، و لانه يشكل جميع التصرفات، لأن الوطى مثلا لا يمكن الا بالملك أو التحليل، و معلوم عدم الثاني، فإذا لم يكن

الأول لم يجز، وكذا البيع ونحوه، فإنه لا يجوز لغير مالكة إلا بالوكالة، أو فضولا ان جوز، و معلوم انتفاؤهما انتهى (1) و هو جيد.

ثم انه فى المسالك ايضا قال-على أثر الكلام المتقدم: ثم انه ان كان التصرف غير ناقل للملك و اكتفينا به، فالأمر واضح، و ان كان ناقلا أفاد الملك الضمنى قبل التصرف بلحظه يسيره، كما فى العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك. و نقل فى الدروس أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن الملك مطلقا، و على هذا فلا اشكال من هذا الوجه بالنسبه إلى التصرف الناقل انتهى.

و اعترضه أيضا المحقق المتقدم ذكره هنا فقال: على أثر الكلام المتقدم- و لا يجعل حصول الملك قبل التصرف بلحظه كما فى العبد المأمور بعقده للضرورة، إذ لا- ضروره هنا، مع أن فيه ما فيه، لانه ليس بواضح، و لا موجب له، و لهذا ترك المحقق الثانى ذلك التأويل.

و فيه أيضا و قال: نقول: ان هذا العبد ملك للمأمور بالدليل الشرعى، و بما نصرف فيه و موجه و لا يضر ذلك انتهى.

ثم انه قال فى المسالك ايضا: و يؤيد هذا القول أصله بقاء الملك على أصله الى أن يثبت المزيل، و ان هذا العقد ليس تبرعا محضا، إذ يجب فيه البدل، و ليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحه بشرط العوض، و لا يتحقق الملك معه الا مع استقرار بدله، و كالمعاطاه، و مع ذلك كله فالعمل على المشهور، بل لا يكاد يتحقق الخلاف انتهى.

ص: ١٢٤

١- ١) أقول: معنى كلامه (قدس سره) حيث أن عبارته لا يخلو من تعقيد أن الإذن انما حصل من المالك الذى هو المقرض بأن يكون القرض ملكا للمقترض، و عليه عوضه، فالإذن انما حصل بهذا النحو كما فى سائر المعاوضات، و لا ريب أن هذا القائل يدعى بطلان المعاوضه ما لم يتصرف المقترض فى القرض، و حينئذ فإذا كانت المعاوضه باطله لا يمكن أن يقال بأنه يجوز التصرف بأصل الإذن بأنه قد حصل، و إلا لزم مثله فى غيره من المعاوضات الباطله، و هو معلوم البطلان منه رحمه الله.

و ظاهر كلامه (قدس سره) هو ان الأقوى بحسب القواعد المقرره بينهم هو هذا القول، لعدم تماميه الدليل الذى احتج به للقول المشهور بناء على ما قرره، و تأيد هذا القول بما ذكره من هذه الأمور، و أنه انما صار الى القول المشهور من حيث الشهره، بل عدم تحقق المخالف فى ذلك.

أقول و على هذا النهج كلام غيره فى هذا المقام من علمائنا الاعلام، و العجب منهم (قدس الله ارواحهم و نور أشباحهم) فى الركون الى هذه التعليلات. و ما أكثروا فيها من التطويلات، و أخبار أهل البيت عليهم السلام ظاهره فى القول المشهور أتم الظهور، بل هى كالنور على الطور و منها

صحيحه زراره (١) قال:

«قلت لأبى جعفر (ع): رجل دفع الى رجل مالا قرضا على من زكاته على المقرض أو على المقترض؟ قال: لا بل زكاتها ان كانت موضوعه عنده حولا- على المقرض، قال: قلت: فليس على المقرض زكاتها 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 زكاه، قال:

قلت: أ فيزكى مال غيره من ماله؟ قال: انه ماله ما دام فى يده، و ليس ذلك المال لأحد غيره، ثم قال: يا زراره أ رأيت وضعه ذلك المال أو ربحه لمن هو و على من هو؟ قلت: للمقترض، قال: فله الفضل و عليه النقصان، و له أن ينكح و يلبس منه و يأكل منه، و لا ينبغى له أن يزكيه فإنه عليه جميعا».

فانظر إلى صراحه هذا الخبر المذكور فى الدلالة على القول المشهر بأوضح دلالة، لا يقتربها شائبه القصور، و يؤيده غيره من الاخبار الداله على وجوب الزكاه على المقرض، و ان لم تكن بهذه الصراحه.

و بذلك يظهر لك ان ما قدمنا نقله عنهم كله من قبيل التطويل بغير طائل، و التردد الذى لا يرجع الى حاصل، و لا سيما دعوى قوه هذا القول النادر، و انما

ص: ١٢٥

أطلقنا الكلام بنقله لتحيط علما بالحال، و أنه لا ينبغي الاقتصار على مراجعه كلامهم بدون الرجوع الى كتب الاخبار، فكم لهم من غفله مثل ما عرفت في هذا المضمار، و لما في ذلك أيضا من مزيد الفائدة في تشحيد الذهن بممارسه هذه التحقيقات، و ما يترتب عليها من الفوائد في أمثال هذه المقامات.

ثم انه بناء على ما ذكره من الخلاف فرعوا عليه بأن يظهر فائده الخلاف في مواضع، منها جواز الرجوع في العين ما دامت باقيه، و وجوب قبولها لو ردها المقترض، و في النماء قبل التصرف، و في نفقته لو كان حيوانا، و في وقت انعقاده لو كان ممن ينعق على المقترض.

أقول: و من أظهر ذلك أيضا الزكاه الا أنهم لم يذكروها، ثم انه على تقدير القول المذكور فالمراد بالتصرف الذي يوجب الملك هل هو التلف للعين أو الناقل للملك، أو مطلق التصرف و ان لم يزل الملك، أو كل تصرف يستدعي الملك؟ فلا يكفي الرهن احتمالات، و حيث قد عرفت ضعف القول المذكور بما ذكرنا من الصحيحه الصريحه الداله على القول المشهور، فلا فائده في التطويل بما يتعلق به زياده على ما ذكرنا للفرض المتقدم ذكره.

الموضع الرابع [في جواز الرجوع في العين ما دامت باقيه]

قد عرفت فيما تقدم أن من جمله ما جعلوه مظهرا للخلاف المتقدم هو جواز الرجوع في العين ما دامت باقيه على القول الغير المشهور، لأنها لم يخرج عن ملك المقرض، و عدم الجواز بناء على المشهور، حيث أن المستقرض ملكها بالعقد و القبض، و لم يبق للمقرض إلا- عوضها من القيمة أو المثل، فليس له الرجوع فيها، إلا- أنه يظهر من جمله منهم تفرع ذلك أيضا على القول المشهور من الملك بمجرد القبض، فإن القائلين بهذا القول اختلفوا في ذلك، فقال الشيخ في المبسوط و الخلاف: يجوز للمقرض أن يرجع في عين القرض.

وقال ابن إدريس: ليس له ذلك الا- برضا المقرض، و هو مذهب العلامة و المحقق و من تأخر عنهما، و استدلوا عليه بأنه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه لا انتقال حقه الى المثل أو القيمة.

احتج الشيخ (رحمه الله عليه) بأنه كالهبة فى جواز الرجوع فيها، و أوجب بالمنع من المساواه بين المسألتين، و توضيحه أنه قد ثبت ملك المستقرض للعين بالقرض و القبض، و أن اللازم للمقرض فى الذمه إنما هو المثل أو القيمة، و ثبوت التخيير فى الرجوع فى الهبة بدليل خارج لا يستلزم انسحابه الى ما لا دليل فيه.

و عندى فيه إشكال، فإن المفهوم من كلامهم و قواعدهم أن الفسخ موجب لرجوع كل شىء إلى أصله، لأن معناه إبطال أثر العقد السابق الذى رتبته الشارع عليه قبل العقد، و هو هنا كونه ملكا للمقرض، فإذا لم تخرج العين الموجوده بالفسخ عن ملك المقرض و أن الذى للمقرض إنما هو المثل أو القيمة فهذا مقتضى العقد أولاً، فأى أثر لهذا الفسخ يترتب عليه.

و بما ذكرناه يشكل ما ذكره المتأخرون من ابن إدريس و من تبعه من أن القرض عقد جائز يجوز فسخه من الطرفين، ثم يدعون بعد الفسخ أنه ليس له الرجوع الى العين، و إنما يرجع بالمثل أو القيمة، و كذا عدم وجوب قبوله مع رد المقرض له على مالكة، مع أن هذا هو مقتضى أصل العقد كما عرفت، فأى أثر ظهر هنا للفسخ.

و بما ذكرنا يظهر لك أيضاً ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى فى الاستدلال للقول المشهور- حيث قال: و يمكن الاحتجاج للمشهور بنسأ على الملك بالقبض بأن الأصل فى ملك الإنسان ان لا- يتسلط عليه غيره الا برضاه، و الثابت بالعقد و القبض للمقرض إنما هو البدل، فيستصحب الحكم الى أن يثبت المزيل، و لأسند له يعتد به الا كون العقد جائزاً يوجب فسخه ذلك.

و فيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذى يدعيه، إذ لا دليل عليه، و ما أطلقوه من كونه جائزاً لا يعنون ذلك، لأنه قد عبر به من ينكر هذا المعنى و هو الأكثر، و إنما

يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء، وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا- مشاحه في الاصطلاح، و ان كان مغايرا لغيره من العقود الجائزه من هذا الوجه، و حينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى، إذ لا دليل صالحا على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور، فيبقى للملك و ما ثبت في الذمه حكمها الى ان ثبت خلافه و هذا هو الوجه انتهى (١).

و فيه أنك قد عرفت بما ذكرنا أن الاستصحاب-الذى أعتمده في بقاء الحكم الأول و هو الذى أشار إليه في آخر كلامه فيبقى للملك الى آخره-قد ارتفع و زال بالفسخ، سواء فسر به الجواز أم لا و الا لم يكن لهذا الفسخ أثر بالكلية، و المعلوم من القواعد الشرعيه خلافه.

ص: ١٢٨

١- ١) أقول: و التحقيق أن يقال ان قلنا بأن القرض من العقود الجائزه- كما هو المشهور بينهم- فإنه يرجع المالك فى العين مع وجوده له أخذها، لأنها و ان كانت قد صارت ملكا للمقترض، الا أنه ملك متزلزل مراعى بعدم مطالبه المالك بالعين ما دامت موجوده، و حينئذ فيكون مثل الهبه على بعض الوجوه، و كالبيع فى زمن الخيار، لان الفرض ان العقد جائز غير لازم، و قضيه جوازه ذلك. و أما حكم الأكثر بجوازه مع المنع من الرجوع فى العين، و انما يرجع بالعوض الذى فى الذمه، فإنه يرد عليهم أن هذا مما يوجب كون العقد لازما لا- جائزا، و ان قلنا بلزومه كما هو ظاهر الأدله التى ذكرناها فى الأصل، فإنه يرجوعه ليس له الا العوض الذى فى الذمه، لأن العين قد انتقلت منه بالعقد الى المقترض و خرجت عن ملكه، فصار حقه العوض، فلو طالبت فإنما حقه بالعوض. و فسخه العقد على هذه الكيفيه إنما يوجب العوض، أما لو حصل التفاسخ من الطرفين و الإقاله من الجانبين فالواجب دفع العين مع وجودها، و الا فالعوض، لانه لا فرق بينه و بين سائر العقود اللازمه من بيع و غيره، فكما أنه متى تفاسخ المتبايعان و حصلت الإقاله من عقد البيع فإنه يرجع كل عوض الى مالكة مع وجوده و الا فعوضه من مثل أو قيمه، فكذلك هنا و الله العالم منه رحمه الله.

فالتحقيق أن كلامه (قدس سره) في هذا المقام يرجع الى القول بالزوم، و ان تستر عنه بما هو أوهن من بيت العنكبوت، و ذلك فان مظهر الجواز و الزوم هنا انما هو بالنسبه الى مال المقرض، فان قلنا يكون عقد القرض من العقود الجائزه، ترتب عليه صحه الرجوع مع وجود العين، و ان قلنا أنه من العقود اللازمه فليس له الا العوض المستقر في الذمه و ان كانت العين موجوده.

و ما تستر به من تسميته جائزا باعتبار استحقاق العوض الذي في الذمه فيرجع اليه كلام قشري، فإن ذلك ثابت بأصل العقد، سواء سمى جائزا أو لازما، و مجرد التسميه بذلك من غير ثمره ترتب عليها لا معنى له، و بالجمله فإن الاستفادة من الصحيحه المتقدمه في سابق هذا الموضع هو حصول الملك بالقبض، و مقتضاه أن الثابت في الذمه انما هو العوض من قيمه أو مثل، و أما أنه بعد رجوع المالك فيما دفعه مع وجود عينه هل له العين أو العوض؟ فلم أقف فيه على نص.

و الموافق لقواعدهم من أن القرض عقد جائز - و أنه يفسخ بالفسخ من الطرفين، أو أحدهما، و أن الفسخ يوجب رد كل شيء إلى أصله، لأنه يرجع إلى إبطال العقد السابق - هو ما ذكره الشيخ من الرجوع إلى العين مع وجودها، و إلا - فالعوض (1) إلا أن أكثرهم كما عرفت على خلافه، من أنه انما يرجع إلى العوض و ان كانت العين موجوده، و لا - مخرج من ذلك إلا - بالقول بأن العقد لازم، و انه بالفسخ يرجع إلى العوض الذي في الذمه، كما نبه عليه شيخنا المشار إليه آنفا، مع أنهم لا يقولون

ص: ١٢٩

١ - ١) حيث قال في الاحتجاج للشيخ (رحمه الله عليه) و يمكن تعليقه أيضا بالاتفاق على أن عقد القرض جائز، و من شأن العقد الجائر أن من اختار فسخه رجع إلى عين ماله، لا إلى عوضه، كالهبة و البيع بالخيار، فلو جاز فسخ القرض من دون أخذ العين لأدى إلى لزومه، و مقتضى فسخ العقد الجائر ان يرجع كل منهما إلى عوضه مع بقاءه، و إلى بدله مع تلفه، و خروج هذا العقد عن هذا الحكم مع جوازه لا وجه له، و أما رجوعه بالعوض الذي ثبت في ذمه المقرض بالقبض فالحق فيه أنه انما يناسب لزوم المعاوضه لا جوازها أيضا انتهى منه رحمه الله.

باللزم.

و كيف كان فإن المسأله لعدم النص مع تدافع كلامهم فى المقام محل اشكال و الله العالم.

الموضع الخامس [فى أن القرض من العقود الجائزه]:

قد عرفت ان المشهور ان القرض من العقود الجائزه التى يجوز الرجوع فيها من الطرفين بل ادعى عليه الإجماع، و على هذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم، و بذلك صرحوا أيضا، و كذا كل شرط سائغ، و ان كان يستحب الوفاء بذلك، و عللوا الأول بأن القرض تبرع، و المتبرع به ينبغى له الخيار فى تبرعه متى أراد الرجوع إليه فى المجلس أو غيره، الا- أن يشترط التأجيل فى عقد آخر لازم، أما فى نفس عقد القرض فلا، لأنه جائز فلا يلزم ما شرط فيه، حيث أن الشرط جزء من العقد يتبعه فى لزومه و جوازه.

و يظهر من المحدث الكاشانى فى المفاتيح القول بلزوم العقد المذكور، و لزوم التأجيل متى اشترط فى العقد، و هو الظاهر من الأدله الشرعيه كما ستقف عليه.

و الى ذلك أيضا يميل كلام المحقق الأردبيلى (رحمه الله) و ظاهر الفاضل الخراسانى الميل الى ذلك ايضا.

و الذى وقفت عليه من الأدله الشرعيه فى المقام مما يدخل فى سلك هذا النظام قوله عز و جل (١) «إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» و هى شامله للسلم و النسيه و القرض، و نحوها من الديون

و روايه الحسين بن سعيد (٢) قال:

« 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 فى حياته فقال: إذا مات فقد حل مال القارض.»

ص: ١٣٠

١- ١) سورة البقره الآيه-٢٨٩.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٢- من أبواب الدين الرقم-٢.

والتقريب فيها من وجهين أحدهما-تقريره عليه السلام للسائل في أن الأجل لازم في القرض مطلقا (١) بل ظاهره كون ذلك في عقد القرض، و ثانيهما-دلالته بمفهوم الشرط الذي هو حجه عند المحققين، و عليه دلت الاخبار أيضا على صحة التأجيل و روايه ثواب الأعمال المتقدمه في صدر المقصد (٢)

و قوله عليه السلام

«من أقرض قرضا و ضرب له أجلا» الحديث.

و ما ذكره

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) حيث قال

«و روى من أقرض قرضا و لم يرد عليه عند انقضاء الأجل كان له من الثواب في كل يوم صدقه دينار».

و هذان الخبران- كما ترى كالاية و الخبر المتقدم- صريحان في صحة التأجيل في عقد القرض، و ارتكاب التأويل فيها بأن الأجل قد وقع في عقد آخر لازم لما يتجشمه من له أدنى فهم و رويه بمعرفه سياق الكلام، و متى ثبت صحة الشرط و لزومه ثبت لزوم أصل العقد لاتفاقهم على أن لزوم الشرط تابع للزوم العقد، و هم انما منعوا من لزوم التأجيل في عقد القرض بناء على اتفاقهم على جوازه، و حملوا روايه الحسين بن سعيد على الاستحباب تفاريا من طرحها.

و فيه أن الحمل على الاستحباب فرع وجود المعارض، و ليس الا مجرد اتفاقهم المدعى في المقام مع تأيد الروايه المذكوره بما ذكرنا من عموم الآيه و خبري ثواب الأعمال و كتاب الفقه و غيرهما مما ستعرف إنشاء الله تعالى.

قال المحدث الكاشاني (قدس سره) بعد نقل نحو ما قدمنا عنهم: «و فيه نظر» مع أنه ينفيه عمومات الوفاء بالعقود، و التزام الشروط، و خصوص (٤) «من مات و قد أقرض إلى أجل يحل»، و أيضا ينافيه قول الأكثر بعدم جواز الارتجاع

ص: ١٣١

١-١) قوله مطلقا اي سواء كان في عقد آخر لازم أو في نفس عقد القرض-منه رحمه الله.

٢-٢) ص ١٠٩.

٣-٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٠.

٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠.

كما مر، إلا أن (١) يقال: المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البذل متى شاء وفيه أنه لا فرق بينه وبين اللازم حينئذ، غير أنه لا يقع مؤجلا، وفيه كما ترى، مع أن قوله إلى أجل والحديث المذكور يناهزان بخلافه، مضافا إلى العمومات فإن كان إجماعا و إلا فالعمل على الظواهر انتهى.

و هو جيد و أيده المحقق الأردبيلي (عطر الله مرقده) أيضا بما دل على وجوب الوفاء بالوعد، قال في شرح الإرشاد- بعد أن نقل عنهم الاستدلال على بطلان اشتراط التأجيل في العقد بالأصل مع عدم وجبه، إذ القول ليس بموجب عندهم و الإجماع:- ما ملخصه و لكن نفهم وجوب الوفاء بالوعد من العقل و النقل، إلا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك، و إلا كان القول به جيدا كما نقل عن بعض العامة (٢) إلى أن قال بعد نقل كلام لهم في البين: و الظاهر أن دليله الإجماع، و الأصل مع عدم الموجب، كما مر، إلا- أن ما قلناه مما يدل على وجوب الوفاء بالوعد و العقد مثل «أَوْفُوا» و «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» و المسلمون عند شروطهم» و غير ذلك يدل على اللزوم، و لو وجد القائل به لكان القول به جيدا جدا، و ان لم يكن بعدم الخروج عن قولهم أيضا دليل واضح، إذ الإجماع غير واضح

ص: ١٣٢

١- ١) إشاره إلى ما تقدم عن اعتذار شيخنا الشهيد الثاني عن الأكثر تحمل الجواز على هذا المعنى، وفيه ما ذكره مع ما سيأتي في البحث أيضا إنشاء الله تعالى منه- رحمه الله.

٢- ٢) نقل العلامة في التذكرة عن مالك أن القرض يثبت له الأجل ابتداء و انتهاء بأن يقرضه مؤجلا و يقرضه حالا ثم يؤجله، ثم أجاب عن دليله بأن المؤمنين عند شروطهم لا يدل على الوجوب، فتحمل على الاستحباب. أقول: لا يخفى أنهم في غير موضع قد استدلووا على وجوب الوفاء بالشرط لهذا الخبر و أفتوا به، و قد عرفت من الاخبار المذكورة في الأصل، و ظاهر الآيه ما فيه الكفايه الداله على المراد، و لا سيما روايه الحسين بن سعيد- منه- رحمه الله.

و لا دليل غيره،الا أنه يحتاج إلى جراه انتهى ملخصا.

أقول:لا يخفى أن ما ذكره هنا و كرره من توقف القول-بعد وجود الدليل عليه على قائل بذلك من المتقدمين-ضعيف واه،بل أوهن من بيت العنكبوت و أنه لأوهن البيوت،إذ لا- يخفى على الخائض فى الفن و المتدبر لما وقع للأصحاب سيما المتأخرين من الاختلاف،و كثره الأقوال فى المسائل الشرعيه أنهم لم يجروا على هذه القاعده التى ذكرها.

و توضيح ذلك هو أنه لا يخفى أن أول من فتح هذا الباب من التفريع فى الأحكام و كثره الأقوال هو الشيخ و المرتضى (رضى الله عنهما)،و قد نقل بعض الأصحاب انحصار الفتوى فى زمن الشيخ و برهه من الزمان بعده فيه(قدس سره) و لم يبق الا حاك عنه و ناقل حتى انتهت النوبه الى ابن إدريس،ففتح باب الطعن على الشيخ،ثم انتشر الخلاف فى المسائل الشرعيه،و تعددت الأقوال فيها على ما هى عليه الآن،حتى أنك لا تجد حكما من الأحكام الا و قد تعددت فيه أقوالهم بل من الواحد منهم فى كتبه الا الشاذ النادر منها و لو أنهم اتفقوا على كلام الشيخ و المرتضى اللذين هما أول من فتح هذا الباب لما اتسعت الدائره الى هذا التعدد فى الأقوال الموجوده الان،فكيف استجاز هذا المحقق المنع من الفتوى بما قام عليه الدليل،لعدم قائل به من المتقدمين،مع أن من تقدمه من المتأخرين لم يلتزموا به، و لم يقفوا عليه، و لله در شيخنا الشهيد الثانى(طيب الله مرقده)حيث قال فى المسالك فى مسئله«ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه»،بعد الطعن فى الإجماع و نعم ما قال:

و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل.

التى ادعوا فيه الإجماع،إذا قام الدليل على ما يقتضى خلافهم،و قد اتفق ذلك لهم كثيرا،و لكن زله المتقدم متسامحه بين الناس دون المتأخر انتهى و هو جيد رشيق كما لا يخفى على من نظر بعين التحقيق.

و بالجمله فإن مقتضى ما ذكرنا من الآيه و الاخبار و المؤيدات المذكوره هو صحة التأجيل فى القرض و لزوم عقده، و ليس لها مقابل يمنع من العمل بها، و يوجب ارتكاب التأويل فيها سوى مجرد دعويهم الاتفاق على الجواز، و عدم صحة التأجيل حيث أنه لا يصح تأجيل الحال.

قال فى الشرائع: «و لو شرط التأجيل فى القرض لم يلزم، و كذا لو أجل الحال لم يتأجل، و فيه روايه مهجوره يحمل على الاستحباب»، و أشار بها الى روايه الحسين بن سعيد المتقدمه.

و فيه زياده على ما عرفت أن ثبوت الحلول له مع إطلاق العقد لا ينافى التأجيل مع اشتراطه، فإن إطلاق عقد البيع يقتضى حلول الثمن الا أن يشترط تأجيله، و بعين ذلك يقال فى القرض، فإنه عقد أو جب انتقال العين المقترضه إلى المقترض و ثبوت عوضها فى ذمته حالا، و لا مانع من اشتراط تأجيله إذا حصل التراضى عليه، و بالجمله ان مجرد كونه حالا لا ينافى التأجيل إذا اشترط.

ثم ان الذى يظهر من شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هو لزوم العقد، و لزوم شرط التأجيل، حيث قال فى شرح قول المصنف: «و لو شرط التأجيل فى القرض» الى آخره: و يجيء على ما قررناه من لزومه على ذلك الوجه احتمال لزوم هذا الشرط، مضافا الى عموم

قوله صلى الله عليه و آله (١)

«المؤمنون عند شروطهم». و غير ذلك مما دل على لزوم ما شرط فى العقد اللازم، إذ ليس هذا العقد على حد العقود الجائزه ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط، و لا على حد اللازمه ليلحقه حكمها، و يمكن على هذا أن يرجع الى عموم الأدله الداله على لزوم الالتزام بالشرط، و الوفاء بالعقود انتهى.

أقول: أشار بقوله ما قررناه الى ما قدمنا نقله عنه فى سابق هذا الموضوع من قوله «و يمكن الاحتجاج للمشهور» الى آخره و قد عرفت ما فيه، و أنه يرجع

ص: ١٣٤

فى الحقيقه إلى القول بلزوم عقد القرض كما اخترناه، وفاقا لمن ذكرناه، و تسميته له جائزا باعتبار ما ذكره من الرجوع الى العوض الذى فى الذمه كلام شعري لا ثمره له لما عرفت آنفا.

ثم ان قوله «انه ليس على حد العقود الجائزه و لا- اللازمه» لا- أعرف له معنى بالنسبه إلى سلب اللزوم عنه، أما سلب الجواز فقد عرفته مما قدمناه من الاخبار، و مما ذكره أيضا، و أما سلب اللزوم فلا أعرف له مستندا الا مجرد دعواهم ذلك، و الا فظواهر الأدله التى قدمناها و المؤيدات التى ذكرناها كلها شاهده باللزوم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المشهور أنه متى وقع اشتراط تأجيل القرض فى عقد لازم فإنه يصح الشرط المذكور، و انما منعوا من ذلك فى عقد القرض من حيث أن عقد القرض من العقود الجائزه، فلا يلزم الشرط، لانه يتبع فى اللزوم و عدمه، العقد فى لزومه و جوازه، و حيث كان العقد عندهم غير لازم فكذا ما اشتمل عليه، بخلاف العقد المتفق على لزومه، كالبيع بأن يبيعه شيئا و يشترط فى متن العقد تأجيل ما يستحقه عنده من القرض أو الدين، و قيل: بالعدم، بل ان اشتراطه فى العقد اللازم يقرب اللازم جائزا.

قال فى الدروس: و لو شرط تأجيله لم يلزم، و لو شرط تأجيله فى عقد لازم قال الفاضل: يلزم تبعا للازم، و يشكل بأن الشرط فى اللازم يجعله جائزا، فكيف ينعكس، و فى روايه الحسين بن سعيد «فى من اقترض إلى أجل فمات يحل» و فيها اشعار بجواز التأجيل، فيمكن حملها على الندب انتهى.

أقول: الحمل على الندب فرع وجود المعارض، مع أنك عرفت تأيد الروايه المذكوره بالآيه و الروايتين المتقدمتين، و غيرهما من المؤيدات المتقدمه الظاهر جميعه فى جواز التأجيل، فلا التفات الى ما ذكره، و المراد من قولهم أن الشرط الجائز فى العقد اللازم يقرب اللازم جائزا، و جعلوا ذلك قاعده كلييه يعنى أن المشروط عليه لو أخل بالشرط تسلط الآخر على فسخ العقد المشروط فيه، و فيه أن ذلك هو أحد القولين

فى المسأله كما تقدم ذكره فى المسأله الثانيه من المقام الثاني فى أحكام الخيار (١) من الفصل الثاني الخيار، و الذى اخترناه ثمه و به صرح جملة من الأصحاب هو أنه يجب الوفاء بالشرط، و يآثم بتركه، و يجبر على الوفاء به لو امتنع، و لو برفع الأمر إلى الحاكم الشرعى، فإن تعذر تحصيل الشرط من جميع الوجوه تسلط على الفسخ ان شاء، و هذا الأمر العارض للعقد لا ينافى لزومه فى أصله، و بذلك يحصل الجمع بين الحقين، و الأدله التى فى البين من الجانيين.

الموضع السادس [كلما يضبط وصفه و قدره يجوز إقراضه]:

إشاره

قد قرروا لما يصح إقراضه ضابطه، و هى كلما يضبط وصفه و قدره، فإنه يجوز إقراضه، فيجوز إقراض الذهب و الفضه و زنا، و الحنطه و الشعير كيلا و وزنا فلو اقترض شيئاً من ذلك من غير الاعتبار بما يعتبر به لم يفد الملك، و لم يجز له التصرف فيه و ان اعتبره بعد ذلك، و لو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، و لا طريق الى التخلص منه الا بالصلح، لكونه مجهولاً، و يجوز اقتراض الخبز و زنا بلا اشكال، و كذا يجوز عدداً و لا يضر التفاوت اليسير المتسامح به عادة بين أفراده.

و يظهر من التذكرة أنه إجماعى عندنا، و نحوه البيض و الجوز، و شرط فى الدروس فى قرض الخبز عدداً عدم التفاوت، و الا اعتبر وزنا، و لعله محمول على التفاوت الذى لا يتسامح به عادة و عرفاً، مع أنه

قد روى الصدوق (عطر الله مرقده) فى الفقيه عن الصباح بن سياه (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان عبد الله بن أبى يعفور أمرنى أن أسألك قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه، أو أكبر فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيه الصغيره و الكبيره فلا بأس.»

و روى

الشيخ عن إسحاق بن عمار (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: استقرض

ص: ١٣٦

١-١) ج ١٩ ص ٦٦.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١١٦.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٦٢.

الرغيف من الجيران و نأخذ كبيرا و نعطي صغيرا أو نأخذ صغيرا و نعطي كبيرا؟قال:

«لا بأس».

و عن غياث (1) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال:

«لا بأس باستقراض الخبز».

و الروايتان الأولتان مصرحتان بالجواز مع التفاوت، فيجب حمل كلامه (قدس سره) على التفاوت الزائد على المعتاد، ثم ان الثابت في الذمه في المثلى هو المثل، و في القيمي هو القيمه.

و ضابط الأول هو ما يتساوى أجزاءه في القيمه و المنفعه و ان تفاوتت بعض صفاته، بمعنى أن قيمه نصفه تساوى قيمه النصف الآخر، و يقوم مقامها في المنفعه، و هكذا كل جزء بالنسبه إلى نظيره كالحبوب و الادهان، و الظاهر أن ذلك بناء على الغالب، و الا فإن الحنطه مثلا قد يتفاوت أفرادها و أوصافها، فإننا نرى بعض أفراد الحنطه ليس قيمته كقيمه غيره و هكذا الادهان.

و ضابط الثانى هو ما يختلف أجزاءه في القيمه و المنفعه كالحيوان، فالمثلى يجب قبول مثله، و الظاهر أنه يجب قبول عين ماله بالطريق الأولى، لأنه مخير في جهات القضاء بين العين و المثل، و ان كان الثابت في الذمه انما هو المثل، و لو تعذر وجود المثل رجع الى القيمه، و هل هى عباره عن قيمته يوم القرض، أو التعذر، أو المطالبه؟ أوجه: اختار فى المسالك منها الأخير، قال: لأنه وقت الانتقال إلى القيمه، لأن الثابت في الذمه أنما هو المثل الى أن يطالب به.

أقول: الظاهر أنه ينبغي تقييد هذا القول باقتران المطالبه بالتسليم بمعنى أنه لما طالبه بالمثل و تعذر و سلم إليه القيمه فى ذلك الوقت، لانحصار الحق فيها، و الا فلو فرضنا أنه طالب و لم يسلم اليه ثم اتفق وجود المثل فالظاهر انحصار الحق فيه، لا فى القيمه، و الظاهر أن مراد هذا القائل ما ذكرناه.

و نقل فى المختلف عن ابن إدريس أنه مع التعذر فالواجب القيمه يوم المطالبه

ص: ١٣٧

ثم قال: والأ-جود يوم الدفع، ثم احتج على ذلك بأن الثابت فى الذمه المثل، ولا يبرىء الا بالمعاوضه عليه انتهى. وفيه تأييد لما ذكرناه من أن مجرد المطالبه لا- يوجب الانتقال إلى القيمه استصحابا لبقاء ما كان ثابتا قبلها الى وقت التسليم، فإنه هو الذى يوجب الانتقال إلى القيمه كما عرفت.

و علل الوجه الأول بسبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ انما هو القيمه يومئذ. و رد بأنه لا منافاه بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعده الإجماعيه، و الانتقال إلى القيمه عند المطالبه لتعذره.

أقول و يؤيده ان الأحكام الشرعيه لا يناط بعلم الله سبحانه، و لا بالواقع و نفس الأمر، و انما تبتنى على الظاهر من حال المكلف و يسره و عسره، و قدرته و عدم قدرته و علمه و جهله، و نحو ذلك.

و علل الوجه الثانى بأنه وقت الانتقال الى البدل الذى هو القيمه. و رد بأن التعذر بمجرد لا يوجب الانتقال إلى القيمه لعدم وجوب الدفع، و حينئذ فيستصحب الواجب الى أن يجب دفعه بالمطالبه، فحيث لم يوجد وقت المطالبه ينتقل إلى القيمه، و أنت خير بما فى هذه التعليلات من عدم الصلاحيه لتأسيس الأحكام الشرعيه مع فرض سلامتها من المناقشات، و ان كان القول بالقيمه وقت المطالبه و التسليم أقرب الى الاعتبار، و قد تقدم الكلام فى نظير هذه المسئله، هذا بالنسبه إلى المثلى.

و أما القيمى فالكلام فيه فى موضعين: أحدهما فى بيان ما هو الواجب فى عوضه و فيه أقوال: أحدها- و هو المشهور قيمته مطلقا، لعدم تساوى أجزائه و اختلاف صفاته، فالقيمه فيه أعدل.

و ثانيها- ما أشار إليه فى الشرائع بعد ذكر القول الأول بقوله: «و لو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا» و ظاهره عدم وجود القائل به، و ان كان ظاهر كلامه اختياره، و اعترف فى المسالك بأنه لا قائل به من أصحابنا.

و المراد من هذا القول ضمانه بالمثل مطلقا، لان المثل أقرب الى الحقيقه،

و ربما احتج عليه بأن

النبي صلى الله عليه وآله وسلم (١)

«أخذ قصعه امرأه كسرت قصعه أخرى» (٢). و حكم بضمان عائشه إثناء حفصه و طعامها لما كسرتة، و ذهب الطعام بمثلهما» قال في المسالك: و الخبران عاميان، و مع ذلك فهما حكايه حال لا- تعم، فلعل الغريم رضى بذلك، و موردهما مطلق الضمان، و عورضا بحكمه صلى الله عليه وآله بالقيمه فى المعتق الشقص انتهى.

و ثالثها المثل الصورى فيما يضبطه الوصف، و هو ما يصح السلم فيه كالحيوان و الثياب، و ضمان ما ليس كذلك بالقيمه كالجواهر و القسى، اختاره العلامة فى التذكرة محتجا على الأول بأن

النبي صلى الله عليه وآله (٣)

«اقترض بكرا و رد بازلا». و أنه استقرض بكرا و أمر برد مثله.

و أوجب بأن فيه على تقدير صحه السند ان مطلق الدفع أعم من الوجوب، و لا شبهه فى جواز ذلك مع التراضى كيف و قد زاده خيرا فيما دفع.

أقول ما ذكره من الخبرين المذكورين لا- وجود له فى أخبارنا، بل الظاهر أن ذلك من طريق العامه، و هم كثيرا ما يحتجون الى مثل هذه الاخبار فى موضع الضروره، مع ردهم الأخبار المرويه فى الأصول المعتمده، بزعم أنها ضعيفه باصطلاحهم المحدث، و صوره الروايه العاميه على ما نقله بعض المحققين

أن النبي صلى الله عليه وآله (٤)

«اقترض قرضا من رجل بكرا فقدمت عليه إبل الصدقه فأمر أبا رافع أن يقتضى الرجل بكراه، فرجع أبو رافع و قال: لم أجد فيها الا جملا جبارا رباعيا، فقال:

أعطه إياه ان خير الناس أحسنهم قضاء». و مما ذكرنا يظهر أن أظهر الأقوال هو الأول.

الموضع الثانى: أنه على اعتبار القيمه مطلقا كما هو الأول من الأقوال المتقدمه أو على بعض الوجوه كما تضمنه القول الثالث، فهل المعبر قيمته وقت القبض أو وقت القرض؟ قولان: اختار أولهما المحقق فى الشرائع، و ثانيهما العلامة فى القواعد.

ص: ١٣٩

١- ١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٦.

٢- ٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٦.

٣-٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢١.

٤-٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٦.

و علل الأول بأنه وقت الثبوت في الذمه، بناء على ما هو المشهور من أن القرض يملك بالقبض، و علل الثاني في شرح القواعد بذلك أيضا.

و رد بأنه غير واضح، إذ لا انتقال إليها قبل القبض، و يمكن الجمع بين القولين بناء على ما هو الغالب من القبض بعد صيغته القرض من غير فاصل، أو جعل القبض قبولا- بناء على الاكتفاء بالقبول الفعلي كما هو الغالب أيضا، فيحمل القرض في القول الثاني على القبض لعدم تخلفه عنه، بناء على ما هو الغالب من كون القرض مستلزما للقبض.

و الا- فلو أريد به مجرد الصيغته و ان تأخر القبض فبطلانه أظهر من أن يذكر، لان الملك لا يترتب على مجرد الصيغته من دون قبض اتفاقا نصا و فتوى، و متى لم يحصل الملك لم يستقر قيمه في الذمه، و يأتي على القول بأنه انما يملك بالتصرف الانتقال إلى قيمه وقت التصرف، حيث ان الملك لا- ينتقل الا به، و لا اعتبار بالقيمه يوم المطالبه هنا قولاً واحداً، الا على القول بضمان المثل و تعذره، فيعتبر يوم المطالبه على الوجه الذي قدمنا بيانه و الله العالم.

تذنيان

الأول [جواز إقراض الجوارى]:

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بجواز إقراض الجوارى، قال في المسالك لا خلاف فيه، للأصل و الضبط، و جواز السلف فيهن فجاز قرضهن كالعبيد، و خالف في ذلك بعض العامة مع اطباهم على جواز اقتراض العبيد، و الجارية التي لا يحل وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهره: انتهى. مع أن الشهيد في الدروس نقل عن الشيخ في الخلاف و المبسوط انه قال: لا نص لنا و لا فتيا في إقراض الجوارى و قضيه الأصل الجواز. انتهى.

و الذي وقفت عليه في نسخه كتاب المبسوط و هي نسخه صحيحه ما هذه عبارته لا اعرف نصاً لأصحابنا في جواز إقراض الجوارى و لا في المنع، و الأصل جوازه، و عموم الاخبار في جواز القرض يقتضى جوازه، فلعل عبارته المنقوله

فى الدروس صورته ما فى الخلاف أو نقل بالمعنى.

و كىف كان فان كلامه (قدس سره) ظاهر فى أن هذه الشهره التى ادعى فى المسالك انها إجماع انما هى من الشيخ و من تأخر عنه، و اما ما ذكره فى المبسوط من ان عموم الاخبار فى جواز القرض يقتضى الجواز، فلا يخلو من اشكال، إذ غاية ما تدل عليه ترتب تلك الأحكام المذكوره فيها على القرض، فلا بد أولاً من معرفه ما يجوز قرضه و ما لا يجوز، ليحمل عليه ذلك الإطلاق، و ترتب تلك الأحكام و يقضى عنه.

و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص الواضح غير خاليه عندى من الاشكال سيما مع ما ورد عنهم عليهم السلام فى تأكيد الاحتياط فى الفروج.

ثم ان مقتضى ما ذكره من جواز اقتراض الجوارى انه يملكها بالقبض، كما هو المشهور، فإنه يحل له وطؤها كما يباح له غيره من المنافع، و على القول الآخر من توقف الملك على التصرف لا يحل، و لو كان ممن ينعق عليه ايضاً بالملك انعتقت عليه بناء على ذلك.

ثم انه لو طالب المقرض بحقه بنى الكلام فى ذلك على ما تقدم من الواجب فى عوض القيمي هل هو القيمه مطلقاً، أو ضمان مثله، أو التفصيل.

قال فى المسالك: و أولى بالجواز لو رد العين، لان الانتقال إلى القيمه انما وضع بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقرض كانت أقرب الى الحق من القيمه انتهى.

و لو حملت من المقرض امتنع ردها، و تعينت القيمه أو المثل على الخلاف المتقدم، و لو ظهر النقص فيها تعينت القيمه أيضاً الا ان يتراضيا بالأرش.

الثانى [حكم ما لو ظهر فى العين المقرضه عيب]

قال فى الدروس لو ظهر فى العين المقرضه عيب فله ردها و لا- أرش، و ان أمسكها فعليه مثلها أو قيمتها معيبه، و هل يجب اعلام المقرض الجاهل بالعيب؟ عندى فيه نظر، من اختلاف الأغراض و حسم ماده النزاع، و من قضيه الأصل.

نعم لو اختلفا فى العيب حلف المقرض مع عدم البيئه، و لو تجدد عنده عيب آخر منع من الرد، الا- ان يرضى المقرض به مجاناً بالأرش، انتهى.

الموضع السابع [فى حكم من أقرض غيره الدراهم فسقطت و جازت غيرها]:

قال الشيخ فى النهايه: من أقرض غيره الدراهم ثم سقطت تلك الدراهم و جازت غيرها لم يكن له عليه الا الدراهم التى أقرضها إياه أو سعرها بقيمة الوقت الذى أقرضها فيه، وكذا قال ابن البراج، وابن إدريس.

وقال الصدوق فى المقنع: و ان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم و تغيرت فلا- يباع بها شىء فلصاحب الدراهم، الدراهم التى تجوز بين الناس.

وقال فى كتاب من لا يحضره الفقيه: كان شيخنا محمد بن الحسن يروى حديثاً «فى أن له الدراهم التى تجوز بين الناس»، عقيب روايه يونس عن الرضا (1) عليه السلام، «أن له الدراهم الاولى» ثم قال الصدوق: والحديثان متفقان غير مختلفين فمتى كان للرجل على الرجل دراهم بنقده معروف فليس له الا ذلك النقده، و متى كان له على رجل دراهم بوزن معلوم بنقده غير معروف فإنما له الدراهم التى تجوز بين الناس.

وقال ابن الجنيد: من أعطى رجلاً له عليه دنانير عروضا من فلوس، و غيرها أو دراهم فى وقت ثم تغيرت الأسعار حسب المعطى على الآخر سعر يوم أخذه، لأن ذلك من ماله، فان كان ما أعطاه قرضا فارتفعت الفلوس كان على المستقرض رد ما أخذه على من أقرضه لا- برأس ماله، و لا- قيمته يوم القرض و لا- يختار المستقرض الا- أن يعطى ما ينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس.

وقال ابن إدريس فى موضع آخر: من كان له على انسان دراهم أو دنانير أو غيرهما من السلع جاز له أن يأخذ مكان ماله من غير الجنس الذى له عليه بسعر الوقت، فان كانت دراهم و تعامل الناس بغيرها، و أسقط الاولى السلطان فليس له الا مثل دراهمه الاولى، و لا يلزمه غيرها مما يتعامل الآن به الا بقيمتها من غير الجنس، لانه لا يجوز بيع الجنس بالجنس متفاضلا.

ص: ١٤٢

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و المعتمد أن نقول:لصاحب الدراهم من النقد الأول،فإن تعذر فقيمه الآن من غير الجنس،لنا انها من ذوات الأمثال و حكم المثل ما قلناه.

أقول:و منشأ اختلاف هذه الأقوال اختلاف ظواهر الأخبار المتعلقة بهذه المسألة:

و منها ما رواه

الكلىنى و الشيخ(نور الله مرقديهما)عن يونس (١)قال:

«كتبت الى أبى الحسن الرضا عليه السلام،ان لى على رجل ثلاثة آلاف درهم،و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام،و ليست تنفق اليوم،فلى عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟فكتب عليه السلام لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس، كما أعطيته ما ينفق بين الناس».

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن يونس (٢)قال:

«كتبت الى ابى الحسن الرضا عليه السلام،أنه كان لى على رجل دراهم و أن السلطان أسقط تلك الدراهم،و جاءت دراهم على تلك الدراهم الاولى و لها اليوم وضيعه،فأى شىء لى عليه؟الاولى التى أسقطها السلطان أو الدراهم التى أجازها السلطان فكتب عليه السلام الدراهم الاولى».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن صفوان (٣)فى الصحيح قال:

«سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شىء،أ لصاحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزه التى تجوز بين الناس؟ قال:فقال:لصاحب الدراهم الدراهم الاولى».

و الشيخ رحمه الله قد جمع بين هذه الاخبار بحمل ما ينفق بين الناس فى الخبر الأول على معنى قيمه ما كان ينفق أولاً و كذلك أول الدراهم الاولى فى الخبرين الأخيرين بقيمه الدراهم الاولى دفعا للتناهى.قال:لأنه يجوز ان تسقط الدراهم الأولى حتى لا يكاد يؤخذ،فلا يلزم أخذها و هو لا ينتفع بها و انما له قيمه الدراهم الأولى و ليس له المطالبة بالدراهم التى تكون فى الحال:انتهى.

ص: ١٤٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٢ التهذيب ج ٧ ص ١١٦.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١١٧ و أخرج الأول فى الفقيه ج ٣ ص ١١٨.

و لا يخلو من بعد، لعدم قرينه يونسه بهذا المضاف الذى قدره فى الكلام، بل السياق ظاهر فى أن الجواب وقع على حسب السؤال المتعلق بعين كل من النقد الأول أو الثانى، وان أجيب فى الخبر الأول بالنقد الثانى، وفى الأخيرين بالنقد الأول.

و اما ما جمع به الصدوق فأبعد، لعدم القرينه المونسه بهذا التفصيل فى شىء من اخبار المسأله، مع انه يرد عليه لزوم الربا فى صورته ما ان كان له عليه بوزن معلوم و نقد غير معروف، فإنه حكم بأخذ الدراهم التى تجوز بين الناس. وربما أمكن التفاوت بالزيادة و النقصان بينها و بين ما فى ذمته، فإنه متى كان له فى ذمته ألف درهم بوزن معلوم من تلك الدراهم الأوله و أخذ عوضها ألف درهم من هذه الأخيره فربما حصل الزيادة و النقصان بين الاولى و الثانيه، فيلزم الربا الا ان يحمل كلامه على أخذ الثانيه وزنا ايضا، لكنه خلاف ظاهر كلامه.

و الموافق للقواعد- هو ظاهر كلام من عدا الصدوق فى المقنع و الفقيه و ابن الجنيد- هو انه ليس له الا الاولى ان وجدت، و الا فقيمتها، لكن من غير ذلك الجنس أو منه مع التساوى حذرا من الربا، لان ذلك حكم المثلثى كما تقدم، و تخرج الروايتان الأخيرتان شاهدا على ذلك و يبقى الكلام فى الروايه الاولى و قد عرفت ما فى جمع الشيخ و الصدوق من البعد و العلامه فى المختلف بعد ان احتج بما قدمنا نقله احتج بالخبرين الأخيرين ثم نقل عن الصدوق الاحتجاج بالروايه الاولى و أجاب عنها بضعف السند و أطال فى الطعن به ثم ذكر جواب الشيخ عنها بالحمل على أخذ ما ينفق بين الناس على وجه القيمه عن الدراهم الاولى.

و فيه ان قوله عليه السلام كما أعطيته ما ينفق بين الناس لا يخلو من المنافره لذلك (1)

ص: ١٤٤

١- ١) فان ظاهره انما هو أنك أعطيته ما ينفق بين الناس، فان لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس، بمعنى أن الاعتبار ليس بذات النقد من حيث هو، و انما اعتباريته من حيث رواجه، و المعامله بين الناس، و به يحصل الاشكال و المخالفه الظاهره بين الروايتين الأخيرتين كما عرفت منه رحمه الله.

و بعض محدثى متأخرى المتأخرين (١) حمل الروائتين الأخيرتين على القرض، كما صرح به فى روايه صفوان، قال: لثلا يحصل الربا، و حمل الاولى على مهر الزوجه أو ثمن المبيع، قال: لان المطلق ينصرف إلى الرائج (٢).

و فيه أولا أن ظاهر الروايه الاولى أن ذلك كان قرضا ايضا، حيث قال عليه السلام «كما أعطيته ما ينفق بين الناس» فحملها على ما ذكره من ثمن المبيع و مهر الزوجه خروج عن حاق لفظها و ظاهر سياقها.

و ثانيا بأن المبلغ الذى استقر فى الذمه حال البيع انما هو رائج ذلك الوقت لأن الإطلاق ينصرف اليه كما تقدم بيانه، فإذا سقط و لم يتعامل به و ظهرت دراهم

ص: ١٤٥

١- ١) هو المحدث المولى محمد تقى المجلسى فى حواشيه على كتب الاخبار منه رحمه الله.
٢- ٢) أقول: قال شيخنا الشهيد (قدس سره) فى الدروس: لو سقطت المعامله بالدراهم المقترضه فليس على المقترض الا مثلها فان تعذر قيمتها من غير الجنس - حذرا من الربا- وقت الدفع لا- وقت التعذر و لا- وقت القرض خلافا للنهائيه. و قال ابن الجنييد و الصدوق: عليه ما ينفق بين الناس، و القولان مرويان، الا أن الأول أشهر، و لو سقطت المعامله بعد الشراء فليس على المشتري إلا الاولى، و لو تبايعا بعد السقوط و قبل العلم فالأولى. نعم يتخير المغبون فى فسخ البيع و إمضائه، و هو مؤيد لما قلناه فى الأصل بالنسبه إلى القرض، و الى ثمن المبيع، و لم نقف عليه الا بعد ما جرى القلم بما أثبتناه فى الأصل. و أثبتناه فى الحاشيه لتأييده لما ذكرناه، و ما ذكره (قدس سره) فى الرجوع الى قيمه، و أنها قيمه وقت الدفع، لا وقت العقد، هو ظاهر عبارته العلامه المنقوله فى الأصل أيضا- منه رحمه الله.

آخر فى المعامله رجح حكمه الى حكم القرض، و لم أقف لهم على كلام هنا فى ثمن المبيع و مهر الزوجه لو كسرت سكه المعامله الأولى-التى انصرف العقد إليها، و ظهرت سكه أخرى-فى أن له الأولى أو الأخيره؟الا أن مقتضى قواعدهم هو ما ذكرناه،من رجوعه بالأخره إلى حكم القرض.

و بالجمله فإن العمل بمقتضى الخبرين الأخيرين هو الأوفق بالقواعد الشرعيه، و يبقى الكلام فى الروايه الاولى و لا يبعد خروجها من مخرج التقيه التى فى اختلاف الأحكام الشرعيه أصل كل بليه،فإن جميع ما ذكر من المحامل المتقدمه لا يخلو من تعسف و بعد عن ظواهر الأخبار المذكوره كما عرفت،و الاحتياط فى المسأله يقتضى الرجوع الى الصلح من الطرفين،و أحوط منه الإبراء بعد ذلك من الجانبين و الله العالم بحقائق أحكامه.

المقصد الثانى فى الدين

اشاره

و البحث فيه يقع فى مقامين

[المقام الأول- فى الدين المطلق

اشاره

،و فيه مسائل.

[المسأله الأولى فى أحكام الدين]

قد صرح جملته من الأصحاب بأنه لو غاب المدين و جب نيه القضاء و العزل عند اماره الموت،و لو آيس منه تصدق به عنه،و ان قطع بموته و انتفاء الوارث كان للإمام عليه السلام.

أقول:و تفصيل هذه الجمله يقع فى مواضع:أحدها-ما ذكروه من وجوب نيه القضاء هو ظاهر جملته من الاخبار من غير تقييد بالغيبه.

قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك:وجوب نيته القضاء ثابت على كل من عليه حق،سواء كان ذو الحق غائبا أم حاضرا،لان ذلك من أحكام الإيمان انتهى.

و مقتضى كونه من أحكام الإيمان كما ذكره الخروج عنه لو لم ينو،و هو مشكل لعدم الوقوف على دليله،الا-ان يراد الإيمان الكامل،و كان تخصيصهم وجوب النيه بالغائب انه فى المدين الحاضر يجب الدفع اليه عند الطلب،و أما

الغائب فإن النية تقوم مقام ذلك، إلا ان فيه ان مع الحضور قد لا يتمكن من الدفع، فتجب النية حينئذ متى امكنه ذلك.

و اما الاخبار التي أشرنا إليها فمنها ما رواه

في الكافي عن عبد الغفار المجازي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل مات و عليه دين قال: ان كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله عز و جل إذا علم بنيته الا من كان لا يريد ان يؤدي عن أمانته فهو بمنزله السارق، و كذلك الزكاه أيضا و كذلك من استحل ان يذهب بمهور النساء».

و ما رواه

في الفقيه عن أبي خديجه (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا و في نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي».

و ما رواه

في الكافي عن ابن فضال عن بعض أصحابه (٣) عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

«من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٤) في كلام له عليه السلام في الدين قال:

«فان لم ينو قضاءه فهو سارق، فاتق الله و أد الى من له عليك، و ارفق بمن لك عليه» الخبر.

و يدل على خصوص الغائب

روايه زراره بن أعين (٥) في الصحيح قال:

« سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه، و لا على ولى له، و لا يدري بأى أرض هو، قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء».

ص: ١٤٧

١-١) الكافي ج ٥ ص ٩٩.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١١٢.

- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٩٩.
- ٤-٤) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٩.
- ٥-٥) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨.

و يؤكد هذه الاخبار ما رواه

في الكافي عن حمدان بن إبراهيم الهمداني (١) رفعه الى بعض الصادقين عليهم السلام قال:

«انى لأحب للرجل أن يكون عليه دين ينوى قضاءه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن ابن رباط (٢) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: من كان عليه دين ينوى قضاؤه كان معه من الله عز و جل حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته فإن قصرت نيته عن الأداء قصرا عنه من المعونه بقدر ما قصر من نيته».

و ثانيها: ما ذكره من وجوب العزل عند اماره الموت، و الذى صرح به الشيخ رحمه الله هو الوجوب مطلقا، و ابن إدريس قد منع ذلك.

قال فى السرائر: و قال شيخنا أبو جعفر فى نهايته و من وجب عليه دين و غاب عنه صاحبه غيبه لم يقدر عليها معها و جب عليه أن ينوى قضاءه، و يعزل ماله عن ملكه، و هذا غير واجب، أعنى عزل المال بغير خلاف من المسلمين، فضلا عن طائفتنا انتهى.

و قال فى المسالك: و أما العزل عند الوفاء فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه، و الا لا يمكن تطرق القول بعدم الوجوب، لأصالة البراءة مع عدم النص انتهى.

أقول: الذى وقفت عليه فى المختلف هو أنه بعد أن نقل عبارته النهاية المتقدمه و كلام ابن إدريس قال: ليس عندى بعيدا من الصواب حمل قول الشيخ على من حضرته الوفاء، أو حمل العزل على استبقاء ما يساوى الدين بمعنى أنه يجوز له التصرف فى جميع أمواله بالصدقه و غيرها الا ما يساوى الدين، فإنه يجب عليه إبقائه للإيفاء انتهى.

و فى فهم عدم الخلاف من هذه العبارة نظر، إذ لعل ذلك بالنسبة الى ما يرجحه

ص: ١٤٨

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٩٣.

(٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٩٥ التهذيب ج ٦ ص ١٨٥.

و يختاره فى المسأله.

و كىف كان فأصاله العدم مع عدم ورود نص فى المقام أقوى مستمسك، قال المحقق الأردبىلى (قدس سره): و أما وجوب العزل فذكروه أيضا، و دلىله غير ظاهر، إلا ما يتخيل أنه غايه ما يمكن و أنه أقرب الى الوفاء، و بعيد عن تصرف الغير، و لكن تمسك الأصحاب بمثل هذا مشكل، إلا أن يكون إجماع و نحوه، و يشكل أيضا تعينه بذلك بحيث لو تلف يكون من مال الغريم من غير ضمان إلا مع التفريط و التقصير، و القول به بعيد انتهى و هو جيد.

نعم يمكن القول بوجوب الوصيه به كما ذكره بعض الأصحاب أيضا لأنه مع ترك الوصيه ربما أدى الى فواته، و بقاء ذمته مشغوله بالدين، لعدم علم الورثه، بل ظاهر جمله من الأصحاب القول بوجوب الوصيه مطلقا بما له و عليه، و يدل عليه جمله من الاخبار الآتية فى محلها إنشاء الله تعالى و الله العالم.

و ثالثها: الصدقه به عنه، قال العلامة فى المختلف: إذا غاب المالك غيبه منقطعه و مات و لم يعرف له وارث قال الشيخ فى النهايه: يجتهد المديون فى طلب الوارث، و ان لم يظفر به تصدق عنه، و تبعه ابن البراج، و قال ابن إدريس: يدفعه الى الحاكم إذا لم يعلم له وارثا، فان قطع أنه لا وارث له كان للإمام المسلمين لأن الإمام يستحق ميراث من لا وارث له.

و المعتمد أن نقول: ان لم يعلم انتفاء الوارث وجب حفظه، فان آيس من وجوده و الظفر به أمكن أن يتصدى به، و ينوى القضاء عند الظفر بالوارث، و ان علم انتفاء الوارث كان للإمام.

أما الأول فلأنه مال معصوم يجب حفظه على مالكة، كغيره من الأموال و مع اليأس من الظفر بالوارث، و عدم العلم به يمكن التصدق به، لئلا يعطل المال إذ لا يجوز له التصرف فيه، و لا يمكن إيصاله إلى مستحقه فأشبه اللقطه فحكمه، ان الحكم المنوط بها حكم اللقطه موجود هنا، فيثبت الحكم عملا بوجود المقتضى.

و أما الثانى فلأن له ميراث من لا وارث له، فيكون للإمام (عليه السلام)

انتهى.

وقال شيخنا الشهيد الثانى (نور الله تعالى مرقده) فى المسالك بعد أن ذكر الاجتهاد فى طلبه: فان آيس منه قال الشيخ «رحمه الله عليه»: يتصدق عنه، و تبعه عليه جماعه من الأصحاب و توقف المصنف هنا، و العلامه فى كثير من كتبه لعدم النص على الصدقه و من ثم ذهب ابن إدريس الى عدم جوازها، لأنها تصرف فى مال الغير غير مأذون فيه شرعا، و لا شبهه فى جوازه، انما الكلام فى تعيينه، و وجه الصدقه أنها إحسان محض بالنسبه إلى المالك، لأنه ان ظهر ضمن له عوضها أن لم يرض بها، و الا فالصدقه أنفع له من بقائها المعرض لتلفها بغير تفريط، المؤدى إلى سقوط حقه، و قد قال الله تعالى (١) «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» .

خصوصا ورود الأمر بالصدقه فى نظائره كثيره، و حينئذ فالعمل بهذا القول أجود، خصوصا مع تعذر قبض الحاكم لها، أما معه فهو أحوط، و حيث يمكن مراجعته فهو اولى من الصدقه بغير اذنه، و ان كان جائزا لأنه أبصر بمواقعها و مصرفها انتهى.

أقول: هذه جمله من كلماتهم فى المقام أطلنا بنقلها لتحيط خيرا بالأقوال فى المسأله و التعليقات التى اعتمدها أدله لما صار كل منهم اليه، و ظاهرهم بل صريح عباره المسالك عدم وجود نص فى المسأله، مع أن النصوص موجوده، و ان كانت لا تخلو عن تناف بحسب الظاهر.

و الذى وقفت عليه منها ما تقدم من صحيح زراره (٢) «الدال على أنه لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء».

قال العلامه فى التذكرة بعد نقله أنه يدل من حيث المفهوم على منع التصدق و وجوب الطلب دائما: و لا يخفى ما فيه لان الطلب مع اليأس و عدم إمكان الوجدان عبث لا يحسن أن يأمر به عليه السلام فيمكن حمله على عدم اليأس، و الأظهر عندى أن الغرض

ص: ١٥٠

١-١) سورة التوبه الآيه-٩١.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨.

من السؤال انما هو أنه هل يؤخذ لشغل الذمه على هذه الحال أم لا؟ فأخبره بأنه لا جناح عليه إذا علم الله سبحانه من نيته الأداء.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح عن معاوية بن وهب (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري أين يطلبه، ولا يدري أحي هو أم ميت، ولا يعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا، قال: أطلب قال: ان ذلك قد طال، فأصدق به؟ قال: أطلبه».

قال: في الفقيه وقد روى في هذا خبر آخر

«ان لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به».

أقول: ربما أشعر ظاهر هذا الخبر أيضا بوجوب الطلب دائما، ولو مع اليأس، وفيه ما عرفت آنفا، والواجب حمله على إمكان الوجود و عدم اليأس، أو الاستحباب و التخيير جمعا بينه و بين ما يأتي، و منه المرسله المذكوره، و هذا المرسله ظاهره فيما ذهب الى الشيخ، و من تبعه من وجوب الصدقه.

و منها ما رواه

في الكافي و التهذيب عن (نصر بن) حبيب (٢) صاحب الخان قال:

«كتبت الى عبد صالح عليه السلام قال: قد وقعت عندي مائتا درهم (و أربعة دراهم)، و انا صاحب فندق فمات صاحبها، و لم أعرف له ورثه فأريك في إعلامي حالها، و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا؟ فكتب أعمل فيها و أخرجها صدقه قليلا قليلا حتى تخرج».

قال في الاستبصار (٣): «إنما له أن يتصدق بها إذا ضمن لصاحبها أو أنها للإمام، فأمره أن يتصدق عنه».

أقول: الظاهر بعد الاحتمال الثاني، لأن عدم معرفته الورثه لا يدل على العدم، سيما أنه لم يطلب و لم يفحص، و كون ذلك للإمام مشروط بالعلم بعدم الوارث كما لا يخفى، و به يظهر أن هذا الخبر دليل على قول الشيخ و من تبعه، و أن ما ذكره

ص: ١٥١

١- ١) الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ التهذيب ج ٦ ص ١٨٨.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٩ و فيه عن فيض بن حبيب.

٣- ٣) الاستبصار ج ٤ ص ١٩٧.

الأصحاب من عدم النص على ذلك غفله عن الوقوف عليه و على أمثاله.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن الهيثم ابن أبى روح صاحب الخان (١).

قال:

«كتبت الى عبد صالح عليه السلام أنى أتقبل الفنادق فينزل عندى الرجل فيموت فجأه و لا أعرفه و لا أعرف بلاده، و لا ورثته فيبقى المال عندى كيف أصنع به؟ و لمن ذلك المال؟ فقال: اتركه على حاله». و ظاهر هذا الخبر بقاءه أمانه عنده حتى يظهر له طالب.

و عن هشام بن سالم (٢) قال:

«سأل «خطاب الأعور» أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس، فقال: انه كان عند أبى أجير يعمل عنده بالأجر ففقدناه، وبقى من أجره شىء و لا نعرف له وارثا قال: فاطلبوه قال: قد طلبناه و لم نجد، فقال: مساكين و حرك يديه، قال: فأعاد عليه قال: اطلب و اجهد فإن قدرت عليه، و الا هو كسبيل مالك حتى يجىء له طالب، فان حدث بك حدث فأوص به ان جاء له أن يدفع اليه».

قال المحدث الكاشانى: فى ذيل هذا الحديث «مساكين» يعنى أنتم مساكين حيث ابتليتكم بهذا، أو حيث لم تعرفوا أنه لمن هو فإنه للإمام عليه السلام، فكأنه عليه السلام، لم ير المصلحة فى الإفصاح بذلك، و يؤيد هذا المعنى ما يأتى فى باب من مات و ليس له وارث، أو فقد وارثه من كتاب الجنائز من الاخبار، و يحتمل أن يكون المراد بقوله «مساكين» يدفع الى المساكين أو رأيك أن تدفع الى المساكين على سبيل الاخبار أو الاستفهام كما يدل عليه الخبران الإتيان انتهى.

أقول: الظاهر عندى بعد ما ذكره من الاحتمالين، فان عجز الخبر ينادى بصريحه أنه بعد مراجعه السائل أمره أنه يكون عنده فى ذمته حتى يجىء طالبه، و هو أحد الوجوه فى المسألة كما سيأتى إيضاحه إنشاء الله تعالى، و حينئذ فالمراد بقوله مساكين انما هو الترحم لهم لأجل ابتلائهم بذلك كما هو المعنى الأول الذى ذكره.

ص: ١٥٢

١- (١) الكافى ج ٧ ص ١٥٤ التهذيب ج ٩ ص ٣٨٩.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٩ و فيه (حفص الأعور).

فى التهذيب عن هشام بن سالم (١) فى الموثق قال:

«سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام، و أنا عنده جالس، فقال: أنه كان لأبى أجير كان يقوم فى رحاه و له عندنا دراهم، و ليس له وارث، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تدفع الى المساكين، ثم قال: رأيك فيها، ثم أعاد عليه المسألة فقال له: مثل ذلك فأعاد عليه المسألة ثالثة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تطلب له وارثا، فان وجدت له وارثا، و الا فهو كسبيل مالك، ثم قال: ما عسى أن نصنع بها، ثم قال: توصى بها فان جاء طالبها و الا فهى كسبيل مالك».

أقول: قوله «و ليس له وارث» يعنى باعتبار علمنا، و الا فلو كان عدم الوارث معلوما كان من الأنفال، و لم يتجه الجواب هنا بما ذكره عليه السلام، ثم أن الخبر قد تضمن أولا جوابه عليه السلام بالدفع الى المساكين، يعنى الصدقه به كما دل عليه الخبران المتقدمان، فيكون مؤيدا لقول الشيخ و من تبعه، ثم انه بعد مراجعه السائل ثانيا أجابه بذلك ايضا، و بعد مراجعه ثالثا أجابه بأنه بعد طلب الوارث و عدم وجوده يكون كسبيل ماله.

و الظاهر أن المراد بذلك الكنايه عن جواز التصرف فيه، و التملك له بشرط الرد ان ظهر طالب، و الوصيه بذلك عند الموت، كما دل عليه هذا الخبر، و خبر خطاب الأعور المتقدم، و حينئذ فيجب حمل الخبر على التخيير بين الأمرين المذكورين كما يجمع به بين الاخبار المتقدمه، فإن بعضا منها دل على الصدقه، و بعضا على أنه كسبيل ماله، و ربما أشعر هذا الخبر بأن الأفضل هو الصدقه، و ان جاز التملك مع الضمان، حيث أنه عليه السلام، انما سوغ له الثانى بعد مراجعه ثلاثا، و لعل قصد السائل فى هذه المراجعات مع أمره له بالصدقه أولا و ثانيا هو أنه قد سمع جواز التملك مع الضمان، و كان رغبته فى ذلك فجوزه عليه السلام له أخيرا.

فى الفقيه فى الصحيح عن صفوان بن يحيى عن ابن جنيد عن هشام

بن سالم (١) قال: «سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام، وأنا 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: رأيتك المساكين، فقلت: جعلت فداك انى ضقت بذلك، فكيف أصنع؟ فقال: هو كسبيل مالك، فان جاء طالب أعطيته».

و هذا الخبر موافق لعجز سابقه، و لخبر خطاب الأعور و أنت خبير بما ذيلنا به هذه الاخبار، أن بعضا منها دل على الصدقه، و بعضا على الأمانه فى يده، و بعضا دل على التملك، و أنه كسبيل ماله يتصرف فيه كما شاء مثل سائر أمواله مع الضمان و الوصيه به، و الجمع بينهما بالحمل على التخيير بين الأمور الثلاثه.

و الأصحاب القائلون بالصدقه قيدوها بأنه يتصدق به عن المالك، و متى ظهر المالك و رضى بذلك فلا اشكال: و مع عدم رضاه فيغرم للمتصدق له، و يكون ثواب الصدقه للمتصدق، و لا- بأس به، و ان كانت الأخبار مطلقه إذ التصدق بمال الغير بغير اذنه و التصرف فيه كذلك ممنوع عقلا- و نقلا، و أما التصدق به على الوجه المذكور فاحسان محض، «و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» لأنه قد نوى التصدق به على المالك، فان اتفق موته قبل الصدقه أو بعدها فقد وصل اليه ثواب الصدقه، و ان اتفق حياته و رجوعه الى ماله، فهو مخير بين قبول ثواب الصدقه، و غرامه ماله، و رجوعه عليه، فلاحسان ظاهر، و فى بقاءه أمانه- من خطر التلف بغير تفريط الموجب لعدم الضمان- ما هو ممكن، و كذا فى جواز التصرف فيه و تملكه مع الوصيه من حيث احتمال عدم رجوعه و ظهوره، فالتصدق على كل حال أرجح (٢).

ص: ١٥٤

١-١) الفقيه ج ٤ ص ٢٤١.

٢-٢) و من جمله الفروع على ذلك قالوا لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان و ان تلف فى يده بغير تفريط و لم يرض المالك، أما مع بقاء عينها معزولا فى يده أو يد وارثه فينبغى أن يكون حكمها حكم ما لو كانت فى يد الحاكم، لأن الإذن الشرعى فى عزلها يصيرها أمانه فى يده، فلا يتبعه الضمان مع احتمالها، لأن الأمانه هنا شرعيه لا مالكيه و الأمانه الشرعيه قد يتبعها الضمان انتهى. و ظاهر الشهيد فى الدروس التخيير بين الدفع للحاكم و بين إبقائه فى يده أمانه و بين الصدقه مع الضمان- منه رحمه الله.

ثم ان ما ذكره الأصحاب من الرجوع للحاكم الشرعى و أطالوا به، و فرعوا عليه لا وجود له فى أخبار المسأله كما سمعت، الا أن العذر لهم ظاهر من جهه عدم ذكرهم لما نقلناه من هذه الاخبار، بل عدم وقوفهم عليها، و أن كانوا غير معذورين من جهه التتبع للأدله من مظانها، و الاستعجال فى التصنيف و جمود من اللاحق على ما ذكره السابق، نسأل الله سبحانه لنا و لهم المسامحه فى زلات الاقدام، و العفو عن هفوات الأقلام، و زيغ الأفهام فى الأحكام.

قال فى المسالك: و مصرف هذه الصدقه مصرف المندوبه، و ان وجبت على المديون أو وارثه بالعارض، فإنه بمنزله الوكيل و الوصى الذى يجب عليه الصدقه و ان كانت فى أصلها مندوبه انتهى.

و رابعها: ما ذكره من أنه مع القطع بموته و عدم وجود الوارث فهو للإمام عليه السلام و هو مما لا -خلاف فيه بين علمائنا الاعلام، و به استفاضت الاخبار كما تقدمت الإشاره إليه فى كتاب الخمس فى بحث الأنفال، و حيث أنا لم نعط المسأله حقها ثمه من التحقيق و نقل جمله الأخبار المتعلقة بها، حيث أن هذا الخاطر انما خطر لنا فى الكتب الأخيره فتنقل هنا جمله أخبار المسأله و ما يتعلق بها من البحث و التحقيق.

فمنها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (1)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: من مات و ليس له وارث من قرابته، و لا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال».

و فى روايه حماد بن عيسى (2) الطويله المتقدمه فى الكتاب المشار اليه آنفا قال:

«فيه و هو وارث من لا وارث له».

ص: ١٥٥

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٧ الفقيه ج ٤ ص ٢٤٢.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٩.

و ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن أبان بن تغلب (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل يموت لا وارث له ولا مولى له؟ قال: هو من أهل هذه الآية «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ» .

و ما رواه

فى الكافى عن الحلبي (٢) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من مات و ترك ديننا فعلينا دينه و إلينا عياله، و من مات و ترك مالا فلورثته، و من مات و ليس له موالى فماله من الأنفال».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن و الشيخ فى الموثق عن محمد الحلبي (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى قول الله عز و جل (٤) «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ» قال: من مات و ليس له مولى فماله من الأنفال».

و أما ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن داود عمن ذكره (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«مات رجل على عهد أمير المؤمنين (عليه السلام) لم يكن له وارث فدفعت أمير المؤمنين عليه السلام ميراثه الى همشهرجه».

و ما رواه

فى الكافى عن خلاد السندى (٦)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام يقول فى الرجل يموت و يترك مالا- و ليس أحد: أعط الميراث همشاريجه».

و ما رواه

فى التهذيب عن خلاد عن السرى (٧) رفعه الى أمير المؤمنين عليه السلام،

«فى الرجل يموت و يترك مالا ليس له وارث قال: فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أعط همشاريجه». فقد أجاب الشيخ عن هذه الروايات بعد الطعن

- ١-١) الفقيه ج ٢ ص ٢٣ التهذيب ج ٩ ص ٣٨٧.
- ٢-٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٨.
- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ١٦٩ التهذيب ج ٩ ص ٣٨٦.
- ٤-٤) سورة الأنفال الآية-١.
- ٥-٥) الكافي ج ٧ ص ١٦٩ التهذيب ج ٩ ص ٣٨٧.
- ٦-٦) الكافي ج ٧ ص ١٦٩ التهذيب ج ٩ ص ٣٨٧.
- ٧-٧) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٧.

فى الأسانيد-بالحمل على تبرعه بحقه، لا أن هذا حكم كل مال لا وارث له، و هو جيد.

و قال الصدوق فى الفقيه: متى كان الامام ظاهرا فماله للإمام عليه السلام و متى كان الإمام غائبا فماله لأهل بلده متى لم يكن له وارث، و لا قرابه أقرب إليه بالبلديه.

أقول: أنت خير بما فيه فان قصد بذلك الجمع بين هذه الاخبار بما ذكره ففيه أن اخبار الدفع الى أهل البلد صريحه فى وجود الامام عليه السلام، فان الدافع هو أمير المؤمنين عليه السلام فكيف يصح حملها على زمن الغيبه، و الاخبار الاولى و ان كانت مطلقة الا- أن هذه الاخبار ظاهره فى زمن الحضور، و ان كان ذلك حكما كلياً لا بالنظر الى هذه الاخبار فلا دليل عليه و الله العالم.

المسألة الثانية [فى حكم من كان لأحد فى ذمه آخر دين فباعه بأقل منه] :

إشاره

لو كان لأحد فى ذمه آخر دين فباعه بأقل منه عينا أو قيمه على وجه لا يحصل فيه الربا، و لا الإخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الأثمان، فالمشهور بين الأصحاب أنه يجب على الذى عليه الدين دفع ذلك الدين كملا إلى المشتري، لأنه قد انتقل اليه بالعقد الصحيح كما انتقل الثمن بأجمعه إلى البائع.

و قال الشيخ و جماعه: انه لا يلزم المدين أكثر مما دفعه المشتري من الثمن، و لا ريب فى مخالفه هذا القول للقواعد الشرعيه، و الضوابط المرعيه، الا أنه قد وردت به الاخبار و عليها اعتمد الشيخ (رحمه الله عليه) فيما أفتى به هنا.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن الفضيل عن أبى حمزه (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه دين، فجاء رجل فاشتري منه بعرض، ثم انطلق إلى الذى عليه الدين، فقال له: أعطنى مال فلان عليك، فانى قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء فى ذلك؟ فقال أبو جعفر (عليه السلام) يرد عليه الرجل الذى عليه الدين ماله الذى اشترى به من الرجل الذى له الدين».

ص: ١٥٧

و عن محمد بن الفضيل (١) قال:

«قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى دينا على رجل، ثم ذهب الى صاحب الدين، فقال له: ادفع الى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه؟ قال: يدفع اليه ما دفع الى صاحب الدين، و برىء الذى عليه المال من جميع ما بقى عليه».

و المشهور بين المتأخرين رد الخبرين بضعف الاسناد، و مخالفه القواعد الشرعيه كما ذكرناه آنفا، خصوصا الروايه الثانيه المتضمنه لبراءه المدين عليه المال من جميع ما بقى عليه، فإنه لا يعقل هيهنا وجه للبراءه لأنه قبل البيع ملك البائع و بعد البيع فاما أن ينتقل بالبيع إلى المشتري أم لا؟ فان انتقل فالواجب دفع الجميع إلى المشتري، و الا فلا موجب لخروجه عن ملك الأول.

و أما الروايه الأولى فيمكن حملها على مساواه ما اشترى به الدين الذى اشتراه فإنها و ان كانت مطلقه، لكن تنزيلها على ما ذكرناه ممكن لثلا يخرج عن مقتضى القواعد الصحيحه و الضوابط الصريحه.

و بالجملة فالمسأله بمحل من الإشكال، إذ الخروج عن مقتضى القواعد المذكوره مشكل، و طرح الخبرين من غير معارض فى المقام أشكل، و لو وقع بطريق الصلح صح و لا اشكال، و لا يراعى فيه شروط الصرف، لاختصاصه بالبيع، أما الربا فينبغى مراعاته للقول بعدم اختصاصه بالبيع، كما تقدم فى باب (٢).

ص: ١٥٨

١- (١) الكافي ج ٥ ص ١٠٠، التهذيب ج ٦ ص ١٩١.

٢- (٢) و مما يؤيد الخبرين المذكورين، رواه فى الكافي و التهذيب عن عمر بن يزيد (الكافي ج ٥ ص ٢٥٩) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل ضمن على رجل ضمانا ثم صالح عليه قال: ليس له الا الذى صالح عليه) فإنه ظاهر فى براءه ذمه المضمون عنه فيما زاد عن مال الصلح، و بذلك صرح الأصحاب أيضا فى هذه المسأله و الفرق بين المسألتين لا يخلو من خفاء و اشكال، و ان أمكن تكلفه الا أن الخبر المذكور لا يخلو من تأييد لما نحن فيه. منه رحمه الله.

و للعلامه فى المختلف هنا مع ابن إدريس كلام قد بسط فى لسان الطعن على ابن إدريس و التشنيع لنسبته الى التجهيل مع التأويل للخبرين المذكورين لا بأس بنقله فى المقام، و ان طال به زمام الكلام، لما فيه من الفوائد الظاهره لذوى الأفهام.

قال (قدس سره) فى الكتاب المذكور: لو باع الدين بأقل مما له على المديون، قال الشيخ: لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال، و تبعه ابن البراج على ذلك، و قال ابن إدريس: قول الشيخ طريف عجيب يضحك الثكلى، و هو أنه إذا كان الدين، ذهباً كيف يجوز أن يبيعه بذهب أقل منه، و ان كان فضه كيف يجوز بيعه بفضه أقل منه، أو ان كان ذهباً فباعه بفضه فباعه بذهب، كيف يجوز انفصالهما من مجلس البيع الا بعد أن يتقابضا الثمن و المثل، يقبض البائع الثمن، و المشتري المثل، فان هذا لا- خلاف فيه بين طائفتنا، بل لا خلاف فيه بين المسلمين، و قوله لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال ان كان البيع صحيحاً لزم المدين تسليم ما عليه جميعه إلى المشتري، لأنه صار مالاً من أمواله بالشراء، و قد يشتري الإنسان ما يساوى خمسين قنطاراً بدينار واحد، إذا كان البائع من أهل الخبرة، و انما هذه أخبار آحاد أو ردها على ما وجدها إيراداً لا اعتقاداً.

ثم قال العلامه: و اعلم أن كلام الشيخ قد اشتمل على حكيمين، الأول- جواز بيع الدين بأقل منه. و لا ريب فى جوازه، و نسبه ابن إدريس كلام الشيخ فيه الى أنه طريف عجيب يضحك به الثكلى جهل منه، و قله تأمل و سوء فهم، و عدم بصيره و انتفاء التحصيل لكلام العلماء، و عدم معرفه بمدلول أقوالهم، فإن الشيخ لم يحصر هو و لا غيره من المحصلين الدين فى النقود، بل يجوز أن يكون ذهباً أو فضه أو غيرهما من الأقمشه و الأمتعه، ثم لم يحصروا بيع الدين بالنقود، و لا- أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب، أو الفضه حتى يتعجب من ذلك، و يظهر للعامه قله إدراكه و عدم تحصيل و سوء أدبه و مواجهه مثل هذا الشيخ المعظم الذى هو رأس المذهب و المعلم له، و المستخرج للمعاني من كلام الأئمه (عليهم السلام)، بمثل هذه السفه

و القول الردى، و هل منع أحد من المسلمين بيع قفيز حنطه فى الذمه يساوى دينارا بربع دينار، أو بيع الدينار الدين بربع القفيز، فإن أداه سوء فهمه و قله تحصيله الى اشتراط المساواه فى الجنس باعتبار لفظه أقل كان ذلك غلطا ظاهرا، و جعل المال ما لا يدخل فيه الربا فيه، لظهور مثل هذه القواعد الممهده و القوانين الموطده من تحريم الربا، على انه فى باقى كلامه صرح بجواز ذلك حيث تعجب من عدم التزام المديون بجميع الدين، و سوغ بيع ما يساوى خمسين قنطارا بدينار، لكن هذا الرجل لقله تحصيله لا يفهم وقوع التناقض فى كلامه، و تعجبه بنفسه لا يبالى أين يذهب.

الحكم الثانى-عدم إلزام المديون بأكثر مما وزنه المشتري و الشيخ عول فى ذلك على روايه محمد بن الفضيل، ثم ذكر الروايه كما قدمناه، ثم ذكر روايه أبى حمزه، ثم قال: و لا ريب فى صحه البيع و لزومه و وجوب إيفاء المشتري ما على المديون.

و لا بد حينئذ من محمل للروايتين و ليس بعيدا من الصواب أن يحملا على أحد الأمرين، الأول-الضمان و يكون إطلاق البيع عليه و الشراء بنوع من المجاز، إذ الضامن إذا أدى عن المضمون بأذنه عرضا عوضا عن الدين كان له المطالبه بالقيمه، و هو نوع من المعاوضه يشبه البيع، بل هى فى الحقيقه، و انما ينفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير.

المحمل الثانى أن يكون البيع وقع فاسدا فإنه يجب على المديون دفع ما ساوى مال المشتري إليه بالإذن الصادر من صاحب الدين، و يرى من جميع ما بقى عليه من المشتري، لا- من البائع، و يجب عليه دفع الباقي الى البائع لبرائته من المشتري، و هذان المحملان قريبان، يمكن صرف الروايتين إليهما، و كلام الشيخ أيضا يحمل عليهما من غير أن ينسب الشيخ الى ما نسبه ابن إدريس انتهى كلامه زيد مقامه.

و لا يخفى ما فى كل من محمليه للخبرين من التكلف و التعسف، الذى يقطع

بعدمه، وربما يفهم من مثل هذا التشنيع من العلامة هنا و مثله ما وقع في كلام شيخنا المفيد في مقام الرد على الصدوق-في مسأله نفى السهو عن المعصوم، و في شرح الاعتقادات و مثلهما غيرهما أيضا من المتأخرين-جواز الغيبه و استثنائها من التحريم المتفق عليه في مثل هذه المواضع، و الا- فالأمر مشكل، فان جلاله مثل هؤلاء المشايخ و عدالتهم و ورعهم و تقواهم الظاهر كالشمس في رابعه النهار، يمنع من قدومهم على هذا الأمر المتفق على تحريمه نصا و فتوى، و ان كانوا لم يصرحوا بذلك في مستثنيات الغيبه. و الله سبحانه العالم.

تذنيب [الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه]:

قال في المختلف: قال ابن إدريس: الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه بلا خلاف، و الوجه عندى الكراهه، للأصل الدال على الجواز و الإجماع ممنوع، و أما ان كان حالا لم يجز بيعه بدين آخر مثله، و هل يجوز بيعه نسيئه؟ قال في النهايه: يكره ذلك مع أنه منع من بيعه بدين آخر مثله، و قال ابن إدريس: لا يجوز بيعه نسيئه، بل هو حرام محذور، لانه بعينه بيع الدين بالدين، و هو حسن انتهى.

أقول: قد تقدم في مباحث الفصل الثاني في السلف ما يتعلق بهذا المقام و يأتي إنشاء الله تعالى في بعض مسائل هذا الكتاب ما فيه كفايه لذوى الأفهام.

المسأله الثالثه [عدم جواز مطالبه الدين في الحرم]:

قال الشيخ في النهايه: إذا رأى صاحب الدين المديون في الحرم لم يجز له مطالبته فيه و لا ملازمته، بل ينبغي أن يتركه حتى يخرج من الحرم، ثم يطالبه كيف شاء.

و قال على بن بابويه على ما نقله عنه العلامة في المختلف و الشهيد في الدروس: إذا كان لك على رجل حق فوجدته بمكه أو في الحرم فلا تطالبه، و لا تسلم عليه، فتفزع الا أن يكون أعطيته حقك في الحرم، فلا بأس بأن تطالبه به في الحرم.

و قال ابن إدريس: قول الشيخ محمول على أن صاحب الدين طالب المديون خارج الحرم، ثم هرب منه فالتجأ الى الحرم، فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته و لا إفزاعه، فأما إذا لم يهرب الى الحرم و لا التجأ اليه خوفا من المطالبه بل وجدته

فى الحرم و هو ملىء بماله موسر بدينه، فله مطالبته و ملازمته، و قول ابن بابويه- الا ان يكون أعطيته حرك فى الحرم فلك أن تطالبه فى الحرم- يلوح ما ذكرناه، و لو كان ما روى صحيحا لورد و ررد أمثاله متواترا، و الصحابه و التابعون و المسلمون فى جميع الأمصار يتحاكمون الى الحكام فى الحرم، و يطالبون الغرماء بالديون، و يحبس الحاكم على الامتناع من الأداء الى عصرنا هذا من غير تناكر منهم فى ذلك، و الإنسان مسلط على أخذ ماله، و المطالبه عقلا و شرعا.

و قال العلامة فى المختلف: و الأقرب عندى كراهه ذلك على تقدير الإدانه خارج الحرم، دون التحريم، عملا بالأصل و الإباحه مطلقا على تقدير الإدانه فى الحرم، و بما ذهب اليه الشيخ فى النهايه من التحريم صرح ابن إدريس و أبو الصلاح، إلا أنهما أضافا إلى الحرم مسجد النبى (صلى الله عليه و آله) و مشاهد الأئمه (عليهم السلام).

أقول: أما ما ذهب اليه الشيخ من التحريم فى الحرم فيدل عليه

موثق سماعه (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل لى عليه مال فغاب عنى زمانا فرأيتة يطوف حول الكعبه، فأتقاضاه؟ قال: فقال: لا تسلم عليه و لا تروجه حتى يخرج من الحرم». و ظاهر العلامة الاستدلال بهذه الروايه على الكراهه كما اختاره.

و فيه أن النهى حقيقه فى التحريم كما صرح به هو و غيره فى الأصول، و الحمل على خلافه يحتاج إلى قرينه، و أما ما نقل عن الشيخ على بن بابويه فهو مأخوذ من كتاب الفقه الرضوى على النهج الذى كررنا ذكره فى كتب العبادات، حيث إنه (٢)

قال (عليه السلام)

«ان كان لك على رجل حق فوجدته بمكه أو فى الحرم فلا تطالبه، و لا تسلم عليه فتفزع، الا- أن تكون أعطيته حرك فى الحرم، فلا بأس أن تطالبه فى الحرم».

و هى عين عبارته الشيخ المذكور، كما قدمنا ذكره فى جملة من المواضع، سيما فى كتب العبادات فى إفتاء الشيخ المذكور فى رساله الى ابنه بعبارات الكتاب،

ص: ١٦٢

١- ١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٤.

٢- ٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٣.

و نحوه ابنه الصدوق فى الفقيه، كما تقدم التنبيه عليه فى الكتب المذكوره، و من ثم اعتمدنا على الكتاب المذكور لاعتماد هذين العمدين عليه.

و أنت خير بأنه لا- منافاه بين الخبرين، فان الخبرين متفقان على أن تحريم المطالبه انما هو فى صوره ما إذا كان الدين خارج الحرم، ثم انه وجدته فى الحرم، و أما لو كانت الاستدانه فى الحرم فحكمها فى موثق سماعه غير مذكور، إذ مورده ظاهرا انما هو ما قلناه، فاشتمال روايه الكتاب المذكور على حكم الاستدانه فى الحرم لا- معارض لها، فيجب العمل بها كما عمل بها الشيخ المذكور.

و قال المحدث الكاشانى (رحمه الله عليه) فى المفاتيح فى ضمن عد جملة من المستحبات: و أن لا يطالبه فى الحرم، بل لا يسلم عليه، و لا يروعه حتى يخرج، كذا فى الخبر، أما لو التجأ المديون اليه لم يجز مطالبته فيه، بل يضيق عليه فى المطعم و المشرب، الى أن يخرج، لقوله تعالى (١) «وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا» كذا قالوه انتهى.

أقول: ما نقله عنهم من الكلام الأخير لم أقف عليه فيما حضرني من كلامهم فى الدين. نعم ذلك فى الجنايه كما وردت به الأخبار، و صرح به الأصحاب.

و أما ما ذكره ابن إدريس و طول به من الكلام فهو نفخ فى غير ضرام، و أى موجب لتأويل كلام الشيخ مع وجود الروايه به، و أى منافاه فى الخبر المذكور مع ما علم من اختصاص الحرم بأحكام عديده لا يشاركه غيره فيها، فتخصص به العمومات، و هذا من جملتها. ثم من الذى اشترط فى الاخبار-الوارده فى الأحكام- و رودها متواتره فى كل حكم حكم، و جزئى جزئى حتى أنه يرد هذه الروايه لعدم كونها كذلك.

ثم أى دليل فيما احتج به من فعل الصحابه و التابعين و من بعدهم الى يومه، و الجميع انما هم من قضاه المخالفين، و علمائهم- الذين نسبهم إلى الإسلام هنا-

ص: ١٦٣

مع قوله بكفرهم و نجاستهم و نحو ذلك مما تقدم فى كتب العبادات، و هل يدعى أحد أنه منذ وقت موت النبى صلى الله عليه و آله الى يومنا هذا صار للشيعه حكم و قضاء، يحكمون و يقضون فى الحرم أو غيره، يحسبون و نحو ذلك مما ذكره حتى أنه يمكنه الاحتجاج بما ذكره، ما هذا الا تحكيمات بارده، و تمحلات شارده.

و العجب منه عفى الله تعالى عنه فى رده هذا الاخبار و أمثالها، و تكذيبه بها مع ما استفاض عنهم عليهم السلام من النهى عن التكذيب بما جاء عنهم و لو جاء به خارجى أو قدرى، و أن ما رانت له قلوبكم فاقبلوه، و ما اشمأزت منه فردوه إلينا، ما هذه الا جره زائده من هذا الفاضل النحرير، و خروج عن الدين من حيث لا يشعر صاحبه نسأل الله-تعالى-المسامحه لنا و له من هفوات الأقدام، و زلات الاقدام.

و أما ما ذكره العلامة من التفصيل-تبعا لابن بابويه لكنه حكم بالكراهه فيما حكم به ابن بابويه بالتحريم-ففيه ما عرفت من أن ظاهر الروايه هو التحريم، و حملها لها على الكراهه يحتاج الى دليل.

و الاستناد الى الأصل فى مقابله الخبر الذى ظاهره التحريم غير مسموع، هذا بالنسبه إلى الاستدانه خارج الحرم، و أما مع وقوعها فى الحرم فحيد، لما عرفت من كلام الرضا عليه السلام فى الكتاب المتقدم، و الأنسب له هنا الاستناد الى الأصل، فإنه فى محله، و تخرج الروايه المذكوره شاهده على ذلك.

و أما إضافه مسجد النبى صلى الله عليه و آله و المشاهد المقدسه إلى الحرم كما ذكره الفاضلان المتقدمان فلم نقف له على مستند، و كأنهما لاحظا اشتراك الجميع فى شرف المكان، و هو قياس محض و الله العالم.

المسأله الرابعه [فى أنه إذا مات الرجل حل ما له و ما عليه]

-الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أنه بموت-المديون تحل ديونه المؤجله، و انما الخلاف فى الحل بموت الغريم، فذهب جماعه منهم الشيخ فى النهايه و أبو الصلاح و ابن البراج و الطبرسى الى ذلك.

و المشهور و هو قول الشيخ فى الخلاف، و المبسوط خلافه، و علل الأول بأن بقاء الدين على الميت بعد موته لا معنى له، و معلوم أنه لم ينتقل إلى ذمه الورثه،

للأصل (١)، و لعدم تكليف أحد بفعل غيره، و علل الثاني بأن المال كان مؤجلا- و انتقل الى الوارث، و ينبغي أن يكون كما كان، لعدم لزوم شيء على أحد بموت غيره، و للاستصحاب.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى المقام ما رواه

فى الكافى مسندا عن أبى بصير (٢) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام و الصدوق فى الفقيه مرسلا» قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): إذا مات الرجل حل ماله، و ما عليه من الدين.»

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن السكونى (٣) عن جعفر عن أبيه ع

«أنه قال: إذا كان على رجل دين إلى أجل و مات الرجل حل الدين.»

و ما رواه

فى التهذيب عن الحسين بن سعيد (٤) فى الصحيح قال:

«سألته عن رجل أقرض رجلا- دراهم إلى أجل مسمى، ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض عند موت المستقرض منه، أو للورثه من الأجل ما للمستقرض فى حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض.»

و القائلون بالحلول بموت الغريم استندوا إلى روايه أبى بصير المذكوره، و ظاهر الصدوق بناء على قاعدته المذكوره فى صدر كتابه القول بذلك أيضا، و لكن لم أطلع على من نقله عنه، الا- أنه لازم مما ذكرناه، حيث أنهم يستندون المذهب إليه فى هذا الكتاب بما ذكرناه، و غايه ما أجاب به المتأخرون عن الخبر المذكور

ص: ١٦٥

١- ١) أقول: و الأظهر تعليقه بأن الحق لا- ينتقل من شخص الى آخر الا- برضاء صاحب الحق فلا ينتقل إلى ذمه الوارث بمجرد موت المورث و أظهر فى الدلالة قوله سبحانه «مَنْ بَعْدِ وَصِيِّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» تمنع الورثه من التصرف فى التركة إلا بعد أداء الدين و محل المسأله داخل تحت إطلاق الآيه كما لا يخفى و العمده مع ذلك- الأخبار المذكوره مضافا الى الاتفاق على الحكم. منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٩٩ الفقيه ج ٣ ص ١١٦.

٣- ٣) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠ الفقيه ج ٣ ص ١١٦.

٤- ٤) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠.

هو رده بضعف السند، كما ذكره جملة منهم، وهو مشكل عند من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث، سيما ان الخبر من مرويات الفقيه التي يعتمدونها في غير مقام.

و حمله بعض الأفاضل - (1) في حواشيه على كتاب الفقيه - على سائر الحقوق غير الدين، مثل العمرى الموقت بحياته، والإجاره، و العاريه، و الشركه، و القراض، و الأمانات، قال: و معنى حلولها انتهاء العقد، فيلزم تسليمها إلى الورثه، أو تسليم العقد انتهى.

و لا يخفى ما فيه من البعد عن الظاهر، فان الخبر مصرح بالدين، فكيف يحمل على غير الدين، و مع قطع النظر عن ذلك فهو ظاهر في مساواه ماله لما عليه، مع اتفاقهم على الحلول فيما عليه من الدين، فيكون ماله كذلك.

و بالجملة فإن الخبر لا معارض له الا ما تقدم من التعليقات العقلية الراجعه إلى الاستصحاب، و فيها ما لا يخفى على ذوى الأفهام و الألباب، و الحكم لذلك موضع اشكال و الله العالم.

تذنيب: قال المرتضى رضى الله عنه في المسائل الناصريه: هذه المسأله - و أشار بها الى أن الدين المؤجل لا يصير حالا بموت من عليه الدين - لا أعرف إلى الان لأصحابنا فيها نصا معيناً فأحكيه، و فقهاء الأمصار كلهم يذهبون الى أن الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه، و يقوى في نفسى ما ذهب اليه الفقهاء، و يمكن أن يستدل عليه بقوله - تعالى (2) «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» علق القسمه بقضاء الدين، فلو أخرت تضررت الورثه، و لانه يلزم انتقال الحق من ذمه الميت إلى ذمه الورثه، و الحق لا ينتقل الا برضاء من له انتهى.

و ليت شعري كيف غفل عن الروايات الواردة في المسأله، و لكنه قليل

ص: ١٦٦

١- ١) هو الفاضل الشيخ محمد بن الشيخ حسن بن شيخنا الشهيد الثاني «قدس الله أرواحهم» منه رحمه الله.

٢- ٢) سورة النساء الآيه - ١١.

المراجعه للاخبار، كما لا يخفى على من له أنس بطريقته (رضى الله عنه) وقاعدته.

المسأله الخامسه [جواز اقتضاء الدين من أثمان المحرمات إذا كان المديون ذميا] :

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يجوز اقتضاء الدين من أثمان المحرمات على المسلم، إذا كان المديون البائع ذميا مستترا، و التقييد بالذمى لإخراج الحربى، إذ لا يجوز أخذ ثمن ذلك منه، لعدم إقرار الشريعة له على ذلك، و المسلم لعدم جواز بيعه و بطلانه، و بالاستتار الاحتراز عما لو تظاهر به، فإنه لا يجوز أخذ ذلك لما ذكر، فان من شرائط الذمه عدم التظاهر بأمثال ذلك.

و الواجب أولا ذكر ما وصل إلينا من أخبار المسأله، ثم الكلام فيها بما يسر الله سبحانه فهمه منها.

و من الاخبار المذكوره ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ (عطر الله مرقديهما) عن محمد بن مسلم (1) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام و رواه الشيخ أيضا فى التهذيب بسند آخر عن داود بن سرحان (2) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرا أو خنازير و هو ينظر اليه فقضاه؟ قال: لا بأس به، أما للمقتضى فحلال، و أما للبائع فحرام».

و ما رواه

فى الكافى عن زراره (3) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرا أو خنزيرا ثم يقضى عنها فقال:

لا بأس أو قال: خذها».

و ما رواه

الشيخ عن محمد بن يحيى الخثعمى (4) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر و الخنازير فيقضينا فقال:

لا بأس به ليس عليك من ذلك بأس.

و عن أبى بصير (5) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرا أو خنازير يأخذ ثمنه قال لا بأس».

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣١.
- ٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ١٩٥.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٣٧.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٣٧.

فى الكافى عن منصور (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): لى على رجل ذمى دراهم فبييع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فهل لى أن آخذها؟ فقال: إنما عليه دراهم فقضاك دراهمك».

و أنت خير بأن إطلاق الروايات الأربع المتقدمه ظاهر فى حل أخذ ذلك و لو من المسلم، إذ لا تقييد فيها بالذمى، و لا قائل به فيما أعلم إلا- ما يظهر عن صاحب الكفايه، حيث قال: قال بعضهم: و لو كان البائع مسلماً لم يجر، و هو مناف لإطلاق أخبار كثيره، فالحكم به مشكل، إلا أن يكون المقصود المنع بالنسبه إلى البائع انتهى ملخصاً.

أقول: و يمكن تأييد ما ذكره من حمل المنع على البائع خاصه، و ان جاز لصاحب الطلب أخذه بقوله عليه السلام أما للمقتضى فحلال، و أما للبائع فحرام، إلا- أنه لا يخلو من الإشكال أيضاً، فإن تحريمه على البائع يوجب رده على مالكه، لبطلان البيع فكيف يكون حلالاً على المقتضى.

و مما يؤيد ما دل عليه ظاهر إطلاق الاخبار المذكوره ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام

«فى رجل ترك غلاماً له فى كرم له يبيعه عنبا أو عصيراً فانطلق الغلام فعصره خمراً ثم باعه قال: لا يصلح ثمنه، ثم قال: ان رجلاً من ثقيف اهدى الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم روايتين من خمر بعد ما حرمت فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه و آله فأهريقتا و قال: ان الذى حرم شربها قد حرم ثمنها، ثم قال: أبو عبد الله عليه السلام ان أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها».

فى الكافى عن أبى أيوب الخراز (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٣٢.

١-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٣٦.

١-٣) الكافى ج ٥ ص ٢٣١.

رجل أمر غلامه أن يبيع كرمه عصيرا فباعه خمرا ثم أتاه بثمانه؟ فقال: إن أحب الأشياء إلى أن يتصدق بثمانه».

و الأمر بالتصدق في هذين الخبرين مع بطلان البيع و تحريم الثمن الموجب لرده على صاحبه لا يجتمعان، إلا أن يحمل على عدم معرفه المشتري، أو عدم إمكان تحصيله، و هو غاية البعد.

و بالجمله فإن ظاهر الخبرين مشعر بالحل في هذه الصورة و اليه يميل كلام بعض مشايخنا من متأخري المتأخرين (1) حيث قال: و لا يبعد القول بكون البائع مالكا للثمن، لأنه أعطاه المشتري باختياره و ان كان فعل فعلا- حراما، ثم قال: المقطوع به في كلام الأصحاب و جوب الرد انتهى.

و يمكن تأييده أيضا بما رواه

في الكافي عن يونس (2)

«في مجوسى باع خمرا أو خنازير إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال؟ قال: له دراهمه، و قال: إن أسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين قال:

يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خمره و خنازيره و يقضى دينه، و ليس له أن يبيعه و هو حى و لا يمسكه». إلا أن الاخبار متظافره بتحريم بيع الخمر و الخنازير كما تقدم شطر منها فى المقدمه الثالثه، و ان ذلك من السحت، و من الممكن و ان كان لا يخلو عن بعد تقييد هذه الاخبار بالذمى كما اشتمل عليه الخبر الأخير.

لكن يبقى الإشكال أيضا عن وجهين أحدهما ما اشتمل عليه بعضها صريحا و بعضها ظاهرا من حضور المسلم البيع، مع ان الأصحاب قيدوا الجواز بالتستر كما عرفت، و صرحوا بالعدم مع عدمه، و الحمل على أن الذمى يبيع فى بيته أو نحوه من الأماكن المستوره، و ان اطلع عليه صاحب الطلب من حيث لا يشعر به بعيد غاية البعد، أو يقال: بعدم كون التستر مشروطا عليهم فى الذمه، و لعله الأقرب و ان كان خلاف ما

ص: ١٦٩

١-١) هو شيخنا المجلسى (قدس سره) فى حواشيته على كتب الاخبار- منه رحمه الله.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢.

عليه ظاهر الأصحاب فإن الذى وقفت عليه فى الاخبار بالنسبة إلى شرائط الذمه خال من ذلك، بل من أكثر الشروط التى ذكرها الأصحاب رضوان الله عليهم (١).

و ثانيا ما اشتمل عليه الخبر الأول من قوله «أما للمقتضى فحلال، و أما للبائع فحرام» و الظاهر أنه لا اشكال فيه بعد حمل الخبر على أهل الذمه، لما ورد فى أخبار أخذ الجزية مع التصريح بحل أخذها من ثمن خمورهم و خنازيرهم، كما فى

صحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

«حيث قال: فيها عليهم الجزية فى أموالهم، تؤخذ منهم من ثمن لحم الخنزير أو الخمر، فكل ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم، و ثمنه للمسلمين حلال، و يأخذونه فى جزيتهم». و نحوه روى شيخنا المفيد فى المقنعه عن محمد بن مسلم (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام.

و ظاهر هذين الخبرين هو عدم التستر ايضا، و احتمال كون المراد ذلك بحسب الواقع مع عدم علم المسلمين الظاهر بعده، و بذلك يظهر ما فى توقف بعض (٤)

ص: ١٧٠

١- ١) و منه ما رواه الشيخ و الصدوق فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ان رسول الله صلى الله عليه و آله، قبل الجزية من أهل الذمه على أن لا- يأكلوا الربا و لا يأكلوا لحم الخنزير و لا ينكحوا الأخوات و لا بنات الأخ و لا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمه الله و ذمه رسول الله صلى الله عليه و آله، و قال: و ليست لهم اليوم ذمه، و زاد فى خبر آخر على أن لا يهودوا أولادهم و لا ينصروا، و لم أقف على غير هذين الخبرين بعد التتبع و الله العالم- منه رحمه الله.

٢- ٢) الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب كتاب الجهاد.

٣- ٣) الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب كتاب الجهاد.

٤- ٤) و هو المحقق الأردبيلي قدس سره حيث قال بعد ذكر روايه المشار إليها أن فيها تأملا لأنه إن حملت على كون البائع مسلما، فظاهر الأصحاب و بعض الاخبار عدم جواز الأخذ، و ان حملت على الذمى فقوله للبائع حرام محل التأمل، إذ يجوز له ذلك خاصة الا أن يحمل على الإظهار كما هو الظاهر، و لو سلم تحريمه للبائع حينئذ فكونه حراما للقابض مشكل، و بالجمله هذا لا يخلو عن اشكال انتهى أقول: و بما ذكرناه و أوضحناه فلا اشكال بحمد الله سبحانه فى هذا المجال- منه رحمه الله.

المحققين في تحريمه على البائع و حله للقابض-مع تسليمه حمل الخبر على الذمى فإنه لا وجه له بعد تصريح هذه الاخبار بذلك،و الفرق بين الجزية و قضاء الدين غير ظاهر.

و كيف كان فان القول المشهور هو الأوفق بالاحتياط المطلوب فى الدين، كما لا- يخفى على الحاذق المكين،فيتعين حمل إطلاق الاخبار المتقدمه على أهل الذمه و ارتكاب جواز ذلك للمسلم مع استفاضه الاخبار بتحريم ذلك عليه،و بطلان بيعه مضافا الى اتفاق الأصحاب على ذلك لا يخلو من شناعه،و حينئذ فلا يلتفت الى ما ذكره أولئك الفضلاء المشار إليهم آنفا و الله العالم.

المسألة السادسة [حكم ما لو كان لاثنين فصاعدا مال فى ذمم غيرهم و أرادوا قسمته]

-المفهوم من كلام الأصحاب(رضوان الله عليهم)أنه إذا كان لاثنين فصاعدا مال فى ذمم غيرهم و أرادوا قسمته،فإنه لا تصح ما لم يقبض، و لو اقتسموا و الحال كذلك لم يصح،بل يكون كل ما خرج فهو على الشركه، و ما توى على الجميع.

و يدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن سليمان بن خالد (١)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرق عنهما،فاقتسما بالسويه ما كان فى أيديهما،و ما كان غائبا عنهما،فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا،و استوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه؟قال:نعم ما يذهب بماله». و رواه الصدوق بإسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد (٢)مثله.

و عن عبد الله بن سنان (٣)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين،فاقتسما العين و الدين،فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذى للآخر أ يرد على صاحبه؟قال:نعم ما يذهب بماله».

ص: ١٧١

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢٣.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢٣.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦.

و عن أبي حمزه (١) قال:

سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما فاقتهما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر، قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب بينهما.

نعم

روى الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن (٢) عن جده على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال:

«سألته عن رجلين اشتركا فى السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا قال: لا بأس». و حمل على الجواز دون اللزوم.

و بما ذكرنا من الاخبار الصريحه الدلاله على القول المذكور يظهر لك ما فى كلام المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) هنا من القصور، حيث انه لم يقف فى المقام الا- على روايه غياث المذكوره، فقال بعد ذكر كلام الأصحاب: ما لفظه الحكم مشهور بينهم، و مستندهم روايه غياث ثم ساق الروايه الى أن قال: و الشهره ليست بحجه، و ابن إدريس مخالف، و نقل عنه ان لكل واحد ما اقتضى كما هو مقتضى القسمه، و المستند غير معتبر، لوجود غياث كأنه ابن إبراهيم البترى، و أدله لزوم الشرط تقتضيه، و كذا التسلط على مال نفسه، و جواز الأكل مع التراضى و التعيين التام ليس بمعتبر فى القسمه، بل يكفى فى الجمله كما فى المعاوضات، فإنه يجوز البيع و نحوه، و لان الدين المشترك بمنزله دينين لشخصين، و للمالك ان يخص أحدهما دون الآخر، فلو كان قابل بتخصيص كل واحد قبل القسمه بحصه لأمكن ذلك أيضا، فإن الثابت فى الذمه أمر كلى قابل للقسمه، و انما يتعين بتعيين المالك فله ان يعين، و لكن الظاهر انه لا- قائل به قبل القسمه، و بعدها القول به نادر من غير دليل، و الشهره مع الخبر المجبور بها يمنع ذلك، و يؤيد بالاستصحاب

ص: ١٧٢

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥.

٢-٢) الوسائل الباب-٢٩- من أبواب الدين الرقم-٢.

و الاحتياط فتأمل انتهى.

و ليت شعري كيف ذهب عليه الوقوف على هذه الاخبار مع تعددها- و روايتها في الأصول متكثر الطرق- حتى ارتكب ما ارتكب من هذه التمحلات- التي لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه- و تجاوز ذلك الى احتمال القول بتخصيص كل واحد قبل القسمة بحصه، و لم يمنعه منه الا عدم وجود القائل، و الكل كما عرفت نفخ في غير ضرام، كما لا يخفى على من وقف على ما نقلناه من أخبارهم عليهم السلام.

و قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك: و الحيله في تصحيح ذلك أن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطائها صاحبه، و يقبل الآخر بناء على صحه الحواله ممن ليس في ذمته دين، فلو فرض سبق دين له عليه فلا إشكال في الصحه، و لو اصطلاحا على ما في الذمم بعضها ببعض فقد قرب في الدروس صحته، و هو حسن بناء على أصالته انتهى.

أقول: ما ذكره من الحيله- في تصحيح ذلك بالحواله- فيه أن روايه أبي حمزه و روايه غياث ظاهران في عدم صحتها، و أنها لا تفيد فائده، بل الواجب هو اقتسام ما خرج و ما ذهب فهو على الجميع، و يمكن بناؤه على ما ذكره من عدم صحه الحواله ممن ليس في ذمته دين، فيكون الخبران المذكوران حجه لذلك، و أما ما ذكره من الصلح فالظاهر صحته لعموم أدله الصلح.

و يؤيده ما رواه

في الكافي عن محمد بن مسلم (1) في الصحيح أو الحسن عن أحدهما عليهما السلام

«أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما: لك ما عندك و لي ما عندى قال: لا بأس إذا تراضيا، و طابت أنفسهما».

و من هذه الروايه و أمثالها يظهر أن الصلح عقد برأسه، لا متفرع على البيع كما أشار إليه، لعدم صحه البيع في الصورة المذكوره، و الروايه المذكوره و ان لم تكن من محل البحث، إلا أن صحه الصلح على هذه الكيفيه مستلزمه للصحه

ص: ١٧٣

فيما نحن فيه، فإنه إذا جاز مع هذه الجهالة التامة ففيما نحن فيه أولى، وجميع مشترك في كون المال في الذمم والله العالم.

المسألة السابعة [حكم ما لو دفع المديون عروضاً عما في ذمته من غير مساعره]

-الظاهر أنه لا- خلاف في أنه لو دفع المديون عروضاً عما في ذمته من غير مساعره، فإنه يحتسب بقيمتها يوم القبض، لأنه إنما دفعها عوضاً عما في ذمته، والظاهر أنها تدخل في ملك الغريم بمجرد القبض، وإن لم تحصل المساعره.

و يدل على ذلك ما رواه

الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١) قال:

« كتبت إليه في رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال أعطاه بها طعاماً أو قطناً أو زعفراناً ولم يقاطعه على السعر، فلما كان بعد شهرين أو ثلاثه ارتفع الزعفران و الطعام و القطن أو نقص بأى السعيرين يحسبه؟ قال: لصاحب الدين (٢) سعر يومه الذى أعطاه و حل ماله عليه، أو يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام ليس له إلا على حسب سعر وقت ما دفع إليه الطعام إنشاء الله، قال: و كتبت إليه الرجل استأجر أجيراً ليعمل له بناء أو غيره من الأعمال و جعل يعطيه طعاماً و قطناً أو غيرهما ثم يتغير الطعام و القطن عن سعره الذى كان أعطاه إلى نقصان أو زياده، أ فيحتسب له بسعره يوم أعطاه أو بسعر يوم شارطه؟ فوقع عليه السلام يحتسب له بسعر يوم شارطه فيه إن شاء الله.»

و روى في الكافي عن محمد بن يحيى (٣) في الصحيح قال:

« كتب محمد بن الحسن إلى أبى محمد عليه السلام رجل استأجر أجيراً يعمل له بناء و غيره و جعل يعطيه طعاماً و قطناً أو غير ذلك ثم تغير الطعام و القطن من سعره الذى كان أعطاه إلى نقصان أو زياده أ فيحتسب له بسعره يوم أعطاه أو سعر يوم شارطه؟ فوقع عليه السلام: يحسب له بسعر يوم شارطه فيه إنشاء الله، و أجاب عليه السلام في المال

ص: ١٧٤

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٦.

٢-٢) الظاهر زياده لفظه قال.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٨١ مع اختلاف يسير.

يحل على الرجل فيعطى به طعاما عند محله و لم يقاطعه ثم تغير السعر،فوقع عليه السلام:له سعر يوم أعطاه الطعام». و الخبران صريحان فى المدعى بالنسبه إلى محل المسأله.

و أما بالنسبه إلى الأجره و قوله عليه السلام بسعر يوم شارطه فلا يخلو من اشتباه و خفاء،و الأظهر عندى رجوعه الى يوم القبض ايضا، كما فى السؤال الأخر و توضيحه أنه لا ريب أنه بالاستيجار يستحق الأجره و ان توقف وجوب الدفع على العمل،و حينئذ فإذا دفع عروضا فى ذلك الوقت انتقل اليه بالملك، و صار عوضا عن أجرته كما أنه بالحلول-فى السؤال الآخر-يستحق المال،و كل ما يدفع اليه من العروض فإنه يملكه عوضا عما فى ذمه المستدين،و حينئذ فيعتبر فى كلا المسألتين قيمه ذلك الوقت الذى دخل فيه فى ملك القابض،فكانه بمنزله نقد دفعه إليه فى ذلك الوقت،و لا ينافيه حصول مده مثلا لو فرض بين يوم الإجاره و يوم القبض، لان ظاهر الخبر أن السعر واحد فى ذلك المده،و انما تغير بعد تمام القبض،كما يشير اليه قوله فى أحد الخبرين«بعد شهرين أو ثلاثه»يعنى من وقت القبض.

و حينئذ فلا منافاه فى إطلاق سعر يوم الشرط على يوم القبض،فإنه مبنى على عدم الفاصله المعتد بها على استمرار قيمه و امتدادها،و أنه لم يحصل التغير الا بعد مده مديده،و باب التجوز فى الكلام أوسع من ذلك.

و الظاهر ايضا انسحاب الحكم فى النقدين لو كان أحدهما فى ذمته و أعطاه الأخر قضاء عن دينه من غير محاسبه ثم تغير السعر بعد مده،فإنه يحتسب يوم القبض.

و يدل عليه جملة من الاخبار منها ما رواه

المشايخ الثلاثة نور الله مراقدهم عن إسحاق بن عمار (1)فى الموثق قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه المال فيقضىنى بعضا دنانير و بعضا دراهم،فإذا جاء يحاسبنى ليوفينى يكون قد تغير سعر الدنانير،أى السعرين أحسب له؟الذى يوم أعطانى الدنانير أو سعر يومى الذى

ص: ١٧٥

أحاسبه؟ فقال: سعر يوم أعطاك الدنانير، لأنك حبست منفعتها عنه» (١).

و الظاهر أن قوله «حبست منفعتها عنه» كناية عن انتقالها الى القابض بالملك، و بزوال ملك الدافع عنها، فلا- انتفاع له بها بالكلية، لخروجها عن ملكه، و به يحصل حبس منفعتها عنه، و إذا انتقلت الى ملك القابض سقط بإزائها من تلك الدراهم ما قابلها بصرف ذلك اليوم، لأنها لم ينتقل اليه مجاناً، و انما انتقلت عوضاً فلا بد من سقوط عوضها ذلك اليوم بذلك الصرف الأول.

و منها ما رواه

فى التهذيب عن يوسف بن أيوب (٢) شريك إبراهيم بن ميمون عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير و لا يصارفه، فتغير الدنانير بزياده أو نقصان قال: له سعر يوم أعطاه».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الملك بن عتبة الهاشمى (٣) قال:

« سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه فيأخذ مكانها ورقاً فى حوائجه و هو يوم قبضت سبعة و سبعة و نصف دينار، و قد يطلب صاحب المال بعض الورق، و ليست حاضره فيبتاعها له من الصيرفى بهذا السعر، ثم يتغير السعر قبل ان يحتسبها حتى صار الورق اثنى عشر درهماً دينار، فهل يصلح له ذلك و انما هى بالسعر الأول من يوم قبضت كانت سبعة؟ و سبعة و نصف دينار، قال: إذا دفع اليه الورق بقدر الدينار فلا يضره كيف كان الصرف، و لا بأس».

ص: ١٧٦

١- ١) و أما حمل حبس المنفعة على ظاهره- من انه كان يمكن صاحب الدنانير أن يبيعها بقيمه أزيد من ذلك الوقت- فلا يطرد كلياً، لأن الكلام فى تغيير السعر مطلقاً زياده و نقيصه، فإنها قد ينقص صرفها بعد ذلك عن يوم القبض فالنفع حاصل لصاحب الدنانير كما لا يخفى، بل المراد انما هو حبس الانتفاع بها لصيرورتها ملكاً للقابض و خروجها عن ملك الدافع كما ذكرناه فى الأصل- منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١٠٦ الكافى ج ٥ ص ٢٤٥.

أقول: لعل المعنى فى قوله عليه السلام «إذا دفع اليه الورق» الى آخره أنه إذا كان دفع الورق على جهة العوض عن الدينير، و أداء لها فإنه ينصرف مقدار قيمه الدينار فى ذلك الوقت الى ما يقابلها من تلك الدينير، لان الفرض ان دفع تلك الورق انما هو لتفريغ ذمته من الدينير التى عليه، لا لغرض آخر. و حينئذ فلا يضره زياده الصرف أو نقصانه بعد وقوع التهاتر و التساقت بين تلك الورق و الدينير، فإنه قد برئت الذمه و خلت العهده بما دفعه عن قدر ما دفعه كلا أو بعضا.

و منها ما رواه

الشيخ فى الموثق عن إبراهيم بن عبد الحميد عن (١) عبد صالح عليه السلام، قال:

«سألته عن الرجل يكون له عند الرجل دنانير أو خليط له، يأخذ مكانها ورقا فى حوائجه و هى يوم قبضها سبعة و سبعة و نصف بدينار، و قد يطلبها الصيرفى و ليس الورق حاضرا فيبتاعها له الصيرفى بهذا السعر سبعة و سبعة نصف ثم يجيء يحاسبه و قد ارتفع سعر الدينير فصار باثنى عشر كل دينار، هل يصلح ذلك له؟ أو انما هى له بالسعر الأول يوم قبض منه الدراهم فلا يضره كيف كان السعر؟ قال: يحسبها بالسعر الأول فلا بأس به».

و منها ما رواه

الصدوق و الشيخ عن إسحاق بن عمار (٢) فى الموثق قال:

«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له على الرجل الدينير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر؟ قال: فهى له على السعر الذى أخذها منه يومئذ، و ان أخذ دنانير فليس له دراهم عنده، فدينيره عليه يأخذها برؤسها متى شاء». كذا فى روايه الشيخ، و فى روايه الصدوق «و ليس له دراهم عنده» الى آخره.

قال المحدث الكاشانى فى الوافى بعد نقل الخبر بروايه التهذيب ما صورته: بيان: يعنى وقع الفضل بينهما بأخذه الدراهم أو لإمكان دنانيره ثم ان أخذ دنانير ثانيا بعد ذلك، فليس للمعطى أن يجعلها فى مقابله دنانيره التى كانت

ص: ١٧٧

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٧ الفقيه ج ٣ ص ١٨٤.

له عليه أولاً، و يطلب منه دراهمه، إذ لا دراهم له عليه حينئذ بل ليس له الا دراهمه التي أعطاها ثانيا يأخذها متى شاء انتهى.

أقول: ما ذكره جيد بالنظر الى ما نقله من روايه الشيخ، و أما على تقدير روايه الصدوق بالواو فالظاهر أن المعنى أن صاحب الطلب إذا أخذ دنانير عوض دنانيره، و الحال أنه لم يقبض دراهم عوض طلبه كما في الفرض الأول، فهذه الدنانير عوض دنانيره التي في ذمه المديون يأخذها برؤسها متى شاء.

و الحق أن الخبر لا - يخلو من إجمال بالنسبه إلى قوله ثم «تغير السعر» إلى آخره، و أنه هل أراد سعر الدراهم أو سعر الدنانير؟ فيحتمل أن يكون المراد سعر الدنانير، و يكون حاصل المعنى أنه إذا أقرض رجل رجلاً دنانير ثم أخذ المقرض عوض دنانيره دراهم من غير مساعره، ثم تغير سعر الدنانير بالزيادة أو النقصان، فما الذي يعمل عليه يوم المحاسبه؟ فأجاب عليه السلام بقوله «فهي له» أي الدنانير للمقرض، بسعر اليوم اقترضها فيه للمستدين، فعليه أداء قيمتها بسعر ذلك اليوم، و حينئذ فيحسب له قيمه الدنانير من تلك الدراهم التي دفعها اليه بالسعر المذكور، و ان أخذ المقرض من المستدين دنانير بجنسها لا بالتبديل، و الحال أنه ليس له دراهم عنده بالتبديل، فهذه الدنانير عوض دنانيره حسبما قدمناه في كلامنا على صاحب الوافي.

و أنت خبير بان هذا المعنى مبنى على نسخه (الواو) كما في الفقيه، و يحتمل أن المراد سعر الدراهم و ضمير هي راجع إليها، بمعنى أنه إذا تغير سعر الدراهم من وقت دفعها الى سعر آخر يوم المحاسبه، فتلك الدراهم للمقرض يأخذها بسعر يوم أخذها، لا يوم المحاسبه، ثم ذكر صورته أخرى بقوله «و ان أخذ» يعنى المقرض دنانير و الحال أنه لم يكن دراهم سابقه في ذمه معطى الدنانير ليكون أخذه عوضاً عنها، فليس له ذلك، بل هي عليه يأخذها صاحبها برؤسها هذا على نسخه الواو، و على نسخه الفاء يكون المعنى ما قدمنا نقله عن الوافي - و الله العالم.

المسألة الثامنة - إذا قتل المديون عمداً و لا مال له

قال الشيخ في النهاية: لم

ص: ١٧٨

يكن لأوليائه القود الا- بعد تضمين الدين عن صاحبهم، فان لم يفعلوا ذلك لم يكن لهم القود، و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم، و به قال أبو الصلاح و ابن البراج و نسب هذا القول في الدروس الى المشهور، و قال أبو منصور الطبرسي (١): إذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود الا بعد ضمان الدين، و ان لم يبذل جاز لهم القود من غير ضمان، و قال ابن إدريس و المحقق و العلامة:

ان للورثة استيفاء القصاص، و ان بذل الجاني الدية من غير ضمان للدين، و احتجوا على ذلك بأن موجب العمد القصاص، و أخذ الدية اكتساب، و هو غير واجب على الوارث في دين مورثه، و لعموم قوله تعالى (٢) «فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» و قوله تعالى (٣) «النَّفْسُ بِالنَّفْسِ» .

و نقل العلامة في المختلف عن الشيخ أنه احتج بما رواه عبد الحميد بن سعيد (٤) قال:

«سألت أبا الحسن الرضا(عليه السلام) عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا، فأخذ أهله الدية من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قال:

قلت: و هو لم يترك شيئاً، قال: إذا أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا عنه الدين».

ثم أجاب عن الرواية المذكورة بالمنع من الدلالة على محل النزاع، قال:

أما أولاً- فلاحتمال أن يكون القتل خطأ أو شبهه، و اما ثانياً فلان السؤال وقع عن أولياء أخذوا الدية، و نحن نقول بموجبه، فإن الورثة لو صالحوا القاتل على الدية و جب قضاء الدين منها انتهى.

ص: ١٧٩

١- ١) الظاهر أن المراد بالطبرسي هنا هو الشيخ أبو منصور احمد بن أبي طالب الطبرسي صاحب الاحتجاج، فإنه صاحب هذه الكنية، و لم أقف على نقل قوله في الفقه الا هذا المكان و سيأتي جملة من المواضع لفظ الطبرسي خاصة، و هو يحتمل للمذكور هنا و للشيخ ابي علي صاحب مجمع البيان-منه.

٢- ٢) سورة الإسراء الآية ٣٣.

٣- ٣) سورة المائدة الآية ٤٥.

٤- ٤) التهذيب ج ٦ ص ١٩٢.

أقول: ما أجاب به عن الرواية المذكورة جيد، إلا أن إيراده هذه الرواية دليلاً للشيخ رحمه الله عليه ليس في محله، بل هنا روايه أخرى صريحه فيما ذهب إليه الشيخ، والظاهر أنها هي المستند له فيما ذهب إليه في نهايته.

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا المقام من الروايات منها ما رواه

فى التهذيب و الصدوق فى الفقيه عن أبى بصير (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟ فقال: أن أصحاب الدين (هم الخصماء) للقاتل، و ان وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الدين للغرماء، و الا فلا».

و رواه

الشيخ أيضا بطريق آخر عن أبى بصير (٢) أيضا مثله، الا انه قال:

«فان وهبوا أولياؤه ديه القاتل فهو جائز، و ان أرادوا القود ليس لهم ذلك، حتى يضمنوا الدين للغرماء، و الا فلا». و هذه الرواية هى التى أشرنا إليه بأنها دليل لما ذهب إليه الشيخ، قال فى الوافى فى ذيل هذا الخبر: انما جاز لهم الهبة و لم يجز القود حتى يضمنوا، لانه مع الهبة يتمكن الغرماء من الرجوع الى القاتل بحقهم، بخلاف ما إذا قيد منه.

أقول: ان الخبر الأول قد دل على أنهم يضمنون الدين مع الهبة أيضا، و يدل على ذلك أيضا الخبر الا ترى، و مقتضاها أن الورثة بالهبة يضمنون دين الغرماء، و أنه ليس لهم العفو بدون ذلك، و هو أحد الأقوال فى المسألة أيضا على ما نقله فى المسالك، فكيف يتم الحكم بجواز الهبة لهم، و رجوع الغرماء على القاتل بالدين، كما يظهر من كلامه.

و العجب أنه نقل هذه الاخبار كلها فى باب واحد، و لم يتفطن لما ذكرناه، و لا يحضرنى وجه للجواب عن ذلك الا بأن تحمل الرواية على جواز الهبة فيما يخصهم من الدين،

ص: ١٨٠

١-١) الفقيه ج ٤ ص ١١٩ التهذيب ج ١٠ ص ١٨٠ و فيه (هم الغرماء).

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٣١٢.

إذا كان فيها زياده على الدين، كما يشير اليه كلام الشيخ فيما تقدم من عبارته، وقوله «و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم» فان حاصل كلامه أنهم ان لم يفعلوا ذلك أى ان لم يضموا الدين لم يكن لهم القود، بل تعين عليهم أخذ الدية، و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم من الدية بعد الدين، بحمل ذلك على زياده الدية على الدين.

و منها ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن أسلم عن على بن أبى حمزه (١) عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام، قال:

«قلت له: جعلت فداك رجل قتل رجلا- متعمدا أو خطأ و عليه دين و مال فأراد أولياؤه أن يهبوا دمه للقاتل؟ فقال: ان وهبوا دمه ضمنوا الدين، قلت: فإنهم أرادوا قتله فقال: ان قتل عمدا قتل قاتله، و أدى عنه الامام الدين من سهم الغارمين، قلت: فان هو قتل عمدا و صالح أولياؤه قاتله على الدية فعلى من الدين؟ على أولياؤه من الدية أو على امام المسلمين؟ فقال: بل يؤدوا دينه من ديتة التى صالحوا عليها أولياؤه فإنه أحق بديتة من غيره».

و أجاب الشهيد (قدس سره) فى كتاب نكت الإرشاد عن روايه أبى بصير التى بروايه الشيخ خاصه، لأنها هى المتضمنه لمحل البحث، بضعف السند و ندورها، فلا تعارض الأصول، و حملها الطبرسى المتقدم ذكره على ما إذا بذل القاتل الدية، فإنه يجب على الأولياء قبولها، و لا يجوز للأولياء القصاص الا بعد الضمان، حسبما قدمنا من نقل كلامه.

و أنت خبير بأن رد الخبر بضعف السند غير مرضى على رأينا و لا معتمد، و كذا ارتكاب تأويله من غير معارض، و لا معارض له الا ما نقلناه عنهم آنفا من العمومات، و الواجب تخصيصها به، إذ لا منافاه بين المطلق و المقيد و الخاص و العام، و هذا مقتضى قواعدهم فى غير مقام.

و يؤيد الخبر المذكور ما دل من الخبرين المذكورين، على أنه ليس لأولياء الدم هبته حتى يضموا الدين ايضا (٢).

ص: ١٨١

١- ١) الفقيه ج ٤ ص ٨٣.

٢- ٢) وجه التأييد هو أن ظاهر هذه الاخبار مراعاة تقديم أداء الدين و براءة ذمه الميت، فليس لهم عفو عن الدم أو قصاص حتى يضموا الدية، إثارا لبراءه ذمته و خلو عهده من الدين، فلعل استيفاء القصاص و ان كان حقا لهم كما دلت عليه الآيات و الروايات، ولكنه ينبغى فى تقييدها بغير صوره الدين مع انحصار المال فى الدية، كما هو فرض المسأله، فيجب أخذ الدية البتة و مع عدم أخذها باختيار القصاص أو العفو عن الدم فيجب عليهم ضمانها كما ذكرنا منه -رحمه الله.

و إذا عرفت ذلك فاعلم ان الأشهر الأظهر أن الديه فى حكم المال المقتول يقضى منها دينه و يقضى منه وصاياه و ترثها ورثته، و قيل انها لا تصرف فى الدين لتأخر استحقاقها عن الحياه التى هى شرط الملك، و الدين كان متعلقا بالذمه حال الحياه، و بالمال بعدها، و الميت لا يملك بعد وفائه.

و لا يخفى ما فيه، فإنه اجتهاد فى مقابله النصوص، و جره على أهل الخصوص، و قد عرفت دلالة الروايات المتقدمه على وجوب أداء الدين منها.

و نحوها ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن يحيى الأزرق (١) و هو مجهول عن أبى الحسن عليه السلام

«فى رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا فأخذ أهله الدين من قاتله أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم قال: قلت: و هو لم يترك شيئا، قال: إنما أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا دينه».

و نحوها روايه أخرى له، و أصرح من ذلك ما ورد من الاخبار الداله على انه يرثها الورثه على كتاب الله و سنه نبيه (٢) صلى الله عليه و آله مثل صحيحه سليمان بن خالد و صحيحه عبد الله بن سنان و صحيحه محمد بن قيس و فى بعضها عدم إرث الأخوات من الام من الديه.

و بالجملة فإن القول المذكور ظاهر القصور، و قيل: أيضا بالفرق بين ديه الخطاء و ديه العمد، إذا رضى الوارث بها معللا بأن العمد انما يوجب القصاص، و هو حق للوارث فإذا رضى بالديه كانت عوضا عنه، فكانت أبعد من استحقاق الميت

ص: ١٨٢

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ و ص ٢٤٥ الفقيه ج ٤ ص ١٦٧.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٧٥.

من ديه الخطاء و فيه ما فى سابقه من الضعف و القصور، لعموم جمله من الاخبار المتقدمه و خصوص روايات أبى بصير الثلاثه و لا سيما الأخيره لقوله فيها «بل يؤدوا دينه من ديته التى صالح عليها أولياؤه فإنه أحق بديته من غيره».

بقى الكلام فى أن خبر أبى بصير الثالث ظاهر فى أنه مع اختيار الورثه القتل فى العمده فالدين على الإمام يؤديه عن الميت من سهم الغارمين، و خبره الثانى يدل على انه على الورثه كما هو قول الشيخ رحمه الله، و أنه لا يجوز لهم اختيار القتل الا بعد ضمان الدين، و يمكن الجمع بينهما بحمل الخبر الثالث على وجود الامام و تمكنه من القيام بذلك و حمل الآخر على عدم ذلك و الله العالم.

المسأله التاسعه: إذا جحد المديون المال و لا بينه للمدعى

اشاره

فهنا صورتان

الاولى - أن يحلف المديون

و الأشهر الأظهر عدم جواز مطالبته، و ان أقام البينه بذلك، لان اليمين قد ذهب بحقه، و قد تقدمت الأخبار الداله على ذلك فى المسأله الخامسه (١) من المقام الثانى من الفصل الأول فى البيع و أركانه.

و قد ورد بإزائها من الاخبار ما يدل على خلاف ذلك. و قد تقدم وجه الجمع بينها ثمه، و فى المسأله أقوال آخر شاذه (٢) يأتى ذكرها إنشاء الله تعالى فى بابها.

نعم لو رجع الحالف بعد ذلك و أتى بالمال من قبل نفسه من غير طلب، و أكذب نفسه فإنه يجوز قوله، صرح بذلك الشيخ فى النهايه، فقال: إذا جحد المديون المال و لا بينه فحلفه المدعى عند الحاكم لم يجوز له بعد ذلك مطالبته بشىء، فإن جاء الحالف ثانيا و رد عليه ماله جاز له أخذه، فإن أعطاه مع رأس المال ربحا أخذ رأس المال و نصف الربح انتهى. و به صرح ابن البراج.

ص: ١٨٣

(١ - ١) ج ١٨ ص ٤٠٩.

(٢ - ٢) منها قول الشيخ بسماع البينه مطلقا، و قول آخر له فى موضع آخر بسماعها مع عدم علمه بها أو نسيانها، و اليه ذهب ابن إدريس، و قول آخر للشيخ المفيد و هو انها تسمع الا مع اشتراط سقوطها - منه رحمه الله.

وقال ابن إدريس: إن كان المال ديناً أو قرضاً أو غصباً و اشتري الغاصب في الذمه، و نقد المغصوب فالربح كله له دون المالك، و إن اشترى بالعين المغصوبه فالصحيح بطلان البيع، و الأمتعه لأصحابها، و الأرباح و الأثمان لأصحابها، و إن كان مضاربه شرط له من الربح النصف صح قول الشيخ و حمل عليه، و خص ما ورد من الاخبار بذلك، فإن العموم قد يخص، للدلاله، و قال العلامة في المختلف بعد نقل القولين المذكورين: أقول: الشيخ رحمه الله لم يتعرض لبيان مستحق الربح، و إنما قال: إذا دفع الحالف المال و الربح أخذ المالك المال لاستحقاقه إياه، و أخذ نصف الربح من حيث إن الحالف أباحه الأخذ، و كان ينبغي أن يأخذ نصفه على عادات العاملين في التجارات انتهى.

أقول: الذي وقفت عليه من الاخبار في ذلك ما رواه

الصدوق و الشيخ في كتابيهما عن مسمع (١) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: انى كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه فحلف لى، ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك، و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه، و أبيت أن آخذ الربح منه، و وقفت المال الذى كنت استودعته، و أتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ نصف الربح، و أعطه النصف، و حلله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين».

و بمضمونه أفتى الصدوق فى باب بطلان حق المدعى بالتحليف، و ان كان له بينه من كتاب الفقيه، فقال: متى جاء الرجل الذى حلف على حق ثانياً و حمل ما عليه ما ربح فيه فعلى صاحب الحق أن يأخذ منه رأس المال و نصف الربح، و يرد عليه نصف الربح، فإن هذا رجل تائب انتهى.

و ما

فى كتاب الفقه الرضوى حيث قال عليه السلام،

و إذا أعطيت رجلاً مالاً فجحدك و حلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مده و بما ربح فيه و ندم على ما كان منه فخذ منه رأس

ص: ١٨٤

مالك، و نصف الربح، و رد عليه نصف الربح هذا رجل تائب انتهى (١).

ثم ان الظاهر ان مناقشه ابن إدريس هنا واهيه، و تخصيصه جواز الأخذ بالمضاربه و شرط نصف الربح أبعد بعيد، فإنه لا يخفى أن المتعارف بين التجار كما هو الآن المعمول عليه بينهم فكذا في الأزمنه السابقه أن الاشتراء انما يقع في الذمه، فالبيع صحيح بلا اشكال، و الربح للمشتري بلا خلاف، و لكن الرجل لما قصد التوبه و ندم على ما وقع منه ظن أن ما حصله من الربح بواسطه هذا المال انما هو لصاحب المال فاتى به ليطلب طيب نفسه، و أن يحلله و يبرئ ذمته، و الامام عليه السلام أمره بأخذ رأس المال لانه حقه في ذمته، و ان لم يجز له المطالبه به بعد الرضا باليمين، فلما بذله الرجل و اعترف به جاز له أخذه و امره بأخذ نصف الربح في مقابله تحليله و إبراء ذمته و رضاء نفسه لا تكون ذلك حقا شرعيا، فهو من قبيل الصلح على ذلك، و انما خصه بالنصف إيثارا للرجل المديون من حيث توبته، و أن الله تعالى يحبه من هذه الجهه، فينبغى أن يسامحه له نصف الربح، و ان كان هو قد سمح بالربح، هذا هو الظاهر من سياق الخبرين (٢) المذكورين.

ثم ان الظاهر من كلام الأصحاب أنه لو أكذب نفسه و ان لم يأت بالمال فإنه يجوز مطالبتة، و تحل مقاصته مما يجده الغريم من أمواله متى امتنع من التسليم، و لم أقف فيه على نص: و مورد الروايتين المتقدمتين انما هو بذل المديون المال، و الإتيان به، بل ربما ظهر من روايه المسئله-الداله على أنه إذا استحلّفه فليس

ص: ١٨٥

١-١) أقول: قال عليه السلام في كتاب الفقه بعد هذا الكلام بيسير فإن أتاك الرجل بحقك بعد ما حالفته من غير ان تطالبه، فإن كنت مؤسرا أخذته فتصدقت به، و ان كنت محتاجا أخذت لنفسك، و الظاهر حمله على الاستحباب جمعا بينه و بين كلامه المذكور في الأصل-منه رحمه الله.

٢-٢) هذا الأمر هنا مفهوم من سياق الكلام و ان لم يقع التصريح به في الخبر الا أنه ظاهر بغير اشكال منه رحمه الله.

له أن يأخذ منه شيئاً، و ان لم يستحلفه فهو على حقه-هو عدم الجواز، لأنها شامله بإطلاقها لما لو أكذب نفسه، أو بقى على إنكاره، نعم خرج منها مورد النص المذكور من إعطائه المال من قبل نفسه، و يبقى ما عداه و الى ما ذكرنا يشير كلام صاحب الكفاية (١).

الثانيه- أن يجحد نفسه و يتعذر استيفائه منه

و لا- إشكال في جواز الأخذ منه مقاصه، و ان أمكن إقامة البينه بالحق عند الحاكم، و قيل: بعدم الجواز مع إمكان الإثبات عند الحاكم الشرعي، و قد تقدم تحقيق في هذا المقام في المسأله المشار إليها في صدر هذا الكلام مفصلاً جلياً و الله العالم.

المسأله العاشره- من المستحبات في هذا الباب

اشاره

هو أنه يستحب للغريم

الإرفاق بالمديون في الاقتضاء و المسامحه في الحساب و عدم الاستقضاء

و يدل على ذلك ما رواه

الشيخ في التهذيب عن حماد بن عثمان (٢) قال:

«دخل رجل على أبي عبد الله عليه السلام فشكى اليه رجلاً من أصحابه فلم يلبث أن جاء المشكو فقال له:

أبو عبد الله عليه السلام ما لأخيك فلان يشكوك؟ فقال له: يشكوني أنى استقضيت منه حقى قال: فجلس مغضباً فقال: كأنك إذا استقضيت حقتك لم تسع رأيت ما حكى الله تعالى في كتابه فقال «وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ» (٣) ترى أنهم خافوا الله أن يجور عليهم، لا و الله ما خافوا الا الاستقضاء فساماه الله عز و جل سوء الحساب، فمن استقضى

ص: ١٨٦

١- ١) حيث قال: قالوا و لو أكذب نفسه جاز مطالبته، و حل مقاصته مما يجده له مع امتناعه من التسليم، لتصادقها على بقاء الحق في ذمه الخصم، لكن ظاهر الروايات المذكوره على خلافه انتهى، و ممن صرح بالحكم المنقول عنهم (رضوان الله عليهم) المحقق في الشرائع، فقال: أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته، و حل مقاصته مما يجد له مع امتناعه من التسليم-منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٦ ص ١٩٤ الكافي ج ٥ ص ١٠١.

٣- ٣) سورة الرعد الآية-٢٣.

فقد أساء». و روى العياشى فى تفسيره عن حماد بن عثمان (١) مثله

و روى الصدوق فى كتاب معانى الاخبار عن حماد بن عثمان (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

أنه قال: لرجل يا فلان مالك و لأخيک؟ قال: جعلت فداك كان لى عليه شىء فاستقضيت عليه حقى فقال أبو عبد الله عليه السلام: أخبرنى عن قول الله عز و جل «يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ» أ تريبهم يخافون أن يحيف الله عليهم أو يظلمهم و لكن خافوا الاستقضاء و المداقه».

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن محمد بن يحيى رفعه الى أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

قال له رجل: ان لى على بعض الحسنين مالا و قد أعيانى أخذه و قد جرى بينى و بينه كلام، و لا آمن أن يجرى بينى و بينه ما اغتم له، فقال له أبو عبد الله عليه السلام ليس هذا طريق التقاضى، و لكن إذا أتيت فاطم الجلوس، و الزم السكوت قال الرجل: فما فعلت ذلك الا يسيرا حتى أخذت مالى».

و منها الانظار و التحليل

و يدل على الأول بعد الآيه أعى قوله عز و جل (٤) «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» -الأخبار

فروى فى الكافى عن معاوية بن عمار (٥) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من أراد أن يظله الله يوم لا ظل الا ظله، قالها ثلاثا و هابه الناس أن يسألوه فقال: فلينظر معسرا أو يدع له من حقه». و بهذا المضمون أخبار عديده فى كتاب ثواب الأعمال.

و روى فى التهذيب عن إبراهيم بن عبد الحميد (٦) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان لعبد الرحمن بن سيابه دينا على رجل قد مات، و كلمناه أن يحلله فأبى، قال: ويحه أما يعلم أن له بكل درهم عشره دراهم إذا حلله، فان لم يحلله فإنما له درهم بدرهم».

ص: ١٨٧

١-١) الوسائل الباب ١٦- من أبواب الدين و القرض.

٢-٢) الوسائل الباب ١٦- من أبواب الدين و القرض.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٠١.

٤-٤) سورة البقره الآيه ٢٨٠.

٥-٥) الكافي ج ٤ ص ٣٥.

٦-٦) التهذيب ج ٦ ص ١٩٥ الفقيه ج ٣ ص ١١٧.

و أما ما رواه في

التهذيب عن هيثم الصيرفي (١) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل كان له على رجل دين و عليه دين، فمات الذي عليه فسأل أن يحلله منه أيهما أفضل يحلله منه أو لا يحلله قال: دعه ذا بذا». فقيل: إنه محمول على ما إذا كان صاحب الدين معسرا عن أداء ما عليه من الدين، فإنه لعل الله أن يتيح له من يقضى دين ذلك الميت فيقضى به الحى دينه.

و منها حسن القضاء

فروى في الفقيه مرسلا (٢)

«قال النبي صلى الله عليه و آله: ليس من غريم ينطلق من عند غريمه راضيا الا صلت عليه دواب الأرض، و نون البحور، و ليس من غريم ينطلق صاحبه غضبان و هو ملء إلا كتب الله له بكل يوم يحبسه و ليله ظلما».

و روى في الكافي عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: المدين ثلاثة، رجل كان له فأنظر، و إذا كان عليه أعطى و لم يمطل، فذاك له و لا عليه، و رجل إذا كان له استوفى، و إذا كان عليه أوفى فذاك لا له و لا عليه، و رجل إذا كان له استوفى، و إذا كان عليه مطل فذاك عليه و لا له».

و منها أن لا ينزل على غريمه

، و لا يأكل طعامه و شرابه، فان فعل فلا يزيد على ثلاثة أيام، و أن يحتسب ما يهديه اليه من دينه.

فروى في الكافي و التهذيب عن جراح المدائني (٤) عن ابي عبد الله عليه السلام

أنه كره أن ينزل الرجل على الرجل و له عليه دين، و ان كان قد صرّها له الا ثلاثة أيام».

و روى المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم، عن سماعه (٥) في الموثق قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ينزل على الرجل و له عليه دين أ يأكل من طعامه فقال:

نعم يأكل من طعامه ثلاثة أيام، ثم لا يأكل بعد ذلك شيئا».

- ١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٨٩.
- ٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١١٣.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٩٧.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٠٢ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ١٠٢ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.

و روى فى التهذيب عن جميل بن دراج (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يأكل عند غريمه أو يشرب من شرابه أو يهدى له الهديه؟ قال: لا بأس به».

و روى فى التهذيب عن الحلبي (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه كره للرجل أن ينزل على غريمه، قال: لا يأكل من طعامه، ولا يشرب من شرابه، ولا يعتلف من علفه».

و روى فى الفقيه (٣) مرسلا قال:

«و سئل أبو جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم و المال، فيدعوه الى طعامه أو يهدى له الهديه قال:

لا بأس».

و روى فى الكافي و التهذيب عن غياث بن إبراهيم (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام

«ان رجلا أتى عليا فقال له: ان لى على رجل دينا فأهدى الى هديه فقال عليه السلام: احسبه من دينك عليه».

أقول: المستفاد من هذه الاخبار-بعد ضم بعضها الى بعض بحمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مبينها و به صرح الأصحاب أيضا- هو كراهه النزول على الغريم مطلقا، و ان كانت الثلاثة أخف كراهه و هى و ان كانت سنه بالنسبه إلى الضيف النازل على أهل البلد، لكن فى غير صوره الدين، و المنقول عن الحلبي التحريم فيما زاد على الثلاثة، و يحتمل خروج الثلاثة من الكراهه بالنظر الى ما قلناه، و تخصيصها بما عدا الثلاثة، و أنه، يستحب احتساب الهديه من الدين، كما قدمنا ذكره فى صدر الكلام.

و مثل روايه غياث فى الدلاله على ذلك مفهوم روايه هذيل بن حيان الصيرفى المتقدمه فى الموضوع الأول من المقصد الأول فى القرض، و قوله فيها «ان كان يصلحك

ص: ١٨٩

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٤.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٨١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٠٣.

قبل أن تدفع اليه مالك فخذ ما يعطيك» فان مفهومه المنع من قبول ذلك لو لم يكن كذلك، وقد قدمنا ثمه بيان حمله على الكراهه، والاستحباب أن يحسبه من الدين قال في الدروس: ويستحب احتساب هديه الغريم من دينه، للروايه عن علي عليه السلام و يتأكد فيما لم يجر عادته به انتهى. و الظاهر أنه أشار بقوله و يتأكد الى آخره الى ما ذكرنا من روايه هذيل بن حبان، فإنها هي المتضمنه لذلك مما وصل إلينا من الاخبار.

و كيف كان فما ذكرناه من كراهه النزول ينبغي حمله على ما لم يظهر من المديون كراهه النزول عليه، و التأذى بالجلوس عنده و أكل طعامه، و الا فلا يبعد التحريم، و الاحتياط لا يخفى.

و منها ترك التعرض للمديون في الحرم

و قد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في المسأله الثالثه من هذا المقصد.

و منها استحباب التقصير على نفسه لأجل التوصل إلى أداء دينه

و به يجمع بين ما دل من الاخبار على وجوب ذلك، كروايته سماعه المتقدمين في صدر هذا الكتاب، و بين ما دل على العدم، كروايه أبي موسى و روايه موسى بن بكر و مرسله على بن إسماعيل المتقدم جميعه ثمه (1).

قال في الدروس: و يجب على المديون الاقتصاد في النفقه، و يحرم الإسراف، و لا يجب التقدير، و هل يستحب الأقرب ذلك إذا رضى عياله.

و منها استحباب الإشهاد على الدين

فروى في الكافي عن جعفر بن إبراهيم (2) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أربعة لا يستجاب لهم دعوه، الرجل جالس في بيته يقول اللهم ارزقني، فيقال له: أ لم آمرك بالطلب، و رجل كانت له امرأه فدعا عليها، فيقال له: أ لم أجعل أمرها إليك، و رجل كان له مال فأفسده، فيقول: اللهم ارزقني، فيقال: أ لم آمرك بالاقتصاد، أ لم آمرك بالإصلاح، ثم قال:

ص: ١٩٠

١-١ (١) ص ١٠٠.

٢-٢ (٢) أصول الكافي ج ٢ ص ٥١١.

«وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا» ورجل كان له مال فأدانه بغير بينه، فيقال له: أ لم آمرك بالشهادة».

و عن عمران بن أبي عاصم (١) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام أربعة لا يستجاب لهم دعوه، أحدهم رجل كان له مال فأدانه بغير بينه، يقول: الله عز و جل أ لم آمرك بالشهادة».

و عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« من ذهب حقه على غير بينه لم يؤجر».

و منها استجاب ترك الاستدانه مع الاستغناء

و قد تقدمت الأخبار الداله على ذلك في صدر هذا الكتاب.

و منها انه يستحب أداء الدين على الأبوين

و يتأكد بعد الموت،

فروى الحسين بن سعيد في كتاب الزهد عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«ان العبد ليكون بارا بوالديه في حياتهما ثم يموتان فلا يقضى عنهما الدين و لا يستغفر لهما فيكتبه الله عاقا، و انه ليكون غير بار لهما في حياتهما فإذا ماتا قضى عنهما الدين، و استغفر لهما، فيكتبه الله بارا، قال: و قال أبو عبد الله عليه السلام أن أحببت أن يزيد الله في عمرك فبر أبويك، و قال: البر يزيد في الرزق».

و عن سالم الحنط (٤) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

قلت له: أ يجزى الولد الوالد؟ قال: لا إلا في خصلتين يجده مملوكا فيشتري فيعتقه، أو يكون عليه دين فيقضيه عنه». و رواه الكليني و كذا الذي قبله.

المسألة الحادية عشر – لو ضمن أحد عن الميت دينه

إشارة

،فالظاهر أنه لا خلاف في أنه تبرأ ذمته و ينتقل المال إلى ذمه الضامن،سواء كان في مرض الموت أو قبله أو بعده،و استدل عليه بأن الضمان ناقل فهو بمنزله الأداء،و المعتمد في ذلك انما هو الاخبار المتفقه على الحكم المذكور.

و منها ما رواه

ثقه الإسلام في الكافي و الشيخ في التهذيب في الصحيح عن عبد الله

ص: ١٩١

-
- ١-١) الوسائل الباب-١٠ من أبواب الدين.
 - ٢-٢) الوسائل الباب-١٠ من أبواب الدين.
 - ٣-٣) الوسائل الباب-٣٠ من أبواب الدين.
 - ٤-٤) الوسائل الباب-٣٠ من أبواب الدين.

بن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمار (٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: على دينك قال:

يبرؤه ذلك و ان لم يوفه وليه من بعده، و قال: أرجو ان لا يآثم و انما إثمه على الذى يحبسه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن الحسين بن الجهم (٣) في الموثق قال:

« سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات و له على دين و خلف ولدا رجالا و نساء و صبيانا فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبى عليك من حصتي، و أنت في حل مما لإخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعه من ذلك و حل، قلت:

فان لم يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثة على؟ فقالوا أعطنا حقنا فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما ما بينك و بين الله عز و جل فأنت في حل إذا كان الرجل الذى أحل لك يضمن لك عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك، قلت:

فما تقول في الصبى لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت: و ان لم يكن لها، قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول: أنه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها، قلت: فالأب يجوز تحليله على ابنه فقال له: ما كان لنا مع أبى الحسن عليه السلام أمر يفعل في ذلك ما شاء، قلت: فان الرجل ضمن لى عن ذلك الصبى، و أنا من حصته في حل فان مات الرجل قبل أن يبلغ الصبى فلا شيء عليه؟ قال الأمر جائز على ما شرط لك».

و أنت خبير بأنه بالنظر الى هذه الاخبار لا اشكال فيما ذكرنا من الحكم المذكور، انما الإشكال في أن المشهور اشتراط صحه الضمان برضا المضمون

ص: ١٩٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ٩٩ التهذيب ج ٦ ص ١٨٧.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧.

له، و نقل عن الشيخ العدم، وهذه الاخبار قد اختلفت فى ذلك، فظاهر صحيحه عبد الله بن سنان المذكوره بل صريحها الدلاله على القول المشهور.

و ظاهر الخبرين الأخيرين الدلاله على القول الآخر، و مثلهما أيضا فى الدلاله على ذلك، ما رواه

الشيخ عن حبيب الخنعمى (1) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير اذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ الا أن يكون له وفاء، قال: قلت: أ رأيت ان وجد من يضمه و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذى يضمه يأخذ منه؟ قال: نعم».

قال فى الوافى يعنى و أشهد الضامن على نفسه بأنه ضامن، و ينبغى حمله على ما إذا كان الضامن مليا، لما تقدم فى موثقه الحسين بن الجهم، و المسأله لذلك محل اشكال، حيث أنه لا يحضرنى الان وجه يجمع به بين هذه الاخبار-

[فوائد فى موثقه الحسين بن الجهم]

ثم انه لا يخفى ان موثقه الحسين بن الجهم قد اشتملت على فوائد لطيفه، و نكت شريفه يحسن التنبيه عليها فى المقام.

الفائده الأولى

- يفهم من الخبر المذكور أن الأحكام الشرعيه انما تبنى على ما هو الظاهر دون الواقع و نفس الأمر، كما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم، سيما فى كتب العبادات، فإنه حكم بجواز رجوع الورثه عليه فى الحكم الظاهر، و ان كان فى الواقع صار برىء الذمه بضمان الولى.

الفائده الثانيه

- فيه دلالة على القاعده المشهوره من تقييد المطلق و تخصيص العام، حيث أنه بعد ان أفتى بأن تحليل الام مشروط بأن يكون لها مال، قال له السائل: انى سمعت تقول أنه يجوز تحليلها مطلقا، أجاب عليه السلام بأنى إنما أردت بذلك أن يكون لها مال، فصار فتواه فى هذا الخبر مخصصا لما أطلقه أولا مما سمعه الراوى قبل هذه المسأله.

الثالثه

- ما ذكره عليه السلام من جواز تحليل الأب على ابنه، لعله محمول على الاستحباب، بمعنى أنه يستحب للابن الرضا بذلك، كما يشير حكايته عن أبيه عليه السلام

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ الفقيه ج ٣ ص ١٩٤.

و أنه ليس لهم معه أمر، و أنه يفعل فى أموالهم ما يشاء، و قد تقدم تحقيق المسأله و أن الحق انه ليس للأب التصرف فى مال ابنه زياده على النفقه الواجبه الا على جهه القرض، و ان دل جملة من الاخبار على الجواز مطلقا، مثل ظاهر هذا الخبر، و قد ذكرنا أن الأظهر حملها على التقيه، و اما هذا الخبر فالظاهر حملة على الاستحباب كما ذكرناه.

الرابعه

فيه دلالة على اشتراط أن يكون الضامن مليا لانه عليه السلام شرط فى تحليل الام أن يكون لها مال- و به صرح الأصحاب أيضا- إلا مع رضاء المستحق بضمان المعسر، فإنه يلزم أيضا، و يدل عليه حديث ضمان على بن الحسين عليه السلام لدين عبد الله بن الحسن (١).

الخامسه

ظاهر الخبر المذكور و كذا خبر إسحاق بن عمار صحه الضمان بغير الصيغه التى اشترطها الأصحاب، حتى أن بعضهم صرح بأنه لو قال: على دينه أو ما عليه على، فإنه لا يوجب الضمان، لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مال، أو أنه قادر على تخليصه، مع أن موثقه إسحاق صريح فى براءه ذمته، لقوله على دينك، و هو مما يؤيد ما قدمناه من سعه الدائره فى العقود الشرعيه.

المسأله الثانيه عشر [وجوب دفع جميع ما يملكه المديون فى الدين مع حلول الدين و طلب صاحبه]

-المفهوم من كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم) أنه يجب على المديون دفع جميع ما يملكه فى الدين مع حلول الدين و طلب صاحبه، و لا يجوز تأخيره و الحال هذه، فإن آخره كان عاصيا، و وجب على الحاكم حبسه.

و يستثنى له من ما يملكه دار السكنى، و عبد الخدمه و فرس الركوب ان كان من أهلها، و قوت يوم و ليله له و لعيله، و ثياب تجمله، و كذا ثياب عياله، و زاد بعض استثناء كتب العلم.

و لعل مستندهم فى الحكم الأول عموم أدله و جوب أداء الدين و إبراء الذمه من أموال الناس مع قدره و التمكن، و كأنه مجمع عليه بينهم، بل قيل: بين المسلمين و حيثئذ فلا بد لكل ما استثنى من دليل، فأما دار السكنى فنقل فى التذكرة إجماع علمائنا على عدم جواز بيعها، خلافا للعامة.

و يدل على ذلك جملة من الاخبار، منها ما رواه

فى الكافى عن عثمان بن زياد (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان لى على رجل ديننا و قد أراد أن يبيع داره فيقضينى فقال له أبو عبد الله عليه السلام: أعيدك بالله ان تخرجه من ظل رأسه، أعيدك بالله ان تخرجه من ظل رأسه، أعيدك بالله ان تخرجه من ظل رأسه».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن إبراهيم بن هاشم (٢)

«أن محمد بن أبى عمير كان رجلا بزازا فذهب ماله و افتقر، و كان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع دارا له كان يسكنها بعشرة آلاف درهم، و حمل المال الى بابه فخرج اليه محمد بن أبى عمير فقال: ما هذا فقال: هذا مالك الذى لك على قال: وورثته؟ قال:

لا، قال: وهب لك؟ قال: لا، قال: فهل هو ثمن ضيعه بعثها؟ قال: لا، قال: فما هو؟ قال: بعت دارى التى أسكنها لأقضى دينى، فقال: محمد بن أبى عمير حدثنى ذريح المحاربى عن ابى عبد الله عليه السلام قال: لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين، ارفعها فلا حاجه لى فيها، و الله انى لمحتاج فى وقتى هذا الى درهم واحد، و ما يدخل ملكى منها درهم واحد».

و ما رواه

فى الكافى عن الحلبي (٣) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله

ص: ١٩٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ٩٧ لكن فيه مره واحده (أعيدك بالله) الى آخره.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ١٩٨ الفقيه ج ٣ ص ١١٧.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٩٨.

عليه السلام قال: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه و خادم يخدمه».

و ما رواه

الشيخ عن مسعده بن صدقه (١) قال:

«سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام يقول و سئل عن رجل عليه دين و له نصيب في دار و هي تغل غله فربما بلغت غلتها فوته، و ربما لم تبلغ حتى يستدين، و ان هو باع الدار و قضى دينه بقى لا دار له؟ فقال: ان كان في داره ما يقضى به دينه و يفضل منها ما يكفيه و عياله فليبع الدار و الا فلا».

و عن ذريح المحاربي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:

لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين.

و قال الصدوق: كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله عنه (٣)

«يروى انه ان كانت الدار واسعه يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج و يقضى ببقيتها دينه، و كذا ان كفته دار بدون ثمنها باعها و اشترى بثمنه دارا ليسكنها و يقضى بباقي الثمن دينه».

و هذه الروايات كما ترى ظاهره في استثناء الدار كما ذكره الأصحاب، و دلت صحيحه الحلبي أو حسنته على استثناء الجارية أيضا، و في معناها العبد أيضا، و لعل ذكر الجارية إنما خرج مخرج التمثيل.

و الظاهر أن الاستثناء إنما هو بالنسبة الى ما يجب عليه من وجوه الأداء، بمعنى أنه لا يجب عليه بيع داره لوفاء دينه، و لا يجبره الحاكم على ذلك، أو يبيع عليه قهرا، أما لو اختار هو قضاء دينه ببيع داره فالظاهر أنه لا مانع منه، و أما حديث ابن ابي عمير و امتناعه من القبول، فالظاهر أنه لمزيد ورعه و تقواه، فعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام الأصحاب بقولهم لا يجوز بيع الدار و نحوها على ما ذكرناه بمعنى أنه لا يقهر على ذلك و يلزم به.

ص: ١٩٦

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٨.

٢-٢) الفقيه ج ٢ ص ١١٨.

٣-٣) الفقيه ج ٢ ص ١١٨.

الشيخ بسنده عن سلمه بن كهيل (١) قال:

«سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: انظر الى أهل المعك و المطل و رفع حقوق الناس من أهل القدره و اليسار ممن يدلى بأموال المسلمين الى الحكام فخذ للناس بحقوقهم منهم، و بع فيها العقار و الديار، فاني سمعت رسول الله عليه السلام يقول: مطل المسلم الموسر ظلم للمسلم، و من لم يكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبيل عليه» الحديث.

و رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن عمر بن أبي المقدم عن أبيه عن سلمه بن كهيل (٢) مثله، فقيل انه مخصوص بالغنى إذا أطل و أخفى ماله، و احتمل فيه أيضا الحمل على ما يزيد على قدر الحاجه، و الأقرب عندى الحمل على التقيه كما يفهم من عبارته التذكرة المتقدمه، و ممن نقل عنه ذلك لشريح المذكور فى هذا الخبر، الشافعى و مالك فى تتمه الخبر - مما لم نذكره - ما يساعد على هذا الاحتمال أيضا (٣).

و ما نقله الصدوق عن شيخه المذكور يدل عليه خبر مسعده بن صدقه (٤) و العمل به متجه، و لا منافاه فيه، لباقى أخبار المسأله لأن الظاهر منها كما يشير اليه

قوله عليه السلام فى خبر عثمان بن زياد

«أعيذك بالله أن تخرجه». الى آخره انما كونه مع بيع الدار يبقى بلا - دار بالكلية» و اليه يشير أيضا قوله فى روايه الحلبي لا بد للرجل من ظل يسكنه.

و أما ما يدل على استثناء الخادم فالظاهر أنه الإجماع، مضافا الى روايه الحلبي

ص: ١٩٧

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٥ الفقيه ج ٣ ص ٨.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٥ الفقيه ج ٣ ص ٨.

٣-٣) حيث قال فيه «ورد اليمين على المدعى مع بيئته، فان ذلك اجلى للعمى و أثبت فى القضاء» فان اليمين لا - محل لها هنا عندنا، لأن وظيفه المدعى اليه، فإذا أقام اليه ثبت حقه، و لا - يكلف اليمين معها، و انما هو مذهب جملة من العامة، و احتمل بعض مشايخنا الاختصاص بشريح المخاطب بهذا الكلام حيث انه ليس أهل للقضاء - منه رحمه الله.

٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ١٩٨.

المتقدمه، و اما غيرهما فلم أقف عليه فى شىء من الاخبار، و الظاهر انه من أجل ذلك اقتصر المحدث الكاشانى فى المفاتيح عليهما، مع أن عادته غالبا اقتفاء اثر المشهور فى هذا الكتاب، و لعل المستند فيه هو الضروره و الحاجه مع انه

قد روى فى الكافى عن عمر بن يزيد (١) قال:

«أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه و انا حاضر فقال له:

ليس عندنا اليوم شىء و لكن يأتينا خطر و اسمه فتباع و نعطيك إنشاء الله تعالى فقال له الرجل: عدنى فقال له: كيف أعدك و انا لما لا أرجو أرجى منى لما أرجو».

و أنت خبير بما فى هذا الخبر من الدلاله على التوسعه و عدم ما ذكروه من التضييق، فإنه يبعد كل البعد ان لا يكون له (عليه السلام) مال بالكليه سوى المستثنيات المذكوره، إذ الاستفادة من الاخبار أنه كان ذا ثروه و أملاك و ان تعذر عليه النقد فى ذلك الوقت.

و يؤيده أيضا ما رواه

فى الكافى و التهذيب و الفقيه عن بريد العجلي (٢) فى الصحيح فى بعضها قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان على دينار- و أظنه قال: - لأيتام- و أخاف ان بعت ضيعتى بقيت و ما لى شىء، فقال: لا تبع ضيعتك و لكن أعطه بعضا و أمسك بعضا». و احتمال انظار الولى له، أو انه عليه السلام رخص له لولايته العامه كما قيل الظاهر بعده، سيما انا لم نقف لهم لما ذكروه من التضييق هنا على الوجه المذكور فى كلامهم على دليل واضح من كتاب و سنه، و نحو صحيحه بريد المذكور فيما دلت عليه قوله عليه السلام

فى كتاب فقه الرضوى (٣)

«و ان كان له ضيعه أخذ منه بعضها، و ترك البعض إلى ميسره». على أنه مما يبعد كل البعد استثناء مثل الخادم و الفرس و نحوهما مما تقدم مع عدم جواز أزيد من قوت يوم و ليله، مع أن القوت أضرب، و بالجمله فالمسأله لا يخلو من شوب الإشكال (٤).

ص: ١٩٨

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٩٨ التهذيب ج ٦ ص ١٨٦.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٩٨ التهذيب ج ٦ ص ١٨٧.

٣- ٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٩١.

٤- ٤) أقول و ملخص ما ذكر أنه مع ثبوت المنع من بيع هذه الأشياء فى الدين و استثنائها لأجل الضروره، أو لورود النص فى بعضها لا يدل على وجوب بيع ما سواها فى الدين، كما ادعوه، لما عرفت من حديث الصادق عليه السلام مع غريمه، و نحوه الذى بعده، فإنه لو كان الأمر كما ذكروه لم يتجه لما دل عليه هذان الخبران من حمل يحملان عليه منه رحمه الله.

و أما ما تقدم من أنه مع قدره على الوفاء و المقابله بالمطل فإنه يحبس، فيدل عليه ما رواه

في الكافي و التهذيب عن عمار بن موسى (١) في الموتق عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبي باعه فيقسمه بينهم يعني ماله».

و عن غياث (٢)

«عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام، انه كان يحبس بالدين فإذا تبين له إفلاس و حاجه خلى سبيله حتى يستفيد مالا». و في معناهما أخبار أخر.

و ما رواه

في التهذيب عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

أن عليا عليه السلام، كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء، و ان لم يكن له المال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم، ان شئتم آجروه و ان شئتم استعملوه». الحديث هذا - و لا يخفى ما فيه.

أما ما دل عليه خبر السكوني من أنه دفعه الى الغرماء ليؤجروه أو يستعملوه مع ظهور إفلاسه، ظاهر المنافاه لما دل عليه خبر غياث، و ما في معناه من أنه يخلى سبيله حتى يستفيد مالا، و ظاهر جمله من الأصحاب حمل خبر السكوني على من يمكنه التكسب و أنه مع إمكان ذلك يجب عليه، و هو أحد القولين في المسألة، و به قال ابن حمزه و العلامة في المختلف و الشهيد في الدروس (٤) و منع ذلك الشيخ في الخلاف

ص: ١٩٩

١- ١) الكافي ج ٥ ص ١٠٢ التهذيب ج ٦ ص ١٩١.

٢- ٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩.

٣- ٣) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٠.

٤- ٤) قال في الدروس: و يجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون و لو كان بإجاره نفسه، و عليه تحمل الروايه عن علي عليه السلام و هذا القول ظاهره أيضا في اللمعه، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في شرحها، الا ان ظاهره في المسالك خلاف ذلك، حيث انه نسب العمل بالروايه الى ابن حمزه، و العلامة في المختلف، و الشهيد خاصه، لكنه قال: قيل ذلك بعد أن نقل عن جماعه من الأصحاب أنهم أطلقوا عدم وجوب التكسب عليه، و عدم قبول الهبه، و لا الصدقه و لا الوصيه، و نحوها ما لفظه: و لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا، و أنت خير بأن هذا قول الشهيد في الدروس كما قدمنا نقله عنه، و عليه حمل الروايه المذكوره و مقتضى ما استحسنته موافقه لهم على ذلك، و هو لا يخلو من منافره لتخصيصه العمل بالروايه إلى أولئك

الثلاثه خاصه كما لا يخفى، فإنه موافق لهم فى العمل بها على الوجه الذى ذكره فى الدروس منه رحمه الله.

و ابن إدريس لأصالة البراءه، و للايه و هي قوله عز و جل (١) «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» أقول: و يدل عليه أيضا خبر غياث المذكور.

و نحوه ما رواه

الصدوق و الشيخ مرسلا عن الأصبع بن نباته (٢) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر قال فيه:

«و قضى (عليه السلام) في الدين أنه يحبس صاحبه، و ان تبين إفلاسه و الحاجه فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا».

و يؤيد أيضا ما رواه

الشيخ عن السكوني (٣)

«عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه، و قال إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا». و التقريب فيه أنه لو وجب الاكتساب لأمره به، و حيث ان الشيخ في الخلاف (٤) انما احتج بالآيه أجاب في المختلف عنها

ص: ٢٠٠

١-١) سورة البقره الآيه-٢٨٠.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٢ الفقيه ج ٣ ص ١٩.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩.

٤-٤) أقول ظاهر العلامه في التذكرة اختيار ما ذهب اليه الشيخ و ابن إدريس حيث، قال: إذا ثبت إعسار المديون لم يجز حبسه، و لا- ملازمته، و وجب إنظاره بقوله تعالى «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» ثم استدل بخبر من طريق العامه، و خبر غياث المذكور في الأصل منه رحمه الله.

بانا نمنع من إفسار المكتسب، و لهذا تحرم عليه الزكاه، و الظاهر أن له أن يجيب عن هذه الاخبار بالحمل على من لا يمكنه التكسب جمعا بينها و بين خبر السكونى المذكور الا أن الظاهر بعده، و المسأله لا تخلو من الاشكال و لا يحضرنى الآن مذهب العامه فى هذه المسأله، و لعل روايه السكونى إنما خرجت مخرج التقيه.

المسأله الثالثه عشر [فى أنه لا يباع الدين بالدين]

-الظاهر انه لا خلاف بينهم فى تحريم بيع الدين بالدين، و يدل، على ذلك من طريق الخاصه

روايه طلحه ابن زيد (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا يباع الدين بالدين».

و من طريق العامه (٢) ما رووه عن النبى صلى الله عليه و آله

«لا يجوز بيع الكالى بالكالى».

قال فى النهايه الأثيريه: أنه نهى عن بيع الكالى بالكالى اى النسيئه بالنسيئه و ذلك أن يشتري الرجل شيئا الى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به، فيقول بعينه الى آخر بزياده شىء فيبيعه منه، و لا يجرى بينهما تقابض انتهى.

و الحكم مما لا إشكال فيه فى الجمله إلا أن الاشكال هنا فى موضعين أحدهما أن المفهوم من كلام أكثر أهل اللغه اختصاص اسم الدين بالمؤجل، و به صرح فى القاموس و الغريبين الا أن المفهوم من كتاب المصباح للفيومى على الحال، و قد تقدم ذلك فى آخر المسأله الثانيه من المقام الثانى فى أحكام السلم من الفصل العاشر فى السلم لا أن الظاهر من كلام الأصحاب هو ما صرح به فى القاموس.

و ثانيهما أن المشهور إطلاق الدين على ما يقع تأجيله فى العقد، و قيل: و هو

ص: ٢٠١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ١٠٠.

٢- (٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٩١.

اختيار شيخنا الشهيد الثاني بأنه مخصوص بما كان كذلك قبل العقد، وأما ما يقع فيه التأجيل بالعقد، فإنه لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، وقد تقدم نقل ذلك في الموضع المشار إليه آنفاً، وكذا قبله في الشرط السابع من شروط السلم.

و منع ابن إدريس من بيع الدين على غير المديون، استناداً إلى دليل قاصر، و تقسيم غير حاصر، كما أوضحه شيخنا العلامة في المختلف، و المشهور الصحة لعموم الأدلة.

و قال في الدروس: و لو كان الدين مؤجلاً لم يجز بيعه مطلقاً، و قال ابن إدريس:

لا- خلاف في تحريمه على من هو عليه، و يلزم بطريق أولى تحريمه على غيره، و جوز الفاضل بيعه على من هو عليه، فيباع بالحال لا بالمؤجل، و لو كان حالاً جاز بيعه بالعين و الدين، و الحال لا بالمؤجل أيضاً انتهى.

أقول: أما ما ذكره من عدم جواز بيع الدين المؤجل مطلقاً، يعنى لا بحال و لا مؤجل فهو المشهور بينهم، لأنه لا يستحقه قبل حلول الأجل و هو مذهب العلامة في التذكرة و وافقه في المسالك الجواز و قد تقدم تحقيق ذلك في المسألة الثانية من المقام الثاني في أحكام السلم.

و اما ما ذكره من أولويه التحريم على غير من هو عليه، بناء على ما ذكره ابن إدريس، فلأنه إذا امتنع فيمن عليه المال مع أنه مقبوض بالنسبة إليه فإن يمتنع في غيره لعدم المقبوضيه أولى، الا- أنه قد أجاب في المسالك بأنه لا يشترط المقبوضيه حين العقد، بل يكفي إمكانه و تحققه بعد الحلول، و قد تقدم ذكر ذلك في الموضع المشار إليه.

و أما اشتراط العلامة مع الجواز البيع بالحال لا بالمؤجل، فلأنه بالمؤجل يدخل تحت بيع الدين بالدين، و أما البيع بالحال فلا مانع منع. الا ما يدعونه من عدم استحقاقه يومئذ، و اشتراط القبض وقت العقد، و فيهما ما عرفت كما أوضحه في المسالك.

و أما أنه مع الحلول فإنما يجوز بالحال دون المؤجل، فالظاهر أنه مبني على

ما قد قدمنا نقله عن المسالك من صدق اسم الدين على المبيع قبل حلوله و بعده، كما تقدم نقله عنه في الموضوع المشار إليه، فإنه يلزم على ذلك بيع الدين بالدين المنهى عنه، و لم نقف لهم في هذه الدعوى على مستند، سيما مع تصريح أكثر أهل اللغة بأن الدين اسم للمؤجل خاصة، و موافقتهم على ذلك في الأثمان فليتأمل المقام، فإنه حرى بالتدبر التام و الله العالم.

المسألة الرابعة عشر [في أنه لا يؤدي عن المديون من سهم الغارمين الا مع إنفاقه في غير معصيه]:

إشاره

ظاهر الاخبار و هو ظاهر اتفاق كلمه الأصحاب أنه لا يؤدي عن المديون من سهم الغارمين الا مع إنفاق الدين في غير معصيه، و أنه لا يعطى منه، و انما الخلاف فيما إذا جهل حاله، فقال الشيخ: انه كالثاني، و قال ابن إدريس:

بالأول، و به صرح الأكثر.

و نقل عن الشيخ أنه احتج بما رواه

في الكافي عن محمد بن سليمان (1)

«عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبا(نجاد)قال:سأل الرضا عليه السلام رجل و أنا أسمع، فقال له:جعلت فداك ان الله عز و جل يقول «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنظِرَةٌ إِلَيْهِ مَيْسَرَةٌ» أخبرني عن هذه النظره التي ذكرها الله عز و جل في كتابه لها حد يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بد من أن ينظر؟ 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 فينظر بقدر ما ينتهي خبره الى الامام، فيقضى عنه ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعه الله عز و جل، و ان كان أنفقه في معصيه الله فلا شيء على الامام له، قلت:فما لهذا الرجل الذي ائتمنه و هو لا يعلم فيما أنفقه في طاعه الله عز و جل أم في معصيته؟ قال:يسعى له في ماله فيرده عليه و هو صاغر».

و ردها الأكثر بضعف الاسناد فلا يمكن التعويل عليها في إثبات حكم مخالف للأصل، لأن الأصل في تصرفات المسلمين وقوعها على وجه الصحه و المشروع،

ص: ٢٠٣

(١- ١) الكافي ج ٥ ص ٩٣ التهذيب ج ٦ ص ١٨٥ في الكافي و التهذيب يكنى أبا محمد.

و لان تتبع مصارف الأموال عسير.

أقول: قد سبق البحث فى هذه المسأله فى كتاب الزكاه من كتب العبادات و أوضحنا ثمة ان الروايه لا دلالة فيها على ما ادعوه، من أنه لو جهل حال إنفاقه لم يدفع له من سهم الغارمين، فليرجع اليه من أراد تحقيق الحال.

فروع:

الأول و الثانى [حبس المديون و بطلان صلاته لو لم يؤد الدين]

مما فرعوه على وجوب أداء الدين مع الحول و طلب صاحب و إمكان دفعه حبسه، كما تقدم، و بطلان صلاته ما لم يتضيق الوقت، قال فى التذكرة إذا ثبت هذا فلو أصر على الالتواء كان فاسقا لا تقبل شهادته، و لا تصح صلاته فى أول الوقت، بل إذا تضيق، و لا- يصح شىء من الواجبات الموسعه المنافيه للقضاء فى أول وقتها، و كذا غير الدين من الحقوق الواجبه كالزكاه و الخمس، و ان لم يطالب به الحاكم، لأن أربابها فى العاده يطالبون، و أيضا الحق ليس لشخص معين حتى يتوقف على الطلب.

أقول لا- يخفى أن ما ذكروه هنا مبنى على ثبوت أن الأمر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص، و هو مما لم يقم عليه دليل شرعى ان لم تكن الأدله قائمه على عدمه، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مواضع من كتب العبادات، و بالعدم صرح جمله من المحققين، منهم شيخنا الشهيد الثانى عطر الله مرقد.

الثالث [عدم الإثم لو مات و لم يتمكن من أدائه]

-الظاهر من جمله الاخبار أنه لو مات المديون و لم يتمكن من القضاء أو تمكن و لكن لم يطالب بالحق، سواء خلف ما يقضى به عنه أو لم يخلف، و سواء قضى عنه أو لم يقض، و الحال أن عزمه و نيته كانت على القضاء فى جميع هذه الصور و كان مصرف الدين الذى عليه فى الأمور المباحه، فإنه لا يؤاخذ و لا يعاقب و أما مع عدم شىء من هذه القيود، فالظاهر الإثم و المؤاخذة و الملخص أنه فى جميع ما ذكرنا أولا لا يجب الأداء، و عليه ترتب عدم المؤاخذة.

و مما يدل على ما قلناه

روايه عبد الغفار الجازى (1) المتقدمه فى صدر هذا المقصد

ص: ٢٠٤

فيمن مات و عليه دين حيث قال عليه السلام: «ان كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذ الله عز و جل إذا علم نيته»الخبر.

و في صحيحه (١) زراره المتقدمه ثمه أيضا

«في الرجل عليه الدين لا يقدر على صاحبه، و لا على ولى له، قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء».، و نحو ذلك روايه نصر بن سويد (٢) و مجمل ذلك انه متى كان من نيته الأداء و اتفق موته على أحد الوجوه المذكوره فإنه غير مؤاخذ.

الرابع [وجب أداء الدين على الإمام إذا لم يتمكن المديون من أدائه] :

المفهوم من جمله من الاخبار انه متى لم يتمكن المديون من أداء الدين وجب على الامام ان يؤدي عنه من سهم الغارمين إذا كان قد أنفق ما استدانه في طاعه أو في مباح، فلو أنفقه في معصيه لم يكن له ذلك.

و منها روايه «أبي نجاد» المتقدمه (٣) و منها روايه موسى بن بكر (٤) و قد تقدمت في صدر هذا الكتاب.

و روايه صباح بن سيابه (٥) عن ابى عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

أيما مؤمن أو مسلم مات و ترك ديناً لم يكن في فساد و لا إسراف فعلى الامام ان يقضيه، و ان لم يقضه فعليه اثم ذلك، ان الله تبارك و تعالى يقول «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ» -الايه- فهو من الغارمين، و له سهم عند الإمام، فإن حبسه عنه فإنه عليه.

و روايه أيوب بن عطيه الحذاء (٦) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان

ص: ٢٠٥

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ و قد قدمنا ان المراد من صحيحه زراره انما هو السؤال عن المؤاخذة لثبوت الذمه على هذه الحال و عدمها، و أجاب عليه السلام بما يدل على عدم المؤاخذة و الحال هذه منه رحمه الله.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٩٣ التهذيب ج ٦ ص ١٨٣.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٩٣ و في الكافي (أبا محمد).

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٩٣ و في الكافي (أبا محمد).

٥- (٥) المستدرک ج ١ ص ٥٢٥.

٦- (٦) الوسائل الباب-٣- من أبواب ضمان الجريه الرقم-١٤.

رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: انا أولى بكل مؤمن من نفسه، و من ترك مالا- فللوارث، و من ترك ديناً أو ضياعاً فإلى و علي». أقول الضياع بالفتح العيال.

و رواه عطاء (1) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قلت له: جعلت فداك ان علي ديناً إذا ذكرته فسد علي ما انا فيه، فقال: سبحان الله أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته من ترك ضياعاً فعلي ضياعه، و من ترك ديناً فعلي دينه، و من ترك مالا (فأكله) فكفاله رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفاله حياً فقال الرجل: نفست عنى جعلنى الله فداك».

قيل انما كان له صلى الله عليه وآله يأكله لأنه وارث من لا- وارث له، و ان معنى قوله نفست عنى لأنه علم به انه يقضى دينه بضمنان النبي صلى الله عليه وآله علي يد من شاء الله.

أقول: و ينبغي ان يزداد علي ما ذكره انه ان لم يتفق الأداء في الدنيا، فإنه صلى الله عليه وآله في الآخرة يقضيه عنه، و لو بإرضاء غريمه، و تعويضه كما يستفاد من بعض الاخبار.

و قال في كتاب الفقه الرضوى (2)

«إن كان غريمك معسراً و كان أنفق ما أخذ منك في طاعة الله فانظره إلى ميسره، و هو ان يبلغ خبره الى الامام فيقضى عنه، أو يجد الرجل طولاً فيقضى دينه و ان كان أنفق ما أخذه منك في معصية الله فطالبه بحقك، فليس هو من أهل هذه الآية».

أقول: و يحتمل بالنظر الى هذا الكلام منه عليه السلام في هذا المقام حمل روايه السكوني الداله على دفعه الى الغرماء على ما إذا كان ما أخذه قد صرفه في معصية الله و انه لا يسامح و لا يترك مؤاخذه له بسوء عمله، و ان كان معسراً فإنه غير داخل تحت الآية على الإنظار إلى ميسره، و تحمل تلك الروايات الداله على انه يخلى سبيله على ما إذا كان مصرف الدين في طاعة أو مباح، و هو بمقتضى كلامه عليه السلام في هذا الكتاب وجه حسن في الجمع بين هذه الاخبار، الا ان الذي صرح به في

ص: ٢٠٦

١- ١) الوسائل الباب-٩- من أبواب الدين (فالأهله) نسخته.

٢- ٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٣.

الدروس هو عموم وجوب الانظار، و هو ظاهر أكثر عباراتهم.

قال فى الكتاب المذكور و لا فرق فى وجوب انظار المعسر بين من أنفق بالمعروف و غيره، و قال الصدوق و لو أنفق فى المعصيه طولب و ان كان معسرا و فيه بعد، مع ان المنفق فى المعروف أوسع مخرجا بحل الزكاه له انتهى.

أقول الظاهر ان مستند الصدوق هنا فيما ذكره هو ما ذكره عليه السلام فى هذا الكتاب، كما أوضحناه عما يكشف عن وجهه نقاب الارتباب فى مواضع عديده من كتب العبادات، و قبله والده فى رسالته اليه.

و يمكن تأييده أيضا بما يشير اليه قوله عليه السلام فى روايه أبى نجاد المتقدمه، فيرد عليه ماله و هو صاغر، فان المراد بذلك- كما يعطيه سياق الخبر- انه مع الفقر و الاستحقاق، فإن الإمام يؤدي عنه من سهم الغارمين ان أنفق ما استدانه فى طاعه، و ان أنفق فى معصيه فلا شىء له على الامام، بل عليه ان يرد عليه ماله و هو صاغر، و هو كناية عن عدم إنظاره كما لا يخفى، و انه يطالب و ان كان معسرا كما ذكره الصدوق.

و أما قوله فى الدروس مع أن المنفق فى المعروف أوسع مخرجا مشيرا به الى انه متى كان يجب إنظاره فى صورته تحل له الزكاه ففى الصوره التى لا تحل له بطريق اولى.

ففيه انه يمكن ان يقال ان وجوب المطالبه فى الصوره المذكوره، و عدم إنظاره انما وقع عقوبه له، و مؤاخذه بما فعله من الأمر الغير المشروع، كما قدمنا الإشاره إليه، فلا تثبت الأولويه بظهور الفارق.

الخامس [فى أنه يقضى على الغائب إذا قامت البيئه]:

الظاهر انه لا خلاف فى انه يقضى على الغائب إذا قامت البيئه، و لكن بالكفلاء و يكون الغائب على حجته.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن مسلم (1) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

الغائب يقضى عنه إذا قامت البيئه عليه و يباع ماله و يقضى عنه و هو

ص: ٢٠٧

غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، و لا يدفع المال إلى الذى أقام بينه إلا بكفلاء إذا لم يكن ملياً.

و ذهب جمع من الأصحاب إلى ضم اليمين هنا إلى البينه، كما فى الدعوى على الميت، و الخبر كما ترى خال من ذلك، و ليس فى المسئلة غيره فيما أعلم، و تعليلهم بما ذكروه من الوجوه التخريجه. عليل.

السادس [عدم بطلان الحق بتأخير المطالبه]:

المعروف من كلام جل الأصحاب (رضوان الله عليهم) و به صرح جمله منهم أنه لا يبطل الحق بتأخير المطالبه، و ان طالت المده، و قال الصدوق من ترك داراً أو عقاراً أو أرضاً فى يد غيره فلم يتكلم و لم يطالب. و لم يخاصم فى ذلك عشر سنين فلا حق له.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يونس (١) عن العبد الصالح عليه السلام قال:

«قال: ان الأرض لله عز و جل جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متواليه بغير سبب، أو عله أخرجت من يده، و دفعت الى غيره، و من ترك مطالبه حق له عشر سنين فلا حق له».

و روى الشيخان المذكوران عن يونس (٢) أيضاً عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من أخذت منه أرض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لا يحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها». و من ذكر هذه المسأله من الأصحاب رد هذه الاخبار بضعف الاسناد حتى صاحب المفاتيح.

أقول: أما الكلام فى الأرض فهو محمول على أنها من أرض الخراج و قد تقدم البحث فيها فى المقدمه الرابعه من مقدمات كتاب البيع، و بيان هذه المسأله ثمه فليراجع.

و أما بالنسبه إلى ترك الحق عشر سنين كما دل عليه عجز الخبر الأول فإن مما يؤيده أيضاً ما رواه

الشيخان المتقدمان عن على بن مهزيار (٣) قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن دار كانت لامرأه و كان لها ابن و ابنه، فغاب الابن فى البحر، و ماتت

ص: ٢٠٨

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٣٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٣٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ٣٩٠ الكافى ج ٧ ص ١٥٤.

المرأه فادعت ابنتها ان أمها كان صيرت هذه الدار لها، فباعت أشقاصا منها، و بقيت فى الدار قطعه الى جنب دار لرجل من أصحابنا و هو يكره أن يشتريها لغيبه الابن، و يتخوف من أن لا- تحل له شراؤها، و ليس يعرف للابن خبر، فقال لى: و منذ كم غاب؟ فقلت: منذ سنين كثيره، فقال: ينتظر به غيبته عشر سنين ثم يشتري، فقلت فإذا انتظرت به غيبه عشر سنين حل شراؤها؟ قال: نعم».

و طريق هذه الروايه و ان كان ضعيفا فى الكافى حيث أن فيه سهل بن زياد، الا أنه فى التهذيب صحيح، لروايته لها عن على بن مهزيار، و طريقه إليه فى المشيخه صحيح، و هى ظاهره الدلاله فيما ذكره الصدوق من زوال حقه بعد عشر سنين، و هى و ان كان موردها الغائب الا أن ظاهرهم عدم الفرق فى ذلك بين الغائب و الحاضر، فان من ملك مالا لم يزل ملكه عنه بغير ناقل شرعى و لم يعد هذا عندهم منها، و لم يفرقوا بين الغائب و الحاضر.

و به يظهر أن قول الصدوق قريب سيما مع ما عرفت، من أن الطعن بضعف الاسناد ليس عندنا بمحل من الاعتماد، الا أن ظاهر الشيخ المفيد تخصيص هذا الخبر بالمفقود، حيث أن الأصحاب اختلفوا فى مال المفقود على أقوال.

منها قول الشيخ المذكور بأنه بالنسبه إلى عقاره ينتظر به عشر سنين، و مع ذلك يكون البائع ضامنا درك الثمن، فان رجع المفقود خرج اليه من حقه، و بالسنة إلى سائر أمواله جوز اقتسام الورثه لها بشرط الملائه و الضمان على تقدير ظهوره، و استدل على الأول بصحيحه على بن مهزيار المذكوره، و على الثانى بموثقه إسحاق بن عمار، و فى ما ذكره رحمه الله من الاستدلال فى كلا الموضوعين بحث ليس هنا موضع ذكره، و سيأتى إنشاء الله تعالى فى محله.

و بالجملة فالمسأله غير خاليه من شوب الاشكال لما عرفت و الله العالم:

السابع [جواز تعجيل بعض الديون المؤجله بنقصان منها] :

يجوز تعجيل بعض الديون المؤجله بنقصان منها بإبراء أو صلح أو بمد الأجل فى الباقي، و لا يجوز تأجيل منها بزياده.

و يدل على ذلك ما رواه في الكافي و التهذيب عن أبان (١)

في الصحيح عن حدثه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألت عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أ يحل ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم».

و ما رواه

في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: انقذني كذا و كذا و أضع عنك بقيته، أو يقول: انقذني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقي عليك؟ قال: لا- أرى به بأسا انه لم يزد على رأس ماله، قال الله جل ثناؤه «فَلَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» .

و في التهذيب

«الرجل يكون عليه الدين». و هو أظهر و على تقدير هذه النسخة كان اللام بمعنى على، و قد تقدم ما يتعلق بهذا المقام أيضا في المسألة العاشرة من الفصل السادس.

الثامن [تقدم الكفن على الدين] :

الظاهر انه لا خلاف في ان الكفن مقدم على الدين، و يدل عليه أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن زراره (٣) قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و عليه دين بقدر كفته قال: يكفن بقدر ما ترك، الا أن يتجر عليه انسان فيكفنه، و يقضى بما ترك دينه».

و ما رواه

الشيخ عن إسماعيل بن أبي زياد (٤)

«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: ان أول ما يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث».

و قال الرضا عليه السلام (٥) في كتاب الفقه الرضوي:

«وإذا مات رجل عليه دين و لم يكن له الا-قدر ما يكفن به كفن به، فان تفضل عليه رجل بكفن، كفن به و يقضى ما ترك دينه، و إذا مات رجل و عليه دين و لم يخلف شيئاً فكفنه رجل من زكاه ماله،

ص: ٢١٠

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦.
 - ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ١٨٧ الفقيه ج ٤ ص ١٤٣.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨.
 - ٥-٥) المستدرک ج ١ ص ١٠٨ مع اختلاف يسير.

فهو جائز له، فان اتجر عليه رجل آخر بكفن كفن من الزكاه و جعل الذى اتجر عليه لورثته يصلحون به حالهم لان هذا ليس بتركة الميت انما هو شىء صار إليهم بعد موته و بالله الاعتصام».

أقول:فيه دلالة على أن ما يصير الى الميت بعد الموت و يوهب له لا يجب صرفه فى الدين،و يحل للورثه أكله،سيما مع الإعسار و الحاجه.

التاسع:يجوز القرض فى بلد مع شرط أن يقضيه فى بلد آخر

،و ادعى عليه فى التذكرة الإجماع.

و عليه تدل جملة من الاخبار منها

صحيحه أبى الصباح (١)عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يبعث مالا- إلى أرض،فقال الذى يريد ان يبعث به:أقرضنيه و انا أوفيك إذا قدمت الأرض قال:لا بأس بهذا»و فى التهذيب«يريد ان يبعث به معه».

و هو أظهر.

و عن زراره (٢)فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام،

و يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:يسلف الرجل الورق على أن ينقده إياه بأرض أخرى،و يشترط عليه ذلك؟قال:لا بأس».

و روى السكونى (٣)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام:لا بأس أن يأخذ الرجل الدراهم بمكه،و يكتب سفاتج أن يعطوها بالكوفة».

أقول:السفاتج جمع سفتجه بالضم (٤)و المراد أنه يدفع ماله لأحد فى

ص: ٢١١

١- ١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٣.

٢- ٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٣.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٦.

٤- ٤) قال فى مجمع البحرين فى حديث محمد بن صالح الا رجل واحد كانت عليه سفتجه بأربعمائه دينار:السفتجه قيل بضم

السين و قيل بفتحها و أما التاء فمفتوحة فيهما فارسي معرب، و فسرهما بعضهم فقال: هي كتاب صاحب المال لو كيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به خطر الطريق، و في الدر السفتجه كقرطبه أن تعطى مالا لأحد و الآخذة مال في بلد فيوفيه إياها ثم، فيستفيد آمن الطريق و فعله السفتجه بالفتح و الجمع «السفاتج» انتهى. منه.

بعض البلدان فيكتب ذلك المدفوع اليه كتابا بأن يدفع اليه ذلك المال في بلد أخرى، و أن الكتاب بهذه الصورة يسمى سفتجه.

و صحيحه إسماعيل بن جابر (1) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قلت له، ندفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سودا بوزنها، و أشرط ذلك؟ قال: لا بأس.».

قال بعض المحققين بعد ذكر الحكم المذكور و إيراد صحيحه يعقوب بن شعيب: هذا ظاهر، انما البحث في أنه يلزم ذلك أم لا؟ بل يجوز له أن يطلب أينما يريد، ظاهر كلامهم في عدم لزوم الأجل في القرض - و ان القرض جائز دائما الا أن يشترط في عقد لازم - الجواز، و مقتضى أدله لزوم الشرط عدمه، و كذا نفى الضرر إذا فرض، إذ قد يتعسر أو يكون قليلا في بلد المطالبه دون بلد الشرط، و نحو ذلك من الضرر، و أما العكس فالظاهر أنه ليس بلازم، بل كان للمقترض دفع ذلك و يجب القبول، تأمل في الفرق انتهى.

أقول: الظاهر من لزوم العقد بناء على القول به هو اللزوم من الطرفين، فكما أنه لا- يجوز للمقرض المطالبه في غير ذلك المكان كما ذكره، كذلك لا يجوز للمقترض الدفع في غيره، و حديث الضرر الذي ذكره جار أيضا في الجانب الآخر، بل ربما كان أظهر فإن ظاهر هذه الاخبار أن الغرض من هذه المعامله المذكوره هو خوف المقرض على ماله بالسفر به الى تلك البلد، و هو مضطر الى نقله الى تلك البلاد على وجه لا- يحصل عليه، فدفعه الى ذلك الرجل ليدفعه له في تلك البلد بنفسه أو وكيله أو سفاتج تكتب بينهم، فلو جوزنا للمقترض أن يدفع ذلك في بلد القرض مثلا أو بلد أخرى غير البلد التي وقع الاشتراط عليها، لربما تضرر المقرض بإيصاله إلى

ص: ٢١٢

(١-١) التهذيب ج ٧ ص ١١٠.

تلك البلد باحتمال الخطر، و خوف الطريق في السفر.

و بالجمله فلزوم العقد يقتضى تعلقه بالطرفين كما في البيع وغيره، و ما ذكره من الفرق غير ظاهر، بل الظاهر، انما هو عدمه، فإنه قضيه للزوم كما عرفت و الله العالم.

العاشر [انتقال جميع ما في ذمه المقتول إلى ذمه قاتله]:

قد اشتهر بين جملة من الأصحاب وجود القول بأنه متى قتل أحد أهدا ظلما، فإنه ينتقل جميع ما في ذمه المقتول من الحقوق الماليه و غيرها الآدميه الإلهيه إلى ذمه القاتل، و ربما نسب الى شيخنا الشهيد (عطر الله مرقده) و ردوه بالضعف و عدم الدليل، و قد وقفت في بعض الأجوبه المنسوبه إلى السيد العلامة السيد ماجد البحراني-المدفون بشيراز في تحت قبه السيد أحمد بن مولانا الكاظم عليه السلام المشهور بشاه چراغ-الجواب عن هذه المسأله بما هذه صورته حيث قال السائل: سيدنا ما قولكم فيمن قتل شخصا هل ينتقل كلما على ذمه المقتول الى القاتل من الإلهيه و الآدميه ماليه و غيرها؟ فأجاب السيد المشار اليه (قدس سره) بما لفظه أما انتقال ما على المقتول إلى ذمه القاتل من الحقوق الماليه و الإلهيه فلا نعرف له وجهها، و ان وجد في بعض الفوائد منقولاً عن بعض الأعيان انتهى.

أقول: و قد وقفت في بعض الاخبار على ما يدل بظاهره على القول المذكور و هو ما رواه

شيخنا الصدوق (عطر الله مرقده) في كتاب عقاب الأعمال بسنده عن الباقر عليه السلام قال (١):

من قتل مؤمنا أثبت الله على قاتله جميع الذنوب، و برىء المقتول منها، و ذلك قول الله عز و جل (٢) «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبْوَءَ بِإِثْمِي وَ إِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ» .

و هو كما ترى صريح الدلاله في انتقال الحقوق الإلهيه من ذمه المقتول إلى ذمه القاتل و به يظهر أن ما ذكره المفسرون في معنى الآيه المذكوره نفخ في

ص: ٢١٣

١- (١) ثواب الأعمال ص ٣٢٨ ط طهران.

٢- (٢) سورة المائدة الآيه-٢٩.

غير ضرام، المعتمد عندنا في تفسير القرآن انما هو ما ورد عنهم عليهم السلام حيث تأولوا الايه بتقدير مضاف، في قوله «يَاثِمِي»
أى ياثم قتلى ان قتلتنى، و إثمك الذى كان منك قبل قتلى» أو المراد اثمى لو بسطت يدي إليك، و إثمك ببسط يدك الى.

و مما يؤيد القول المذكور أيضا بالنسبه إلى الحقوق المالىه ما رواه

في الكافى بسند حسن عن الوليد بن صبيح (١) قال:

«جاء رجل الى أبى عبد الله عليه السلام يدعى على المعلى بن خنيس دينا فقال: ذهب بحقى فقال أبو عبد الله عليه السلام: ذهب
بحقك الذى قتله، ثم قال للوليد: قم الى الرجل فاقضه من حقه، فإنى أريد أن أبرد عليه جلده و ان كان باردا».

فان ظاهر قوله «ذهب بحقك الذى قتله» يعطى أن القاتل هو المؤاخذ بذلك، و هو الذى ذهب بحقه دون المقتول، و احتمال
التجوز - باعتبار حيلولة القاتل بينه و بين أداء الدين بسبب قتله إياه، فكأنه ذهب به - ان أمكن لكن ينافيه قوله عليه السلام أريد أبرد
جلده و ان كان باردا فإنه انما يكون باردا ببراءه الذمه من الدين، الحال أنه ليس هنا شىء موجب للبراءه سوى ما يدعيه من
القتل، و انما أراد الإمام بدفعه ذلك زياده تبريده، و ان لم يستحق عنده شيئا.

و بالجمله فإن ظاهر الخبر هو ما قلناه و ارتكاب التأويلات - و ان بعدت و التكاليفات و ان غمضت - غير عسير الا أن الاستدلال انما
بنى على الظواهر، و ارتكاب التأويل إنما يلجئ اليه وجود معارض أقوى، و الحال أنه ليس هنا ما يعارض ذلك، بل الموجود انما
هو ما يؤيده، و لا - سيما الاعتضاد بظاهر الآيه، و الخبر المتقدم، و بما ذكرنا يظهر أن المسأله لا يخلو عن شوب الاشكال، و الله
سبحانه و أولياؤه أعلم بحقيقه الحال.

ص: ٢١٤

[الأخبار في المقام]

و الواجب أولا- نقل الأخبار الواردة في هذا المقام، ثم الكلام فيما ذكره الأصحاب من الأحكام و ما يستفاد من كلامهم عليهم السلام الأول: ما رواه

في الكافي و التهذيب عن ظريف الأصفهاني (١) قال:

«كان اذن لغلالم له في الشراء و البيع فأفلس و لزمه دين، فأخذ بذلك الدين الذي عليه، و ليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله عليه السلام، فقال: ان بعته لزمك الدين و ان أعتقت لم يلزمك الدين، فأعتقه و لم يلزمه شيء.»

الثاني: ما رواه

الشيخان المذكوران عن زراره (٢) في الموثق قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات و ترك عليه ديناً و ترك عبدا له مال في التجاره و ولدا، و في يد العبد مال و متاع، و عليه دين استدانه العبد في حياه سيده في تجارته، فإن الورثه و غرماء الميت اختصموا في ما في يد العبد من المال و المتاع و في رقبه العبد، فقال: ارى أن ليس للورثه سبيل على رقبه العبد، و لا- على ما في يده من المتاع و المال الا أن يضموا دين الغرماء جميعا فيكون العبد و ما في يده من المال، للورثه، فإن أبوا كان العبد و ما في يده للغرماء، يقوم العبد و ما في يده من المال، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمه العبد و ما في يده عن أموال الغرماء رجعوا على الورثه فيما بقى لهم ان كان الميت ترك شيئا، و ان فضل من قيمه العبد و ما كان في يديه عن دين الغرماء رد على الورثه.»

الثالث: ما روي

عن أبي بصير (٣) و الظاهر أنه ليث المرادى بقرينه روايه عاصم و حميد عنه في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«قلت له: رجل يأذن لمملوكه في التجاره فيصير دين عليه؟ قال: ان كان اذن له أن يستدين؟ فالدين على

ص: ٢١٥

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ التهذيب ج ٦ ص ١٩٩.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ التهذيب ج ٦ ص ١٩٩.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.

مولاه، و ان لم يكن أذن له أن يستدين؟ فلا شيء على المولى، و يستسعى العبد فى الدين.

الرابع: ما رواه

الشيخ فى الموثق عن وهب بن حفص (١) عن أبى جعفر عليه السلام، قال:

«سألته عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه؟ قال: يستسعى فيما عليه».

الخامس- ما رواه

الشيخ أيضا عن شريح (٢) قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد بيع و عليه دين قال: دينه على من أذن له فى التجاره، و أكل ثمنه».

السادس- ما رواه

بهذا الاسناد عن أشعث (٣)

«عن الحسن عليه السلام فى رجل يموت و عليه دين قد أذن لعبده فى التجاره، و على العبد دين قال: يبدأ بدين السيد».

السابع- ما رواه

عن روح بن عبد الرحيم (٤)

«عن أبى عبد الله عليه السلام، فى رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيرا، قال: ليس على مولاه شيء و لكنه على العبد، و ليس لهم أن يبيعه، و لكن يستسعى و ان حجر عليه مولاه فليس على - مولاه شيء و لا على العبد».

الثامن- ما رواه

عن أبى بصير (٥) و الظاهر انه المرادى بقريته الراوى فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل يستأجر مملوكا فيستهلك مالا كثيرا فقال:

ليس على مولاه شيء و ليس لهم ان يبيعه، و لكن يستسعى و ان عجز عنه فليس على مولاه شيء و لا على العبد شيء».

التاسع- ما رواه ايضا

عن ظريف (٦) يباع الأكفان قال:

-
- ١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٠.
 - ٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٩.
 - ٥-٥) الوسائل الباب ١١- من أبواب كتاب الإجاره.
 - ٦-٦) التهذيب ج ٦ ص ١٩٦.

عن غلام لى كنت أذنت له فى الشراء و البىع فوقع علىه مال للناس، و قد أعطيت به مالا كثيرا فقال أبو عبد الله عليه السلام: ان بعته لزمك ما علىه، و ان أعتقته فالمال على الغلام و هو مولاك».

إذا عرفت ذلك فتحقيق القول فى هذا المقام يقع فى مواضع

الأول [صححه تملك العبد]

– قد تقدم ان الأصح هو ان المملوك يصح تملكه و ان كان محجورا عليه التصرف فيما يملكه بدون اذن السيد، و بطريق الأولى تصرفه فى نفسه بإجاره أو استدانه أو نحو ذلك من الحقوق، فإنه لا يجوز بدون اذن السيد (١).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو أذن السيد لعبده فى الاستدانه لنفسه، أى لنفس العبد، كان الدين لازما للمولى ان استبقاه أو باعه، و أما لو أعتقه فقليل: انه يستقر الدين فى ذمه العبد، و قيل: يكون باقيا فى ذمه المولى، و القولان للشيخ (رحمه الله) أولهما فى النهايه، و تبعه عليه جماعه منهم العلامه فى المختلف، و هو ظاهر الشهيد فى اللمعه، و الثانى فى الاستبصار، و به قال ابن إدريس، و هو اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و الروضه، و هو الأظهر.

و أما لو كانت الاستدانه للسيد، فلا خلاف فى كونه عليه دون العبد، كما ذكره فى المسالك، احتج القائلون بالقول الأول بالروايه الأولى و التاسعه، و أنت خبير بأن غايه ما يدل عليه الخبران المذكوران هو الاذن فى التجاره، و هو لا- يستلزم الاذن فى الاستدانه، كما دل عليه الخبر الثالث.

ص: ٢١٧

١ – ١) قال فى كتاب النهايه إذا استدان العبد باذن مولاه، فان باعه أو مات لزم المولى قضاءه و ان أعتقه كان المال فى ذمه العبد، و لا- يلزم المولى شيئا مما عليه انتهى. و أنت خبير بأنه قد فرض المسأله فى استدانه العبد باذن المولى، و الروايتان اللتان استند إليهما خاليتان من ذلك، و انما تضمنت الاذن فى التجاره، و به يظهر ضعف الاستدلال بهما فى المقام، مضافا الى مخالفه الأصول الشرعيه، فإنه متى كان مأذونا له فى الاستدانه، فأى فرق بين حال العتق و عدمه – منه رحمه الله.

و حينئذ فالخبران ليسا من محل البحث فى شىء، فلا يحتاج الى ردهما بمخالفة القواعد الشرعية كما ذكره فى المسالك، بل ما تضمناه بناء على ما قلناه موافق للقواعد، إلا أنهما ليسا من محل البحث فى شىء، و مقتضاهما بناء على ما ذكرناه أن الدين انما هو على العبد حيث أنه لم يؤذن له فى الاستدانه كما صرح به فى الخبر الثالث.

و أنه انما يلزم المالك إذا باعه من حيث حيلولته بين أصحاب الدين و بين العبد ببيعه، لا من حيث أن المال لازم له بأصل الاذن فى التجاره، و الحال أنه لم يحصل الاذن فى الاستدانه كما عرفت.

و مما يدل على لزوم ذلك للمولى فى صورته البيع خبر شريح، مع قضيه الاذن فى التجاره خاصه، و ليس ذلك الا لما قلناه، لما عرفت من أن الاذن فى التجاره لا يستلزم الاذن فى الاستدانه، فلا وجه لكونه على المولى الا من هذه الجته المذكوره.

و أما الاستدلال على هذا القول

بروايه عجلان (1) عن الصادق عليه السلام

«فى رجل أعتق عبدا و عليه دين، قال: دينه عليه، لم يزد العتق الا- خيرا». و استدل به العلامة فى المختلف فلا دلالة فيه، لإمكان حمله على الاستدانه بغير اذن المولى كما ذكرنا فى ذينك الخبرين.

و بالجمله فإن الاستدانه إن وقعت باذن المولى سواء كانت للمولى أو للعبد فالغرم على المولى، و الا- فهو على المملوك، و يعضده ما ذكره فى المسالك من أن العبد هنا بمنزله الوكيل، و إنفاقه المال على نفسه فى المعروف باذن المولى إنفاق لمال المولى، فيلزمه كما لو لم ينعق.

و بذلك يظهر أن ما ذهب اليه الشيخ- و من تبعه هنا من تخصيص كون الدين على العبد فى صورته العتق دون صورته الاستبقاء- لا وجه له.

و احتج القائلون بالقول الثانى بالروايه الثانيه، و هى ظاهره بل صريحه،

ص: ٢١٨

فيما ذكروه، مع صحه السند هذا خلاصه تحريم الكلام فى المقام.

و أما ما ذكره فى المختلف احتجاجا لما ذهب اليه فهو لا يخلو من تهافت بمنع التعويل عليه.

الثانى: لو اذن له فى التجاره دون الاستدانه

، و حصل عليه ديون، قال الشيخ فى النهايه: ما يحصل عليه من الدين يستسعى فيه، و لا يلزم مولاه من ذلك شىء، و قال فى المبسوط: إذا اذن لعبده فى التجاره فركبه دين، فان كان اذن له فى الاستدانه، فإن كان فى يده مال قضى عنه، و ان لم يكن فى يده مال كان على السيد القضاء عنه، و ان لم يكن اذن له فى الاستدانه كان ذلك فى ذمه العبد يطالبه به إذا أعتق، و قد روى أنه يستسعى العبد فى ذلك، و كذا قال فى الخلاف، الا انه أسقط ذكر الروايه.

و قال ابن حمزه: ان كان المدين علم أنه غير مأذون فى الاستدانه بقى فى ذمته الى أن يعتق، و ان لم يعلم استسعى فيه إذا تلف المال، و أبو الصلاح لم يفصل إلى المأذون له فى التجاره و غيره، بل إلى المأذون له فى الاستدانه و غيره، و قال عن الثانى: انه لا ضمان على المولى، و لا على العبد الا أن يعتق فيلزمه الخروج إلى مدينه مما عليه.

و قال ابن إدريس: لا يستسعى بل يتبع بعد العتق، و قال فى المختلف:

و المعتمد أن يقول: ان استدان لمصلحه التجاره لزم المولى أداءه كالأجنبى، و ان لم يكن لمصلحته لم يلزم مولاه شىء و تبع به بعد العتق عملا- بأصالة براءه ذمه المولى، و لانه فعل غير مأذون فيه، و الحديث الذى رواه أبو بصير فى المسأله السابقه يعطى وجوب الاستسعاء، و ليس ببعيد، فان المولى عاد بالأذن فى التجاره فوجب عليه التمكين من السعى انتهى.

أقول الظاهر من الاخبار المتقدمه بعد ضم بعضها الى بعض و حمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها أنه متى استدان العبد بغير اذن مولاه فالدين لازم للعبد، و أنه يستسعى فى الدين، لكن بشرط اذن المولى، فان لم يأذن المولى - حيث إن المولى غر صاحب الدين بالأذن للعبد فى التجاره- مردود بما تضمنه روايه

روح«من أنه متى حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء، ولا على العبد شيء» وحينئذ فالواجب تقييد إطلاق الصحيحه المذكوره بهذه الروايه، و حمل ما تضمنته من الاستسعاء على رضى المولى، جمعا بين الخبرين، ولكنه معذور بعدم اطلاعه على الخبر المذكور حيث لم يورده فى المقام.

و أما استثناء ما استدانه لمصلحه التجاره مع عدم الاذن له فى الاستدانه و أنه يكون على المالك، فالظاهر أن وجهه عندهم أنه حيث كان مأذونا فى التجاره فهو مأذون فيما يتعلق بمصالحها التى من جملتها ذلك، و هو و ان احتمال، الا أن إطلاق صحيحه أبى بصير يورده، و تخصيصها بمجرد ما ذكره بعيد.

الثالث [غريم العبد من غرماء المولى] :

قد صرح الأصحاب بأنه لو مات المولى الدين فى تركته، و لو كان له غرماء كان غريم العبد من جملتهم، و الوجه فيه ظاهر بعد الحكم بلزوم دينه للمولى، و عليه يدل الخبر الثانى، و حينئذ فيسقط الدين على الغرماء أجمع، الا أن ظاهر الخبر السادس بل صريحه تقديم غرماء المولى، فعلى هذا لو لم يبق شيء سقط غرماء العبد مع أن الجميع لازم لدمه المولى، و هو مشكل، و لم أر من تعرض لنقل الروايه المذكوره، فضلا عن الجواب عما اشتملت عليه من الحكم المذكور، و مقتضى اصطلاح المتأخرين طرح الروايه المذكوره لضعفها، و يعضده مخالفتها للقواعد الشرعيه و الله العالم.

الرابع [عدم لزوم شيء على المولى لو لم يأذن له فى التجاره]

قال الشيخ فى النهايه لو لم يأذن له فى التجاره و لا فى الاستدانه لا يلزم المولى منه شيء، و لا يستسعى المملوك بل كان ضائعا، و قال ابن حمزه يكون ضائعا إلا إذا بقى المال فى يده، أو كان قد دفع الى سيده.

و قال ابن إدريس: يتبع به بعد العتق و به فسر قول الشيخ كان ضائعا، و هو اختيار أبى الصلاح أيضا قال فى المختلف: و هو المعتمد.

أقول: ظاهر الروايه الرابعه أنها من هذا القبيل، فان قوله يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه يشعر بأنه غير مأذون منه فى شيء من الأمرين، و انما رآه يشتري و يبيع، و لم ينكر ذلك عليه، مع أنه حكم بأنه يستسعى فيما عليه، و ظاهره الاستسعاء

فى حياه المالك، و هو مشكل، لان منافع العبد مملوكه للمالك، و كسبه له فاستسعاؤه متفرع على ضمان المالك، مع أنه لا ضمان عليه، لعدم الإذن بالكليه، فلا بد من حمل الاستسعاء على كونه بعد العتق، و حينئذ يكون الروايه داله على قول ابن إدريس، و هو الأوفق بالقواعد الشرعيه.

الخامس: إذا اقترض المملوك ما لا يأخذه المولى و تلف فى يده

تخير المقرض فى المطالبه للعبد أو المولى، و علل بان كلا- منهما قد ثبت يده على المال، فيتخير فى الرجوع على من شاء منهما، فان رجوع على المولى قبل ان يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد و ان عتق، لاستقرار التلف فى يده، و لان المولى لا يثبت له مال فى ذمه عبده، و ان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد، فان كان عند أخذه المال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا، و ان كان قد غره العبد بأن المال له، و من جملة أمواله و ليس بقرض اتجه رجوعه على العبد، للغرور.

و لو رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده، الا ان يكون قد غر المولى، فلا رجوع عليه كما تقدم، كذا قيل، و فى بعض المواضع منه تأمل، و منها قوله لا يثبت له مال فى ذمه عبده، فان الظاهر أنه مبنى على أن العبد لا يملك، و الا فمع القول بملكه و ان كان محجورا عليه كما هو الأظهر، فإنه لا مانع من رجوعه عليه.

و منها أنه إذا كان العبد مأذونا فى الاقتراض و قلنا بملكه فإنه يكون المال للعبد. قد ملكه بالاقتراض و القبض، فلا يجوز للمالك أخذه، و مقتضى ذلك رجوع المقرض على العبد. لاستقرار المال فى ذمته و ملكه له، و رجوع العبد على سيده لانه غاصب.

و منها إذا كان الاقتراض للمولى و كان عن إذنه فإنه لا رجوع للمولى على العبد، و بالجملة فإن كلامهم هذا انما يتم فيما إذا كان القرض بغير اذن المولى، سواء اقترضه لنفسه أو للمولى، فان القرض يكون حينئذ باطلا فيلزمه لوازم القبض بالعقد الفاسد و الله العالم.

و الرهن لغه الثبوت و الدوام، يقال: رهن الشيء رهونا: كقعد قعودا إذا ثبت و دام، و منه نعمه راهنه: أى دائمه ثابتة، قال فى كتاب المصباح المنير:

و يتعدى بالألف فيقال أرهنته: إذا جعلته ثابتا، و إذا وجدته كذلك، و رهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به، فهو مرهون، و الأصل مرهون بالدين، فحذف للعلم به، و أرهنته بالدين بالألف لغه قليله و منعها الأكثرون. انتهى.

و به يظهر ما فى قوله فى المسالك بعد نسبه المعنى الأول إلى اللغه، و يطلق على الحبس بأى سبب كان، قال الله تعالى (١) «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ» أى محبوبه بما كسبته من خير و شر، و أخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أنسب، فإن ظاهره أن المعنى اللغوى للفظ انما هو الأول، و به صرح غيره أيضا، و أن الثانى انما هو معنى مجازى يطلق عليه، و يستعمل فيه مع أن مقتضى كلام المصباح ان الثانى أيضا معنى لغوى، فاستعماله شرعا فى هذا المعنى هو أحد معنييه لغه.

و الكلام فى هذا الكتاب يجب بسطه فى فصول

الفصل الأول - فى الرهن

و فيه مسائل،

[المسألة الأولى - فى الصيغه المشتمله على الإيجاب و القبول]

، ظاهر كلام بعض الأصحاب الاكتفاء فى الإيجاب بكل لفظ دل على الارتهان، كقوله رهنك أو هذا وثيقه عندك، و هذا رهن عندك و زاد فى الدروس أنه لو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن.

أقول: فى قوله خذه بمالك ما يوهم المعاوضه، و دخوله فى قسم البيع، بناء على عدم اشتراط الصيغه الخاصه، و وقوعه لكل ما دل على التراضى من الطرفين، فلا ينبغى عده فى سياق هذه الألفاظ.

و بالجمله فإنه يستفاد منه أنه أن الرهن لا يختص بلفظ. و ربما ظهر من عبارات جمله منهم فى التعبير عنه بأنه عقد، أنه يشترط فيه ما يشترط فى العقود اللازمه من الإيجاب

و القبول باللفظ العربى على صيغه الماضى و المقارنه، و تقديم الإيجاب كما فى غيره من العقود اللازمه، لأنه المتبادر من لفظ العقد.

قيل: لعل دليله أن الأصل عدم الانعقاد و ترتب أحكام الرهن الا- على ما ثبت كونه رهنا بالإجماع و نحوه و الإجماع هنا غير ثابت، و كذا غيره.

أقول: فيه ما عرفت مما تقدم فى صدر الفصل الأول من كتاب البيع (1) من عدم الدليل على ما ذكره، و استفاضه الاخبار فى العقود بخلاف ما اعتبروه، مضافا الى أصالة عدم، و يؤيده- ما ذكره بعض المحققين- من أن الرهن ليس على حد العقود اللازمه، لأنه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب لزوم- و لزوم ما يعتبر فى اللازم- ترجيح من غير مرجح، و أما القبول فهو عباره عن الرضا بذلك الإيجاب، و القبول فيه كما تقدم فى الإيجاب.

و قال فى التذكرة: الخلاف فى الاكتفاء بالمعاطاه- و الاستيجاب و الإيجاب المذكور فى البيع- آت هنا، و اعلم أن الرهن اما أن يكون مبتدأ متبرعا به، و هو الذى لا- يقع شرطا فى عقد لازم، بل يقول الراهن: رهنت هذا الشىء عندك على الدين الذى على، فيقول المرتهن: قبلت، و اما أن يقع شرطا فى عقد لازم كبيع أو إجاره أو نكاح أو غير ذلك، فيقول: بعثك هذا الشىء بشرط أن ترهننى عبدك، فيقول: اشتريت و رهنت، أو زوجتك ابنتى على مهر قدره كذا، بشرط أن ترهننى دارك على المهر، فيقول الزوج: قبلت و رهنت.

و القسم الأول لا بد فيه من الإيجاب و القبول عند من اشترطهما و لم يكتف بالمعاطاه.

و أما القسم الثانى فقد اختلفوا فيه، فقال بعض الشافعيه: إذا قال البائع: بعثك كذا بشرط أن ترهننى كذا، فقال المشتري: شريت و رهنت، لا بد و أن يقول البائع بعد ذلك: قبلت الرهن، و كذا إذا قالت المرأه: زوجتك نفسى بكذا بشرط أن

ص: ٢٢٣

ترهننى كذا، فقال الزوج: قبلت النكاح و رهنتك كذا، فلا بد و أن تقول المرأه بعد ذلك: قبلت الرهن. لانه لم يوجد فى الرهن سوى مجرد الإيجاب، و هو بمجرد غير كاف فى إتمام العقد.

و قال آخرون: ان وجود الشرط من البائع و الزوجه، يقوم مقام القبول لدلالته عليه انتهى. و ظاهر نقله الخلاف فى القسم الثانى من غير ترجيح شىء يؤذن بالتوقف فى ذلك، و احتمال الاكتفاء بالإيجاب هنا.

و فيه اشكال- كما أشار إليه بعض المحققين- من أن مقتضى الشرط أنه لا يقع البيع و التزويج الا بعد الرهن، مع أن الرهن متأخر. و لانه يلزم أن يرهن على الثمن قبل إتمام الشراء و لزومه، و يتحقق الشراء قبل الرهن، مع أنه قد جوز المعاطاه فى البيع، فيجوز هنا أيضا بل بالطريق الاولى، فيحتمل الاكتفاء بها، و عدم اشتراط الإيجاب و القبول انتهى و هو جيد.

قالوا و لو عجز من النطق كفت الإشاره، و لو كتبه و الحال هذه و عرف ذلك من قصده جاز، و قيد بعضهم الإشاره أيضا بأنه لا بد أن تكون مفهमे للمقصود، و هو كذلك.

و بالجملة فإنه كما يعتبر فى اللفظ افهام المقصود، كذلك يعتبر فيما قام مقامه مع تعذره، و لهذا مال بعض المحققين الى الاكتفاء بالإشاره و الكتابه المفهمين، و ان كان مع القدره على اللفظ، لان الغرض فهم ذلك، فحيثما وجد كفى.

المسأله الثانيه [الخلاف فى أن قبض الرهن شرط فيه أم لا؟]

أشاره

-اختلف الأصحاب فى أن قبض الرهن شرط فى الرهن أم لا؟ و بالأول قال الشيخ فى النهايه، و الشيخ المفيد، و ابن الجنيد، و أبو الصلاح، و ابن البراج، و سلالر، و أبو منصور الطبرسى، و ابن حمزه، و المحقق فى الشرائع، و الشهيد فى الدروس، و كتاب النكت و اللمع.

و بالثانى قال فى الخلاف، فإنه صرح بأنه يلزم بالإيجاب و القبول خاصه، و به قال ابن إدريس، و العلامه فى المختلف، و هو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و اختلف كلامه فى المبسوط، ففى كتاب الرهن كما فى النهايه

و قال فيه أيضا كما قال في الخلاف في فصل بيع الخيار: الأحوط أن نقول ان الرهن من قبل الراهن بالقول، و يلزمه إقباضه.

احتج الأولون بقوله عز و جل (١) ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ و التقريب فيها أنه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعا بدونه، كما اشترط التراضي في التجاره، و العدالة في الشهاده، حيث قرنا بهما و بما رواه

الشيخ في الموثق عن محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«لا رهن إلا مقبوضا» (٣).

أقول:

و روى العياشى في تفسيره أيضا عن محمد بن عيسى (٤) عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«لا رهن إلا مقبوضا».

أجاب العلامة في المختلف أما عن الآية فبأنها انما تدل من حيث دليل الخطاب و ليس حجه عند المحققين، ثم قال: على أنا نقول: دليلنا، أما أولا- فلان القبض لو كان شرطا كالإيجاب و القبول لكان قوله تعالى «مَقْبُوضَةٌ» تكرارا لا فائده تحته، و كما لا يحسن أن يقول: مقبولة، كذا كان يحسن أن لا يقول: مقبوضه، و اما ثانيا فلان الآية سيقى لبيان الإرشاد إلى حفظ المال، و ذلك انما يتم بالإقباض كما أنه لا يتم الا بالارتهان (٥) فالاحتياط يقتضى القبض كما يقتضى الرهن، و كما أن الرهن ليس شرطا في الدين، فكذا القبض ليس شرطا في الرهن، ثم أجاب عن الروايه بضعف السند مع أنها مشتمله على إضمار، فلا تبقى حجه انتهى.

ص: ٢٢٥

١-١ (١) سورة البقره الآية-٢٨٣.

٢-٢ (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦.

٣-٣ (٣) هذه الروايه رواها في المسالك و نقله العلامة في التذكرة عن الصادق عليه السلام و الذى فى التهذيب انما هو عن الباقر عليه السلام كما نقلناه فى الأصل-منه رحمه الله.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب الرهن الرقم-٢.

٥-٥ (٥) و يعضده أن الآية قد اشتملت ايضا على السفر و على عدم وجود الكاتب و هما غير شرط فى الرهن اتفاقا، فيكون القبض كذلك كما هو ظاهر-منه رحمه الله.

و أجاب الشهيد في نكت الإرشاد عن ذلك، قال: والجواب ان الآيه دلت على شرعيه الرهن مع القبض، فإذا لم يقبض كان منفيًا بالأصل، لا- بدليل الخطاب، و حفظ المال واجب، فيجب مقدمه، والحديث متلقى بالقبول، فلا يضره ضعف سنده، والإضمار بالصحة أولى، و لا تكرر في قوله «مَقْبُوضَةٌ» لأن اللغوى صادق فيصير شرعيا بالقبض انتهى.

و يمكن تطرق المناقشه إليه بما يخرج عن الاعتماد عليه، أما قوله ان الآيه دلت على شرعيه الرهن مع القبض- الى آخر دليله- ففيه أن صدق الرهن- و تحقق عقد بدون القبض الموجب لدخوله تحت قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «و المؤمنون عند شروطهم» مما يمنع ذلك، و يعضده إطلاق الاخبار الوارده في جملة من أحكام الرهن التي لا- تكاد تحصى كثره، كما ستمر بك إنشاء الله تعالى- فإنها كلها اشتملت على ذكر الرهن من غير تقييد بالقبض، فلو كان شرطًا كما هو المدعى لم يحسن ذلك، بل يجب التفصيل، و قد تقرر في كلامهم أن عدم التفصيل دليل على العموم.

و أما قوله ان حفظ المال واجب فيجب مقدمه، ففيه أنه لا قائل بوجوب أخذ الرهن، فالوجوب هنا غير ظاهر.

و أما قوله: ان الحديث متلقى بالقبول، ففيه أنه و ان كان كذلك الا أن الدلالة غير صريحه، بل و لا ظاهره، و دعوى أولويه ترجيح إضمار الصحة لا دليل عليها.

و أما قوله لا- تكرر في قوله «مَقْبُوضَةٌ» الى آخره ففيه أنه متى وجد المعنى الشرعى فمقتضى القاعده الحمل عليه، و انصراف معنى اللفظ اليه، على أن الوصف بالقبض لا- يناسب المعنى اللغوى عندهم الذى هو الثبوت و الدوام، الا- أن يكون بمعنى المرهون.

و أما ما أجاب به هنا- فى المسالك- من أن الصفه قد يكون للكشف، ففيه أن الأصل فى الوصف عدم كونه كذلك، لما تقرر من «أن التأسيس خير من

التأكيد» كما هو مشهور في كلامهم، و بالجملة فالمسأله لما عرفت محل اشكال و الله العالم.

بقى الكلام هنا في شيئين: أحدهما- في تعيين محل الخلاف في المسأله، و ان شرطيه القبض هل هي في الصحه، أو اللزوم؟ قد اضطرب في ذلك كلامهم، فظاهر جملة منهم أن محل الخلاف نفيا و إثباتا انما هو في كونه شرطا في الصحه، فالقائل بشرطيته يحكم بكون الرهن بدونه باطلا، و القائل بكونه شرطا في اللزوم يحكم بالجواز.

فممن ظاهره الأول العلامه في الإرشاد و القواعد، و الشهيد في نكت الإرشاد و المحقق الثاني في شرح القواعد، و الشهيد في الدروس، و فرع عليه فروعا كثيره قال في كتاب نكت الإرشاد بعد قول المصنف- و لا- يفتقر الى القبض: هذا قول الشيخ في الخلاف الى أن قال: و ذهب الشيخ في النهايه- و موضع من المبسوط- الى أن القبض شرط في صحته، و هو مذهب المفيد و ابن الجنيد الى آخره و هو كما ترى ظاهر فيما قلناه.

و ممن ظاهره الثاني العلامه في التذكرة حيث قال: اختلف علماءنا في القبض هل هو شرط في لزوم الرهن أولا على قولين: الى آخره، ثم ذكر جملة من الفروع المرتبه على ذلك.

و منهم الشهيد الثاني في المسالك حيث قال: اختلف أصحابنا في اشتراط القبض في الرهن بمعنى كونه جزء لسبب لزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبه في كونه كذلك بالنسبه إلى ملك المتهب و عدمه، و هو أيضا كالأول، ظاهر فيما قلناه.

و من هنا قال بعض المحققين: إنه يمكن أن تكون المذاهب ثلاثه، أحدها- عدم اشتراط القبض بوجه، و ثانيها- اشتراطه في الصحه، و ثالثها اشتراطه في اللزوم فقط، كما في الهبه، فإنه نقل فيها في الدروس ثلاثه أقوال، مثل ما قلناه هنا، و ان قال في شرح الشرائع- بعد تقرير الخلاف- في لزوم الرهن من جانب

الراهن، كالقبض في الهبة، وهو مشعر بكون الخلاف في الهبة أيضا في اللزوم و عدمه و الظاهر أنه ليس كذلك، و لهذا قال في القواعد و غيره: لو مات الواهب بطلت الهبة، و لهذا يحصل الجمع بين كلام القوم انتهى و هو جيد.

و ثانيهما- أنه قد صرح في المسالك بأن إطلاق الشرطية على القبض انما هو بطريق المجاز، لان الشرط مقدم على المشروط في الوجود، و هنا لا يعتبر تقدمه إجماعا، فكونه جزء من السبب أنسب، و قيل عليه: ان الظاهر أن المراد بالشرط هنا انما هو الأمر الذي لا بد من حصوله، لحصول المشروط، لا الخارج المقدم على المشروط الذي يجب حصوله قبله، و هو إطلاق شائع خصوصا عند الفقهاء في مثل هذا الباب و هو جيد.

فروع

الأول- لو قبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن

، فان قلنا: بأن القبض شرط في الصحة كان عقد الرهن باطلا، لان القبض على هذا الوجه كالا قبض، و ان قلنا: أنه شرط في اللزوم كان العقد صحيحا غير لازم.

و يمكن التفصيل بناء على الأول بأنه ان كان قبضه بغير اذنه من حيث امتناع الراهن من الإقباض، فالظاهر أنه لا وجه للبطلان، لانه من قبيل الحقوق المستحقة عليه، فإذا أخل بدفعها جاز لصاحب الحق التوصل إلى أخذ حقه و ان كان لا كذلك فما ذكره صحيح و الله العالم.

الثاني- لو عرض للراهن الجنون أو الإغماء أو الموت بعد العقد و قبل القبض

، و قلنا: باشتراط القبض كما هو المشهور، فان قلنا: بكون القبض شرطا في الصحة فإنه يبطل العقد من أصله، و بذلك صرح في القواعد و الدروس تفريعا على ما اختاره من كون القبض شرطا في الصحة كما تقدم نقله عنهما.

و ان قلنا بكونه شرطا في اللزوم كان العقد صحيحا، و به قطع في التذكرة تفريعا على ما اختاره فيها من كون القبض شرطا في اللزوم، كما تقدم نقله عنه، فعلى

الثانى يقوم الولى مقام الراهن فى استحقاق الإقباض، لكن ولى المجنون يراعى مصلحته فى ذلك، فان رأى أن المصلحه فى الإقباض كما إذا كان فى بيع يتضرر بفسخه أو نحو ذلك من المصالح التى يقتضيها الحال أقبضه، و الا فلا.

و بذلك يظهر لك ما فى كلام صاحب المسالك فى هذا المقام، حيث أنه فرع البطلان و عدمه على القول بكون القبض شرطا فى اللزوم، كما اختاره و غفل عن الخلاف الذى قدمنا ذكره من أن جمله منهم انما جعله شرطا فى الصحه، و آخرين فى اللزوم، و الصحه و البطلان هنا انما تفرعا على ذلك كما أوضحناه، و لو كان عروض أحد هذه الأشياء المتقدمه للمرتهن قبل قبضه.

فالظاهر ان العقد صحيح على كل من القولين المتقدمين، و ينتقل حق القبض إلى الولى، و لهذا انه فى الدروس مع قوله بالبطلان بموت الراهن أو جنونه قال: بالصحه هنا (١) و وجه ذلك هو الفرق بين المقامين، فإنه فى صورته موت الراهن قبل الإقباض تعلق حق الورثه و الديان به، فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن فان الدين باق فتبقى وثيقه لعدم المنافى، هذا كله على تقدير القول باشتراط القبض (٢) و اما على القول

ص: ٢٢٩

١ - ١) قال فى الدروس: لو مات الراهن أو جن بطل، و فى المبسوط إذا جن الراهن أو أغمى عليه أو رجع قبل القبض، قبض المرتهن لان العقد أوجب القبض، و هذا يشعر بان القبض ليس بشرط، و ان كان للمرتهن طلبه ليتوثق به، و لو مات المرتهن انتقل حق القبض الى وارثه و الفرق تعلق حق الورثه و الديان بعد موت الراهن به فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن فان الدين باق فتبقى وثيقته، و يحتمل البطلان فيها لانه من العقود الجائزه قبل القبض و الصحه فيهما وفاقا للقاضى و المبسوط و الفاضل الى آخر كلامه منه رحمه الله.

٢ - ٢) أما على القول بالصحه بناء على ان القبض شرط فى اللزوم فظاهر و أما على القول بالبطلان بناء على ان القبض شرط فى الصحه فللفرق المذكور فى الأصل، و توضيحه أنه بموت الراهن قبل الإقباض مع كون القبض شرطا فى الصحه يتعلق حق الورثه و الديان بالرهن، و لا ترجيح لأحدهما بعد الحكم بالبطلان، و اما على تقدير موت المرتهن فان دينه باق، و وثيقته تقتضى عقد الرهن باقيه على مقتضاه و لم يبق الا حق قبضه، حيث مات قبله، فلذا الحق ينتقل الى ولىه و يقوم مقام الميت فى القبض و لا يبطل الرهن بذلك و هو ظاهر منه رحمه الله.

الأخر فلا اثر لهذا البحث و لا لما قبله لحكم هذا القائل بصحة العقد و لزومه قبل القبض فلا تؤثر فيه هذه العوارض و الله العالم.

الثالث [عدم شرطيه استدامه القبض]

قد صرحوا بأنه ليس استدامه القبض شرطاً، فلو عاد الى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانه، و ظاهرهم أنه موضع وفاق، بل نقل عن التذكرة دعوى الإجماع عليه (١).

الرابع - لو رهن ما فى يد المرتهن قبل الرهن

فان كان بعاريه أو وديعه أو إجاره و نحو ذلك مما كان قبضاً مأذوناً فيه شرعاً، فالظاهر أنه لا خلاف فى الصحة، لأن المعبر بتحقيق القبض و هو حاصل، و لو بالاستصحاب، فان استدامه القبض قبض حقيقه، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض، و أما انه يشترط كون القبض واقعا ابتداء بعد الرهانه، فلا دليل عليه، و حينئذ فلا فرق بين السابق و المقارن.

و ان كان قبضاً غير مأذون فيه شرعاً كقبض الغاصب، و المستام، و المشتري فاسداً، فقد أطلق الأكثر الاكتفاء به أيضاً، لما تقدم من الدليل، و لانه متى اشترط القبض فى الرهن كان مستحقاً على الراهن، فإذا كان فى يد المرتهن وصل الى حقه و على تقدير كون القبض منهيًا عنه لا يقدر هنا، لأن النهى فى غير العباده لا يقتضى الفساد.

و قيل: بعدم الاكتفاء به، لأن القبض على تقدير اشتراطه ركن من أركان العقد من الجبهه التى تعتبر لأجلها و هو اللزوم، و لهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان الرهن مشروطاً عليه، و إذا وقع منهيًا عنه لا يعتد به شرعاً، و انما لا يقتضى النهى

ص: ٢٣٠

(١- ١) أى كونه فى يده يأخذ هذه الأشياء منه رحمه الله.

الفساد فى مثل ذلك حيث تكمل أركان العقد، مع أنهم قطعوا بأنه لو قبض بلا اذن الراهن لم يعتد به، فلو كان مطلق القبض كافياً، لزم مثله فى ذلك القبض المبتدأ بغير اذن الراهن، و نمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغه.

أقول: و المسأله لما كانت عاريه عن النص تطرق إليها الإشكال، الا انه يمكن أن يقال: ان المقبوض بيد أحد هؤلاء المذكورين و ان كان قبل الرهن غير مأذون فيه شرعاً و هو منهى عنه، الا أنه بعد عقد الرهن و حصول الرضا من الراهن ببقائه فى يد المرتهن من أحد هؤلاء لا- مانع من ذلك، و اما القياس على القبض بغير اذن الراهن فهو قياس مع الفارق إذ المفروض هنا كما ذكرنا هو رضا الراهن ببقائه رهناً عند أحد هؤلاء و اذنه فى ذلك، و كونه سابقاً مقبوضاً بغير وجه شرعى لا يمنع من ذلك مع تجدد الرضا و الاذن أخيراً، بخلاف المقبوض بعد الرهن بغير اذن على ما تقدم من التفصيل فيه.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أنه قطع باشتراط الاذن و مضى زمان يمكن فيه تجدد القبض هنا، قال فى المسالك: و هو متجه، بل ربما قيل: باشتراطهما فى المقبوض صحيحاً ثم أطال فى بيان تعليل ذلك بعلل عليه.

أقول: أما اشتراط الاذن فلا ريب أن قرينه المقام شاهده به، لانه مع جعله رهناً، و العلم باشتراط القبض فى الرهن لا يتجه و لا يتم الا- مع الرضا و الاذن فى القبض، و الا فكيف يجعله رهناً يجب عليه إقباضه للمرتهن، مع عدم الرضا و الاذن فى قبضه، و لا ريب أنه و ان كان مقبوضاً سابقاً على غير وجه شرعى، الا- انه بعد جعله رهناً صار الأمر على خلاف ما كان سابقاً، و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا خفاء عليه.

و أما اشتراط مضى زمان يمكن فيه تجدد القبض فلا وجه له، و ما علل به مما طوينا نقله لا يخفى ما فيه على من راجعه.

الخامس - لو رهن ما هو غائب

و قلنا باشتراط القبض، فلا- بد من حضور المرتهن أو وكيله عند الرهن و قبضه، و أنه لا- يصير رهناً صحيحاً أو لازماً بناء على القولين المتقدمين الا بذلك.

والمعتبر في القبض ما تقدم في كتاب البيع من اعتباره في كل بما يناسبه من النقل في المنقولات، والكيل والوزن في المكيلات والموزونات، والتخليه فيما لا يكون كذلك -حسبما تقدم تحقيقه.

و بالجمله فإن القبض هنا كالقبض في البيع، فجميع ما تقدم آت هنا، ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث.

السادس [لو أقر الراهن بالإقباض]

قالوا:- لو أقر الراهن بالإقباض قضى عليه به، إذا لم يعلم كذبه و لو رجع لم يقبل رجوعه، و تسمع دعواه لو ادعى الموطاه على الاشهاد، فيتوجه اليمين على المرتهن على الأشبه.

أقول: أما القضاء عليه بإقراره فظاهر، لما ورد من أن

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (1)». و أما عدم ذلك مع علم كذبه فظاهر أيضا، كما لو قال: رهنته اليوم دارى التى بالحجاز و أقبضته إياها مع كونهما فى الشام مثلا فإنه لا يسمع، لانه محال عادة، و قد عرفت أن شرطه وصول المرتهن أو وكيله الى موضع الرهن و قبضه.

و أما أنه لو رجع عن إقراره بالإقباض لم يقبل رجوعه، فلانه بإقراره أولا- دخل تحت مضمون الخبر المتقدم فيجب إلزامه و الحكم عليه، و لا تسمع دعواه، بحيث تتوجه على المرتهن اليمين.

نعم لو ادعى الغلط فى إقراره و أظهر تأويلا- ممكنا فى حقه كما لو قال استندت فيه الى كتاب كتبه و كيلى فظهر مزورا و نحو ذلك فان الظاهر سماع دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتهن بان القبض حقيقى، أو على نفى ما يدعيه الراهن، لأن الأصل صحة الإقرار و مطابقتة للواقع.

و استتقرب العلامه فى التذكرة توجه اليمين له على المرتهن و ان لم يظهر تأويلا، محتجا بأن الغالب فى الوثائق كون الشهاده قبل تحقق ما فيها، فلا حاجه

ص: ٢٣٢

الى تلفظه به.

و أما لو ادعى الموطاه فى الإشهاد إقامه لرسم الوثيقه أى لأجل كتابتها و الشهاده عليها حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر الى أن يتحقق القبض، فالأقوى أنها مسموعه، بمعنى توجه اليمين بها كما على المرتهن أيضا، حسبما تقدم، لجريان العاده بوقوع مثل ذلك، وقيل: انه يحتمل عدم السماع لانه مكذب لإقراره الأول.

و ينبغي أن يعلم أن سماع دعواه انما يتم لو شهد الشاهدان على إقراره، فادعى الغلط أو الموطاه كما تقدم، أما لو شهدا على نفس الإقباض و فعله لم تسمع دعواه، لتضمنها تكذيب الشاهدين، بخلاف الشهاده على الإقرار، فإنها لا تنافى دعواه بأحد الوجهين المذكورين، و على هذا فلا يثبت على المرتهن باليمين لو وقعت الشهاده على نفس الإقباض، و كذا لو شهدا على إقراره بالإقباض فأنكر الإقرار، فإنه لا يلتفت الى إنكاره، لما تقدم من استلزامه تكذيب الشاهدين.

السابع - لو رهن ما هو مشترك بينه و بين غيره على سبيل الإشاعه

فإن كان مما ينقل و يحول فإنه لا يجوز الإقباض إلا بإذن الشريك، لاستلزامه التصرف فى مال الغير بغير اذنه، فلو أقبضه و الحال هذه فعل محرما.

و هل يحصل الإقباض بذلك و يتم شرط الرهن أم لا؟ قولان: ثانيهما للشهيد (رحمه الله عليه) لانه كما لو قبضه بدون اذن المرتهن، و أولهما للعلامه و جماعه، و وجهه أن النهى انما هو من حيث حق الشريك فقط، و الا فالإذن حاصل من الراهن بالنسبه إلى حقه، و اشتمال المقبوض على حق الراهن و غيره لا يمنع من تحقق القبض لحق الراهن الذى هو شرط فى صحه الرهن على القول به، و ان فعل محرما بالتصرف فى حق الغير، و هذا القول بحسب الاعتبار أقوى.

و ان كان مما لا ينقل و لا يحول فان ظاهر المحقق فى الشرائع إلحاق ذلك بالصوره الاولى فى اشتراط الاذن، حيث قال: و لا يجوز تسليم المشاع الا برضاء شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل على الأشبه.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك العدم، حيث قال: و أما ما يكفى

فيه مجرد التخليه ففى اشتراط اذنه نظر،أقربه العدم،لان الغرض مجرد رفع يد الراهن و تمكين المرتهن من قبضه،و هو لا يستدعى تصرفا فى ملك الغير انتهى و هو جيد.

المسأله الثالثه [فى أن الرهن أمانه فى يد المرتهن]

-المشهور بل ادعى عليه الشيخ الإجماع أن الرهن أمانه فى يد المرتهن،لا يضمن الا مع التفريط،فلا يسقط بتلفه شىء مع عدم التفريط.

و يدل عليه جملة من الاخبار منها-ما رواه

فى الفقيه فى الصحيح عن جميل بن دراج (١)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام فى رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال:هو من مال الراهن،و يرجع المرتهن عليه بماله».

و عن أبان بن عثمان (٢)

«عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل رهن عند رجل دارا فاحترقت أو انهدمت؟قال:يكون ماله فى ترابه الأرض،و قال فى رجل رهن عنده مملوك فجذم أو رهن عنده متاع فلم ينشر المتاع.و لم يتعاهده و لم يتحركه فتأكل هل ينقص من ماله بقدر ذلك؟فقال:لا».

و فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣)عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصيبه شىء أو يضيع قال:رجع بماله عليه».

و عن عبيد بن زرار (٤)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:رجل رهن سوارين فهلك أحدهما قال:يرجع عليه بحقه فيما بقى،و قال فى رجل رهن عند رجل دارا فاحترقت»الحديث. كما تقدم فى مرسله أبان بأدنى تفاوت،وفيه «فأكل»يعنى أكله السوس.

و فى الصحيح عن الفضيل بن عبد الملك (٥)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أ يكون حقه فى الآخر؟قال:نعم،

ص: ٢٣٤

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧١.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٧٠.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٧٠.

٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٩٩.

قلت: أو دارا فاحترقت أ يكون حقه في التربه؟ قال: نعم، أو دابتين فهلكت إحداهما أ يكون حقه في الأخرى؟ قال: نعم، قلت: أو متاعا فهلك من طول ما تركه، أو طعاما ففسد أو غلاما فأصابه جدرى فعمى أو ثيابا تركها مطويه لم يتعاهدها و لم ينشرها حتى هلكت؟ قال: هذا نحو واحد يكون حقه عليه».

و عن أبان (١) عن رجل

«عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: سألته كيف يكون الرهن بما فيه ان كان حيوانا أو دابه أو ذهبا أو فضه أو متاعا فأصابته جائحه حريق أو لص فهلك ماله أو نقص متاعه، و ليس له على مصيبته بينه، قال: إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شىء فلا شىء عليه، و ان قال: ذهب من بيتى مالى و له مال فلا يصدق».

و عن إسحاق بن عمار (٢) فى الموثق

«عن أبى إبراهيم عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شىء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه، قال: قلت: ان الناس يقولون ان رهن العبد فمرض أو انفقات عينه فأصابه نقصان فى جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما- ينقص من العبد، قال أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من يكون جنايته؟ قال: جنايته فى عنقه».

و عن إسحاق بن عمار (٣) أيضا فى الموثق قال:

«قلت: لأبى إبراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام أو الدار فتصيبه الآفه على من يكون؟ قال: على مولاه، ثم قال: أ رأيت لو قتل هذا قتيلا على من يكون؟ قلت: هو فى عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب من مال هذا؟ ثم قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مائتى دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: و كذلك يكون عليه ما يكون له».

ص: ٢٣٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٣ الفقيه ج ٣ ص ١٩٨.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ التهذيب ج ٧ ص ١٧٢.

الا أن يازاء هذه الاخبار أيضا ما يدل على خلاف ما دلت عليه و هو وجوب الضمان على المرتهن.

و منها ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن قيس (١) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى-أمير المؤمنين عليه السلام إذا كان الرهن أكثر من مال المرتهن فهلك-ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن، وان كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى الى صاحبه فضل ماله، وان كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شىء».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن ابن بكير (٢) فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل الى صاحب الرهن، وان كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله، وان كان سواء فليس عليه شىء».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن أبى حمزه (٣) قال:

« 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: ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن على صاحبه، وان كان لا يساوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن، قال: و كذلك كان قول على عليه السلام فى الحيوان و غير ذلك».

و ما رواه

المشايع الثلاثة عن إسحاق (٤) قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن بمأه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فهلك، أعلى الرجل ان يرد على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم لأنه أخذ رهنا فيه فضل - و ضيعه، قلت:

ص: ٢٣٦

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٩.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٣٤ التهذيب ج ٧ ص ١٧١.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٣٤.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٧٢ الكافى ج ٥ ص ٢٣٤ الفقيه ج ٣ ص ١٩٩.

فهلك نصف الرهن فقال: على حساب ذلك» و زاد في الكافي و الفقيه «قلت:

فترادان الفضل قال: نعم».

و ما رواه

في الفقيه عن محمد بن حسان عن ابي حمران الأرمني (1) عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل رهن عند رجل على ألف درهم، و الرهن يساوي ألفين فضاع فقال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، و ان كان انقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل، و ان كان الرهن يساوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه». قيل:

و يعنى قوله «و الرهن بما فيه» انه يحسب الرهن من دينه و يرجع بالباقي.

أقول: و هو معنى صحيح في حد ذاته، الا أنه بعيد عن ظاهر اللفظ المذكور و جمع الشيخ (رحمه الله عليه) بين هذا الاخبار بحمل الأخبار الأوله على عدم التفريط، و الأخيره على التفريط استنادا الى ما رواه

في الكافي عن أبان (2) عن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام و في الفقيه و التهذيب عن أبان 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».

أقول: و يشير الى ذلك أيضا قوله عليه السلام، في روايه إسحاق الأخيره «لأنه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعه».

و على ذلك أيضا يحمل ما رواه

الشيخ في التهذيب عن سليمان بن خالد (3) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا ارتهنت عبدا أو دابه فماتا فلا شيء عليك، و ان هلكت الدابه أو أبق الغلام فأنت ضامن».

فإنه لا بد من حمل هلاك الدابه و إباق الغلام على التفريط، و الا يحصل التنافي بين صدر الخبر و عجزه.

ص: ٢٣٧

١-١ (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٦.

٢-٢ (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ التهذيب ج ٧ ص ١٧٢ الفقيه ج ٣ ص ١٩٦.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٧٣ الكافي ج ٥ ص ٢٣٦.

قال الشيخ بعد نقل الخبر المذكور: المعنى فيه أن يكون سبب هلاكها أو سبب إباق الغلام شيئاً من جهة المرتهن، فاما إذا لم يكن كذلك فلا يلزمه شيء، و كان حكمه حكم الموت سواء انتهى.

و احتمال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين حمل الأخبار الأخيره على التقيه، قال: فقد روى العامه عن الشعبي و شريح و الحسن (1) ذهبت الرهانه بما فيها و يدل عليه خبر أبان أيضا انتهى.

أقول نقل العلامة في التذكرة القول بما عليه الأصحاب عن عطاء، و الزهري، و الأوزاعي و الشافعي، و أبي ثور و أحمد و ابن المنذر، و نقل عن شريح و النخعي و الحسن البصري، أن الرهن يضمن بجميع الدين، و ان كان أكثر من قيمته، و نقل عن الثوري و أصحاب الرأي أنه يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فان كانت قيمته أقل سقط بتلفه من الدين قدر قيمته، و الا سقط الدين، فلا يضمن الزيادة انتهى.

و أنت خبير بان ثبوت التقيه انما يتم على قول شريح و من معه، و هو أشد الأقوال الثلاثة فإن ظاهر المشهور عندهم موافق لما عليه الأصحاب، و قول أبي حنيفة و أتباعه و هم المشار إليهم بأصحاب الرأي لا ينطبق عليه الاخبار المذكوره، لأنها دلت على أن المرتهن يضمن الزيادة لو كان الرهن أكثر، و هم ينفون ذلك، و الحمل على التقيه باعتبار هؤلاء الثلاثة بعيد.

الا أنه ربما يمكن تأييده بما تقدم

في موثقه إسحاق بن عمار من قوله، قال:

« قلت: أن الناس يقولون: ان رهن العبد فمرض أو أنفقا عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد. »

و يؤيده أن جل الاختلاف في الاخبار انما نشأ من التقيه، و لا ينافيه التفصيل الذي دلت عليه مرسله أبان المتقدمه و نحوها، فإنه يجوز أن يكون الحكم الشرعي هو التفصيل الذي دلت عليه، و ان كان إطلاق هذه الاخبار انما خرج مخرج التقيه.

ص: ٢٣٨

و أما قول شيخنا المشار اليه و يدل عليه خبر أبان أيضا فلا أعرف له وجهها، فان خبر أبان دل على التفصيل بالتفريط و عدمه، كما هو المعمول عليه بين الأصحاب، و لا دلالة فيه على أزيد من ذلك.

بقي الإشكال فيما قدمنا من الاخبار في مقامين، أحدهما: ما دل عليه جملة منها كصحيحه الفضل بن عبد الملك و روايه عبيد بن زراره، و مرسله أبان- من عدم ضمان المتاع إذا لم ينشره و لم يتعاهده، و لم يتحركه حتى تأكل و هلك، و ان كان بذلك أفتى الصدوق في المقنع، فقال: ان رهن عنده متاعا فلم ينشر المتاع، و لم يخرج و لم يتعهده، ففسد فان ذلك لا ينقص من ماله شيئا انتهى و هو مشكل.

فإنك قد عرفت أن الرهن في يده أمانه مضمونه مع التفريط، و من الظاهر ان ترك المتاع الذي يتوقف حفظه و سلامته على النشر و التعاهد بغير نشر و لا تعاهد تفريط، و لهذا قال العلامة في المختلف- بعد نقل عبارته المقنع: و الأقرب أن على المرتهن الضمان، لان ترك نشر الثوب المفتقر الى نشره يكون تفريطا، و المفراط ضامن انتهى.

و كأنه (قدس سره) لم يخطر بباله الأخبار المذكوره التي هي مستند الصدوق في هذه الفتوى، و الا لكان الواجب عليه الجواب عنها، و يمكن- و ان بعد- حملها على عدم علمه بوصول الضرر الى المتاع مع بقائه على تلك الحال.

و ثانيهما: ما دلت عليه مرسله أبان الثانيه من عدم تصديق المرتهن إذا ادعى ذهاب الرهن وحده، فإنه مخالف لمقتضى القواعد المعمول عليه بين الأصحاب أيضا، حيث أن المرتهن أمين كما عرفت، و الأمين مصدق بيمينه.

و بمضمون هذه الروايه أفتى ابن الجنيد، فقال: و المرتهن يصدق في ضياع الرهن إذا كانت جائحه ظاهره، أو إذا ذهب متاعه، و المرهون فان ادعى ذهاب الرهن وحده لم يصدق.

و رده العلامة في المختلف بما ذكرناه، فقال: لنا انه أمين و القول قوله مع اليمين، و نقل عنه الاحتجاج بأن دعواه ذهاب الرهن بخصوصه خلاف الظاهر و بالروايه، ثم رد الأول بالمنع، و الروايه بالإرسال، و أن في أبان قولنا، و هذا الجواب

عندنا غير حاسم لماده الاشكال، ولا يحضرني الآن وجه تحمل الروايه عليه، الا أن يكون للتقيه، ويمكن تأييده بذهاب ابن الجنيد الموافق للعامة غالبا في كثير من فتاويه الى ذلك، والله العالم.

المسألة الرابعة [في دخول فوائد الرهن في الرهن]:

المشهور بين الأصحاب أن فوائد الرهن و زوائده المتجدده بعد الرهن ان كانت منفصله كالولد و الثمره بعد الجذاذ أو يقبل الانفصال كالشعر و الصوف و الثمره قبل الجذاذ، فإنها تدخل في الرهن، و به قال الشيخ في النهايه و الشيخ المفيد و ابن الجنيد و أبو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن إدريس مدعيا عليه الإجماع، و قبله المرتضى على ما نقله عنه في الكفايه.

و اما المتصله اتصالا- لا- يقبل الانفصال كالسمن و الطول فإنه لا- خلاف بينهم في دخولها، و انما الخلاف فيما عداه مما ذكرناه، فإنه قد ذهب الشيخ في الخلاف و المبسوط الى عدم الدخول، و اختاره العلامة و ولده فخر المحققين و المحقق الشيخ على.

احتج الأولون بالإجماع المنقول بخبر الواحد، و ان النماء من شأنه تبعيه الأصل في الحكم كما يتبع ولد المديره لها فيه، و احتج الآخرون بأصاله العدم و بأن الأصل في الملك ان يتصرف فيه مالكة كيف شاء خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه.

و احتج العلامة في المختلف بما رواه

السكوني (1) في الموثق

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الظهر يركب إذا كان مرهونا و على الذي يركب نفقته، و الدر يشرب إذا كان مرهونا، و على الذي يشرب نفقته». قال: فأثبت عليه السلام منفعه الحلب و الركوب، و ليس ذلك للمرتهن إجماعا و لانتفاء ملكه و يبقى أن يكون للراهن.

و عن إسحاق بن عمار (2) في الصحيح عن أبي إبراهيم عليه السلام قال:

«فان رهن

ص: ٢٤٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥ التهذيب ج ٧ ص ١٧٣.

دارا لها غله لمن الغله؟ قال: لصاحب الدار». و ادعاء ابن إدريس-ان قوله:مذهب أهل البيت،و ان إجماعهم عليه،و ان ما ذكره الشيخ فى الخلاف و المبسوط مذهب المخالفين-خطأ لا برهان عليه،و لا شبهه له انتهى كلامه فى المختلف.

أقول:لا- يخفى ما فى حجج الأولين،اما ما احتجوا به من الإجماع فقد عرفت ما فيه فى غير مقام،و انه لا يحسم ماده النزاع،و اما دعوى التبعية و الاستناد إلى تبعيه الولد المدبر لأمه فى التدبير،ففيه ما ذكره شيخنا فى المسالك حيث قال- بعد نقل احتجاجهم بما ذكرناه-و الإجماع ممنوع،و التبعية فى الملك مسلمه لا فى مطلق الحكم،و تبعيه ولد المدبره لتغليب جانب العتق.

و أما ما احتج به على القول الثانى من التمسك بالأصل فهو قوى،و يعضده ما عللوا به عدم التبعية فى مسأله بيع الحامل من أن العقد انما وقع على الأم،و اللفظ لا يتناول سواها،فكذلك هنا.

و أما احتج به العلامة فى المختلف،ففيه أن محل الخلاف على ما قرره هو و غيره انما هو الزيادات المنفصله،أو القابله الانفصال كما ينادى به التمثيل بالولد و الثمره و الشعر و الصوف،لا أنه مطلق المنافع كغله الدار و نحوها،فإنه لا خلاف و لا إشكال فى كونها للراهن،كما استفاضت به الاخبار،و ستأتى إنشاء الله-تعالى فى الفصل الثالث.

و حينئذ فلا وجه لاستدلاله بموثقه إسحاق بن عمار التى وصفها بكونها صحيحه،لاعتضاده بها تنويها بشأنها،مع أنه و غيره انما يعدونها فى الموثق.

و أما روايه السكونى-و ان وصفها بكونها موثقه،لاتفاقهم على عدها فى الضعيف-فغايه ما تدل عليه كون النفقه فى مقابله النفقه فى كل من الركوب و شرب اللبن و سيأتى الكلام فى ذلك، و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص الواضح لا- تخلو من الاشكال،و ان كان القول الثانى لا- يخلو من قوه لما عرفت،و يظهر من المسالك اختياره أيضا،و ربما اعترض على القول بعدم التبعية بأنه يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن،لأن المنفعه

إذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها، مع أن الإجماع على منعه.

و الجواب عن ذلك أولا: يمنع هذه الدعوى و منع الإجماع، كما سيأتي إنشاء الله تعالى تحقيقه في بعض مواضع الفصل الثالث.

و ثانيا: أنه مع تسليم ذلك يمكن أن يقال: إن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة، بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون، و لهذا لو انفصلت المنفعة كالثمرة و الولد لم يمنع من التصرف فيها- و ينبغي أن يعلم أنه لو شرط المرتهن دخولها أو الراهن خروجها زال الاشكال، لو جوب الوفاء بالشرط، هذا كله بالنسبة إلى النماء المتجدد بعد الرهن.

و أما الموجود حال الرهن فالمشهور بينهم عدم الدخول، و نقل في المختلف عن ابن الجنييد الخلاف في ذلك، قال في المختلف: النماء الموجود حاله الارتهان إذا كان منفصلا كالولد و اللبن أو متصلا اتصالا لا يقبل الانفصال كالصوف و الشعر خارج عن الرهن، ذهب إليه أكثر علمائنا. و قال ابن الجنييد: إن جميع ذلك يدخل في الرهن، لنا أن العقد تناول الأصل، و ليس النماء جزء من المسمى، فلا يدخل في الرهن، احتج بأن النماء تابع في الملك، فكذا في الرهن، و الجواب المنع من الملازمه انتهى.

أقول: لا- يبعد التفصيل بالفرق بين مثل الولد و الثمرة، و بين مثل الشعر و الصوف على ظهر الحيوان، بخروج الأول، و دخول الثاني، فإن من الظاهر عدم دخول الولد و الثمرة في مسمى الام و النخل، و دخول الشعر و الصوف في الحيوان اللذين هما على ظهره، فإنه كالمتبادر عرفا، فإنه متى باعه حيوانا كذلك أو وهبه أو نقله له بأحد النواقل الشرعية، فإن ظاهر العرف الحكم بدخول ذلك فيه.

و لهذا انه في التذكرة استقرب دخول الصوف و الشعر على ظهر الحيوان، محتجا بأنه كالجزم، و استحسنة المحدث الكاشاني في المفاتيح، و تردد في التذكرة في دخول اللبن في الضرع، و في القواعد تردد في الأمرين، و كيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الاشكال و الله العالم.

المسألة الخامسة [في أن الرهن لازم من جهة الراهن]:

لا خلاف في أن الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج من الحق الموجب للرهن، أما بأدائه و لو من متبرع عنه، أو ضمان الغير له مع قبول المرتهن، أو الحوالة أو إبراء المرتهن له، قالوا: و في حكمه الإقالة المسقطه للثمن المرهون به، أو الثمن المسلم فيه المرهون به.

و بالجمله فالظابط براءة ذمه الراهن من جميع الدين، و إذا خرج من بعضه دون بعض فهل يخرج الرهن بأجمعه عن الرهانه، أو يبقى كذلك أو بالنسبه، أو جه:

صرح في الدروس بالثاني، و هو ظاهره في الروضه أيضا، و لو شرط كونه رهنا على المجموع خاصه تعين الأول، كما انه لو جعله رهنا على كل جزء جزء تعين الثاني.

السادسه [إذا وجد المرتهن بالرهن عيبا سابقا]:

قال الشيخ في المبسوط: إذا وجد المرتهن بالرهن عيبا سابقا كان له الرد بالعيب، فيتخير معه في فسخ البيع، و أجازته بلا رهن إذا كان الرهن باقيا بالصفه التي قبضه، فأما إذا مات أو حدث في يده عيب فليس له رده في فسخ البيع، لان رد الميت لا يصح، و رد المعيب مع عيب حدث في يده لا يجوز، لانه لا دلالة عليه كما نقوله في البيع، و لا يرجع في ذلك بأرش العيب، بخلاف البيع.

قال في المختلف -بعد نقل ذلك- عنه: و الأقوى عندي أنه له الفسخ، لفقدان الشرط، سواء مات العبد أو رده، لان العبد في يده أمانه فليس للراهن الامتناع من قبضه بالعيب السابق، فكذا الموت انتهى. و مرجع مناقشته للشيخ الى عدم الفرق بين الموت، و ظهور العيب السابق في جواز الفسخ، و هو لا يخلو من قوه.

و أما العيب الحادث في يد المرتهن فالحكم فيه كما ذكره الشيخ (رحمه الله عليه) لما ورد من الاخبار الداله على بقاء الرهانه و عدم انفساخها بذلك، و الرد انما يتجه مع الفسخ.

و من الاخبار المشار إليها ما تقدم في المسألة الخامسة من الاخبار الداله على أن العبد إذا أصابه الجذام أو العمى أو نحو ذلك فإنه باق على الرهانه، و ان نقص ذلك على الراهن، و الاخبار ثمه إنما اختلفت في الضمان و عدمه، و الا فصحه الرهانه لا خلاف فيها و لا اشكال و الله العالم.

السابعه [إذا رهن عصيرا فصار خمرا]:

قد صرح جملته من الأصحاب بأنه إذا رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن، و بالغ أبو الصلاح فقال: فان صار خمرا بطلت وثيقه الرهن، و وجبت إراقته، و الشيخ فى الخلاف قال: يجوز إمساكه للتخلل و التخليل، و لا يجب عليه الإراقة، لأنه لا خلاف بين الطائفة فى جواز التخلل و التخليل.

و قال فى الشرائع: و لو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن، فلو عاد خلا عاد الى ملك الراهن. و ظاهر هذه العبارات بطلان الرهن رأسا بعد صيرورته خمرا.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى- فى المسالك- حمل البطلان فى كلامهم على كونه بطلانا مراعى ببقائه على الخمرية، لأنه متى صار خمرا خرج عن ملك صاحبه فيبطل الرهانه لذلك، لأنها مشروطه بالملكيه، و متى صار خلا و صلح أن يكون ملكا عادت الملكيه و الرهانه.

و لهذا استدرك على المصنف فى عبارته المذكوره، من حيث حكمه بالبطلان، و أنه بصيرورته خلا- يعود الى الملك، و لم يصرح بكونه يعود إلى الرهانه، قال:

و الحاصل انهم لا- يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال أثره بالكلية، بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقيه، و تبقى علاقه الرهن لبقاء أولويه المالك على الخمر المتجدد للتخليل، فكأن الملك و الرهن موجودات فيه بالقوه القريبه، لأن تخلله متوقع، و الزائل- المعبر عنه بالبطلان- الملك و الرهن، لوجود الخمرية المنافيه، و نظير ذلك أن زوجه الكافر إذا أسلمت خرجت بذلك من حكم العقد، و حرم وطؤها عليه فإذا أسلم قبل انقضاء العده عاد حكم العقد، و كذلك إذا ارتد أحد الزوجين انتهى.

أقول: لقائل أن يقول: ان ما ذكره (قدس سره) من التوجيه لعود الرهن بعد بطلانه- و أن حكم الأصحاب بالبطلان مراعى ببقاء الخمرية- انما يصلح وجها للنص، و بيان الحكمه فيه لو كان هنا نص، لا أنه يصلح لتأسيس الحكم المذكور، و بنائه عليه، فان قضيه الحكم بالبطلان بصيرورته خمرا و عدم صحه

تملك الخمر، هو بقاء البطلان و استمراره و ان انقلب خلا، و العود الى كونه رهنا يتوقف على الدليل.

و هذا هو الظاهر من إطلاقهم، سيما عبارة الشيخ ابي الصلاح و حكمه بوجوب الإراقه، فإنه لا ينطبق الا على ما ذكرناه، و مجرد عوده فى الملك بعد انقلابه خلا لا يستلزم عوده رهنا للفرق بين الأمرين، فإن الرهن متوقف على الصيغه و العقد الشرعى و قد بطل، فعوده يحتاج الى عقد آخر بخلاف الملك، و لانه قد قام الدليل على ذلك فى الملك، فيجب القول به، و لم يتم دليل عليه فى الرهن الا مجرد هذا التخريج المذكور الذى لا يصلح لتأسيس حكم شرعى عليه.

و ما ذكرناه هو الظاهر من إطلاقهم، سيما عبارة الشرائع، و حكمه فيها بالملك بعد العود دون الرهانه، و استدراكه عليها ليس فى محله، لعدم الدليل كما عرفت، و التنظر بما ذكره لا يفيد فائده، فإن الأحكام الشرعية لا تبنى على النظائر و المشابهات كما يقوله أهل القياس، و انما يعمل فيها على النصوص الواضحه.

و بالجمله فإن كلامه (قدس سره) غير خال عندى من النظر، و ان اقتفاه فيه المحقق الأردبيلى أيضا حيث قال: و سبب عودها بعد صيرورته خلا- عود الملكيه فيما كان رهنا، و زوال المانع عن الرهانه، فيعود ما كان ثابتا تابعا للملكيه، و ما كان سبب النزول إلا زوال الملكيه. فتأمل فيه انتهى.

و فيه ان زوال المانع غير كاف فى الصحه، بل لا بد من وجود المقتضى أولا، و المقتضى قد حكم ببطلانه، و الكلام فى محل البحث فى عوده، و مجرد عود الملكيه لا يستلزمه كما عرفت.

و نحن و لو خيلنا و ظاهر الحكم بالبطلان ثم لا- يحكم بعود الملكيه و لا- الرهن، لكن لما قام الدليل من خارج و دلت الاخبار على عود الخمر بصيرورته خلا- الى ملك صاحبه حكما بذلك، و أما عوده رهنا فيحتاج ايضا الى الدليل كما احتاج اليه عوده فى الملك، و لعل فى قوله فتأمل فيه إشاره الى ما ذكرناه و الله العالم.

و فيه مسائل

الأولى [اشتراط كون الرهن عيناً مملوكه]

-المشهور فى كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم) أنه يشترط كون الرهن عيناً مملوكه، فلا يصح رهن ما فى الذمه من الديون، ولا المنافع، مثل سكنى الدار و خدمه العبد، و الوجه فى الثانى ظاهر، و هو أنه ليس هنا شىء موجود يمكن استيفاء الدين منه الذى هو الغرض من الرهن، لأن هذه المنافع تستوى شيئاً فشيئاً، و كل ما حصل منها شىء عدم ما قبله، و المطلوب من الرهن أنه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن.

و بالجملة فإن المنافع لا يصح إقباضها إلا بإتلافها، و مع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق، كما صرحوا به، و أما الوجه فى الأول فهو مبنى على أمرين أحدهما -عدم صحه بيع ما فى الذمه، و ثانيهما -اشتراط القبض فى الرهن، و الدين لا يمكن قبضه، لأنه أمر كللى لا وجود له فى الخارج.

و فى كل من الأمرين نظر، أما عدم صحه بيع ما فى الذمه فهو على إطلاقه ممنوع، و انما ذلك فى صورته خاصه كما تقدم تحقيقه، و أما اشتراط القبض فقد تقدم ما فيه من البحث، و أنه لم يقد دليل واضح عليه، و مع تسليمه فإنه يجتزى بقبض ما يعينه المديون، و يحصل الشرط المذكور، و الأصل و العمومات يقتضى الجواز.

و الى ما ذكرنا يميل كلام جملة من محققى متأخرى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراسانى، و قد صرح العلامة فى التذكرة ببناء المنع على اشتراط القبض، فقال: لا يصح رهن الدين ان شرطنا فى الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه لعدم تعيينه حاله الرهن.

لكنه فى القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، و عدم جواز رهن الدين، فتعجب منه الشهيد فى الدروس.

و اعتذر له المحقق الشيخ على فى شرحه بأن عدم اشتراط القبض لا ينافى

اشترط كون الرهن مما يقبض مثله، نظرا الى أن مقصوده لا يحصل الا بكونه مما يقبض، كما أرشدت اليه الآيه الكريمه، فأحدهما غير الآخر.

و اعترضه فى المسالك بأن فيه مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامه ببناء الحكم على القبض، مع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلا، إذ لا دليل عليه، والآيه قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض بل الإرشاد اليه.

و المعتذر (رحمه الله) قد بالغ فى تحقيق دلالتها على ذلك، و منع دلالتها على اعتبار القبض، و لو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له فى فرد من أفراد ماله، فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه. انتهى.

أقول: و قد تلخص من ذلك أنه لا مانع من رهن الدين حتى و لو قلنا باشتراط القبض كهبه ما فى الذمم و يجتزى بقبض ما يعينه هنا.

و المراد باشتراط كون الرهن مملوكا ما هو أعم من ملك الأصل أو المنفعه، كما لو أذن له المالك فى رهن ماله، فلا يصح رهن ما لا يملكه و لا يؤذن فيه، و على هذا فالمملوكيه بمعنيها من شروط الصحه، كما فى الشروط الآتية، الا أنه قد صرح بعضهم بجواز رهن غير المملوك و لا- المأذون و صحته، و يكون موقوفا على اجازة المالك، كالبيع الفضولى و على هذا يكون هذا الشرط من شروط اللزوم، و مقتضى ما قدمناه من البحث عن عدم صحه بيع الفضولى عدم جواز رهن ما كان كذلك، لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه، و هو قبيح عقلا و نقلا.

الثانيه [الخلاف فى رهن المدبر]

اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى رهن المدبر، فالأكثر على أنه يوجب ابطال تدبيره، بمعنى أنه يصح الرهن و لكن يبطل التدبير، و قيل بصحتها فان رهنه لا يوجب إبطال تدبيره، و نقل ذلك عن الشيخ.

و علل الأول بأن التدبير من الصيغ الجائزه التى يصح الرجوع فيها كالوصيه، فإذا تعقبه الرهن أبطله، كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع و الهبه، لكون ذلك رجوعا عنه، لان الغرض من العقود المملكه ملك من انتقل اليه، و لا يتم الا بالرجوع،

و الغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته، فهو مناف لتدبيره.

و علل الثانى بأن الرهن لا- يستلزم نقل المرهون عن ملك الراهن، و يجوز فكّه، فلا- يثبت التنافى بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، بل التصرف فيه.

و نقل عن الشيخ (رحمه الله عليه) الاحتجاج عليه بعدم الدليل على بطلان كل واحد منهما، و على هذا فيكون التدبير مراعى بفكّه، فان فكّه استقر و ثبت، و الا أخذ في الدين، فيبطل التدبير (1) و نقل عن الشهيد فى الدروس أنه استحسّن هذا القول، و المسألة لا يخلو من شوب الاشكال، لعدم النص الواضح فى هذا المجال، و ان كان القول الثانى لا يخلو من قرب، لما ذكر فى بيان وجهه.

قال فى الكفايه: و فى جواز رهن المدبر خلاف، فقليل يصح و أن رهن رقبته إبطال لتدبيره، و قيل: لا يصح، و قيل: ان التدبير يراعى بفكّه، فيستقر أو يأخذه فى الدين فيبطل.

أقول: ما نقله هنا من القول بعدم صحه الرهن لم أقف على من نقله سواه، و المنقول فى المسألة هو ما قدمنا ذكره من القولين، و هو الذى صرح به شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و الروضه، و تعبيره عن القول الثانى الذى قدمناه بما ذكره- من أن التدبير يراعى الى آخره- غير جيد، فان القول المنقول عن الشيخ انما هو صحه الرهن و التدبير كما قدمنا ذكره، الا أن اللازم منه أن صحه التدبير هنا ليست صحه مستقره، بل هى مراعاة بفكّه، و تعبيره عن القول بلازمه ليس بجيد

ص: ٢٤٨

١- ١) أقول: و الى ذلك أيضا يميل كلام العلامة المحقق الأردبيلي (عطر الله مرقده) حيث قال ما ملخصه: إذ الظاهر صحه الرهن مع عدم بطلان التدبير لعموم أدله الرهن و جواز التصرف فى المدبر، و لكن لما لم يكن بينه و بين الرهن منافاه فالظاهر بقاؤه موقوفاً فان بيع فى الرهن بطل تدبيره، و ان لم يبع بقى مدبراً، و يؤيده أنه لو كان بينهما منافاه لزم عدم صحه الرهن بوجود التدبير قبله انتهى منه رحمه الله.

ثم انهم اختلفوا فى صحه رهن خدمه المدبر، مع أن ظاهرهم الاتفاق- كما تقدم فى المسأله المتقدمه- على عدم صحه رهن المنافع، فقليل: بالصحه هنا، للروايه الوارده بجواز بيع خدمته، وقد تقرر عندهم أن ما جاز بيعه جاز رهنه، و الروايه المذكوره لم أقف عليها بعد التبع، و الموجود فى كلام جمله منهم انما هو بهذا العنوان من غير نقل مضمونها.

و منه يظهر قوه القول بالعدم، لما عرفت فيما تقدم فى تعليل عدم صحه بيع المنفعه، مع عدم وجود ما يعارضه، و يوجب الخروج عنه، و الروايه المذكوره غير معلومه، و لعلها من روايات العامه.

الثالثه [حكم رهن الخمر]

-قالوا: لا يجوز رهن المسلم الخمر و لو كان عند ذمى، و كذا لو رهنها الذمى عند مسلم لم يصح و ان وضعها على يد ذمى.

و للشيخ فى الخلاف هنا قول بأنه يجوز للذمى أن يرهن عند المسلم خمرا إذا وضعها عند ذمى، لأن الحق فى وفاء الدين للذمى، فيصح الرهن، كما لو باعها و وفاه ثمنها، لأن الرهن لا يملك للمرتهن، و انما يصير محبوسا عن تصرف الراهن.

و رده الأكثر بأن يد الذمى الودعى كيد المسلم، و له تسلط على الرهن بالبيع و الاستيفاء، و هو هنا ممتنع.

و منعوا أيضا من رهن الأرض الخراجيه الا- أن تكون بعنوان التبع لآثار التصرف من بناء و شجر و نحوهما، و قد تقدم تحقيق القول فى هذه المسأله بالنسبه إلى البيع.

و منعوا أيضا من رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير فى الهواء، و السمك فى الماء الا أن يكون الطير مما يعتاد عوده، و السمك فى ماء محصور، فيصح.

و اختلفوا فيما لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا، فقليل بعدم الجواز، لأن ارتهانه لهما يقتضى الاستيلاء عليهما من بعض الوجوه ببيع و نحوه، و ان كان فى

يد غيره، و هو سبيل عليهما منفي بالآيه، و يؤيده القول بعدم جواز بيعهما على الكافر.

و قيل بالجواز إذا وضعاً على يد مسلم، لمنع تحقق السبيل بذلك، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته الا ببيع المالك، أو من يأمره بذلك، و مع التعذر رفع أمره الى الحاكم لبيع و يوفيه، و مثل هذا لا يعد سبيلاً.

أقول: قد قدمنا في المسأله السادسه من المقام الثاني من الفصل الأول في البيع و أركانه من كتاب البيع ما في الاستناد الى هذه الآيه في مثل هذا الموضوع و نحوه، من النظر الذي شرحناه ثمه، و أن المراد بالسبيل المنفي في الآيه انما هو من جهة الحجه و الدليل، كما ورد به الخبر في تفسير الآيه المذكوره، و حينئذ فتبقى المسأله خاليه من الدليل نفياً و إثباتاً كسائر فروعهم التي من هذا القبيل.

و أما ما ذكره القائل بالجواز إذا وضع على يد مسلم و أنه بذلك يتحقق منع السبيل، ففيه ما تقدم من إيرادهم على الشيخ في جواز رهن الخمر عند المسلم إذا وضع على يد ذمي، حيث أوردوا عليه بأن يد الذمي الودعي كيد المسلم، و له تسلط على الرهن بالبيع، فإنه بعينه جار فيما ذكره هنا، لأن يد المسلم هنا يقام مقام الكافر، و نيابته عنه كيد الكافر، و ما أطالوا به من التعليل لا يشفي العليل، و لا يبرد الغليل.

و بالجملة فإن الحكم في أمثال هذه الفروع مع خلوها عن النصوص اعتماداً على هذه التعليقات لا يخلو من جازفه، و لهم في هذا المقام جمله من الفروع التي من هذا القبيل، طويتنا عن نقلها لما ذكرنا و الله العالم.

الفصل الثالث في الحق و الرهن و المرتهن

اشاره

فهنا مقامان

المقام الأول - في الحق الذي يؤخذ عليه الرهن

اشاره

و المشهور أنه الدين الثابت في الذمه، و ظاهر اشتراط كونه ديناً عدم جواز الرهن على العين، سواء كانت أمانه في يده كالوديعة، و العاريه الغير المضمونه و المستأجره، أو مضمونه عليه كالمغصوبه، و العاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم، و عدم جواز

ص: ٢٥٠

الرهن فى الأول موضع وفاق، كما ذكره غير واحد منهم، و ان احتمال طرو الضمان بالتعدى فى الوديعه و نحوها مما ذكر.

و أما فى الثانى فهو أحد القولين، حيث أطلقوا المنع عن أخذ الرهن فى الأعيان، نظرا الى أن مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن، و فى الأعيان يمتنع ذلك، لامتناع استيفاء العين الموجوده من شىء آخر.

و قيل: بجواز الرهن عليها، و به صرح العلامة فى التذكرة، فقال: فالأقوى جواز الرهن عليها، أى على الأعيان المضمونه (١) و أجابوا عما علل به وجه المنع، بأن الأمر لا ينحصر فى الاستيفاء عند وجود العين، بل يمكن التوثق بالرهن، لأجل أخذ عوضها عند تلفها، قالوا: و لا يرد مثله فى الأعيان التى ليست مضمونه، حيث يحتمل تجدد سبب الضمان، لعدم كونها وقت الرهن مضمونه، فان الرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان اما بدين أو ما فى حكمه، كالعين المضمونه، بخلاف ما يمكن تجدد سبب ضمانه، كما سيتجدد من الدين، و إطلاق الأدله الداله على جواز الرهن على الحقوق يتناول محل النزاع، و المراد بالثابت على الذمه فى العبارة المتقدمه ما كان مستحقا فيها، أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كسائر الديون أو غير مستقر كالثمن فى زمن الخيار، و ظاهر الأكثر أنه لا بد من ثبوته و استقراره فى الذمه قبل الرهن.

قال فى التذكرة: يصح عقد الرهن بعد ثبوت الحق و تقرر فى الذمه، و فى جوازه مع المقارنه وجه، مال إليه فى التذكرة حيث قال -بعد الكلام المتقدم نقله عنه-: أما لو قارنه و امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين مثل أن يقول: بعثك هذا العبد بألف، و ارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشترت و رهننت، أو قال:

أقرضتك هذه الدراهم و ارتهنت بها دارك فالأقرب الجواز انتهى.

ص: ٢٥١

١- ١) قال فى المسالك: حيث جوز الرهن على الأعيان المضمونه فمعناه الاستيفاء منه إذا تلف أو نقصت أو تعذر الرد، و الا فلا انتهى -منه رحمه الله.

وأيده المحقق الأردبيلي (قدس سره) بعموم الأدله و عدم ظهور مانع الا- اشتراطهم ذلك، و هو غير ثابت بالدليل في محل النزاع، قال: و لذا نجد تجويزهم في الدرك على الثمن في المبيع و غير ذلك فتأمل انتهى.

أقول: و المسأله لخلوها من النص الصريح لا يخلو من الاشكال، و ان كان ما ذكره المحقق المشار اليه لا يخلو من قرب.

ثم انهم قد صرحوا بأنه لا يجوز الرهن على الحق الذي لا يمكن استيفاؤه من من الرهن كالحق المتعلق بعين مخصوصه، كما لو أجره نفسه شهرا أو دابته المعينه، أو داره و نحو ذلك، فان تلك المنفعه لا يمكن استيفاؤها الا من تلك العين المخصوصه، حتى لو تعذر الاستيفاء منها لموت أو خراب أو نحوهما بطلت الإجاره، بخلاف الإجاره المطلقه المتعلقه بالذمه، كما لو استأجره على تحصيل عمل كخياطه ثوب أو كتابه كتاب أو نحو ذلك بنفسه أو غيره، فان الواجب عليه تحصيل تلك المنفعه بأي وجه اتفق، و من أي عين كانت، فيصح الرهن عليها، لكونها حقا ثابتا في الذمه يمكن استيفاؤه من الرهن.

فروع:

الأول- هل يلحق بالأعيان المضمونه [أخذ الرهن على المبيع و ثمنه؟]

على تقدير القول بجواز أخذ الرهن عليها أخذ الرهن على المبيع و ثمنه؟ لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما أو نقصان قدرهما كيلا أو وزنا، و نحو ذلك مما يوجب الضرر على أحد المتبايعين، قولان:

اختار أولهما الشهيد (رحمه الله عليه) و جماعه، لتحقق الفائده، و هي التوثق و الإرفاق، و قيل: بالعدم، لعدم تحقق المقتضى الآن.

و أما ما يتجدد فلو جاز بالنسبه إليه لجاز أيضا في الأمانات باعتبار ما يتجدد من موجبات الضمان، مع أن ظاهرهم الإجماع على عدم جواز الرهن عليها.

و أوجب بالفرق بين ما نحن فيه و بين الأمانات، بأن ما يتجدد من الأسباب للموجه للضمان فيما نحن فيه كاشف عن حصوله من حين العقد، كما هو واضح في نقصان المبيع

أو الثمن، أو ظهور استحقاقهما، فيكون عقد الرهن مضمونا في نفس الأمر على تقدير الحاجة إليه، بخلاف الأمانات، فإن سبب الضمان متجدد ظاهرا و في نفس الأمر، فلا- يتحقق المقتضى حين العقد، و هو جيد، إلا ان المسألة لخلوها من النصوص محل التوقف.

الثاني [بطلان الرهن على مال الجعالة] :

المشهور أنه لا يصح الرهن على مال الجعالة لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل و ان شرع فيه، و قيل بجوازه بعد الشروع و ان لم يتم، لانتفاء الأمر فيه الى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار و نقل عن العلامة في التذكرة.

و رد بعدم استحقاقه الآن شيئا و ان عمل أكثره، و الفرق بينه و بين المبيع في زمن الخيار ظاهر، لان المبيع متى أبقى على حاله انقضت مدة الخيار، و ثبت له اللزوم، و الأصل فيه عدم الفسخ، بخلاف الجعالة، فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء، و الأصل عدم الإكمال.

الثالث [جواز الرهن على مال الكتابه] :

المشهور جواز الرهن على مال الكتابه مطلقا، لانه لازم للمكاتب بكلا معنييه، و نقل عن الشيخ -رحمه الله عليه- و جماعه التفصيل في ذلك، بأنها ان كانت مطلقه فهي لازمه إجماعا فيجوز الرهن على مالها بغير خلاف، و ان كانت مشروطه فهي جائزه من قبل العبد، فيجوز له تعجيل نفسه فلا يصح الرهن على مالها، لانتفاء فائده الرهن، و هي التوثق، إذ للعبد إسقاط المال متى شاء. و لانه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن، لأنه ان عجز صار الرهن للسيد، لانه من جمله مال المكاتب.

أقول: و منشأ الخلاف من أن مال المكاتبه المشروطه هل هو لازم مطلقا كما هو المشهور، أو أنه جائز من قبل العبد، كما يدعيه الشيخ و من تبعه.

و قد احتج الأصحاب على لزومه مطلقا بالأدله العامه، مثل قوله عز و جل (1) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه و متى كان لازما تحققت الفائده، و صح الرهن عليه، قالوا: -و مع تسليم ما ادعاه الشيخ من جوازها- لا يمتنع الرهن، كالثمن في مدة الخيار

ص: ٢٥٣

فإنه يجوز الرهن عليه مع كونه في معرض السقوط بانقضاء الخيار و لزوم البيع.

و نقل عن شيخنا الشهيد الثاني في الروضه قولاً- ثالثاً، و هو ان المشروطه جائزه من الطرفين، و المطلقه لازمه من طرف السيد خاصه، قال: و يتوجه عدم صحه الرهن ايضاً كالسابق، و نقل هذا القول في باب المكاتبه من الكتاب المذكور عن ابن حمزه، ثم قال: و هو غريب.

أقول: لعل وجه غرابته من حيث الإجماع المدعى عندهم على لزوم المطلقه، و انما الخلاف في المشروطه.

الرابع [لو رهن على مال رهنا ثم استدان مالا آخر و جعله عليهما]

-قالوا: لو رهن على مال رهنا ثم استدان مالا آخر و جعل ذلك الرهن عليهما معاً جاز، لعدم المانع منه مع وجود المقتضى، فإن التوثيق بشيء آخر لا ينافي التوثيق لآخر به، خصوصاً مع زياده قيمته على الأول، و لا يشترط فسخ الرهن الأول ثم تجديده لهما، بل يضم الثاني بعقد جديد، و يجوز العكس أيضاً، بأن يرهن على المال رهنا آخر فصاعداً، و ان كانت قيمه الأول تفي بالدين الأول، لجواز عروض ما يمنع من استيفائه منه، و لزياده الارتفاق، و أنت خبير بأنه ان كان الدين الآخر الذي يريد جعل الرهن الأول عليه لصاحب الدين الأول فيمكن ما ذكره، و ان كان لغيره فان وقع باذنه و رضاه فكذلك، و الا فإشكال.

قال في التذكرة- في مقام الرد على أبي حنيفة حيث نقل عنه أنه لا يجوز الرهن عند غير المرهون و ان وفي بالدينين جميعاً بعد كلام في المقام ما صورته:

فإنه لا استبعاد في صحه الرهن عند غير المرتهن، و يكون موقوفاً على اجازة المرتهن و ان أجاز المرتهن الأول صح الثاني و هو مؤذن بتوقف صحه ذلك على اذن المرتهن الأول و سيأتي-إنشاء الله تعالى-تحقيق المسأله في محلها.

المقام الثاني في الراهن و المرتهن

إشاره

و يشترط فيهما كمال العقد، و جواز التصرف برفع الحجر عنهما في التصرف المالي و الاختيار، فلو أكرها أو أحدهما لم ينعقد، و المراد أنه لم ينعقد انعقاداً تاماً

على حسب ما يقع من المختار، لانه لو أجازته بعد ذلك مختاراً صحح، فهو كعقد الفضولي، لا أنه يقع باطلا كعقد الغير الكامل العقل، إلا أن يبلغ الإكراه إلى كونه رافعا للقصد، فإنه يصير كعقد غير الكامل.

و الكلام فى هذا المقام يقع فى مواضع

[الموضع] الأول - يجوز لولى الطفل رهن ماله

إذا ألجأته الحاجه الى الاستدانه له، مع مراعاة المصلحه فى ذلك، و لو كانت المصلحه فى بيع شىء من ماله دون الاستدانه فهو أولى ان أمكن البيع، و حيث يجوز الرهن يجب كونه فى يد أمين يكون وديعه عنده.

و فى المسالك ان هذا الحكم لا -خلاف فيه عندنا، و انما خالف فيه بعض الشافعيه، فممنع من رهن ماله مطلقاً، و لولى اليتيم أخذ الرهن له و جوباً كما هو ظاهر كلام الأصحاب فيما لو أدان ماله أو باعه نسيئته.

قالوا: و يعتبر كون الرهن مساوياً للحق، أو زائداً عليه، ليتمكن استيفاؤه منه، و كونه بيد الولي أو بيد عدل لیتيم التوثق و الاشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجه إليه عادة، فلو أخل ببعض هذه الشروط ضمن مع الإمكان، و هو جيد لما فيه من الاحتياط لمال اليتيم المبني جواز التصرف فيه على المصلحه و الغبطه، فضلاً عن عدم دخول نقص عليه.

[الموضع] الثانى [عدم جواز إقراض مال اليتيم]

قالوا: لا -يجوز إقراض مال اليتيم: لعدم ظهور الغبطه و المصلحه الا - أن يخشى عليه من التلف بحرق أو غرق أو نحوهما، فإذا أقرضه فليكن من ثقه ملى، و يأخذ رهناً عليه، و يشهد كما تقدم، هذا إذا أقرضه غيره.

و اما اقتراضه لنفسه، فيحتمل كونه كذلك، لانه تصرف فى مال اليتيم و هو منوط بالمصلحه، و يحتمل جواز الاقتراض و ان لم يظهر وجه للغبطه و المصلحه من غير رهن متى كان ثقه ملياً، و يدل على هذا الوجه الأخير جملة من الاخبار الداله على جواز الاستدانه فى الصوره المذكور.

منها ما رواه

فى الكافى بسندين أحدهما صحيح عن منصور بن حازم (1)

ص: ٢٥٥

«عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولي مال اليتيم أ يستقرض منه؟ قال: علي بن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره» - و زاد في الروايه الصحيحه «و لا بأس بذلك».

و قد تقدم الكلام في هذه المسأله في بعض المسائل المقدمه الرابعه من كتاب التجاره، و ظاهر الخبر المذكور جواز الاستقراض من غير رهن، و لا ظهور وجه للغبطه و المصلحه كما ادعوه.

قال في المسالك: و يحتمل جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل، و ان لم يكن له مصلحه، لإطلاق

روايه أبي الربيع (1) عن الصادق عليه السلام

«انه سئل عن رجل ولي لليتيم فاستقرض منه؟ فقال: ان علي بن الحسين عليه السلام». ثم ساق الروايه كما قدمنا، ثم قال: و الروايه مع تسليم سندها مطلقه، يمكن تقييدها بالمصلحه، ثم نقل عن التذكرة أنه شرط في جواز اقتراضه الولايه و الملائه و مصلحه الطفل، و احتج عليه بالروايه المذكوره أقول: ما ذكره من السند المشتمل على ابي الربيع المذكور في التهذيب، و الذي في الكافي انما هو عن منصور بن حازم بسندين، أحدهما صحيح، فلا مجال حينئذ للطعن بالسند، و أما تقييدها بالمصلحه فالظاهر بعده، و يعضد هذه الروايه أيضا

روايه أحمد بن محمد بن أبي نصر (2) قال:

« سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوي أن يرده؟ فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا - القصد، و لا - يسرف و ان كان من نيته أن لا - يرده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا .

و هذه الروايه أظهر في عدم المصلحه لأن ظاهرها أن المسوغ للاقتراض هو مجرد

ص: ٢٥٦

١- (١) الكافي ج ٥ ص ١٣٢ التهذيب ج ٦ ص ٣٤١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٨ التهذيب ج ٦ ص ٣٣٩.

الاحتياج و ان لم يكن ثمة مصلحة، نعم يجب تقييده بعدم الضرر كما يشير اليه قوله و ان كان من نيته أن لا يرده إلى آخره.

و من العجب استدلاله في التذكرة على اعتبار المصلحة بالرواية الاولى، مع أنها مطلقه، ثم ظاهر جملة منهم العلامة في التذكرة أنه يشترط في إقراضه غيره الوثاقه و الملائه و الرهن جميعا مع الإمكان، و أسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.

و ظاهر بعضهم أنه مع إمكان الرهن لا يعتبر كونه ثقه و لا مليا، لانضباط الدين بالرهن، و الظاهر أنه الأقرب، و ان كان الأحوط، و ظاهرهم انه مع تعذر الرهن و الوثاقه لا يجوز الإقراض، و استشكله بعضهم حيث يؤدي تركه الى تلف المال، كالحنطة تتلف بالسوس و نحوها، فإنه لا يزيد على أكل المقترض له، قال: بل الظاهر أن المقبوض كذلك أولى، لإمكان حصوله منه بخلاف ما لو ترك، و على تقدير تحقق عدم الوفاء و تحقق التلف بدون الإقراض، يمكن أولويه الإقراض لثبوتها في ذمته، فيحتمل تخلصه أو وارثه منه، أو أخذه في الآخرة، بخلاف التلف من الله الا أن يقال: بثبوت العوض عليه تعالى، فيحتمل ترجحه لأنه أكثر.

الموضع الثالث [مجرد إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلا في بيع الرهن لو تعذر الأداء]:

لا يخفى أن مجرد إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلا في بيع الرهن لو تعذر الأداء. نعم يجوز له ان يشترط كونه وكيلا في البيع عند الحلول و تعذر الوفاء، لانه من الشروط السائغة، و كذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده أو وصيه بعد موته، و كذا يجوز اشتراطها لأجنبي غيره، و غير وارثه و وصيه و دليل لزوم الشرط المذكور ما تقدم من أدله وجوب الوفاء بالشروط الواقعة في العقود اللازمه، و لما كان الرهن لازما من جهة الراهن فقط، كانت الوكالة لازمه من جهته، و أما من جانب المرتهن فلا: و له عزل نفسه و كذا الغير فإنه لمصلحته، و هل للراهن فسخها بعد ذلك؟ قولان، أظهرهما العدم، لما عرفت من أن عقد الرهن لازم من جهته، فيلزم ما شرط فيه كذلك.

احتج القائلون بالجواز بوجوه: أحدها- أن الوكالة من العقود الجائزه و من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ، و ثانيها- أن الشروط لا يجب الوفاء بها

و ان كانت فى عقد لازم، بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه، و ثالثها-أن لزوم الشرط انما يكون مع ذكره فى عقد لازم كالبيع و نحوه، و الرهن ليس كذلك، فان ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجح.

و الجواب عن الأول أن الوكاله و ان كانت فى نفسها و من حيث هى كذلك، الا أنه لا ينافى حصول اللزوم لها بعارض، كجعلها شرطاً فى عقد لازم و هو هنا كذلك.

و عن الثانى-بمنع ما ذكره، و قد تقدم تحقيق المسأله فى المسأله الثانیه من المقام الثانى فى أحكام الخيار من كتاب البيع، و أن الأظهر هو وجوب الوفاء بالشرط الواقع فى العقد اللازم.

و عن الثالث-بما قدمنا من أن عقد الرهن لما كان لازماً من طرف الراهن كان ما يلتزمه الراهن لازماً من قبله، عملاً بمقتضى اللزوم، و الشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم، و لما كان من طرف المرتهن جائزاً كان ما يلتزمه كذلك، فيجوز له فسخ الوكاله، لأنها حقه، فيجوز له تركه.

و تبطل الوكاله بموت المشروط له، لا من حيث كونها من العقود الجائزه و من شأنها أن تبطل بالموت، بل من حيث أن الغرض من الوكاله الاذن فى التصرف، فيقتصر فيها على من أذن له، فإذا مات بطلت من هذه الجبهه. كما تبطل العقود اللازمه الجاريه على نحو ذلك، كالأجاره المشروطه فيها العمل بنفسه، فإنها بموته تبطل و أما أصل عقد الرهن فلا يبطل بموت أحدهما، لأنه وثيقه على الدين، فيبقى بقاءه فعلى هذا لو كانت الوكاله للمرتهن فإنه بموته ينتقل الرهانه إلى وارثه، دون الوكاله، الا- أن يكون مشترطه للوارث.

و لو كان المرتهن وكيلاً فى بيع الرهن، فهل يجوز له ابتياعه و تولى طرفى العقد أم لا؟ قولان: و علة الأول-بأن الغرض و هو البيع بثمان المثل حاصل، و خصوصيه المشتري ملغاه، حيث لم يتعرض لها.

و علة الثانى-بأن ظاهر الوكاله لا يتناوله، قال فى المسالك بعد نقل ذلك: و

الأقوى الجواز فى كل وكاله انتهى.

و المشهور جواز البيع على ولده بطريق أولى. و نقل عن ابن الجنييد المنع من البيع على نفسه و ولده و شريكه و من يجرى مجريهما للثمه.

أقول: و مرجع المسأله الاولى الى جواز بيع الوكيل من نفسه و عدمه، و قد تقدم الكلام فى هذه المسأله فى المقدمه الثانيه فى آداب التجاره من كتاب التجاره، و كذا فى بعض مواضع المسأله الرابعه من المقام الثانى من الفصل الأول فى البيع من الكتاب المذكور، و أما ما نقل عن ابن الجنييد من التعميم المذكور فلم نقف له على مستند معتمد.

الموضع الرابع [حكم الراهن إذا مات و عليه ديون]:

المشهور ان الراهن إذا مات و عليه ديون يقصر ماله عنها، فالمرتهن أحق باستيفاء دينه من الرهن، دون غرماء الميت، و علل بأن ذلك مقتضى الرهانه، و أنه استحق الاستيفاء من المرتهن قبل تعلق سائر الديون بالأموال و التركة، فلا يشاركه أحد، و هو جيد الا أن ما وصل إلينا من الاخبار المتعلقة بذلك على خلافه.

و منها ما رواه

الشيخ عن عبد الله بن الحكم (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس و عليه دين لقوم، و عند بعضهم رهون، و ليس عند بعضهم فمات، و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، قال: يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص». و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن حسان عن أبي عمران الأرمنى عن عبد الله بن الحكم مثله.

و ما رواه

الشيخ و الصدوق جميعا عن محمد بن عيسى بن عبيد عن سليمان بن حفص المروزى (٢) قال:

«كتبت الى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات و عليه دين، و لم يخلف شيئا إلا رهنا فى يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن، أ يأخذه بماله أو هو و سائر الديان فيه شركاء؟ فكتب عليه السلام جميع الديان فى ذلك سواء،

ص: ٢٥٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٨ الفقيه ج ٣ ص ١٩٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧٨ الفقيه ج ٣ ص ١٩٨.

يوزعونه منهم بالحصص» الحديث. و لم أر من تعرض للجواب عن الخبرين المذكورين من القائلين بالقول المشهور.

و المشهور وجوب تقديم صاحب الرهن أيضا فيما لو كان الراهن حيا، بل صرح بعض محققي متأخري المتأخرين بأن ذلك إجماع، قال: و مستنده كون ذلك من خصائص الرهن، فان الدين المتعلق بالرهن لا محاله له تعلق بالاستيفاء، و ان ذلك من فوائده التي شرع لها.

أقول: و لم أقف هنا على نص ينافي ذلك، فلا بأس بالقول به، و انما الإشكال في الميت، فان ظاهرهم القول بالاختصاص، بل لم أقف على مخالف صريح في الحكم المذكور، و صريح الخبرين المذكورين التشريكي، و اطراحهما - و الخروج عنهما بغير معارض - مشكل، فالظاهر هو القول بما دلا عليه من التشريكي، و يكون الحكم هنا مستثنى من قاعده الرهن التي أشاروا إليها و تمسكوا بها.

و نقل عن بعض الفضلاء المعاصرين (1) (قدس الله روحه) القول بذلك، بعد أن اختاره عن ظاهر الصدوق في الفقيه، و لعله لذكره خبر المروزي في الكتاب المذكور، بناء على ما ذكره في صدر كتابه، و نقله عن المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر، و عن جده العلامة المحدث السيد نعمه الله الجزائري طاب ثراهما، ثم قال: و هو لازم على جميع أهل الاخبار، لصراحتهما في المطلوب، و سلامتهما من المعارض.

ثم نقل عن الفاضل المشهور بخليفه سلطان - في حواشيه على كتاب الفقيه - تأويل الخبرين بأن المراد ما رهنه بعد الحكم بإفلاسه، ثم رده بأنه مع يعده غير محتاج اليه لتوقفه على وجود المعارض، ثم قال: و ما استندوا إليه في التسويه بين الحي و الميت - من سبق تعلق حق المرتهن بالرهن - يمكن منعه، بما أورده ابن فهد في المهذب

ص: ٢٦٠

١ - ١) هو الفاضل الآقا السيد عبد الله بن المقدس السيد نور الدين بن العلامة السيد نعمه الله الجزائري (نور الله تعالى مراقدهم) في بعض أجوبه مسائل له - منه رحمه الله.

من أن الحى له ذمه يتعلق بها ديون الباقيين، و يمكن وفاءهم مع حياته، و بعد الموت يتعلق حقوق الديان بأعيان التركة، فيتساوى الجميع فى ذلك، نظير ما قالوه فى غريم الميت الذى يجد عين ماله، أنه ليس له أخذها، لأن دينه و دين غيره متعلق بدمه الميت، و هم مشتركون فيه، و ان كان فى ذلك كلام بيناه فى محله انتهى كلامه (قدس سره) و هو جيد.

الموضع الخامس [عدم جواز تصرف المرتهن فى الرهن إلا مع الإذن]

- المشهور أنه ليس للمرتهن التصرف فى الرهن مطلقا إلا بإذن الراهن، فان تصرف لزمته الأجره فى ماله أجره، كركوب الدابه و سكنى الدار، لأنه انتفاع بمال الغير بغير اذنه، فيضمن أجرته المثليه فى المثل، أو القيمة فيما يضمن كذلك، كاللبن و نحوه، و لو أنفق على الدابه فإن كان بأمر المرتهن رجع بها عليه، و الا استأذنه، فإذا امتنع أو غاب رجع الى الحاكم الشرعى، و ان تعذر أنفق بنيه الرجوع. و أشهد على ذلك، ليثبت له به الحق.

و قال الشيخ فى النهايه: و إذا كان الرهن دابه فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه، و كذلك ان كانت شاه شرب لبنها كانت عليه نفقتها، و إذا كان عند الإنسان دابه أو حيوان رهنا فان نفقتها على الراهن دون المرتهن، فإن أنفق المرتهن عليها كان له ركوبها و الانتفاع بها، أو الرجوع على الراهن بما أنفق.

و قال ابن إدريس بعد كلام فى المقام: و الأولى عندى أنه لا يجوز له التصرف فى الرهن على حال، للإجماع على أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن.

و قال أبو الصلاح: يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيوانا، فيكفل مؤنته أن ينتفع بظهره أو خدمته أو صوفه أو لبنه و ان لم يتراضيا، و لا يحل شىء من ذلك من غير تكفل مؤنه و لا مرضاه، و الاولى ان تصرف قيمه منافعه فى مؤنته.

أقول: و الذى وقفت عليه فى هذا المقام من الاخبار ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن أبى ولاد (1) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابه و البعير

ص: ٢٤١

رهنها بماله أ له أن يركبه؟ قال: فقال: ان كان يعلفه فله أن يركبه، و ان كان الذى رهنه عنده يعلفه، فليس له أن يركبه». و رواه الصدوق فى الفقيه عن ابن محبوب عن أبى ولاد مثله، إلا أنه عبر بضمير التثنيه فى المواضع الخمسه، و رواه الشيخ فى الصحيح أيضا مثله.

و ما رواه

الشيخ عن السكونى (١)

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الظهر يركب إذا كان مرهونا، و على الذى يركبه نفقته، و الدر يشرب إذا كان مرهونا و على الذى يشرب نفقته». و رواه الصدوق عن إسماعيل بن مسلم عن جعفر بن محمد عليه السلام.

و الخبران كما ترى دالان بظاهرهما على ما ذكره الشيخ فى النهايه، و الأصحاب حملوهما على ما إذا أذن له الراهن فى الإنفاق مع تساوى الحقين.

و أنت خبير بما فيه من البعد عن سياق الخبرين، سيما الأول، لأن السائل سأله عن الرجل يأخذ الدابه أو البعير إله أن يركبه يعنى من غير اذن الراهن، و الا فمع الاذن لا معنى للسؤال بالكليه، فأجاب عليه السلام بأن له ذلك ان كان يعلفه، و اعتبار مساواه الحقين مع عدم انضباط الركوب- و احتمال القله و الكثره، و ان أمكن انضباط العلف- بعيد جدا، و تخصيص القواعد- التى ألجأتهم الى هذا التأويل- بهذين الخبرين سيما الأول لصحته و صراحته غير بعيد و يظهر من الفاضل الخراسانى فى الكفايه الميل الى ما ذهب اليه الشيخ، حيث قال بعد نقل الصحيحه المذكوره: و قول الشيخ قوى، و يؤيده روايه السكونى انتهى و هو جيد.

و لو كان للرهن غله و فوائد و تصرف فيها المرتهن و جب عليه أن يحتسبها من دينه، و بذلك تكاثرت الاخبار مضافا إلى اتفاق الأصحاب.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن ابن

ص: ٢٦٢

سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غله أن غلته تحتسب لصاحب الرهن مما عليه».

و عن محمد بن قيس (٢) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام

«أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: في الأرض البور يزرعها الرجل ليس فيها ثمره فزرعها و أنفق عليها من ماله: أنه تحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذى ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله، فليدفع الأرض إلى صاحبها».

و ما رواه

في الفقيه عن الحسن بن محبوب عن الكرخي (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل رهن بماله أرضا أو دارا لهما غله كثيره، فقال: على الذى ارتهن الأرض و الدار بماله أن يحسب لصاحب الأرض و الدار ما أخذ من الغله و يطرحه عنه من الدين الذى له».

و عن محمد بن قيس (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«ان رهن رجل أرضا فيها ثمره فإن ثمرتها من حساب ماله، و له حساب ما عمل فيها و أنفق منها، و إذ استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها».

و إطلاق هذه الاخبار شامل لما لو كان التصرف باذن الراهن أو بغير اذن، و لا فرق بينهما فى الحكم المذكور الا باعتبار الإثم و عدمه.

قال الصدوق فى كتاب المقنع: إذا كان الرهن دارا لها غله فالغله لصاحب الدار، فان سكنها المرتهن لم تكن عليه غلتها لصاحبها، الا أن يكون استأجرها منه، فان آجرها فعليه أن يحسب كراها من رأس ماله.

قال فى المختلف: و هذا الإطلاق ليس بجيد، بل ينبغى التقييد بالسكنى باذن الراهن، و الظاهر أن مراده ذلك.

أقول من العجب أن الصدوق لا يفتى فى هذا الكتاب الا بمتون الاخبار، مع ان

ص: ٢٦٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٩٦.

كلامه هنا مما يخالف ما نقلناه من الاخبار، مع عدم وجود خبر به فيما وصل إلينا من الاخبار والله العالم.

الموضع السادس [جواز بيع الرهن عند موت الراهن و خوف جحود الورثة للدين]

قد صرحوا بأنه إذا لم يكن المرتهن وكيلا في البيع اما لعدم الوكاله، أو لبطلانها بموت الراهن كما تقدم (1) فإنه يجوز له لو مات الراهن و خاف جحود الورثة للدين أن يبيع بنفسه، و يستوفى حقه، و يرجع الباقي ان كان على الورثة، و كذا يجوز له لو خاف جحود الرهن أيضا و لم يكن وكيلا، و ينبغي أن يعلم ان ذلك مع البيئه التي يمكن بها إثبات الحق عند الحاكم الشرعي، و الا و جب أن يثبت عنده الدين و الرهن، و يستأذنه في البيع، كذا قالوا:

و يدل على أصل الحكم المذكور ما رواه

الصدوق و الشيخ عن سليمان بن حفص المروزي (2)

«أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات و له ورثه، فجاء رجل و ادعى عليه مالا و أن عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال، و لا بينه له فليأخذ ماله عما في يده، و ليرد الباقي على الورثة، و متى أقر بما عنده أخذ به، و طوب بالبيئه على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم يقم البيئه و الورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقا».

و ظاهر الخبر أن أخذه مما في يده مشروطه بعدم البيئه، كما ذكره الأصحاب، و في معناه عدم إمكان الإثبات عند الحاكم لأمر آخر غير عدم البيئه، و يؤيده قبح التصرف في مال الغير إلا بإذنه، خرج صورته عدم إمكان الإثبات للضرورة و الإجماع، فبقى ما عداه، و ينبغي أن يراعى في الخوف الموجب للتصرف ما كان مستندا إلى القرائن المفيدة للظن الغالب بجحود الورثة أو الراهن، فلا يكفي مجرد توهم ذلك و الله العالم.

ص: ٢٦٤

١-١) في الموضع الثالث ان الوكاله من العقود الجائزه و من شأنها أن يبطل بالموت كما صرح به الأصحاب-منه رحمه الله.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧٨ الفقيه ج ٣ ص ١٩٨.

[الموضع] السابع [حرمه التصرف لكل من الراهن و المرتهن إلا بإذن الآخر]:

الظاهر أنه لا- خلافاً في تحريم التصرف لكل من الراهن و المرتهن في الرهن إلا- بإذن الآخر، أما المرتهن فظاهر، لأنه غير مالك، و مجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف.

و يدل عليه أيضاً جملة من الاخبار، منها ما رواه

الشيخ في التهذيب عن ابن بكير (١) في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن الرجل رهن رهناً ثم انطلق، فلا يقدر عليه أ يباع الرهن؟ قال: لا حتى يجيء صاحبه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة

«عطر الله مراقدهم، عن، عبيد بن زرارة (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل رهن رهناً الى وقت غير موقت، ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتى يجيء»». و فيهما دلالة لا سيما الثانية على جواز الرهن من غير تعيين وقت، و لا وكاله في البيع، و على المنع من البيع على تقدير التعذر.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب و الفقيه عن إسحاق بن عمار (٣) في الموثق بروايه الثالث قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرهن، فلا- يدرى لمن هو من الناس، فقال: لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه، قلت: لا يدرى لمن هو من الناس؟ فقال: فيه فضل أو نقصان؟ فقلت: فان كان فيه فضل أو نقصان فقال:

ان كان فيه نقصان فهو أهون يبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله، و ان كان فيه فضل فهو أشدهما عليه يبيعه و يمسك فضله حتى يجيء صاحبه» (٤). و في روايه الفقيه قد-

ص: ٢٦٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٩.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ التهذيب ج ٧ ص ١٦٩ الفقيه ج ٣ ص ١٩٧.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٣ التهذيب ج ٧ ص ١٦٨ الفقيه ج ٣ ص ١٩٧.

٤- (٤) أقول: احتمال بعض مشايخنا المحدثين من متأخر المتأخرين أن يكون قوله يبيعه و يمسك فضله بأن يكون المبيع مجموع الرهن، و على هذا المراد لفضله الباقي من الثمن زائداً على الدين، و أن يكون المبيع قدر حقه، و يكون المراد بالفضل باقى الرهن

و الأشديه على هذا الوجه لعلها باعتبار الضمان، أو باعتبار عدم تيسر مشتر لهذا الباقي، أقول: لا يخفى بعد الحمل الثاني و سياق الخير انما يقتضى معنى الأول كما يشير اليه كلامه عليه السلام فى صورته النقصان و مرجع الضمائر فى سياق الخير انما هو الى الرهن، و الحمل على قدر الحق تقتضى تفكيك الضمائر و هو معيب-منه رحمه الله.

سقط بعد الناس الاولى،الى الناس الثانيه،و حمل البيع هنا على كونه وكيلا أو بإذن الحاكم الشرعى.

قال فى المختلف:إذا حل الدين لم يجز بيعه الا- أن يكون وكيلا-أو يأذن له الحاكم،قاله ابن إدريس و هو جيد،و أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استيدان الراهن،و لا يبعد عندى العمل بظاهر الخبر فى الصوره المذكوره من بيع المرتهن من غير أحد الأمرين،بناء على ظاهر الاذن منه(عليه السلام)هنا،و لعل وجه الأشديه فى صوره الفضل من حيث أنه يلزمه حفظ الفضل الى أن يظهر صاحبه.

بقى الكلام فى أن هذا الخبر دل على جواز البيع مع التعذر،و ما قبله دل على المنع،كما قدمنا الإشاره اليه،و يمكن الجمع بالفرق بين الموقت و غيره، فيحمل الأول على غير الموقت،كما هو ظاهر الخبر المذكور،و الثانى على الموقت و المؤجل،فإنه متى حل الأجل جاز البيع على النحو المتقدم،و يحتمل حمل الخبر الأول على الكراهه المؤكده،كما يشير اليه قوله عليه السلام فى الخبر الثانى «لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه».

و أما الراهن فظاهر الأصحاب كما عرفت أنه كذلك،و هو بالنسبه الى ما يخرج عن كونه رهنا كبيع و عتق و نحوهما،أو يوجب نقصانه،كإجاره و نحوها مما لا اشكال فيه،و أما التصرف بما لا يوجب شيئا من ذلك،كترويج العبد و تقبيل الأمه و تعليمها الصنعه و نحو ذلك فلا دليل عليه،الا أن يدعى الإجماع فى المقام و مما يؤيد ما ذكرناه ما رواه،

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن

الحلبى (1) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن جاريه عند قوم أ يحل له أن يطأها؟ قال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت أ رأيت ان قدر عليها خاليا قال: نعم لا أرى هذا عليه حراما».

و عن محمد بن مسلم (2) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام

«فى رجل رهن جاريته قوما أ يحل له أن يطأها قال: فقال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: أ رأيت ان قدر عليها خاليا، قال نعم لا أرى به بأسا». و رواهما الشيخ (رحمه الله) أيضا و الصدوق روى الثانى بإسناده عن العلاء عن محمد بن مسلم مثله، الا أنه قال «ان قدر عليها خاليا و لم يعلم به الذين ارتهنوها».

و من العجب ما نقل عن بعضهم من عدم جواز الوطى و ان أذن المرتهن، و الاخبار الصحيحة كما ترى تنادى بالجواز مع عدم الأذن.

و قال فى الدروس و فى روايه الحلبى يجوز و طؤها سرا و هى متروكه، و نقل فى المبسوط الإجماع عليه، و أنت خير بما فيه، فان ترك الروايه سيما مع صحه سندها و تأيدها بالصحيحه الأخرى مع عدم المعارض لا يخلو من مجازفه.

و بالجملة فإنى لا أعرف لهم دليلا على ما يدعونه من العموم، الا دعوى الإجماع، كما سمعت من نقله عن المبسوط، و نحوه ما تقدم فى كلام ابن إدريس فى الموضوع الخامس، و فيه ما عرفت فى غير موضع.

قال فى المسالك: لما كان الرهن وثيقه لدين المرتهن لم يتم الوثيقه إلا- بالحجر على الراهن، و قطع سلطنته، فيتحرك إلى الأداء، فمن ثم منع الراهن من التصرف فى الرهن، سواء أزال الملك كالباع أم النفقه كالإجاره أم انتقض المرهون و قل الرغبه فيه، كالتزويج، أم زاحم المرتهن فى مقصوده كالرهن لغيره، أم أوجب انتفاعا و ان لم يضر بالرهن كالأستخدام و السكنى، و لا يمنع من تصرف يعود نفعه على الرهن

ص: ٢٦٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٣٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦٩.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٣٧ التهذيب ج ٧ ص ١٦٩ الفقيه ج ٣ ص ٢٠١.

كمدواوه المريض، و رعى الحيوان، و تأبير النخل، و ختن العبد، و خفض الجارية ان لم يؤد الى النقص انتهى.

و هو ظاهر فى تخصيص جواز تصرف الراهن بما يعود به النفع على الرهن، و أما ما عداه فهو محرم، و حينئذ فمحل البحث معهم فى ما عداه هذا الموضوع، و ما عداه ما أشرنا إليه آنفا مما يخرج عن كونه رهنا أو يوجب نقضا، فإنه لا بحث بينهم فيه.

و ظاهر كلامه هنا أن الموجب للتحريم فى محل البحث هو التحرك إلى أداء الدين، فإنه لو جاز له التصرف فيه، و الانتفاع به فى الوجوه المذكوره مما عداه ما استثنى لم يتحرك إلى الأداء.

و فيه مع الإغماض عما عرفت- فى غير مقام من عدم صلاحية أمثال هذه التعليقات لتأسيس الأحكام الشرعية- ان ذلك يمكن استدراكه ببيع الرهن بعد حلول الأجل، و استيفاء الدين كما هو قضيه الرهن انتفع به أو لم ينتفع به، و نحن انما وافقناهم فى صورته التصرف بما يزيل الملك أو يوجب النقصان لما فى الأول من فوات الرهن، و فى الثانى من دخول الضرر على المرتهن، و أما ما عداه ذلك فلا وجه للمنع منه مع عدم النص، و يخرج ما ذكرنا من الخبرين الصحيحين شاهدا.

و الى ما اخترناه يميل كلام المحقق الأردبيلي (قدس سره) فى شرح الإرشاد حيث قال- بعد البحث فى المقام و ذكر الخبرين المتقدمين- ما لفظه: و بالجملة المنع مطلقا غير ظاهر الوجه، كما هو ظاهر أكثر العبارات، خصوصا عن الوطى و مثله، أو أقل ضررا منه، أو ما لا ضرر على الرهن مثل الاستخدام، و لبس الثوب إذا لم ينقص و لا يضر، و سكنى الدار و ركوب الدابة و استكتاب المملوك الى آخر كلامه زيد فى إكرامه و هو جيد.

و نحوه أيضا الفاضل الخراسانى فى الكفاية و هو ظاهر الصدوق بناء على نقله صحيحه محمد بن مسلم و ما ذكره فى صدر كتابه و الله العالم.

[الموضع] الثامن [حكم ما لو وطئ الراهن الأمه المرهونه]:

إذا وطأ الراهن الأمه المرهونه بإذن المرتهن أو بدونه و أحبلها صارت أم ولد، لأنها لم تخرج من ملكه بالرهن، وإن منع من التصرف فيها كما هو المشهور بينهم، وعلى تقديره يأنم و يستحق التعزير مع عدم الاذن، وعلى ما قدمناه فى سابق هذا الموضوع من دلالة الخبرين الصحيحين على صحة الوطئ مع عدم الاذن فلا اثم، ولا تعزير.

ثم انه مع الاحبال و صيرورتها أم ولد فهل تباع فى دين المرتهن؟ كما هو قضيه الرهن أقوال: أحدها: جواز البيع مطلقا، عملا بما دل على بيع الرهن عند حلول الأجل و عدم أداء الراهن، و لأن حق المرتهن قد سبق الاستيلاء المانع، و هذا القول مختار الشهيدين.

و ثانيها: المنع مطلقا عملا بما دل على المنع من بيع أمهات الأولاد و هذا منها.

و ثالثها: التفصيل بإعسار الراهن فتباع، و يساره فلا- تباع، و يلزمه قيمه من غيرها يكون رهنا، و هذا القول نقل عن الشيخ فى الخلاف، و العلامه فى التذكرة.

و رابعها: التفصيل بجواز البيع مع وطئها بغير اذن المرتهن، و العدم مع وقوعه باذنه، و نقل عن الشهيد (رحمه الله) فى بعض حواشيه.

و مرجع الأقوال المذكوره إلى تعارض دليلى جواز بيع الرهن، و منع بيع أم الولد، فمن الأصحاب من جمع بينهما بالتفصيل المذكور فى القولين الأخيرين، و منهم من عمل بالترجيح، كما فى القولين الأولين، فبعض رجح أدله جواز بيع الرهن، و الآخر رجح أدله منع بيع أم الولد، و الحق فى المسأله أن ما ذكر من التفصيل فى كل من القولين الأخيرين لا دليل عليه الا مجرد أمور اعتباريه، و انما يبقى التعارض بين أدله جواز بيع الرهن و أدله منع بيع أم الولد.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى الاستناد فى ترجيحه أدله جواز بيع الرهن الى سبق سببه، قال فى المسالك: و أقوى ترجيح جانب الرهن بسبق سببه، فتجوز

البيع مطلقاً أقوى و فيه ما لا يخفى.

و بالجمله فإنه قد تعارض إطلاق أدله جواز بيع الرهن و إطلاق أدله المنع من بيع أم الولد، و تخصيص أحد الإطلاقين بالآخر يحتاج الى دليل، الا أنى لم أقف بعد التتبع للاخبار على ما يدل منها على ما ذكره، و ان اشتهر بينهم، بل ادعى الإجماع عليه من اختصاص الرهن بحق المرتهن، فيطلب من الرهن بيعه إذا لم يكن وكيلا- عنه فى البيع، أو الاذن فيه، فان فعل و الا رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى كما ذكره (رضوان الله عليهم).

بل ظاهر الاخبار المتقدمه فى الموضوع الرابع (1) من هذا المقام انما هو العدم، فيما إذا مات الراهن، و استغرقت ديونه التركة، حيث حكم عليه السلام فيها بالتشريك بين جميع هذه الغرماء، و ان كان الأصحاب لم يقولوا بمضمونها، لخروجها عن قاعدتهم المذكوره، و لم أقف فى الاخبار على ما ذكره إلا- فى صورته ما لو خاف المرتهن جحود الورثه، كما مر فى الموضوع السادس (2) فإن الروايه قد صرحت فى هذه الصوره بأنه يأخذ ماله مما فى يده، و اما ما عدا ذلك فلا، و حينئذ فيقوى بناء على ما ذكرناه القول بالمنع من البيع عملاً- بالأخبار الداله على عدم جواز بيع أم الولد من غير معارض فى هذا المقام سوى صورته خوف الجحود.

لكن ربما نافي ذلك ما ورد فى جملة من أخبار الرهن من قولهم عليهم السلام استوثق من مالك، إذ لا- معنى للاستيثاق الا باعتبار أخذ الدين من الرهن بعد تعذر الأداء من الراهن.

و من الاخبار الداله على ذلك

صحيحه عبد الله بن سنان (3) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم فى الحيوان و الطعام و يرتهن الرجل بماله رهناً؟ قال: نعم استوثق من مالك».

ص: ٢٧٠

١-١ (١) ص ٢٥٩.

٢-٢ (٢) ص ٢٦٤.

٣-٣ (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٥.

و فى موثقه سماعه (١)الوارده فى أخذ الرهن على مال المسلم ايضا

«قال عليه السلام: لا بأس أن تستوثق من مالك». و نحوهما غيرهما و لعل هذه الاخبار و نحوها هى مستند الأصحاب فيما ذكروه هنا، و ان كانت غير صريحه فيما ادعوه من القاعده المذكوره، فإن مجرد الاستيثاق لا يدل على جواز البيع، و لعله باعتبار الحجر عن الانتفاع به.

و كيف كان فالمسأله لا- يخلو من الاشكال، ثم انه ينبغى أن يعلم أنها بالوطء بل بالحمل لا تخرج عن كونها رهنا، إذ لا منافاه بينهما، و ان منعنا من بيع أم الولد لإمكان موت الولد، فإنه مانع، و إذا مات عمل السبب السابق عمله.

التاسع: لو وطأها المرتنه بغير اذن الراهن مكرها لها

،فالذى ذكره جملة من الأصحاب أن عليه عشر قيمتها ان كانت بكرا، و نصف العشر ان كانت ثيبا، و قيل:

مهر أمثالها مطلقا، لانه عوض الوطى شرعا.

و نقل عن الشهيد (رحمه الله) فى بعض حواشيه القول بتخير المالك بين الأمرين و هل يجب على كل من التقديرين المذكورين أرش البكاره زائدا على المهر، أو العشر؟ جعله شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك احتمالا، و جزم به فى الروضه، قال:

لانه حق جنايه، و عوض جزء فائت، و المهر على التقديرين عوض الوطى.

ثم اعترض على نفسه بأنه إذا وجب أرش البكاره صارت ثيبا فيجب عليه مهر الثيب خاصه، و أجاب بأنه إذا وطأها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال، و فوت جزء منها، فيجب عوض كل منهما، فلا يتداخلان، و لأن أحدهما عوض جزء و الآخر عوض منفعه.

و ربما قيل: بدخوله فى العشر، و عدم دخوله فى مهر المثل، و أكثر عبارات الأصحاب هنا مطلقه، و لو طأعته فالمشهور أنه لا شىء عليه، استنادا الى

قوله صلى الله عليه و آله (٢)

«لا مهر لبغى». و هو نكره فى سياق النفى فيعم، و رد بمنع دلالتة على موضع النزاع،

ص: ٢٧١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ الفقيه ج ٣ ص ١٦٦.

٢- (٢) التهذيب ج ١٠ ص ٣٦ لكن عن ابى جعفر عن آبائه عليهم السلام مع اختلاف يسير.

لأن الأمه لا تستحق المهر و لا تملكه، و انما هو لمولاها فلا ينافى استحقاق مولاها، مع كون التصرف وقع فى ملكه بغير اذنه، مع أن المهر شرعا انما يطلق على عوض بضع الحره، حتى سميت بسببه مهيره، بخلاف الأمه فالنفي فى النص محمول عليها، قالوا: و بذلك يظهر أن ثبوت المهر أقوى، و المراد به أحد الأمرين السابقين فيما تقدم من القولين، قيل: و على تقدير نفيه كما هو المشهور لا شبهه فى ثبوت أرش البكاره، لأنها جنايه على مال الغير، فثبت أرشها.

أقول: لم أقف فى هذا المقام على نص يتعلق بما ذكره من هذه الأحكام بالنسبه إلى الزانى بأمه غيره، رهنا كانت أم لا، و ان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على جل هذه الأحكام فى الجملة.

و الذى وقفت عليه مما ربما يناسبه، و يمكن أن يكون هو المستند لهم بالنسبه إلى العشر، و نصف العشر، ما رواه

الكلينى فى الصحيح عن الفضيل بن يسار (١) قال:

«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: قلت له: فما تقول فى رجل عنده جاريه نفيسه، و هى بكر أحل لأخيه ما دون فرجها إله أن يفتضها؟ قال: لا- ليس له الا- ما أحل منها، و لو أحل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك، قلت: أ رأيت ان أحل له ما دون الفرج، فغلبته الشهوه فافتضها، قال: لا- ينبغى له ذلك، قلت: فان فعل أ يكون زانيا قال: لا، و لكن يكون خائنا، و يغرّم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا، و ان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها». و صريحها أن الواطئ فى هذه الصوره ليس بزنان، و كذا صحيحه الوليد بن صبيح المتقدمه فى المسأله التاسعه من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان من كتاب البيع (٢) و موردها تدليس المزوج للجاريه، و هى أخص من المدعى أيضا، فإن ظاهر كلامهم أن هذا حكم الزانى بأمه غيره، و ان كان لشبهه شراء أو تدليس أو نحو ذلك، و لعل مستندهم

ص: ٢٧٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٨.

٢- (٢) ج ١٩ ص ٤٥٢.

أنه إذا ثبت ذلك في التزويج بتدليس الولي، وكذا في صورتى التحليل لغير الفرج و ان لم يكن زانيا ففي صورته الزنا بطريق أولى، سيما مع قوله في صحیحه الوليد المشار إليها بعد ذكر العشر و نصف العشر، بما استحل من فرجها، فإنه ظاهر في أن وجوب ذلك مترتب على استحلاله ما ليس له شرعا «ولا- ريب أنه في صورته الزنا أشد و أفضع، و لا- أعرف هنا دليلا- غير هاتين الروايتين، فإني بعد الفحص و التتبع لم أقف على غيرهما، و مع تسليم اجراءهما في مطلق الزانى و أنه يجب أن يكون الحكم فيه كذلك، يبقى القول الثانى و الثالث عارئين عن الدليل، و نحو ذلك القول فى أرش البكاره، سيما مع القول بزيادته على أحد الأمرين المذكورين، كما ذكره ذلك القائل.

و قد تقدم فى المسأله الرابعه عشر فى الجاربه المشتركه يطأها أحد الشركاء من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (1) تحقيق البحث فى هذه المسأله، و ان جمله من الأصحاب قد منعوا وجوب الأرش فى الصوره المذكوره، لعدم الدليل عليه، و الاكتفاء بوجوب المهر على القول به، أو العشر أو نصفه على القول الآخر و الله العالم.

العاشر [فى أنه لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله] :

الظاهر من كلام جمله من الأصحاب «رضوان الله عليهم» أنه لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، بمعنى أنه لم يعلم وجود الرهن فى التركة و لا- عدمه، فإنه يكون كسبيل مال المرتهن فى الحكم بكونه ميراثا، و لا- يحكم للراهن هنا بشىء، لأن الأصل براءة الذمه من حقه، إذ الرهن لم يتعلق بالذمه حيث أنه أمانه، و لا يتعلق أيضا بماله، لأصاله بقاء ماله على ما كان عليه، من عدم استحقاق أحد فيه شيئا.

هذا بالنظر الى ظاهر الأمر و ان احتمال بحسب الواقع كون الرهن فى التركة و من جملتها، فإن الأحكام الشرعيه انما تبنى على الظاهر، لا على الواقع، سيما ان احتمال التلف بغير تفريط قائم.

ص: ٢٧٣

و العجب أنهم «رضوان الله عليهم» ذكروا المسألة هنا كما نقلها عنهم جازمين بالحكم المذكور، مع أنه في باب القراض و الوديعة قد استشكل جملة منهم في الحكم بذلك، نظرا الى ما ذكرناه هنا، و الى أن الأصل أيضا بقاء المال، لان المفروض أنه في يد المرتهن،

و للخبر عنه (1) صلى الله عليه و آله

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

بل صرح جملة منهم في الوديعة، و ربما كان هو المشهور بأن الوديعة في الصورة المذكورة تخرج من أصل التركة، مع تصريحهم هنا بكون الرهن كسبيل مال المرتهن، و المسألة في المواضع الثلاثة من باب واحد، بل الحكم في كل أمانه، و سيأتي مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله تعالى في كتاب الوديعة.

الحادي عشر: إذا حل الأجل و تعذر الأداء

أشاره

فإن كان المرتهن و كيلا فلا إشكال في جواز بيعه، و استيفاء حقه، و الا لم يكن له البيع بنفسه، لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه.

و يؤيده ما تقدم في الموضوع السابع (2) من روايتي ابن بكير و عبيد بن زراره و حينئذ فعلية أن يرجع الى الراهن، و يلزمه بالبيع أو الاذن فيه، فان امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، فيلزمه الحاكم بالبيع أو بيع عليه كما يفعل ذلك في سائر الحقوق، على ما رواه

سماعه (3) عن أبي عبد الله عليه السلام

«قال كان أمير المؤمنين يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص، فان أبي باعه فقسمه فيهم يعني ماله.

بقي الكلام هنا في موضعين

أحدهما لو غاب الراهن و لم يقدر عليه

، و الظاهر رفع الأمر إلى الحاكم لبيع عليه، فان تعذر فليبعه المرتهن، و قد تقدم في موثقه إسحاق بن عمار في الموضوع السابع ما يدل على جواز بيع المرتهن، و ظاهرها

ص: ٢٧٤

٢-٢) ص ٢٦٥.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٠٢ لكن عن عمار.

عدم التوقف على الرجوع الى الحاكم، الا أنه الاولى، و الأحوط ذلك.

و

ثانيهما: لو استلزم رفع الأمر إلى الحاكم إثبات الدين مع عجزه عن الإثبات

- لعدم البينه أو تقدم حضورها أو عدم كونها مقبولة- فالظاهر أيضا جواز مباشرة المرتهن لذلك، و استيفاء حقه لخبر (1)

«لا ضرر ولا ضرار».

و يؤيده جواز المقاصه في صوره جحود الدين و عدم البينه كما ورد في الاخبار و خبر المروزي المتقدم في الموضوع السادس (2) الدال على جواز أخذ ماله مما في يده مع خوف جحود الورثه.

و نقل في المسالك القول بجواز مباشرة المرتهن و توليه البيع بنفسه في صوره عدم إمكان الإثبات و عدم إمكان الوصول للحاكم، أما لعدمه أو لكونه في بلد بعيد يشق التوصل اليه عن العلامه في التذكرة، و هو ظاهر اختياره أيضا في الكتاب المذكور.

و قد عرفت ما يؤيده و يدل عليه، و لو أمكن الإثبات عند الحاكم بالينه لكن افتقر لى اليمين معها، لكون المدعى عليه ميتا أو غائبا، بناء على المشهور، فيمكن أن يقال: انه غير مانع من الرجوع الى الحاكم، فلا يجوز له الاستقلال بالأخذ بل يحلف، و هو ظاهر اختياره في المسالك مع احتمال له فيه الجواز أيضا، دفعا لمشقه الحلف بالله تعالى، و لو أذن المرتهن في البيع بعد الحلول جاز البيع بقى، الكلام في التصرف في الثمن، و قد أطلق جواز التصرف بناء على الاذن المذكور، و فصل آخرون- و هو الظاهر- بأنه ان كان الحق موافقا للثمن جنسا و وصفا جاز التصرف، كما قيل مثله فيما إذا كان ما في ذمه المديون، مثل الدين جنسا و وصفا، فإنه يجوز له الأخذ مقاصه من غير توقف على التراضى، و لو لم يكن موافقا له لم يجوز إلا بإذن الراهن، لأنها معاوضه أخرى، كما أنه لا يجوز له التصرف في الرهن لذلك و ربما كان وجه الإطلاق هو أن جواز التصرف مفهوم من الاذن في البيع

ص: ٢٧٥

١-١ (١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٣.

٢-٢ (٢) ص ٢٦٤.

و التوكيل، لأن فائدته جواز التصرف في الثمن و هو جيد ان دل عليه شىء من قرائن المقام، و الا فالتفصيل أجود.

و أما لو اذن له في البيع قبل حلول الأجل جاز البيع، و لكن ليس له التصرف في الثمن الا بعد حلول الأجل، لعدم الاستحقاق قبله، و الاذن في البيع لا يقتضى تعجيل الاستيفاء، و هل يكون الثمن في هذه الصورة رهنا فلا يجوز للراهن طلبه أم لا؟ اشكال، و لم يحضرني الان تصريح أحدهم بالحكم المذكور، و يمكن ترجيح العدم، بأن حق المرتهن انما تعلق بالعين، فلا يتعدى الى الثمن الا بدليل، و ليس، فليس.

و الله العالم.

الفصل الرابع في جملة من المسائل المتعلقة بالنزاع

اشاره

[المسألة] الاولى: لو اختلف الراهن و المرتهن في الدين الذى على الراهن مع عدم بينه

، فقيل: بأن القول قول الراهن بيمينه، و هو المشهور، ذهب اليه الشيخ في النهايه و الخلاف و المبسوط، و الصدوق، و أبو الصلاح، و ابن البراج، و ابن حمزه، و ابن إدريس، و المحقق، و العلامة، و المتأخرون.

و قيل: بأن القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن، و اليه ذهب ابن الجنيد حيث قال: و المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن ما لم يكن بينه، فان زادت دعوى المرتهن على القيمة لا- يقبل إلا بينه، و له أن يستحلف الراهن على ما يقوله و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المسألة ما رواه

في الكافي عن محمد بن مسلم (1) في الصحيح عن أبي جعفر

«عليه السلام» في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فيه، فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف، فقال صاحب الرهن:

انه بماء، قال: البينه على الذى عنده الرهن انه بألف و ان لم يكن له بينه فعلى الراهن اليمين». و رواه الشيخ في الصحيح ايضا مثله.

و ما رواه

الشيخان المذكوران عن ابن أبي يعفور (2) في الموثق عن أبي

ص: ٢٧٤

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ التهذيب ج ٧ ص ١٧٤.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ التهذيب ج ٧ ص ١٧٤.

عبد الله عليه السلام قال: «إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما: رهنته بألف درهم، و قال الآخر: بمأه درهم، فقال يسأل صاحب الألف البيه فان لم يكن بينه حلف صاحب المأه» الحديث. و سيأتى تمامه إنشاء الله تعالى فى المسأله الاتيه و رواه الصدوق بإسناده عن أبان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله و ما رواه

الشيخ عن عبيد بن زراره (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف و قال صاحب الرهن: بمأه فقال: البيه على الذى عنده الرهن أنه بألف فان لم يكن عنده بينه فعلى الذى له الرهن اليمين أنه بمأه».

و هذه الاخبار كلها كما ترى ظاهره فى القول المشهور، و يعضدها أن ما دلت عليه هو مقتضى القواعد الشرعيه، لأن المرتهن يدعى الزيادة و الراهن منكر، و قد تظافرت الاخبار (٣)

«بان البيه على المدعى، و اليمين على المنكر».

و من أخبار المسأله أيضا ما رواه

الشيخ عن النوفلى عن السكونى (٤)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام، فى رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن، فقال الراهن:

هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر قال على عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن، لأنه أمينه».

و رواه الصدوق بإسناده عن إسماعيل بن مسلم عن جعفر عن أبيه عليهم السلام مثله و هذا الخبر هو مستند ابن الجنيد فيما تقدم نقله عنه، و الشيخ قد أجاب عنه بالحمل على أن الاولى للراهن أن يصدق المرتهن.

و أقول: لا- يبعد حمل الروايه المذكوره على التقيه، فإنه أحد قولى العامه، و ان كان خلاف المشهور بينهم و كيف كان فهى قاصره عن معارضه ما قدمناه من الاخبار،

ص: ٢٧٧

(١-١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٩.

(٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧٤.

(٣-٣) الوسائل الباب-٣ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

(٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٧٥ الفقيه ج ٣ ص ١٩٧.

فحملها على أحد الأمرين المذكور متعين، و ليس بعد ذلك الا طرحها و إرجاعها إلى قائلها.

و هنا شيء ينبغى التنبيه عليه، و هو أن بعض الأصحاب كالمحقق فى الشرائع نقل عن ابن الجنيد أن القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن، و الأ-كثر و منهم المحقق فى النافع، عبروا بأن القول قوله ما لم يدع زياده على ثمن الرهن، و مقتضى العبارة الاولى أنه مع الاستغراق الذى هو أعم من الإحاطه بثمن الرهن أو الزيادة عليه لا يقدم قوله، و مقتضى العبارة الثانية أنه لو ادعى ما يحيط بالرهن خاصة، فإنه يقدم قوله، و الظاهر أن منشأ ذلك من عبارة ابن الجنيد المتقدمه، فإنه فى صدر العبارة جعل غايه التصديق إحاطه الدعوى بالثمن، و الغايه خارجه عن المغيا، فمفهومه أنه مع الإحاطه لا يصدق، ثم قال فى آخر العبارة: فإن زادت دعوى المرتهن على القيمة لا-يقبل، و مفهومه أنه يقبل مع عدم الزيادة، فإن أحاط بالثمن فقد تعارض فى كلامه مفهوم الغايه، و مفهوم الشرط، فاختلف النقل عنه لذلك.

و المفهوم من الروايه يوافق ما ذكره ابن الجنيد فى صدر عبارته، حيث لم يتعرض فى الروايه للزياده، و كان مبنى الاختلاف أن المحقق فى الشرائع نظر الى اعتضاد صدر عبارة ابن الجنيد بالروايه، و بنى على خروج الغايه و لم يلتفت الى مفهوم الشرط، فنقل عنه أنه يقبل قوله ما لم يستغرق دعواه الرهن، و من حمله الاستغراق بالإحاطه بثمنه، و الأ-كثر كأنهم غفلوا عن الروايه فرجحوا العمل بمفهوم الشرط، و حملوا مفهوم الغايه على أنه داخل هنا فى المغيا، جمعا بين المفهومين، فنقلوا عنه أنه يقبل قوله ما لم يزد دعواه على القيمة و الله العالم.

المسأله الثانيه- لو اختلفا فقال المالك: هو وديعه، و قال الآخر: هو رهن

، فالمشهور بين الأصحاب «رضوان الله عليهم»، أن القول قول المالك، و قيل: القول قول الآ-خر، ذهب اليه الصدوق و الشيخ فى الاستبصار، قال الصدوق فى المقنع:

على صاحب الوديعة البينه، فان لم يكن له بينه حلف صاحب الرهن، و وافقه الشيخ فى الاستبصار.

و فصل ابن حمزه، فقال: ان ادعى صاحب المتاع كونه وديعه عنده، و خصمه كونه رهنا، فان اعترف صاحب المتاع بالدين، كان القول قول خصمه، و ان لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليمين، و منشأ هذا الخلاف اختلاف الاخبار فى المسأله.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر

«عليه السلام» أنه قال فى رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذى عنده الرهن:

ارتهنته عندى بكذا و كذا، فقال الآخر: انما هو عندك وديعه، قال: البيه على الذى عنده الرهن أنه بكذا و كذا، فان لم يكن له بينه فعلى الذى له الرهن اليمين.

و ما رواه

فى الموثق عن ابن أبى يعفور (٢) عن أبى عبد الله

«عليه السلام» فى حديث تقدم صدره فى المسأله السابقه، 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 البيه فان لم يكن له بينه حلف صاحب الرهن».

و رواه الصدوق بإسناده عن فضاله عن أبان عن أبى عبد الله عليه السلام نقله و طريقه فى المشيخه صحيح، لانه عن أبيه عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن سعيد، عن فضاله، و رواه فى الكافى فى الموثق عن ابن أبى يعفور مثله.

و ما رواه

الشيخ عن عباد بن صهيب (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله «عليه السلام» عن متاع فى يد رجلين فقال: أحدهما يقول: استودعتك، و الآخر يقول: هو رهن فقال: القول قول الذى يقول أنه رهن عندى إلا أن يأتى الذى ادعى أنه أودعه بشهود».

و رواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب عن عباد بن صهيب مثله، إذا عرفت ذلك فاعلم أن القائلين بالقول المشهور استندوا إلى صحيحه محمد بن مسلم، و القائلون بالقول الآخر استندوا إلى روايتى ابن أبى يعفور و عباد بن صهيب،

ص: ٢٧٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٤ الفقيه ج ٣ ص ١٩٩ الكافى ج ٥ ص ٢٣٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٧٤ الفقيه ج ٣ ص ١٩٩ الكافى ج ٥ ص ٢٣٧.

و العلامة فى المختلف و شيخنا الشهيد فى المسالك ردهما بضعف الاسناد، و ان كانت الأولى موثقه، و فيه ما عرفت من أن الصدوق فى الفقيه قد رواها فى الصحيح عن أبان كما أوضحناه، و لكنهم غفلوا عن ملاحظتها منه، و اعتمدوا على ما فى التهذيب و هى فيه موثقه، و به يظهر ضعف ما ذكره، هذا مع البناء على اصطلاحهم المحدث، و الا فالروايات جميعا عندنا من باب واحد، و يؤيده صحيحه محمد بن مسلم «ان الذى عنده المتاع يدعى دينا و رهنا، و المالك ينكر كلا من الأمرين» و مقتضى القاعده أن القول قوله بيمينه، و ان الأصل العدم فى كل من الأمرين المذكورين، و الشيخ فى الاستبصار قد أجاب عن الصحيحه المذكوره بأنه انما قال «عليه البيئه» على مقدار الدين الذى ارتهنه به، لا على أصل الرهن، و حينئذ فيمين المالك مع تعذر البيئه انما هى على نفى الدين، و استبعد جملة ممن تأخر عنه.

و يمكن أن يقال عن جانب الشيخ: ان الأصل و ان كان كما ذكره، الا أنه يجب الخروج عنه بالدليل، و هى صحيحه أبان المؤيده بالروايه الأخرى، و له نظائر فى الاخبار غير عزيزه.

و منها من استودع شخصا مالا - فتلف فقال صاحب المال: هو قرض فى ذمتك، و قال الآخر: هو أمانه، فان مقتضى الأصل الذى اعتمده هو تقديم قول مدعى الأمانه لأن صاحب المال يدعى أمرا زائدا و هو اشتغال الذمه، و الأصل عدمه.

و الحال أن موثقتى إسحاق بن عمار (1) قد صرحتا بأن القول قول مدعى القرض بيمينه، و أن مدعى الوديعه تكلف البيئه، و مع عدمها يحلف مدعى القرض.

و من الموثقتين المذكورتين ما رواه الراوى المذكور (2)

فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا و لكنها وديعه،

ص: ٢٨٠

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ و ١٧٩.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٣٨.

فقال أبو عبد الله عليه السلام القول قول صاحب المال مع يمينه»، و نحوها الموثقه الأخرى، و بعض مشايخنا المحققين من متأخرى المتأخرين احتمل فى صحيحه ابن أبى يعفور الحمل على التقية، أو على ما إذا اعترف بالمال، و أنكر الرهن أو على ما إذا دلت عليه القرائن.

أقول: و مرجع الثانى من هذه الاحتمالات الثلاثة الى ما ذهب اليه ابن حمزه و احتج فى الكفايه بقول الشيخ و الصدوق حيث اختاره بروايات الثلاثة، قال:

و يدل على قول الشيخ أخبار ثلاثه أحدها-صحيحه أبان أوردتها الصدوق فى الفقيه و ثانيها-روايه عبد الله بن أبى يعفور، و ثالثها-روايه عباد بن صهيب. انتهى ملخصا.

و فيه أن روايه أبان المرويه فى الفقيه هى بعينها روايه ابن أبى يعفور التى رواها الشيخ، الا أن الشيخ نقلها عن أبان عن ابن أبى يعفور، و الصدوق فى الفقيه نقلها عن أبان عن أبى عبد الله من غير واسطه ابن أبى يعفور، و المتن واحد، فعدها روايتين مجازفه، نعم هى فى الفقيه صحيحه، و فى التهذيب موثقه.

و باختيار القول المشهور صرح أيضا المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد، اعتمادا على صحيحه محمد بن مسلم، و ضعف ما عارضها بناء على ما ذكره العلامة و صاحب المسالك و لم يقف على روايه صاحب الفقيه التى ذكرناها.

و أما ما ذكره ابن حمزه مما قدمنا نقله عنه، فالظاهر أن وجهه الجمع بين أخبار المسأله، فإن الاعتراف بالدين قرينه على صحه دعوى الرهن، و فيه ما لا يخفى من أن بناء الأحكام الشرعيه على هذه الاحتمالات مجازفه محضه.

و بالجمله فالمسأله فى محل من الاشكال لتعارض الأخبار المذكوره، و بعد ما ذكره من التأويلات فى كل من الجانبين مع تعارضها كما عرفت و الله العالم.

المسأله الثالثه- إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن و اختلفا فى قيمه

اشاره

فهاهنا مقامان

[المقام الأول]- أنه هل القول فى ذلك قول الراهن أو المرتهن؟

المشهور الأول، و هو

ص: ٢٨١

قول الشيخين، و سلاز و أبى الصلاح. و ابن البراج، و ابن حمزه، و ابن الجنيد.

و قال ابن إدريس: القول قول المرتهن، و تبعه المحقق و العلامة و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين، و علله فى المسالك بأنه منكر الزائد، و الأصل عدمه، و براءته منه، ثم نقل عن الأكثر الاستناد فيما ذهبوا إليه الى أن المرتهن صار خائنا فلا يقبل قوله، قال: و يضعف بانا لم نقبل قوله من هذه الحيشه، بل لما ذكرناه.

أقول: و مرجعه الى أن خيانتة و سقوط عدالته الموجب لرد قوله لا يوجب سقوط ما دلت عليه الاخبار من (١)

«أن البينه على المدعى و اليمين على المنكر». و بذلك يظهر قوه القول الثانى.

المقام الثانى فى تعيين القيمه هل هى قيمته يوم هلاكه أو يوم قبضه أو أعلى القيم؟

أقول: و المشهور الأول، نظرا إلى أنه وقت الحكم بضمان القيمه، لأن الحق قبله كان منحصرًا فى العين و ان كانت مضمونه.

و الثانى مذهب المحقق فى الشرائع، و اعترضه فى المسالك قال: و حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه مبنى على أن القيمى يضمن بمثله، و مع ذلك فى اعتبار يوم القبض نظر، لأنه ثم لم يكن مضمونا، فينبغى على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان انتهى.

و أما القول الثالث فقد اختلفوا فى تشخيصه، و ما المراد من هذه العبارة هل المراد أعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف؟ كما نقله المحقق فى النافع قولاً - فى المسألة، نسب الى الشيخ فى المبسوط أو المراد أعلى القيم من يوم التلف الى حكم الحاكم عليه بالقيمه؟ كما هو قول ابن الجنيد أو المراد أعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف؟ و هو ظاهر العلامة، و اختاره ابن فهد فى موجزه، قال: لأنه من حين التفريط كالغاصب، و أطلق جماعه من غير إشاره الى هذه الأقوال.

ص: ٢٨٢

و يضعف القول الأول من هذه الأقوال الثلاثة بأنه غير مضمون قبل التفريط، فلا وجه لاعتبار قيمته، و حمله على الغاصب قياس مع الفارق (١) و يضعف قول ابن الجنيّد بأن المطالبه لا دخل لها في ضمان القيمة، بل الضمان ثابت و أن لم يطالب.

أقول: و الأنسب بالقواعد من هذه الأقوال أن يقال: إن قلنا في الغاصب بأن الواجب عليه أعلى القيم، و جب هنا على المرتهن أعلى القيم من حين التفريط الذي صار به كالغاصب الى وقت التلف، و ان قلنا بأن الواجب عليه قيمة يوم التلف فكذا هنا، أعنى الحكم بقيمة يوم التلف إذا كان اختلاف القيم بسبب السوق أو بسبب نقص في العين غير مضمون، أما لو كان مضموناً كما لو فرط فنقصت العين بهزال و نحوه، تعين الأول، و هو أن يعتبر أعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف، هذا كله فيما إذا كان الرهن قيمياً.

أما لو كان مثلياً فإنه يضمن بمثله ان وجد، و الا فقيمه المثل يوم الأداء على الأظهر، لأن الواجب قبل التعذر انما كان المثل، و انما وقع الرجوع الى القيمة بعد تعذره، بخلاف القيمي فإن القيمة استقرت في الذمه من حين التلف قطعاً، و انما وقع الاختلاف و الاشتباه في قدرها بسبب الاعتبارات المتقدمة و الله العالم.

المسألة الرابعة- إذا اذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع فاختلفا

فقال المرتهن رجعت قبل البيع، و بموجبه يكون الرهن باقياً، و البيع باطل، و قال الراهن: انما رجعت بعد البيع فالبيع صحيح، و الرهن باطل.

قيل: القول هنا قول المرتهن، ترجيحاً لجانب الوثيقه، بمعنى أن الدعويين متكافئان، و ذلك أن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع، و الأصل عدمه، و المرتهن يدعى تقدم الرجوع على البيع، و الأصل أيضاً عدمه، فقد تعارض الأصلان

ص: ٢٨٣

(١- ١) فإنه في الغاصب مضمون عليه بمجرد الغصب، بخلاف الرهن فإنه قبل التفريط غير مضمون منه رحمه الله.

فيتساقطان، ويبقى حكم الرهن على العين باقيا، لأن الأصل بقاء الرهن و استصحابه، و به يظهر أن القول قول المرتهن.

وقيل: إن أصله بقاء الرهن معارض بأصله بقاء البيع، فإن وقوعه معلوم كما إن وقوعه الرهن معلوم فيتعارضان أيضا و يتساقطان و يبقى، مع الراهن ملكيه المرتهن، و صحه تصرفه فيه المتفرع على ذلك، «فإن الناس مسلطون على أموالهم» فيكون القول حينئذ قول الراهن، و يمكن أن يجاب عنه بأن الرجوع هنا متحقق، و أصله بقاء البيع لو لم يكن المانع متحققا، و المانع و هو الرجوع هنا موجود.

و بالجمله فالمسأله محل اشكال لعدم النص فيها، و الرجوع الى هذه التعليلات العقلية، سيما مع تعارضها و تدافعها غير جائز عندى، لما دلت عليه الآيات و الروايات من انحصار أدله الأحكام الشرعيه فى الكتاب و السنه، و لأصحابنا فى هذا الباب فروع أكثرها منها من البحث، طوينا ذكرها فى هذا الكتاب لما ذكرناه و الله العالم بحقائق أحكامه، و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

كتاب الشفعه

اشاره

و عرفها المحقق فى الشرائع بأنها استحقاق أحد الشريكين حصه شريكه بسبب انتقالها بالبيع، و اعترضه فى المسالك فى هذا التعريف، و أطال فى ذلك و أجاب عنه المحقق الأردبيلي منتصرا للمحقق بما لا مزيد فائده فى التعرض الى نقله.

و لهذا قال المحقق المذكور فى آخر كلامه، و نعم ما قال: ثم إنى أظن عدم مناسبه هذه المضايقات فى هذه التعريفات اللفظيه فى الفقه التى المقصود منها التمييز فى الجملة، و لكن لما تعرض الشارح لأمثالها أطنبت فيه بما عرفت، فخرجت عن مقصود التعلق بذلك، و لدفع الشبهه عن مثل المحقق و غيره، و الا- فظنى أن توجه الى مثلها و التعرض للعبارات غير مناسب، و ليس وظيفه الفقيه، بل ينبغى له ان يبذل جهده فى تحقيق المسأله و تحريرها و توضيحها مع الخفاء، و دليلها و إثباتها لا غير انتهى ملخصا. و على ما ذكره «قدس سره» قد جرينا فى هذا الكتاب كما لا يخفى على

من لاحظته في جميع الأبواب.

و كيف كان فالكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد

[المقصد] الأول فيما تثبت فيه الشفعه

اشاره

،لا خلاف بين الأصحاب كما نقله غير واحد في ثبوتها في العقار الثابت القابل للقسمه كالأراضى و البساتين و المساكن،و انما الخلاف فيما عدا ذلك.

فذهب جملة من المتأخرين و أكثر المتقدمين الى ثبوتها في كل مبيع،منقولا كان أم لا،قابلا للقسمه أم لا،و اليه مال الشهيد في الدروس و نفى عنه البعد،وقيده جماعه بالقابل للقسمه،و حكم بعضهم بثبوتها للمقسوم أيضا،و نقله في المسالك عن ابن أبى عقيل.

و ذهب أكثر المتأخرين إلى اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمه، و أضاف بعض هؤلاء العبد،دون غيره من المنقولات،و لا بأس بنقل جملة من عبار المتقدمين.

قال الشيخ في النهاية:كل شىء كان بين الشريكين من ضياع أو عقار أو حيوان أو متاع ثم باع أحدهما نصيبه كان لشريكه المطالبه بالشفعه،ثم قال:و لا شفعه فيما لا يصح قسمته و هو ظاهر في الشفعه في المنقولات القابله.

و قال في الخلاف:لا- شفعه في السفينه و كلما يمكن نقله من الثياب و الحيوان و الجرب و السفن و غير ذلك عند أكثر أصحابنا،و على الظاهر من رواياتهم،و حكى المالک أن الشفعه في كل شىء من الأموال و الثياب و الطعام و الحبوب و الحيوان، و في أصحابنا من قال بذلك،و هو اختيار المرتضى رحمه الله.

و قال الصدوق في المقنع:لا- شفعه في سفينه،و لا- طريق،و لا حمام،و لا رحي، و لا نهر،و لا ثوب،و لا في شىء مقسوم،و هي واجبه في كل شىء عدا ذلك من حيوان و أرض و رقيق و عقار،و رواه في الفقيه و قال أبوه؟الشفعه واجبه في كل شىء من حيوان أو عقار أو رقيق إذا كان الشىء بين شريكين،و ليس في الطريق شفعه،و لا- في نهر،و لا- رحي،و لا- في حمام،و لا في ثوب،و لا في شىء مقسوم.

و قال ابن أبى عقيل:لا شفعه في سفينه و لا رقيق.

وقال المرتضى مما انفردت به الإمامية إثباتهم حق الشفعة في كل شيء من المبيعات من عقار و ضيعه و متاع و عروض و حيوان، كان ذلك مما يتحمل القسمة أو لا يتحملها، و نقل ذلك عن ابن الجنيد و أبي الصلاح و ابن البراج و ابن إدريس.

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و المعتمد أنها إنما تثبت فيما يصح قسمته خاصة إلا المملوك، و ظاهره ما يصح قسمته منقولاً كان أو غير منقول.

و قال المحقق في النافع و في ثبوتها في الحيوان قولان: المرؤى أنها لا تثبت و من فقهاؤنا من أثبتها في العبد دون غيره، و الواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من الاخبار المتعلقة بالمقام ثم النظر فيما يظهر منها من الأحكام.

فمن الاخبار المشار إليها ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن عقبه بن خالد (1) عن أبي عبد الله عليه السلام

«قال قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار، و قال: إذا أرففت الأرف- و في الفقيه و قال الصادق عليه السلام: إذا أرففت- و حددت الحدود فلا- شفعة». قال الفيومي في كتاب المصباح المنير: «الأرفه الحد الفاصل بين الأرضين، و الجمع أرف مثل غرفه و غرف» انتهى و حينئذ فالعطف في قوله و حددت الحدود تفسيرى.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن يونس (2) عن بعض رجاله عن أبي عبد الله

«عليه السلام» و في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام مراسلاً «قال: سألته عن الشفعة لمن هي؟ و في أى شيء هي؟ و لمن تصلح و هل تكون في الحيوان شفعة؟ و كيف هي؟ فقال: الشفعة جائزه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، و ان زاد على الاثنين فلا شفعة، لأحد منهم».

و زاد في الكافي و روى أيضاً:

أن الشفعة لا تكون إلا في الأرضين و الدور فقط.

ص: ٢٨٦

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٠ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ الفقيه ج ٣ ص ٤٥.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا شفعه فى سفينه، و لا فى نهر، و لا فى طريق».

و ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن السكونى (٢)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه عن على عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا شفعه فى سفينه، و لا فى نهر، و لا فى طريق، و لا فى رحى، و لا فى حمام».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن سليمان بن خالد (٣) فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ليس فى الحيوان شفعه».

و عن عبد الله بن سنان (٤) بسند صحيح و آخر موثق قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهما: أنا أحق به إله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا».

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن الحلبي (٥)

«عن أبى عبد الله عليه السلام: أنه قال فى المملوك يكون بين الشركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به إله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا، قيل له فى الحيوان شفعه؟ فقال: لا».

و ما رواه

فى الفقيه عن أحمد بن محمد بن أبى نصر عن عبد الله بن سنان (٦) قال:

«سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطنى قال:

هو أحق به، ثم قال عليه السلام لا شفعه في حيوان الا أن يكون الشريك فيه واحدا».

ص: ٢٨٧

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٢.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٦٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٦٥.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٦٦.

٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

«و روى أن الشفعه واجبه فى كل شىء من الحيوان و العقار و الرقيق إذا كان بين شريكين، فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، و إذا كان الشركاء أكثر من اثنين فلا شفعه لواحد منهم الى أن قال

و روى

أنه ليس فى الطريق شفعه، و لا فى النهر، و لا فى رحاء، و لا فى حمام، و لا فى ثوب، و لا فى شىء مقسوم». انتهى.

هذا ما حضرني من أخبار المسأله و باختلافها كما ترى اختلف كلام الأصحاب و يدل على القول الأول من هذه الاخبار مرسله يونس المتقدمه، و هو ظاهر الروايه الاولى من الروايتين المنقولتين فى كتاب الفقه الرضوى.

الا- أن هذا العموم مما ينافيه جمله من أخبار المسأله كالمرسله المنقوله من الكافى، الداله على انحصار الشفعه فى الأرضين و الدور، و الظاهر ان المراد منها العقار مطلقا، و ما ذكر فيها من الفردين المذكورين انما خرج مخرج التمثيل، و نحوها مفهوم روايه عقبه بن خالد الداله على الأرضين و المساكن، فإنها و ان لم يكن مثل الاولى صريحه، الا ان ظاهرها ذلك و الاخبار الداله على نفى الشفعه فى السفينه و النهر فى الطريق.

و فى روايه السكونى و كذا روايه كتاب الفقه اضافه الرحى و الحمام، و هو فتوى الشيخ على بن بابويه كما تقدم، و الظاهر أن مستنده انما هو الكتاب المذكور كما عرفته فى غير موضع، و لا سيما فى كتب العبادات.

و أما صحيحه الحلبي الداله على نفى الشفعه فى الحيوان يعنى غير الأناسى بقريته جوازها فى العبد و كذا موثقه سليمان بن خالد فيجب تقييدها بما دل عليه روايه ابن سنان من الجواز إذا كان بين شريكين، فيخص النفى بما إذا كان أزيد و بذلك يظهر ضعف القول المذكور.

و يمكن تأييد مرسله يونس المذكوره بما رواه

فى الكافى و التهذيب عن

ص: ٢٨٨

هارون بن حمزه الغنوي (١)، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الشفعه في الدور أ شىء واجب للشريك و يعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعه في البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن».

و عن جميل بن دراج (٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام قال:

«الشفعه لكل شريك لم يقاسم».

و أما القول المشهور بين أكثر المتأخرين و هو اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة، فقد استدل عليه بأن الأدله عقلا و نقلا كتابا و سنه مما تدل على عدم جواز التسلط على مال المسلم الا بطيب نفسه منه، و الأخذ بالشفعه مناف لذلك، خرج منه ما وقع عليه الإجماع، و هو ما لا ينقل، و بقى الباقي تحت المنع بالأدله المتقدمه.

و يؤيده مرسله الكافي المتقدمه، و ما ورد من نفى الشفعه في الجمله من المعدودات في الاخبار كالسفينه و النهر و نحوهما مما تقدم، و الحيوان في روايتي الحلبي و سليمان بن خالد، و لا- ينافى ذلك صريحا إلا مرسله يونس، و قد حملها بعض محققى متأخرى المتأخرين على التقيه.

أقول: و مثلها روايه كتاب الفقه فإنه يجب حملها على ذلك أيضا، إلا- أنك قد عرفت أن روايتي الحلبي و سليمان بن خالد مخصصان بروايه عبد الله بن سنان، فيشكل حينئذ الاستناد إليهما في ذلك، و أما التقييد بقبول القسمة فاستدل عليه بالأخبار الداله على نفى الشفعه في السفينه و نحوها مما ذكر في روايه السكوني و غيرها.

و أنت خير بأنه لا دلالة فيها على ذلك، إذ لا تعرض فيها لذكر القسمة و عدمها، و كأنهم بنوا على أن العله في النفي في هذه الأفراد انما هي من حيث عدم قبول هذه الأشياء القسمة.

ص: ٢٨٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ و ٢٨٠ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ و ٢٨٠ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤.

و فيه أن هذه عله مستنبطه لا يجوز العمل عليها عندنا. نعم يمكن الاستدلال عليه بما في

روايه عقبه بن خالد من قوله عليه السلام

«إذا رفت الأرف و حدث الحدود فلا شفعه».

و في معناها روايات أخر، فإن ظاهرها أنه لا شفعه إلا فيما يقع فيه الحدود، و تضرب له الطرف و يقع فيه السهام.

و أما القول بثبوتها في المقسوم كما ذهب اليه ابن ابي عقيل، فيرده روايه عقبه بن خالد، و الروايه الثانيه من روايتي كتاب الفقه الرضوي، و مرسله جميل بن دراج المتقدمه هنا،

و روايه محمد بن مسلم (1)

«عن ابي جعفر عليه السلام قال: إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعه». و نحوه روايات أخر أعرضنا عن ذكرها فالقول المذكور بمحل من الضعف و القصور.

و أما ما ذكره المحقق في النافع من القول بعدم ثبوتها في الحيوان.

ففيه ما عرفت من أنه و ان دل على ذلك بعض الأخبار الا أن البعض الآخر دل على جوازها مع اتحاد الشريك، فيجب تقييد ما أطلق به.

و كيف كان فالمسأله لا تخلو من الاشكال، و القدر المعلوم جواز الشفعه فيه هو ما وقع عليه الاتفاق مما قدمنا ذكره، و ما عداه فهو محل توقف و اشكال.

نعم يمكن القول بالجواز في العبد، لدلاله جمله من الاخبار عليه، و منها صحيحه عبد الله بن سنان، و صحيحه الحلبي، و روايه عبد الله بن سنان الثانيه، و ظاهر جمله من المتأخرين التوقف في المسأله، كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك و المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، و المحدث الكاشاني، في المفاتيح، و الفاضل الخراساني في الكفايه، و هو في محله بالنسبه الى ما عدا ما ذكرناه و الله العالم.

تنبيهات

الأول— إذا بيعت الأرض و ما فيها من نخل أو شجر أو أبنيه

فالظاهر ثبوت الشفعه

فى تلك التى فى الأرض تبعاً لها، بل الظاهر أنه لا اشكال فيه لدخولها فى عموم النصوص الداله على ثبوتها فى الرباع و المساكن و الدور، كما تقدم فى روايه عقبه بن خالد، و مرسله الكافى و للروايه الاولى من روايتى كتاب الفقه، و روايه الغنوى.

أما لو بيعت منفرده نازعه عن تلك الأرض أو منضمه إلى أرض أخرى غير ما هى فيها بنى جواز الشفعه فيما على ما تقدم من القول بالعموم فى كل مبيع، فتجوز الشفعه فيها.

و على ما قيل: من التخصيص بالأرضين و المساكن و البساتين كما هو المتفق عليه، فإنه لا شفعه فيها، لأنها لا تدخل منفرده فى شىء من هذه المذكورات، لأن المساكن اسم للمجموع المركب من الأرض و الأبنيه التى فيها، و كذا البساتين بالنسبه إلى الشجر، و ضمها الى غير أرضها غير نافع، لعدم الصدق، فلا تكون تابعه لها.

الثانى - هل يثبت الشفعه فى الثمره و ان يبعث على رؤس النخل و الشجر منضمه إليها

قولان: مبنيان على ما تقدم من القول بالعموم فى كل مبيع، كما هو قول أكثر المتقدمين، و جمله من المتأخرين، فيثبت الشفعه فيها.

و ما تقدم مما هو المشهور بين المتأخرين من الاختصاص بغير المنقول، و الثمره فى حكم المنقول إذ لا يراد دوامها، و انما له أجل معين ينتظر وصوله فتقطع، و لأنها غير داخله فى مفهوم البستان، و نحوه و من ثم لا يدخل فى بيع الأصل بعد الظهور، كما تقدم، فلا يثبت الشفعه فيها، و فى معناها الزرع الثابت.

قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط: إذا باع النخل منضمًا إلى الأرض و هو مثمر، و شرط الثمره فى البيع (1) كان للشفيع أخذ ذلك أجمع.

قال العلامة فى المختلف بعد نقله عنه: و قال بعض فقهاءنا: ليس للشفيع

ص: ٢٩١

١ - ١) معنى قوله و شرط الثمره فى البيع: أى دخولها لأنها لو شرط بعد الظهور لا تدخل من غير تقدم دخولها فى مسمى النخل كما تقدم تحقيقه فى موضعه - منه رحمه الله.

أخذ الثمره، بل يأخذ النخل و الأرض بحصتهما من الثمن، و هو المعتمد، لنا الأصل عدم الأخذ بالشفعه، و لأننا قد بينا أن الشفعه لا تثبت فيما ينقل و يحول، و الثمره على رؤس النخل من هذا الباب، فلا شفعه فيها، ثم نقل عن الشيخ الاحتجاج بعموم الأخبار المرويه فى وجوب الشفعه فى البيع، و أجاب بأن العام قد يخص بدليل أقوى.

أقول: و قد عرفت الكلام فى ذلك، و أن ما نقل عن الشيخ هنا هو مقتضى ما نقل عن السيد المرتضى و من تبعه كما تقدم ذكره، و بالجمله فإنه هو المشهور بين المتقدمين كما عرفت.

الثالث [عدم ثبوت الشفعه فى النهر و الطريق و الحمام و نحو ذلك مما تضر قسمته]

المشهور بين المتأخرين عدم ثبوت الشفعه فى النهر و الطريق و الحمام و نحو ذلك مما تضر قسمته، و أنه يشترط فى الأخذ بالشفعه كونه مما يقبل القسمة الإجباريه، و لو أضرت به القسمة فلا شفعه، استنادا الى ما تقدم من روايه السكونى، و نحوها روايه فقه الرضا عليه السلام قالوا: و ليس المراد من الطريق فيهما و النهر و الحمام ما كان واسعا فيكون المراد ما كان ضيقا.

و ما رواه

الشيخ عن طلحه بن زيد (١)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال:

لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (٢).

ص: ٢٩٢

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

قال فى المسالك: ولا يخفى عليك ضعف هذه الأدلة، و من ثم ذهب المرتضى و ابن إدريس رحمهما الله، الى عدم اشتراطه، لعموم الأدلة الداله على ثبوتها من غير تخصيص، و لأن المقتضى لثبوت الشفعه و هو ازاله الضرر عن الشريك قائم فى غير المقسوم بل أقوى، لأن المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمه، بخلاف غيره انتهى.

و اقتفاه فى ذلك المحدث الكاشانى فى المفاتيح، و هو جيد لما عرفت آنفا، فان هذين الخبرين لإجمالهما مضافا الى ضعفهما لا يبلغان قوه فى تخصيص ما دل على العموم صريحا، ثم انه بناء على القول المذكور فهل المراد من الضرر الراجع للإجبار عن القسمه هو المبطل لمنفعه المال بالكلية- بمعنى أنه متى قسم خرج عن حد الانتفاع به لضيقه أو لقله النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها كالأمتله المذكوره إذا كانت بالغه فى الصغر هذا الحد، فلو بقى للسهم بعد القسمه نفع ما، يثبت الشفعه- أو أن المراد بالضرر هو أن ينقص قيمه المقسوم بسبب القسمه نقصا فاحشا- أو أن المراد أن يبطل منفعته المقصوده قبل القسمه، و ان بقيت فيه منافع، كالحمام و الرحى إذا خرجا بالقسمه عن صلاحية الانتفاع بهما فى الغسل و الطحن على الوجه الأول؟ احتمالات، سيأتى تحقيق الكلام فيها إنشاء الله تعالى فى محله اللائق به ثم أنه يأتى على المعنى الأول من هذه الثلاثه المذكوره أنه لو كان الحمام أو الطريق أو النهر و اسعا لا تبطل منفعته بالقسمه أجبر الممتنع من القسمه، و تثبت الشفعه.

المقصد الثانى فى الشروط

اشاره

و هى أمور

الأول- الشركه

اشاره

،على الأشهر الأظهر، فلو كان مقسوما فلا شفعه، خلافا لابن أبى عقيل كما تقدم نقله عنه، و قد تقدمت جمله من الروايات الداله على ذلك، و لا تثبت بالجواز عندنا.

نعم قد اتفق النص و الفتوى عن استثناء صورته واحده، و هى ما إذا كانت دار فيها دور مقسومه لكل طرف مالك على حده، و طريق الجميع واحده، فباع أحد

المالكين منزله و ما يخصه من الطريق، فإن الشفعة حينئذ تثبت في مجموع المبيع و ان كان بعضه غير مشترك، فلو انفردت الدار بالبيع، دون الطريق فلا شفعه، و لو بيعت الطريق خاصة تثبت الشفعة إذا كانت الطريق واسعة، بناء على اشتراط قبول القسمة.

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا الحكم من الاخبار ما رواه

الكلىنى عن منصور بن حازم (1) فى الحسن قال:

«قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعه، فبناها و تركوا بينهم ساحة فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم إله ذلك؟ قال: نعم و لكن يسد بابه، و يفتح بابا الى الطريق، أو ينزل من فوق البيت و يسد بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه، فإنهم أحق به، و الا فهو طريقه يجىء حتى يجلس على ذلك الباب».

و عد هذه الروايه فى الصحيح جملة من الأصحاب أولهم العلامة فى التذكرة و تبعه جمع ممن تأخر عنه منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك.

و فيه أن فى سندها الكاهلى و هو غير موثق. نعم هو ممدوح، فحديثه فى الحسن، لا الصحيح، و

رواه الشيخ عن منصور فى الموثق مثله، الا أنه قال:

«أو ينزل من فوق البيت، فإن أراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه فإنهم أحق به، و ان أراد يجىء حتى يقعد على الباب المسدود الذى باعه لم يكن لهم أن يمنعه».

و ما رواه

فى الكافى عن منصور بن حازم (2) فى الصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: ان كان باع الدار و حول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و ان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة». و رواه الشيخ مثله.

ص: ٢٩٤

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٨١ التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٠ التهذيب ج ٧ ص ١٦٥.

و أنت خير بأن الروايه الاولى لا دلالة لها على محل البحث، لأنها انما تضمنت التفصيل بين بيع الدار دون حصه من الساحه-و هي الطريق، وقد حكم عليه السلام بأن المشتري يسد بابه الشارع إلى المساحه و يفتح له بابا الى الطريق، أو ينزل من فوق البيت لعدم استحقاقه المرور من تلك الساحه، حيث أنها غير داخله في البيع، و لا شفعه هنا لعدم الشركه-و بين بيع حصته من الساحه خاصه التي هي الممر، و للشركاء حينئذ الشفعه من حيث الشركه-فيها، دون الدار، لأنه لم يبعها معها فلا شفعه فيها، و ان لم يبع حصته من تلك الطريق بعد بيعه الدار فله المجرى و السلوك فيها الى أن ينتهي الى ذلك الباب المسدود، و لا تعرض في الروايه لبيع الدار مع الطريق، كما هو موضوع المسأله.

و اما الثانيه فهي صريحه في ذلك حيث قال: «و ان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه» و قد عد العلامه في التذكره و غيره الروايه الأولى دليلاً للمسأله المذكوره.

و يمكن أن يكون منشأ توهمهم ذلك حمل قوله فيها بروايه الكافي «فإن أراد صاحب الطريق بيعه» على معنى بيع الطريق مع الدار، و هو غلط، فإن العبارة ظاهره بل صريحه في كون البيع، انما وقع على الطريق خاصه. و أصرح منها قوله في روايه الشيخ «و ان أراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه فهم أحق به» و يؤيده أيضا قوله بعد هذه العبارة «و الا فهو طريقه» كما في الكافي و قوله «و ان أراد يجرى» الى آخره كما في روايه التهذيب، فإنه ظاهر في انه قد باع الدار أولاً.

و هذا الكلام في الطريق خاصه بعد بيعه الدار، و أنه ان باع حصته منها فللشريك فيها الشفعه، و الا فالطريق له يجرى و يمضى منه الى أن ينتهي الى باب الدار المسدود، هذا ظاهر الخبرين كما هو رأى العين.

و قال في كتاب الفقه الرضوى (1)

«فإذا كانت دار فيها دور و طريق أبوابها في عرصه واحده، فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الأخرى شفعه،

ص: ٢٩٥

(١-١) المستدرک ج ٣ ص ١٤٧.

إذا لم يتهياً له أن يحول باب الدار التي اشتراها الى موضع آخر، فان حول بابها فلا شفعه لأحد عليه». انتهى.

و الظاهر أن قوله: «إذا لم يتهياً له أن يحول» الى آخره كناية عن دخول الطريق في البيع و عدمه، بمعنى أنه ان باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها، فلا شفعه لما عرفت من عدم موجب الشفعه، و ان أدخل الطريق في البيع لعدم إمكان طريق له غير ذلك فله الشفعه في الجميع.

[تنبيهات]

اشاره

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول

لا يخفى أن مورد الخبرين المذكورين انما هو الطريق كما عرفت، و الأصحاب قد أضافوا إليها الشرب، و هو النهر الذي يجرى فيه الماء إلى الأرض المقسومه، بمعنى أن الأرض مقسومه، و النهر مشترك، فلو باع أحد الشريكين حصته من الأرض مع حصته من النهر، فللشريك الآخر الشفعه و لا يخفى ما فيه، فان الحكم على خلاف أصولهم المقرره، و الروايات المعتره من عدم جواز الشفعه في المقسوم مؤيدا بأصالة عدم التسلط على مال الغير، فالواجب الوقوف فيما خالف ذلك على مورد النص، كما قرره في غير مقام.

الثاني

-إطلاق الروايه الاولى من الروايتين المذكورتين يدل على جواز الشفعه في الطريق، متى بيعت وحدها، سواء كانت قابله للقسمه أم لا، و المشهور بين المتأخرين اعتبار قبولها ذلك، أما في صورته بيعها مع الدار كما هو موضوع المسأله فالظاهر من كلامهم عدم اشتراط ذلك، نظرا الى أن الطريق تابعه، و المبيع حقيقه انما هو الدار، فيكفي قبولها للقسمه.

الثالث

-هل يشترط في جواز الشفعه في هذه المسأله كون الدور مقسومه بعد الشركه أو لا؟ أو يكفي كونها منفرده من أصلها، و كل منها على حده من غير تقدم شركه و ان اشتركت في الطريق؟ فعلى هذا يجوز الشفعه فيها أعم من أن يكون مشتركه في الأصل، أم لا؟ قولان: و بالثاني صرح العلامة في التذكره، و هو اختياره في المسالك.

و عليه تدل ظاهر الروايه الثانيه، حيث أن السؤال فيها عن دار فيها دور، و هو أعم

من كونها مقسومه بعد الاشتراك أم لا، وبالأول صرح المحقق في الشرائع، وغيره في غيره.

قال في المسالك بعد نقله الثاني عن التذكرة: وهو الظاهر، لأن هذا مستثنى من اعتبار الشركه، ويكتفى فيه بالشركه في الطريق، ولأن زوال الشركه بالقسمه قبل البيع يلحقها بالجواز، فلا وجه لاعتبارها.

و يظهر من عبارته المصنف و جماعه - حيث فرضوا الحكم في الأرض المقسومه مع الاشتراك في الطريق - اعتبار الشركه في الأصل، واحتج له بأن ضم غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعه في غير المشفوع اتفاقاً، والمبيع الذى لا شركه فيه فى الحال و لا - فى الأصل، ليس من متعلقات الشفعه، إذ لو بيع وحده لم يثبت فيه شفعه بحال، وإثباتها لا - يكون الا - بمحض الجوار، وإذا ضم الى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك، وعموم

قوله عليه السلام

«لا شفعه إلا لشريك مقاسم». و لا شريك هنا لا فى الحال، و لا فى الأصل،

و لروايه أبى العباس (1)

«الشفعه لا تكون الا لشريك».

و غير ذلك مما فى معناه.

و لا يخفى عليك ضعف هذا الاحتجاج، لأن هذه الصوره مستثناه من اشتراط الشركه بالنص و الإجماع، فلا يقدر فيها ما دل على اشتراط الشركه، و لا - على نفى الشفعه بضميمه غير المشفوع اليه، من أن المقسوم خرج عن تعلق الشفعه عندهم، فضميمته كضميمه غيره لولا الطريق المشترك، و لأن مدلول هذه الروايات اعتبار الشركه بالفعل، و هو منتف مع القسمه، و لو أريد منها ما يعم السابقه لزم ثبوتها فى المقسوم، و ان لم يكن له شركه فى الطريق.

و أما معارضه روايه منصور الصحيحه و الحسنه بتلك الأخبار - الداله على اعتبار الشركه، و ترجيح تلك بالكثره، و موافقتها للأصل - فعجيب، لأن مدلولها على تقدير قطع النظر عن سندها اعتبار الشركه بالفعل كما ذكرناه، و روايات منصور دلت على الاكتفاء بالشركه فى الطريق، فهى خاصه، و تلك عامه، فيجمع

ص: ٢٩٧

بينهما بتخصيص العام بما عدا ذلك انتهى.

و هو جيد وجيه، الا أن في اعتضاده بروايات منصور ما عرفته آنفا من أن ذلك انما هو مدلول إحداهما دون الأخرى.

الرابع

ظاهر روايتى منصور المتقدمتين مع اعتبار إسناديهما كما عرفت جواز الشفعه مع تعدد الشركاء، و هو خلاف فتوى جمهور الأصحاب، و خلاف ما دل عليه غيرهما من الاخبار، الا أن ظاهر كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه كون الشريك متحدا، و سيجىء الكلام فى هذه المسأله إنشاء الله تعالى فى المقام،

الخامس

قالوا: لو باع عرصه مقسومه و شقصا من أخرى، فالشفعه فى صفقه الشقص خاصه بحصته من الثمن، و الوجه فيه ظاهر، لان المقسوم لا شفعه فيه كما تقدم، و ليس هذا من قبيل الصوره المتقدمه المستثناه من هذه القاعده، و أما الشقص فالعله الموجه للشفعه موجوده فيه، و هى الشركه، فيعطى كل واحد حكمه، و لا يقدر فى ذلك كونه بيعا واحدا لصدق البيع على كل واحد بانفراده أيضا.

و من هذا الباب لو باع البستان بثمره و الأرض بزرعها، بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم الشفعه فى الثمره و الزرع، لكونهما مما ينقل، و الشفعه مخصوصه بما لا ينقل عندهم كما تقدم ذكره.

فعلى هذا تثبت الشفعه فى غير الثمره و الزرع بحصته من الثمن، بأن ينسب قيمه المشفوع فيه منفردا إلى قيمه المجموع، فحصته من الثمن بتلك النسبه، فإذا قيل:

قيمه المجموع مائه، و قيمه ما عدا الثمره و الزرع ثمانون، أخذ الشفيع المشفوع بأربعه أخماس الثمن كائنا ما كان.

الثانى [انتقال الشقص بالبيع خاصه]

من الشرائط المتقدم ذكرها- انتقال الشقص بالبيع خاصه، فلو جعله صداقا أو صدقه أو هبه أو صالح عليه فلا شفعه على الأشهر الأظهر، بل كاد يكون إجماعا، و خالف فيه ابن الجنيدي، فأثبت الشفعه فى مجرد النقل حتى الهبه بعوض و غيرها.

قال على ما نقله عنه فى المختلف: إذا زال ملك الشريك عنه بهبه منه بعوض شرط يعوضه إياه، أو غير عوض كانت للشفيع شفعه فيه، فان حبس ملكه أو أسكنه لم يكن للشفيع

شفعه، ثم نقل عنه أنه احتج بأن الحكمه الباعثه لإيجاب الشفعه فى صوره البيع موجوده فى غيره من عقود المعاوضات، و لا اعتبار بخصوصيات العقود فى ذلك فى نظر الشارع، فاما أن يثبت الحكم فى الجميع، أو ينتفى عن الجميع، فأثباته فى البعض دون البعض ترجيح من غير مرجح.

ثم أجاب عنه بأن الحكمه لا يجوز التعليل بها، لعدم انضباطها فلا بد من ضابط، و لما رأينا صور ثبوت الشفعه موجود فيها مطلق البيع، جعلناه ضابطا للمناسبه و الاقتران، على أن القياس عندنا باطل انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الميل الى ما ذهب اليه ابن الجنيدهنا، حيث قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور: هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا، و ليس عليه دليل صريح، و انما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافى ثبوتها بغيره.

و من ثم خالف ابن الجنيده، فأثبتها لمطلق النقل، حتى بالهبه بعوض و غيره لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص، و اشتراك الجميع فى الحكمه الباعثه على إثبات الشفعه، و هو دفع الضرر عن الشريك، و لو خصها بعقود المعاوضات كما تقوله العامه كان أبعد، لأن أخذ الشفع للموهوب بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأخذ انتهى.

أقول: لا- يخفى أن مقتضى الدليل العقلى و الثقلى كتابا و سنه و الإجماع هو عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذن منه، و الشفعه قد خرجت على خلاف مقتضى هذه الأدله المتفق عليها و على قوتها و الاعتماد عليها، و حينئذ فلا بد فى كل فرد ادعى فيه جواز الشفعه من دليل واضح من الكتاب أو السنه أو الإجماع الذى يعتمدونه، ليتمكن الخروج به عما اقتضته هذه الأدله المذكوره.

و غايه ما وجد فى الاخبار بالنسبه الى هذه المسأله هو جواز الشفعه بالانتقال بالبيع خاصه، و مدعى الجواز فى الانتقال بغيره عليه الدليل، ليخرج عن عموم تلك الأدله القاطعه المانع من جواز التصرف فى مال الغير إلا باذنه،

و بذلك يظهر لك في ما كلام شيخنا المذكور من القصور، حيث أنه أنما مال الى مذهب ابن الجنييد، لعدم الدليل على التخصيص بالبيع، و مجرد ورود الروايات بالبيع لا يقتضى التخصيص به، و غفل عن أن الشفعه إنما خرجت على خلاف الأصول المقرره، و القواعد المعتمده كتابا و سنه و إجماعا، فيجب الاقتصار في ثبوتها على موارد الأدله كما قرروه في غير مقام.

و التمويه هنا بهذه الحكمه التي يدعونها لم نقف عليه في خبر من الاخبار، و انما استنبطوها من أخبار الشفعه الوارده في البيوع، و على تقدير حكم الشارع بالشفعه في البيع لدفع الضرر عن الشريك، فالتعديه الى غير البيع قياس محض، لان هذه العله مخصوصه بصوره البيع، و حمل غيره عليه قياس محض، إذ يمكن أن يكون للبيع خصوصيه في ذلك لا نعلمها، فكيف يمكن التعديه بمجرد ذلك.

و بالجمله فإن التمسك بذلك في مقابله ما ذكرنا من الأدله القاطعه و البراهين الساطعه مجازفه محضه هذا.

و أما الاخبار الداله على ما هو المشهور و المؤيد المنصور فمنها ما رواه

الشيخ في التهذيب عن أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام

«قال سألته عن رجل تزوج امرأه على بيت في دار له، و له في تلك الدار شركاء قال: جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها».

و وصف هذه الروايه في المسالك بالصحه، مع أن أبا بصير فيها مشترك، و لا قرينه تعين كونه المرادى الثقه، و من قاعدتهم عدها في الضعيف، و هى واضحه في رفع ما ادعوه من الحكمه الموجه للعموم في جميع الانتقالات، و منها

روايه الغنوى المتقدمه في المقصد الأول (٢) و قوله فيها

«الشفعه في البيوع إذا كان شريكا فيها فهو أحق بها من غيره بالثمن».

و منها

مرسله يونس المتقدمه ثمه أيضا و فيها

«الشفعه جائزه في كل شيء من

ص: ٣٠٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

٢- (٢) ص ٢٨٩.

حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غير، فباع أحدهما نصيبه» الحديث.

و منها روايتا منصور بن حازم المتقدمتان في الشرط الأول من هذا المقصد (١) فان موردهما البيع، الى غير ذلك من الاخبار.

الثالث [أن لا يكون الشريك أكثر من واحد]

إشاره

من الشروط المعتمده في الشفعه: أن لا يكون الشريك أكثر من واحد على المشهور، و اليه ذهب الشيخان و المرتضى و أتباعهم، حتى ادعى ابن إدريس عليه الإجماع، و نقل في المختلف عن الشيخين، و على بن بابويه، و السيد المرتضى و سلار، و أبي الصلاح، و ابن البراج، و ابن حمزه، و الطبرسي، و ابن زهره، و قطب الدين الكيدري، و ابن إدريس، و نقله في المختلف أيضا عن والده.

و الصدوق في المقنع وافق المشهور، و نسب ثبوتها مع الكثره إلى الروايه و في الفقيه ذهب الى ثبوتها مع الكثره في غير الحيوان، فإنه روى فيه روايه طلحه بن زيد (٢) الداله على ثبوت الشفعه على عدد الرجال، ثم قال بعد نقل روايات في البين (٣):

«و سئل الصادق عليه السلام عن الشفعه لمن هي و في أي شيء هي؟ و هل تكون في الحيوان شفعه؟ قال: الشفعه واجبه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فإذا زاد على الاثنين فلا شفعه لأحد منهم».

ثم قال: قال المصنف هذا الكتاب: يعني بذلك الشفعه في الحيوان وحده فاما في غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء، و ان كان أكثر من اثنين، و تصديق ذلك ما رواه

أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان (٤) قال:

«سألته عن مملوك». ثم ساقه كما سنذكره هنا إنشاء الله تعالى.

و ذهب ابن الجنيد الى ثبوتها مع الكثره مطلقا، و قواه العلامه في المختلف بعد ذهابه الى المشهور، و خطأ ابن إدريس في دعواه الإجماع، و نقل المحقق

ص: ٣٠١

١-١ (١) ص ٢٩٤.

٢-٢ (٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٥.

٣-٣ (٣) الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

٤-٤ (٤) الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

قولا بثبوتها مع الكثرة في غير العبد.

أقول: و الأصل في هذا الخلاف اختلاف الاخبار في هذه المسألة فمما يدل على القول المشهور ما رواه

في الكافي و التهذيب عن عبد الله بن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما، و إذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه».

و عد هذه الرواية في المسالك صحيحة، مع أن في سندها محمد بن عيسى عن يونس، و هو يعد هذا السند دائما في الضعيف، فوصفه هنا بالصحة غفله منه (قدس سره).

و منها

مرسلة يونس (٢) المتقدمة و هي التي ذكرها الصدوق هنا مرسله عنه عليه السلام

«و فيها و الشفعة جائزه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غير، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، فإذا زاد على الاثنين فلا شفعه لهم».

و ما رواه

في التهذيب عن عبد الله بن سنان (٣) في الموثق قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهما:

أنا أحق به إله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا».

و منها ما رواه

في الفقيه في الصحيح عن البنظي عن عبد الله بن سنان (٤) قال:

«سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني قال: أحق به، ثم قال عليه السلام: لا شفعه في حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا».

ص: ٣٠٢

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ و اخرج الأخير الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ و اخرج الأخير الفقيه ج ٣ ص ٤٦.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١٦٦.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح و الحسن أو الصحيح عن الحلبي (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«أنه قال فى المملوك يكون بين الشركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به إله ذلك، قال: نعم إذا كان واحدا، قيل له: فى الحيوان شفعه؟ قال: لا».

و فى كتاب الفقه الرضوى (٢) قال (عليه السلام):

«و روى أن الشفعه واجبه فى كل شىء من الحيوان أو العقار و الرقيق إذا كان الشىء بين شريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، و إذا كان الشركاء أكثر من اثنين فلا شفعه لواحد منهم».

و أما ما يدل على الشفعه مع الكثره فمنه ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن السكونى (٣)

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) عن على (عليه السلام) قال: الشفعه على عدد الرجال».

و ما رواه

فى الفقيه عن طلحه بن زيد (٤)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهم السلام قال: قال على (عليه السلام): الشفعه على عدد الرجال».

هذا ما حضرنى من روايات هذا الحكم، و الشيخ قد حمل الروايتين الأخيرتين على التقية، قال، لموافقتهما بعض العامه و هو جيد، و يؤيده أن روايتهما من رجال العامه، و أنت خبير بأنه مع قطع النظر عن ذلك، فإن هاتين الروايتين لا يبلغ قوه فى معارضه الأخبار المتقدمه، و من قواعدهم أنهم لا يجمعون بين الاخبار الا مع المعارضه، و الا فإنهم يطرحون المرجوح منها.

ص: ٣٠٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢١٠ التهذيب ج ٧ ص ١٦٦ الصحيح فى روايه التهذيب و الحسن أو الصحيح فى روايه الكافى باعتبار إبراهيم ابن هاشم-منه رحمه الله.

٢-٢) المستدرک ج ٣ ص ١٤٨.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٦٦ الفقيه ج ٣ ص ٤٥.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٤٥.

و أما جمع الصدوق فى الفقيه بينها بحمل الأخبار الداله على التخصيص بالاثنين على الحيوان خاصه، و جواز الشفعه مع الكثره فى غيره.

فيرده تصريح جملة من الاخبار الداله على اشتراط كونها اثنين فى غير الحيوان، مثل مرسله يونس، و روايه كتاب الفقه الرضوى، و هو معتمد عليه عنده، و قد أكثر الإفتاء بعبائره فى كتابه كما قدمنا ذكره، سيما فى كتب العبادات.

و أما قوله فى ما تقدم نقله عنه بعد إيراد مضمون مرسله يونس: يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده، فهو عجيب من مثله (قدس سره) فان سياق كلامه عليه السلام أن الشفعه واجبه فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع بشرط أن يكون ذلك الشىء بين اثنين لا أزيد، فأى مجال هنا للتخصيص بالحيوان كما زعمه، على أن المتبادر من الحيوان فى هذه الروايات انما هو الحيوان الغير الأناسى، كما هو صريح صحيحه الحلبي، حيث صرح فيها باشتراط الاثنيه فى المملوك، و أنه لا يجوز الشفعه فيه الا بذلك، ثم نفى الشفعه عن الحيوان، و حينئذ فيكون الروايات الداله على اشتراط الاثنيه فى العبد مخالفه لما ذكره.

و بالجملة فالأظهر عندى هو القول المشهور، و حمل خبرى السكونى و طلحه بن زيد على التقيه. نعم ربما أوهم الدلاله على هذا القول روايتا منصور بن حازم المتقدمان، مع اعتبار إسناديهما كما أشرنا إليه آنفا.

و مثلهما

روايه عقبه بن خالد (1) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قضى رسول الله صلى الله عليه و آله، بالشفعه بين الشركاء». و توجيه الاستدلال بهذه الأخبار بأنها وردت بلفظ الجمع فى الشركاء، و أقله ثلاثه، و كذا لفظ القوم فى إحدى روايتى منصور بن حازم و أجاب الشهيد فى الدروس عن روايتى منصور بالحمل على التقيه، قال: لموافقتهما لمذهب العامه، و هو جيد.

و يمكن الجواب أيضا بحمل الجمع على الاثنين، فإنه و ان كان مجازا على

ص: ٣٠٤

المشهور بين الأصوليين، إلا أنه لا بأس به في مقام الجمع بين الاخبار، و اليه يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، و نقله أيضا عن الاستبصار، قال: فإنه يصح إطلاق الجمع على الاثني بل على الواحد، كالقوم، و ان كان مجازا، لجمع بين الأدلة، ثم ذكر الحمل على التقيه أيضا.

أقول: و يؤيده ما قدمنا نقله عن كتاب الفقه الرضوي، حيث أن ظاهر عبارته كون الشريك في هذه الصورة المفروضه في هذا الخبرين واحدا، كما قدمنا الإشاره إليه.

ثم أقول: لا- يخفى أن ما قدمناه في سابق هذا الشرط من التحقيق، و أن الأصل- بمقتضى الأدله العقليه و النقليه كتابا و سنه و الإجماع- هو عدم جواز الشفعه التي هي عبارته عن التصرف في مال الغير بغير اذنه، فيتوقف الخروج عن هذا الأصل الأصيل على دليل واضح صريح صحيح في جواز الشفعه، و الذي دلت عليه الاخبار المعتمده بصريحها هو التخصيص بصوره ما إذا كانا اثنين خاصه.

و ما دل على أكثر، لتطرق الاحتمال اليه بالحمل على التقيه التي هي في اختلاف الأحكام الشرعيه أصل كل بليه، و احتمال الحمل على التجوز الذي هو باب واسع في الآيات و الروايات، و كلام البلغاء لا يمكن الخروج به عن ذلك الأصل المشار اليه.

و ما ادعاه في المسالك- من أن روايات هذا القول أكثر و أوضح دلالة و أن روايه منصور أصح طريقا- ففيه أنه لم يورد من روايات القول المشهور إلا روايه عبد الله بن سنان- التي قدمنا النقل عنه أنه وصفها بالصحة- و مرسله يونس، و الحال كما عرفت أن دليل القول المشهور هو جمله الروايات التي قدمناها، و هي أكثر عدوا و أصرح دلالة، و فيها جمله من الصحاح، و ما ذكره من صحه صحيحه منصور مسلم، لكنها غير صريحه، لما عرفت من تطرق الاحتمالات إليها، بخلاف تلك الروايات.

و كيف كان فإنه ينبغي أن يستثنى المملوك من محل الخلاف، لما تضمنه

جملة من الاخبار الصحيحة الصريحة فى اشتراط وحده الشريك فى صحه الشفعه فيه، و يجعل محل الخلاف فيما عداه، و به يظهر قوه القول الذى نقله المحقق كما قدمنا ذكره فى جملة أقوال المسأله: و الله العالم.

تنبیه:

قال فى المسالك-بعد تمام البحث فى المسأله المذكوره-:إذا عرفت ذلك فقد اختلف القائلون بثبوتها مع الكثره، هل هى على عدد الرؤوس، أو على قدر السهام، صرح الصدوق بالأول، و نقله الشيخ عنهم مطلقا، و قال ابن الجنيد:الشفعه على قدر السهام من الشركه، و لو حكم بها على عدد الشفعاء جاز، و يدل على الأول

روايه طلحه بن زيد

«أن عليا(عليه السلام)قال:الشفعه تثبت على عدد الرجال».

أقول: و مثلها روايه السكونى أيضا كما تقدم، و به يظهر رجحان هذا القول على تقدير العمل بروايات الكثره، إلا أنك قد عرفت حمل الخبرين المذكورين على التقيه، و الكلام فى هذا الفرع لا محصل له على ما اخترناه.

الرابع [أن يكون مما يمكن قسمته]

-ما ذكره جملة من المتأخرين كالعلامه فى الإرشاد من أن من شروط الشفعه أن يكون مما يمكن قسمته، و نقل عنه فى التذكره أن هذا شرط عند أكثر علمائنا.

أقول:قد عرفت فى صدر المقصد الأول الخلاف فى هذا المقام، و أن المشهور بين المتقدمين و جملة من المتأخرين هو ثبوتها فى كل مبيع منقول أو غيره قابل للقسمه أم لا، فلعل ما نقل عن التذكره من نسبة هذا القول الى أكثر علمائنا يعنى المعاصرين له، و الا فإن ابن إدريس و من تقدم كما تقدم ذكره انما هم على خلاف ذلك، و شهره هذا القول بين المتأخرين كما تقدم نقله عنهم انما وقع بعد العلامه.

و بالجملة فإن نسبته الى أكثر علمائنا لا يخلو من الاشكال لما عرفت، و تحقيق الكلام فى هذا الشرط قد تقدم فى المقصد الأول

(١).

ص: ٣٠٦

(١-١) ص ٢٩٩.

قالوا: و هو كل شريك بحصه مشاعه قادر على الثمن، و يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلما.

أقول. و تفصيل هذه الجملة يقع فى مواضع

الأول [اشتراط الشركه بحصه مشاعه]

قد عرفت فى الشرط الأول من المقصد الثانى أن من شروط الشفعه الشركه بحصه مشاعه، فلا شفعه فيما قسم، و لا فى الجوار الا فيما تقدم من صوره الاشتراك فى الطريق، كما تقدم تحقيقه.

الثانى [المراد بالقادر على الثمن]

قالوا: المراد بالقادر على الثمن ما يشمل القدره بالفعل أو القوه، ليدخل فيه الفقير القادر على دفعه و لو بالاقتراض، و استشكلوا فى المماطل و الهارب، لصدق القدره عليهما بالفعل، فضلا عن القوه، فتصح الشفعه بناء على ذلك الحكم، الا ان اللازم من ذلك الضرر على المشتري، و الظاهر كما استظهره المحقق الأردبيلى عدم صدقه عليهما، لأنهما فى قوه العاجز عن الثمن بل أقبح، و من هنا قالوا: لو ماطل القادر على الأداء بطلت الشفعه، قالوا: و لو ادعى غيبه الثمن فان ذكر أنه ببلده، آخر ثلاثه أيام من وقت حضوره للأخذ، و ان ذكر أنه ببلد آخر أجل بمقدار ذهابه اليه و أخذه و عوده و ثلاثه أيام.

و الذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن على بن مهزيار (1) فى الحسن قال:

«سألت أبا جعفر الثانى عليه السلام عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض ان أراد بيعها أو يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: ان كان معه فى المصر فلينتظر به ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال و الا فليبيع و بطلت شفعتة فى الأرض، و ان طلب الأجل لى أن يحمل المال من بلد الى بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلده و ينصرف، و زياده ثلاثه أيام إذا قدم، فان وافاه و إلا فلا شفعه له.»

ص: ٣٠٧

و أنت خبير بأن مورد الروايه المذكوره انما هو الشفعه قبل البيع، و أن الذى ينتظر الشريك الذى يريد أن يبيع لا المشتري، و الأصحاب قد استدلوا بها على الشفعه بعده، و لعلهم قاسوا حال المشتري على البائع، و هو مشكل، و أيضا فظاهر الخبر الجواز، أعم من أن يكون فى ذلك ضرر أم لا، و هم قد قيدوا الجواز بعدم الضرر، و كأنهم قيدوا الخبر بذلك، لأنه منفى بالعقل و النقل و حينئذ فلو كان البلد بعيدا جدا و يتضرر بالتأخير فلا شفعه، و ما ذكره المحقق الأردبيلي (قدس سره) من المناقشه هنا الظاهر ضعفه (١).

الثالث [الشفعه فى ذوات القيم]

لا- خلاف بين الأصحاب كما نقله فى المختلف فى الثمن إذا كان من ذوات الأمثال تثبت الشفعه، إنما الخلاف فيما إذا كان من ذوات القيم، فذهب الشيخ فى الخلاف الى بطلان الشفعه، و نقله فى المبسوط عن بعض أصحابنا، و هو منقول أيضا عن الطبرسى و ابن حمزه، و اختاره العلامة فى المختلف (٢).

ص: ٣٠٨

١- ١) حيث قال: و ظاهر الروايه غير مقيد بعدم الضرر فكأنهم قيدوا بعدم الضرر، لأنه منفى بالعقل و النقل، لكنه غير ظاهر، لأننا نجد وقوعه فى الشرع كثيرا فليس له ضابط واضح خصوصا مع وجود النص. انتهى، و فيه أن ما ادعاه عن وقوعه فى الشرع كثيرا فى محل المنع، و مع تسليمه فيجب الاقتصار به على موضعه، و يخص به الدليل العقلى و النقلى الدال على عدم جوازه. و ما أطلق من هذه الروايه و نحوها يجب تخصيصها بالأدله المذكوره كما هو مقتضى القواعد المقرره، و بالجملة، فإن مناقشته بمحل من الضعف و النظر- منه رحمه الله.

٢- ٢) أقول: و يؤيد القول بالبطلان أن الشفعه انما يكون بمثل الثمن، و الثمن هنا ليس من ذوات الأمثال، و القائلون بالجواز انما يوجبون قيمه وقت العقد، و هى ليست مثل الثمن و المثل، و يشير الى ذلك أيضا روايه الغنوى المتقدمه فى المقصد الأول، و قوله فيها فهو أحق بها من غيره بالثمن، و هو انما يتحقق بالمثل، لان الحمل على الثمن الحقيقى متعذر فيصار حينئذ إلى أقرب المجازات و هو المثل و المحقق فى النافع بعد أن اختار جواز الشفعه نسب القول بسقوط الشفعه إلى روايه فيها احتمال، و قال بعض الأصحاب فى الاحتمال المذكور قصر الروايه على موردها و لا يخفى ما فيه من البعد سيما مع اعتضاد الروايه المذكور بما ذكرناه فى الأصل منه رحمه الله.

وقال الشيخ: بصحة الشفعة، وأنه يأخذ بقيمته، و به قال المفيد، و أبو الصلاح و ابن إدريس، و المحقق فى النافع، و الأقرب الأول تمسكا بما ذكرنا من الأصل المتقدم ذكره حتى يقوم الدليل على جواز الشفعة فى موضع البحث، و يدل عليه أيضا ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن ابن رئاب (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بز و جوهر قال: ليس لأحد فيها شفعه».

استند أصحاب القول الثانى إلى عموم ثبوت الشفعة، و فيه أن العموم مخصص بما ذكرناه من الدليل.

الرابع: هل يدخل الموقوف عليه فىمن يجوز له الأخذ بالشفعة أم لا؟

و توضيح ذلك أنه إذا كان بعض الدار أو الأرض وقفا و البعض الآخر طلقا، فان بيع الوقف على وجه يصح بيعه فالظاهر أنه لا إشكال فى أن للشريك و هو صاحب الطلق الشفعة، لوجود المقتضى و عدم المانع.

إنما الاشكال و الخلاف فيما إذا بيع الطلق، و قال السيد المرتضى (رضى الله عنه): لإمام المسلمين و خلفائه المطالبه بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين، أو على المساجد و مصالح المسلمين، و كذلك كل ناظر بحق فى وقف من وصى و ولى، له أن يطالب بشفعته.

و قال الشيخ (٢) فى المبسوط: إذا كان نصف الدار وقفا و نصفها طلقا فبيع الطلق

ص: ٣٠٩

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

٢- ٢) قال فى الكتاب المذكور: لو كانت الدار وقفا و بعضها طلقا فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليهم شفعه و لو كان واحدا، لانه ليس مالكا للرقبه على الخصوص انتهى. منه رحمه الله.

لم يستحق أهل الوقف الشفعه بلا خلاف، و تبعه المحقق فى الشرائع و الشهيد فى الدروس.

و قال ابن إدريس: ان كان الموقوف، عليه واحدا صحت الشفعه، و الا- فلا، و اختاره العلامة فى المختلف و احتج عليه بأنه مع الاتحاد يصدق شريك واحد فى بيع، فكان له الشفعه كالطلق، ثم نقل عن الشيخ الاحتجاج بعدم انحصار الحق فى الموقوف عليه، و بعدم الانتقال اليه.

قال: و الجواب المنع من المتقدمين و هذا القول هو المشهور بين المتأخرين، و الظاهر أن الخلاف المذكور مبنى على أنه هل ينتقل الوقف الى الموقوف عليه مطلقا، أو مع اتحاده، أو لا- مطلقا؟ فيرجع كل من الأقوال الثلاثة الى ذلك، الا أن الشهيد فى الدروس- مع اختياره فى الوقف انتقاله الى الموقوف عليه- حكم هنا بعدم الشفعه، معللا بنقص الملك، بمعنى أن تملك الموقوف عليه تملك ناقص، و لهذا لا ينفذ تصرفه فيه، فلا يتسلط على الأخذ بالشفعه.

و أورد عليه بأن المعبر فى ثبوتها، الشركه المتحققه بالملك فى الجملة، نقصه بالحجر على المالك فى التصرف لا ينافى كونه مالكا، و من ثم ثبتت لغيره ممن يجرى عليه فى التصرف. أقول: و المسأله لعدم النص فى محل الاشكال. و الله العالم.

الخامس [اشتراط إسلام الشفيع لو كان المشتري مسلما]

قد صرح جملة من الأصحاب: بأنه يشترط فى الشفيع الإسلام إذا كان المشتري مسلما، قالوا: لأن الشفيع انما يأخذ من المشتري قهرا و أخذه منه على وجه القهر سبيل على المسلم، و هو منفى بقوله عز و جل (١) «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»

و فيه أن المراد من الآيه المذكوره كما قدمناه فى كتاب البيع انما هو السبيل من جهه الحججه، كما ورد به النص فى تفسيرها عنهم عليهم السلام و ان كانوا (رضوان الله

ص: ٣١٠

عليهم) قد أكثروا من الاستدلال بها في مثل هذا الموضوع.

نعم يدل على ذلك ما رواه في الكافي و التهذيب عن السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام،

و رواه في الفقيه مرسلا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«ليس لليهود و لا للنصارى شفعه».

و قال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (٢)

«و لا شفعه ليهودى و لا نصرانى و لا مخالف».

و هو صريح في عدم جواز الشفعه للمخالف، و فيه رد على من حكم بإسلام المخالفين من أصحابنا (رضوان الله عليهم) فان الظاهر منهم بناء على حكمهم بإسلام المخالفين، ثبوت الشفعه لهم، و أما من يحكم من أصحابنا بكفرهم كما هو المشهور بين المتقدمين فلا، و كلامه عليه السلام هنا مؤيد لذلك، و فى التقييد فى نفى شفعتهم بكون المشتري مسلما إشاره إلى أنه لو كان المشتري منهم فلهم الشفعه، و هو كذلك بغير خلاف، و عليه يحمل إطلاق الخبرين المذكورين ايضا (٣) و الله العالم.

السادس [اشتراط قدره الشفيع على الثمن]

قد تقدم اشتراط قدره الشفيع على الثمن، و حينئذ فلو كان عاجزا عن الثمن فلا شفعه له، و يتحقق العجز باعترافه بذلك، و الظاهر أن المراد بالعجز ما هو أعم من إعساره عن الثمن، و العجز عن تحصيله، و لو على جهة القرض، بمعنى أنه عاجز عن تحصيله بكل وجه من الوجوه، لما تقدم من أن المراد بالقدره ما هو أعم من أن يكون بالفعل أو القوه، فيدخل فيه الفقير القادر على القرض.

و بذلك يظهر لك ما فى كلامه فى المسالك حيث قال -بعد أن حكم بتحقق العجز باعترافه: و فى تحققه بإعساره و جهان: أجمدهما العدم، لإمكان تحصيله

ص: ٣١١

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ التهذيب ج ٧ ص ١٦٦ الفقيه ج ٣ ص ٤٥.

٢- ٢) المستدرک ج ٢ ص ١٤٨.

٣- ٣) بمعنى ان إطلاق الخبرين دال على نفى الشفعه أعم من أن يكون المشتري مسلما أم لا- و لا- بد من تقييده بكونه مسلما، لعدم الخلاف فى جواز الشفعه لو كان منهم. منه رحمه الله.

بقرض و نحوه، مع أنه سابقا فسر القدره بما ذكرناه، من أنها أعم من القادر بالفعل أو القوه، ليدخل الفقير القادر على القرض.

و حينئذ فإذا كان الفقير القادر على القرض داخلا في القادر على تحصيل الثمن. فلا معنى للتردد في تحقق العجز بالإعسار حتى أنه يتردد هنا في ذلك، ثم يقول: و الأجد العدم، بل مقتضى ما قدمه أن المعسر ليس بعاجز، لإمكان تحصيله بالقرض فلا وجه للتردد بالكليه.

ثم أنه حكم في المسالك بأن المعسر ينظر ثلاثه أيام كمدعى غيبته، و فيه إشكال فإنه مع تسليم دلالة الروايه على ما ادعاه- مع ما عرفت آنفا من أن موردها انما هو الشفعه قبل البيع، فهى خارجه عن محل البحث، و محض قياس، فان مورد النص بناء على ما يدعيه غيبه الثمن، فالحاق المعسر به قياس محض.

نعم يمكن أن يقال: ان الروايه ليست صريحه فى أن التأخير من حيث غيبه المال، بمعنى أن المال موجود و لكنه غير حاضر، بل الظاهر منها ما هو أعم من ذلك و من عدمه بالكليه، لأنه قال فيها: «مذهب على أن يحضر المال فلم ينض (1)» أى لم يحصل فجز عليه السلام له النظره إلى ثلاثه أيام، و ظاهر عدم الحصول هو المعنى الثانى الذى ذكرناه.

ثم انهم حكموا بأن المماطل و الهارب كالعاجز لا- شفعه بهما، و المراد بالمماطل هو القادر على الثمن و لا- يؤدى، قال فى المسالك: و لا- يشترط فيه مضى ثلاثه أيام، لأنها محدوده للعاجز، و لا عجز هنا، و يحتمل الحاقه به بظاهر روايه على بن مهزيار (2) عن الجواد (عليه السلام) بانتظاره ثلاثه أيام حيث لم ينض الثمن.

انتهى.

ص: ٣١٢

١- ١) قال فى كتاب المصباح المنير: نض الثمر: حصل و تعجل، و قال ابن الفوتاه نض الشيء: حصل- الى أن قال- لأنه يقال ما نض يبدى من شيء: أى ما حصل انتهى. منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

و فيه ما عرفت آنفا ثم قال: و أما الهارب فان كان قبل الأخذ فلا- شفعه له، لمنافاته الفوريه على القول بها، و ان كان بعده، فللمشترى الفسخ، و لا يتوقف على الحاكم لعموم

«لا ضرر و لا ضرار».

السابع [ثبوت الشفعه للغائب و الصبي و المجنون]

قد صرح الأصحاب بثبوت الشفعه للغائب و الصبي و المجنون، و يتولى الأخذ وليهما مع الغبطه.

أقول: و يدل عليه بالنسبه إلى الغائب و الصبي

ما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله (عليه السلام) اما الكليني و الشيخ فبطريق السكوني (١) المتقدم في الموضع الخامس، و أما الصدوق فبالإرسال عنه (عليه السلام) في حديث قد تقدم ذكره في الموضع المشار اليه قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام: وصى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه، إذا كان له فيه رغبه: و قال للغائب شفعه» (٢). و كأنهم حملوا المجنون على الصبي، إلا أن ظاهر كلامهم أن ثبوت هذا الحكم لهؤلاء إنما هو بالأدله العامه، دون هذه الروايه.

قال في المسالك- بعد ذكر المصنف ثبوتها للغائب و السفیه و المجنون و الصبي- ما صورته: لا شبهه في ثبوتها لمن ذكر لعموم الأدله المتناوله للمولى عليه و غيره، و هو جيد، مؤيد بالروايه المذكوره، و حينئذ فثبوت الشفعه للغائب بعد حضوره و ان طال زمان الغيبه فيتولى الشفعه بنفسه.

قالوا: و لو تمكن من المطالبه في الغيبه بنفسه أو وكيله فكال حاضر، و في حكمه المريض الذي لا- يتمكن من المطالبه، و كذا المحبوس ظلما أو بحق يعجز عن أدائه، و فيه توقف، و أما الصبي و المجنون و السفیه فيطالب لهم الولي مع الغبطه كما أشار إليه في الروايه، لقوله «إذا كان له فيه رغبه» و الظاهر أنه لو ترك الولي

ص: ٣١٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٦ الكافي ج ٣ ص ٤٥.

٢- (٢) أقول فيه دلالة على ان الوصي بمنزله الأب حتى في الأخذ بالشفعه منه رحمه الله.

الأخذ مع الغبطه لم يسقط حقهم من الشفعه، بل لهم الأخذ بها بعد زوال المانع لأن التأخير وقع لعذر كالغائب.

الثامن [ثبوت الشفعه للولى إذا كان شريكا لليتم و باع ماله لمصلحته]

- لا إشكال فى أن لولى اليتيم أن يبيع ماله لمصلحته، كالإنفاق عليه و نحوه، سواء كان أبا أو جدا أو وصيا، انما الكلام فى ثبوت الشفعه للولى إذا كان شريكا لليتم فى ذلك الشقص، فقيل: لا يصح بالشفعه مطلقا، لرضا الولى بالبيع فإنه مسقط للشفعه و ان كان قبل العقد، و به صرح العلامة فى المختلف.

و فصل الشيخ فى المبسوط فقال: إذا باع ولى اليتيم حصته من المشترك بينه و بينه، لم يكن له الأخذ بالشفعه، الا أن يكون أبا أو جدا، لأن الوصى متهم، فيؤثر تقليل الثمن، و لانه ليس له أن يشتري لنفسه، بخلاف الأب و الجد، فإنهما غير متهمين، و لهما أن يشتريا لأنفسهما.

و ما ذكره الشيخ هنا من أنه ليس للوصى أن يشتري لنفسه كالأب و الجد منعه العلامة فى المختلف، فقال: و يجوز عندنا أن يشتري الوصى لنفسه كالأب و الجد.

و ظاهر المحقق فى الشرائع القول بالجواز مطلقا، و ظاهره فى المسالك الميل اليه، حيث أنه قرره و أوضحه، و لم يتعرض عليه، فأجاب عن إبطال الشيخ شفعه الوصى بالتهمة، بأن المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر، و أجاب عن تعليل العلامة البطلان برضا الولى، فقال: و لا يتم أن الرضا بالبائع قبله يسقط الشفعه، لأن ذلك تمهيد للأخذ بالشفعه و تحقيق لسببه، فلا يكون الرضا به مسقطا لها، إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضى الرضا بالمسبب، فكيف يسقطه، و المسألة لخلوها عن النص محل اشكال، و مرجع قول المحقق الى تفرغ الأخذ بالشفعه على جواز الشراء، و لا يخلو من قرب و الله العالم.

وفيه مسائل

الأولى [عدم توقف الشفعة على انقضاء الخيار]

-الظاهر أنه لا خلاف كما نقله فى المسالك فى أنه لو اشتمل البيع المشفوع على خيار و كان الخيار للمشتري فإن للشفيع الشفعة بنفس العقد، ولا يتوقف على انقضاء الخيار، قالوا: لأن انتقال الملك عن البائع يحصل بالعقد من غير توقف على انقضاء الخيار، و الشفعة مترتبة على صحة البيع و الانتقال إلى المشتري ليؤخذ منه.

و ظاهرهم سقوط خياره، لانتهاء الفائده من فسخه، لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن، و قد حصل من الشفيع بالشفعة، فلا ثمره تترتب على فسخه، بخلاف فسخ البائع، لأن غرضه الرجوع الى المبيع.

و أما لو كان الخيار للبائع أولهما، أو للبائع و أجنبي، فإن قلنا بانتقال المبيع بنفس العقد كما هو الأشهر الأظهر، ثبتت الشفعة، لحصول المقتضى، و هو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك، و انتهاء المانع، إذ ليس الا-الخيار و هو غير صالح للمانع، لأن غايته كون العقد بسبب الخيار متزلزلاً، و لم يثبت كونه مؤثراً فى المنع، و ان لم نقل بالانتقال بنفس العقد، بل يتوقف على مضى الخيار، كما هو قول الشيخ، فلا شفعه حتى ينقضى الخيار، لأن الشفعة مترتبة على الانتقال و الملك، و هو لا يحصل الا بعد مضى الخيار.

ثم انه على تقدير القول المشهور من الانتقال بنفس العقد، فهل يسقط خيار البائع بالأخذ بالشفعة؟ لان انتقال الملك عن المشتري، لأن البائع إذا فسخ انما يرجع على المشتري، و الحال أن المبيع قد خرج عن ملك المشتري، و صار الى مالك آخر أم لا يسقط؟ لأن الأصل بقاء الخيار، فان فسخ البائع أو ذو الخيار بطلت الشفعة، و ان لم يفسخ حتى انقضت مدته الخيار ثبتت الشفعة، قولان: و ثانيهما لا يخلو من قوه، و هو اختياره فى المسالك.

بقى هنا شيء ينبغى التنبيه عليه، و هو أن ما ذكرنا من التفصيل من كون الخيار

للمشتري أو للبائع، وأنه على الأول ينتقل المبيع إلى المشتري، بخلاف الثاني لما فيه من الخلاف، صرح به الشيخ في الخلاف و المبسوط في باب الشفعة، مع أنه في الخلاف في باب الخيار من كتاب البيع قال: إنه إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول.

و مقتضى هذا الكلام التسوية عنده بين البائع و المشتري في عدم ثبوت الشفعة مع الخيار مطلقا، لعدم انتقال الملك إلى المشتري، و الشفعة متوقفة على ذلك كما اعترف به هو و غيره، إلا- أنه لما كان هذا القول لم يقل به غيره- مع موافقته في باب الشفعة من الخلاف و المبسوط على ما قدمنا نقله عنه- لم يتحقق الخلاف في المسألة زياده على ما قدمناه من التفصيل

الثانيه [استحقاق الشفع لمجموع الشقص المشترك]

-لا يخفى أن مقتضى الأدله الداله على الشفعة، هو استحقاق الشفع لمجموع الشقص المشترك إذا أخذه بالشفعة، و أن ذلك حقه شرعا، و حينئذ فهل له تبعيض حقه بأن يشفع في بعضه و يترك بعضا أم لا-؟ ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف هو الثاني، لما في التبعيض من الإضرار بالمشتري، و لا يناسب بناء الأخذ بالشفعة الذي شرع لدفع الإضرار على الإضرار.

و الأظهر في تعليل ذلك انما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدله العقلية و النقلية كتابا و سنه هو عدم الأخذ بالشفعة، فيقتصر في جواز الأخذ بها على ما قام عليه الدليل، و الاخبار الواردة بالشفعة على كثرتها و تعددها انما وردت باعتبار المجموع، و ما عداه تبقى صحته موقوفه على الدليل.

و مما فرعه على ذلك أنه لو قال: أخذت نصف الشقص بناء على اعتبار وجوب الفوريه، بطلت شفعتة، لأن المأخوذ لا تصح الشفعة فيه لما عرفت، و أما الباقي فإن ظهر منه إسقاط حقه منه فظاهر، و الا فقد حصل التراخي الموجب لفوات الفوريه، و حينئذ فتبطل الشفعة في الجميع.

و ربما قيل بالصحه في الجميع إذا وقعت الشفعة على الوجه المذكور نظرا

الى أن أخذ البعض يستلزم أخذ الجميع لعدم صحه أخذه وحده، و ضعفه ظاهر، لمنع الاستلزام، و جواز تعلق الغرض بالبعض خاصة.

الثالث [أخذ المال بالثمن الذى وقع العقد عليه]

-مقتضى الأدله و به صرح الأصحاب أنه يأخذه بالثمن الذى وقع العقد عليه و ان كان قيمه الشقص المشفوع فى حد ذاته أكثر أو أقل و لا- يلزمه ما يغرمه المشتري من المؤن كأجره الدلال و الوزان و نحو ذلك، و المراد من أخذه بالثمن يعنى مثله، لعدم إمكان الأخذ به نفسه غالباً.

الرابع [لو كان قيماً هل تصح الشفعه أم لا؟]

-يدفع الشفيع مثل الثمن لو كان الثمن مثلياً كالذهب و الفضة بلا خلاف، و انما الخلاف فيما لو كان قيماً كالحيوان و الثوب و الجواهر و نحوها، فهل تصح الشفعه أم لا؟ و قد تقدم نقل الخلاف المذكور فى الموضوع الثالث من سابق هذا المقصد (1) و ذكرنا أن الأقرب لعدم، إلا أن لشيخنا الشهيد الثانى هنا فى المسالك كلاماً يتضمن نصره القول بالصحة لم ننقله فيما سبق، و لا بأس بنقله، و بيان ما فيه.

قال بعد الطعن فى روايه ابن رثاب المتقدمه: و دلالتة على موضع النزاع ممنوعه، فان نفى الشفعه أعم من كونه بسبب كون الثمن قيماً أو غيره، إذ لم يذكر أن فى الدار شريكاً، فجاز نفى الشفعه لذلك عن الجار و غيره، أو بكونها غير قابله للقسمه أو لغير ذلك. و بالجملة فإن المانع من الشفعه غير مذكور و أسباب المنع كثيره فلا وجه لحملة على المتنازع أصلاً، و العجب مع ذلك من دعوى أنها نص فى الباب، مع أنها ليست من الظاهر فضلاً عن النص انتهى.

أقول: لا- يخفى على المتدرب فى الصناعه، و المتأمل فى الاخبار بعين التدبر و الاعتبار أن الأجوبه فيها انما تخرج على وفق ما يفهم من الاسؤاله و ما يظهر منها.

و من الظاهر أن السؤال فى الروايه المشار إليها انما أريد به من حيث الشراء

ص: ٣١٧

بذلك الثمن، وأنه هل يجوز الشفعة إذا كان الشراء بهذا الثمن أم لا؟ ولو كان المراد من السؤال معنى آخر من كون الدار لا شريك فيها، وأن المراد نفى الشفعة بالجوار لما كان لذكر قيمه وجه بالكليه، وكان حق السؤال التصريح بذلك، وأن يؤتى بعبارة تؤدي هذا المعنى، والافان فهمه من عباره الخبر انما هو من قبيل التعميه، والألغاز الذى هو بعيد عن الحقيقه بمراحل بل المجاز.

و بالجمله فإن غايه ما يتعلق به هنا هو إطلاق الشفعه فى الدار من غير تصريح بكونها مشتركه، ومثل هذا الإطلاق فى الاخبار أكثر كثير، اعتمادا على قرائن الحال وقت السؤال، كما لا يخفى على الناظر فيها، وسياق السؤال فى الخبر المذكور ظاهر فيما قلناه، وهو الذى فهمه من عداه من الأصحاب كالشيخ والعلامه وغيرهما.

و استدلال جمله من الأصحاب منهم العلامه فى المختلف على المنع أيضا بحسنه هارون بن حمزه الغنوى المتقدمه، بقوله فيها «و هو أحق بها من غيره بالثمن» وهو انما يتحقق فى المثلى، لأن الحقيقه غير مراده إجماعا، فيحمل على أقرب المجازات إلى الحقيقه وهو المثل.

ثم انه على تقدير القول بثبوت الشفعه مع كون الثمن قيميا فهل المعتبر قيمته وقت العقد؟ لانه وقت استحقاق الثمن، والعين متعذره، فوجب الانتقال إلى قيمه، أو المعتبر وقت الأخذ؟ لوجوبه حينئذ على الشفيع، فيعتبر قيمته وقت الوجوب بتعذر العين، أو يعتبر الأعلى من وقت العقد الى وقت الأخذ كالغاصب؟ أقوال:

أضعفها الأخير و أشهرها الأول.

الخامسه [وجوب دفع الشقص المشفوع بعد الشفعه ما لم يدفع الشفيع الثمن]

ظاهر متأخرى الأصحاب أنه يجب على المشتري دفع الشقص المشفوع بعد الشفعه ما لم يدفع الشفيع الثمن، فاعتبروا هنا دفع الثمن أولا، ولم يعتبروا ذلك فى غير باب الشفعه من المعاوضات كالبيع وغيره، بل صرحوا ثمه بوجوب التسليم على الجميع من غير أولويه تقدم أحدهما على الآخر.

قيل: و وجه الفرق بين الشفعه و غيرها لأن الشفعه معاوضه قهریه، أخذ العوض

فيها بغير رضا المشتري، فجب وهن قهره بتسليم الثمن إليه أولاً، بخلاف البيع، فان مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبدأه من الآخر.

قال شيخنا في المسالك و نعم ما قال: و هذه في الحقيقه عله مناسبه، لكن لا دلالة في التعويض عليها، و إثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من اشكال.

نعم اعتبرها العامه في كتبهم و هي مناسبه على قواعدهم، و لو قيل هنا المعبر التقابض كالبيع كان وجهها انتهى.

و كيف كان فالظاهر أن الشفيح يملك الشقص بمجرد الشفعه، كما أن المشتري يملك المبيع بمجرد العقد، لكن هل يتم الملك بمجرد الأخذ القولي بدون تسليم الثمن، أم يتوقف على التقابض؟ قولان: و على الأول هل يكون دفع الثمن جزءاً من السبب للملك؟ أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي؟ وجهان: و يظهر الفائده في النماء المتخلل، و الأقرب أن الكلام هنا كما حققناه في البيع من أن كلا منهما قد وجب عليه تسليم ما انتقل عنه الى صاحبه، و لا أولويه في تقدم أحدهما على الآخر، و عدم دفع أحدهما لو أحل بما وجب عليه، لا يقتضى جواز التأخير للآخر مع وجوب الدفع عليه و الله العالم.

السادسه [وجوب الفوريه في الشفعه]

- المشهور وجوب الفوريه في الشفعه، و هو مذهب الشيخ في النهايه و الخلاف و المبسوط، و به قال ابن البراج و ابن حمزه و الطبرسي و علامه، و نقله في المختلف عن والده، و ادعى الشيخ عليه الإجماع.

و قال السيد المرتضى (رضى الله عنه) أنها على التراخي، و لا تسقط إلا بالإسقاط، و ادعى عليه الإجماع، و به قال ابن الجنيد، و الشيخ على بن بابويه، و ابن إدريس، و ظاهر كلام أبي الصلاح، و بالأول قال الشهيدان في اللمعه و شرحها، و المحقق في الشرائع و غيرهم.

و ظاهر الشهيد الثاني في المسالك التوقف في المسأله، و في الدروس بعد أن نقل أولاً القول بالفوريه عن الشيخ و اتباعه، ثم نقل العدم عن المرتضى و من

تبعه، قال: و لم نظفر بنص قاطع من الجانبين، و لكن فى روايه على بن مهزيار (١) دلالة على الفور مع اعتضادها بنفى الضرر عن المشتري، لأنه ان تصرف كان معرضا للنقص، و ان أهمل انتفت فائده الملك، الى أن قال: و الوجه الأول لما اشتهر من

قوله صلى الله عليه و آله (٢)

«الشفعة كحل عقال». أى إذا لم يتدرفات كالبعير يحل عقاله انتهى.

و ظاهر صدر كلامه التوقف فى المسأله، لعدم النص القاطع، و فى آخر كلامه جزم باختيار القول الأول، للخبر الذى ذكره مع أنه عامى كما صرح به الشهيد الثانى فى الروضه، و هو كذلك فانا لم نقف عليه فى كتب أخبارنا.

احتج القائلون بالقول الأول بأن الأصل عدم الشفعه، و عدم التسلط على ملك الغير بغير رضاه، فيفتقر فيها على موضع الوفاق، و لأن التراخى فيها لا ينفك عن ضرر على المشتري، فإنه لا يرغب فى عماره ملكه مع علمه بتزلزله، و انتقاله عنه فيؤدى إلى تعطيل حكمه ملكه، و ذلك ضرر عظيم.

و احتج فى المختلف أيضا على ذلك بروايه على بن مهزيار التى أشار إليها فى الدروس بأن فيها دلالة ما، و هذه الروايه قد تقدمت فى صدر المقصد الثالث، قال بعد إيرادها، ووجه الاستدلال أنه عليه السلام حكم ببطلان الشفعه بعد مضى ثلاثه أيام، و لو كان حق الشفعه ثابتا على التراخى لم تبطل شفيعته، بل كانت تثبت له متى حصل الثمن، لأنها تثبت كذلك و ان لم يطالب، فلا تؤثر المطالبه بها الذى هو أحد أسباب وجودها فى عدمها.

احتج الآخرون بالإجماع الذى ادعاه المرتضى، و بأن البيع سبب فى استحقاق الشفعه، و الأصل ثبوت الشىء على ما كان عملا بالاستصحاب.

قال المرتضى (رضى الله عنه): و يقوى ذلك أن الحقوق فى أصول الشريعة و فى العقول أيضا لا تبطل بالإمساك عن طلبها، فكيف خرج حق الشفعه عن أصول

ص: ٣٢٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٥ ط دار احياء الكتب العربيه سته ١٣٧٣.

الأحكام الشرعيه و العقليه،فإن من لم يطلب دينه أو وديعته لا يبطل حقه بالتغافل عن الطلب ثم أجاب عن الضرر على المشتري- الذى احتج به الأولون-بأنه يمكنه التحرز عن ذلك بأن يعرض المبيع على الشفيع،و يبذل تسليمه اليه،فاما أن يتسلم،أو يترك الشفعه،فيزول الضرر على المشتري،فان لم يفعل المشتري ذلك كان التفريط من قبله،ثم أطال كما عاداته هي(قدس سره)بأدله أخرى أيضا،و أجاب فى المختلف عن ذلك بما يطول بنقله الكلام.

و التحقيق أن المسأله لعدم النص الواضح محل اشكال،و ان كان القول الأول لاعتضاده بالأصل الذى قدمنا ذكره فى غير موضع مما تقدم،مع اعتضاده بالاحتياط الذى هو واجب فى موضع الاشتباه الذى منه خلو المسأله من الدليل لا يخلو من قرب.

و أما استدلال العلامه على هذا القول بروايه على بن مهزيار بالتقريب الذى ذكره،فيمكن معارضته بأنه لو كانت الفوريه واجبه لما رخص فى التأخير ثلاثه أيام ايضا.

السابعه- [بطلان الشفعه] حيث تعتبر الفوريه [و أهمل مع العلم]

فإذا علم و أهمل مختارا بطلت شفعتة،و يعذر جاهل الفوريه كما يعذر جاهل الشفعه،و يقبل دعوى الجهل ممن يمكن فى حقه عاده و كذا لا يقدح فيها تأخيره لعذر يمنع المباشره أو التوكيل.

و من الأعذار التى صرح بها الأصحاب فى هذا الباب ما لو ترك لتوهمه كثره الثمن لاماره أو جبتة،كاخبار مخبر ثم ظهر كذبه و نحو ذلك،لا مجرد الاحتمال،فإن الشفعه باقيه الى حين العلم بالحال،فتصير فوريه على القول بها و انما كان ذلك عدرا،لأن قلبه الثمن مقصوده فى المعاوضه،و مثله ما لو أعتقده ذهابا فبان فضه،أو حيوانا فبان قماشاً،و نحو ذلك،فإن الأغراض قد يتعلق بجنس دون آخر لسهولته، و كذا لو كان محبوسا بحق عاجز عنه،بخلاف ما لو كان قادرا،فان التقصير من

من قبله (١) وأولى منه الحبس بظلم، لكن الظاهر أنه يشترط في هذين (٢) عجزه عن الوكالة.

ثم انه ينبغي أن يعلم أن وجوب المبادره على تقدير الفوريه ليس المبادره بكل وجه ممكن، بل المرجع فيه الى العاده و العرف، فيكفى مشيه إلى المشتري لأخذ الشفعه بالمعتاد و ان قدر على الزيادة، و انتظار الصبح لو علم ليلا، و لا يمنع من ذلك أيضا الصلاه إذا حضر وقتها، و كذا مقدماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه.

و منها انتظار الجماعه، و انتظار زوال الحر و البرد المانعين، و الخروج من الحمام لو علم فيه بعد قضاء وطره، و تحرى الرفقه حيث يكون الطريق مخوفا و المشتري في غير البلد، و السلام على المشتري بعد الدخول عليه بل التحيه المعتاده و نحو ذلك. هذا كله مع غيبه المشتري عنه في حال العلم، أما مع حضوره فلا يعد شيء من هذه عذرا، لان قوله أخذت بالشفعه لا ينافي شيئا من ذلك.

الثامنه [عدم سقوط الشفعه بتقابل المتبايعين]

قد صرح الأصحاب رضوان الله عليهم، من غير خلاف يعرف أنه لا تسقط الشفعه بتقابل المتبايعين (٣)، لان استحقاق الشفعه قد حصل بالعقد، فحق الشفعه متقدم، نعم لو عفى الشفعه سقطت الشفعه من جهه الشراء، و هل يتجدد بالإقاله بناء على انها بيع مطلقا أو في حق الشفعه؟ الأشهر الأظهر العدم، لعدم كون الإقاله بيعا، و انما هي فسخ كما تقدم تحقيقه في بعض نكت الفصل الثاني عشر من كتاب البيع.

و لو قلنا بأنها بيع أخذ الشقص من البائع بعد الشفعه، ثم انه ان حصل التقايل

ص: ٣٢٢

١- ١) و انما كان التقصير من قبله لانه يجب عليه دفعه الثمن ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه. منه رحمه الله.

٢- ٢) يعنى من الحبس بحق هو عاجز عنه منه رحمه الله.

٣- ٣) بل الظاهر أنه لا خلاف فيه منه رحمه الله.

قبل علم الشفيع بالشفعه لم تسقط بالإقاله، (1) لما عرفت من سبق حق الشفيع فله فسخ الإقاله، والأخذ من المشتري على قاعده الشفعه، ودرکه على المشتري كما لو يكن ثمه إقاله، فان درك المشفوع فى جميع أفراد الشفعه على المشتري، فلو ظهر استحقاق الشقص رجع عليه بالثمن وغيره مما يغرمه، و لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه ثم إقباضه الشفيع بل الشفيع يقبضه من البائع، لانتقال الحق إليه فقبضه كقبض المشتري.

و على كل حال فيبقى الدرک على المشتري، و كما لا تسقط الشفعه بالتقاييل، فكذا لا تسقط بيع المشتري، و لا وقفه و لا جعله مسجداً، و لا نحو ذلك من تصرفاته، لأنها و ان كانت صحيحه من حيث أن المشفوع ملكه، لكن لا يبطل ذلك حق الشفيع لسبقه على هذه التصرفات فمتى أخذ بالشفعه بطل ما سبقها من التصرفات.

بقى الكلام فى أن تصرف المشتري ان كان مما تثبت فيه الشفعه كالبيع، فالظاهر من كلامهم أنه يتخير الشفيع بين أخذه من المشتري الأول أو الثانى أو الثالث، و هكذا لو تعدد، لان كل واحد من البيوع المتعدده سبب تام فى ثبوت الشفعه.

ثم ان أخذ الشفيع بالشراء الأول وقع الثمن الأول و بطل المتأخر مطلقاً، و ان أخذ بالشراء الأخير أخذها بثمنه، و صح السابق عليه مطلقاً، لان الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه. و ان أخذ من المتوسط أخذ بثمنه، و صح ما تقدمه، و بطل ما تأخر عنه.

و ان كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعه، كالوقف و الهبه و الإجاره فللشفيع نقضه و أخذ الشقص بالشفعه، لسبق حقه، و الثمن فى الهبه للواهب لازمه كانت أو

ص: ٣٢٣

١-١) لأنه فى صوره الإقاله صار مشترياً، فان بالإقاله على تقدير كونها بيعاً يصير المشتري بائعاً و البائع مشترياً منه رحمه الله.

جائزه، و المتصدق، و لا خلاف عندهم فى هذه الأحكام، و انما نقلوا الخلاف فى بعضها عن بعض العامه حيث صرحوا بصحه التصرف بالبيع و الوقف و نحوهما، و أبتلوا الشفعه بعض آخر منهم حيث حكموا بىطلان التصرف المشتري و الله العالم

التاسعه [حكم ما لو انهدم البيت أو عاب]

قالوا: لو انهدم البيت أو عاب فهنا صور، أحدها أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبه الشفيع بالشفعه، و لا يحصل معه (١) تلف شىء من العين، و المشهور أن للشفيع الخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك، لأن المشتري إنما تصرف فى ملكه تصرفاً سائغاً، فلا يكون مضموناً عليه.

و العائب (٢) لا يقابل بشىء من الثمن فلا يستحق الشفيع فى مقابلته شيئاً كما لو تعيب فى يد البائع، فإن المشتري يتخير بين الفسخ، و بين الأخذ بمجموع الثمن، و قيل بضمانه على المشتري، لأن حق الشفيع قد تعلق به بمجرد البيع و ان لم يطالب، و المطالبه إنما تفيده تأكيداً كما تضمن الراهن الرهن إذا جنى عليه.

و ثانيها- أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد المطالبه بالشفعه، و المشهور أنه يضمن النقص بمعنى سقوط ما قابله من الثمن، لأن الشفيع قد استحق أخذ المبيع كاملاً بالمطالبه، و تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له.

و قيل: بعدم الضمان، و هو ظاهر الشيخ فى المبسوط استناداً الى ان الشفيع

ص: ٣٢٤

١- ١) و انما هو مثل شق الجدار، و افك الجذع و نحو ذلك، أما لو تضمن تلف شىء من العين فإنه يضمن بحصته من الثمن لو اختار الشفيع الأخذ بالشفعه، لأن الثمن فى مقابلته العين، فإذا تلف منها شىء سقط من الثمن بنسبه التالف فيضمنه المشتري حينئذ- منه رحمه الله.

٢- ٢) قوله و العائب لا يقابل بشىء من الثمن، كأنه جواب عن سؤال مقدر بأن يقال: ان الشفيع يأخذه بالشفعه، و لكن ينقص من الثمن ما قابل العائب، و أجاب بأن الثمن انما جعل فى مقابلته الصحيح دون العائب، و لهذا لو بقيت فى يد البائع تخير المشتري بين الفسخ و الأخذ بالثمن كاملاً، دون أخذ الصحيح بما يلحقه من الثمن كما ذكرناه- منه رحمه الله.

لا يملك بالمطالبة بل يملك الأخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً، فلا يتعقبه الضمان، و رد بأن التصرف في الملك لا ينافي ضمانه كتصرف الراهن، و هذا منه لاشتراكهما في تعلق حق العين.

و ثالثها- أن يكون ذلك بفعل غيره، سواء كان قد طالب الشفيع أم لا، فإنه يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن، و الترك، لأنه لا تقصير من المشتري، و لا تصرف حال استحقاق الغير، و وجه الضمان المذكور في الصورة الأولى آت هنا، إلا أنه هنا أضعف باعتبار أن العيب بغير فعل المشتري.

أقول: و قد ورد في هذه الصورة ما يدل على ما ذكره، و هو ما رواه

الشيخ في التهذيب في الصحيح عن الحسن بن محبوب (1) عن رجل قال:

« كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاعاً غير مقسوم، و كان شريكه الذي له النصف الأخر غائباً، فلما قبضها و تحول عنها تهدمت الدار و جاء سيل جارف و هدمها و ذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفيعه من هذا فأعطاه الشفيعه على أن يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال له: ضع عنى قيمه البناء، فان البناء قد تهدم و ذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك؟ فوقع عليه السلام ليس له الا الشراء و البيع الأول إنشاء الله. و ما تقدم في الصورتين السابقتين من القول المشهور فيهما و ان لم يرد به نص، إلا أنه موافق للقواعد الشرعيه و الله العالم.

العاشره [الخلاف في أن الشفيعه هل تورث أم لا؟]

-اختلف الأصحاب في أن الشفيعه هل تورث أم لا؟ فقال: الأكثر منهم الشيخ المفيد و السيد المرتضى (رضى الله عنهما) انها تورث كالأموال، و به قال ابن الجنيد، و قال الشيخ في النهايه و الخلاف أنها لا تورث، و به قال ابن البراج و الطبرسى و ابن حمزه.

و للشيخ قول آخر في كتاب البيوع من الخلاف يدل على انها تورث حيث قال: خيار الثلاثه موروثة، و كذا إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفيعه قام وارثه

ص: ٣٢٥

مقامه، و هو اختيار ابن إدريس و العلامه فى المختلف و هو المشهور بين المتأخرين و به صرح فى المسالك، و احتجوا على ذلك بآيات الإرث (١) الداله على إرث ما ترك (٢) و حق الشفعه من جمله المتروكات كما دخل فيه الخيار الثابت بالمورث بالإجماع، و الشفعه فى معنى الخيار ثبتت لدفع الضرر، و احتج فى المسالك أيضا بقوله (٣) صلى الله عليه و آله ما ترك الميت من حق فهو لوارثه» قال: و هى أوضح دلالة من الآية.

احتج الشيخ بما رواه

فى التهذيب عن طلحه بن زيد (٤) عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام فى حديث قال:

«لا تورث الشفعه». و احتج أيضا بأن ملك الوارث متجدد على الشراء فلا يستحق شفعه، و أجيب عن الروايه بضعف السند و أن طلحه بترى، و عن الثانى بأن الوارث يأخذ ما استحقه مورثه و حقه، فلا يقدر تجدد ملكه.

أقول: و المسأله لا يخلو من توقف، فان ثبت الحديث النبوى الذى رواه فى المسالك من طرقنا فإنه لا يحضرنى الان ذلك، فالقول الأول أصح، و الا فالمسأله محل إشكال، لمعارضه الأدله المذكوره لروايه طلحه، و ردها بضعف السند جيد

ص: ٣٢٦

١-١) سورة النساء الآيه ١١-١٤-١٧٦.

٢-٢) و اما الآيات فإن إطلاقها يحمل على الافراد الشائعه المتكرره، لما تقرر عندهم فى أمثال هذه المواضع، دون الأفراد الشاذه النادره، و من الظاهر ان الافراد المتكرره انما هى أعيان الأموال دون الحقوق، و أما الشفعه فى الخيار فان ثبت بدليل شرعى - فوجوب العمل بها فيه - لا يقتضى حمل غيره عليه، فإنه قياس محض، و الاشتراك فى العله المذكوره لا يوجب ذلك، مع أنها غير منصوبه، و بالجمله فإن باب المناقشه فى ذلك غير منسد، و يظهر من المحقق الأردبيلى الميل الى القول بالعدم، من حيث عدم الدليل الواضح على القول المشهور، قال: إذ شمول آيه الإرث لها غير ظاهر، و هو مؤيد لما ذكرناه بالنسبه إلى استدلالهم بآيات الميراث و الله العالم منه رحمه الله.

٣-٣) ما اثرنا على هذه الروايه بعد الفحص فى مظانها.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

على الاصطلاح المحدث، واما على طريقه القدماء و المحدثين فلا، فتبقى المعارضه بينها و بين ما ذكر من الأدله المشار إليها، مع ما يتطرق إلى الأدله المشار إليها من المناقشه، و إمكان تأييد روايه طلحه المذكوره بما قدمناه من أن مقتضى الأدله العقلية و النقلية عدم جواز الشفعه إلا ما دل عليه دليل واضح.

ثم أنها على تقدير القول المشهور لو مات و خلف زوجه (1) و ابنا قال الشيخ فى المبسوط تفريعا على هذا القول: ان الإرث على فريضه الله فللزوجه الثمن، و قيل: انه كذلك على رأى من يقول الشفعه فى صوره الكثره على قدر السهام، أما من يقول بأنها على عدد الرؤس، فإنه يجعلها فى المثال المذكور نصفين بين الزوجه و الولد، كما يظهر من المبسوط أيضا، فحينئذ تصير المسأله خلافية، و قد تقدم نقل الخلاف المذكور بالنسبه إلى الشفعه مع الكثره فى آخر المقصد الثانى، و الأظهر كما صرح به الأكثر أنها هنا على تقدير القول المذكور على قدر السهام و ان لم نقل به فى كثره الشركاء، لظهور الفرق بين الموضوعين، لان كل واحد من الورثه لا يستحق الشفعه باعتبار نفسه، بل باعتبار مورثه، و مورثه مستحق للجميع، و قد انتقل عنه الى ورثته فيجب أن يثبت لهم على حد الإرث، فهم بالإرث يأخذون لا بالشركه، و لهذا أثبتنا هنا من لم يثبت الشفعه مع الشركه، و المراد بحق الشفعه الذى هو محل البحث هو مجرد استحقاق الشفعه، و ان لم يأخذ بها الشفيع قبل موته، فان لوارثه أن يأخذ بها كما هو صريح عباره الشيخ المتقدم نقلها من كتاب الخلاف، و بطريق الاولى ما لو أخذ بها قبل الموت و لكن لم يقبض و لم يتصرف.

قالوا: و لو عفى أحد الورثه عن نصيبه من الشفعه لم يسقط الشفعه، لأن

ص: ٣٢٧

١-١) قال فى المسالك: و خص المثال بالزوجه لدفع توهم أنها لا تورث من الشفعه من حيث أنها ممتنع فى الجمله من بعض المتروكات، أقول: هذا المثال قد ذكره الشيخ فى المبسوط و تبعه الجماعه فى التمثيل به، و شيخنا المذكور ذكر وجه النكته فى اختياره دون غيره من أمثله الميراث-منه رحمه الله.

الحق للجميع فلا- يسقط حق واحد بترك غيره، و كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، لانه لا- يجوز تبعض الصفقه على المشتري، فالمستحق اما أن يأخذ الجميع أو يتركه.

قيل: و يحتمل هنا سقوط حق الآخر بعفو صاحبه و ان لم نقل بذلك في الشريكين، لان الوارث يقوم مقام المورث، فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض، فيسقط الباقي.

و رد بأن الشركاء، في الإرث يصيرون بمنزله الشركاء في أصل الشفعه، لأنها شفعه واحده بين الشركاء سواء كان بالإرث أو بالشركه، و لا يسقط من البعض بعفو البعض، بخلاف عفو المورث عن بعض نصيبه، فان حقه في المجموع من حيث هو مجموع لا في الأبعاض، فعفوه عن بعض حقه كعفوه عن جميعه.

و ظاهر المحقق الأردبيلي «قدس سره» المناقشه في أصل هذا الحكم، حيث قال: و لو ترك بعضهم و عفى لم يسقط حق الباقيين، بل لهم الأخذ، و لكن أخذ الجميع أو الترك، و ليس لهم أخذ حصتهم فقط، للزوم التشقيص و التبعض الممنوع منه عندهم فتأمل، فإن الأصل و الاستصحاب يقتضى جواز أخذ الحصة فقط، و لعل عدم التبعض مجمع عليه، و الا فالقول به متوجه انتهى.

و بالجملة فالمسأله لعدم النص الواضح في أصلها محل اشكال كما عرفت، و في فروعها أشكال و الله العالم.

الحاديه عشر [حكم ما لو حمل النحل بعد الابتاع فأخذه الشفيع قبل التأبير]

-لو حمل النحل بعد الابتاع فأخذه الشفيع قبل التأبير قال الشيخ: الطلع للشفيع، لانه بحكم السعف، و لانه يتبع الأصل في البيع، فكذا هنا، لأن المقتضى للتبعيه هناك ليس الا كونه جزءا من المسمى، و رده المتأخرون بأن هذا الحكم مختص بالبيع، و قوفا على مورد النص، فإلحاق غيره به قياس، و كونه بحكم السعف ممنوع، و كذا دعواه كونه جزءا من المسمى، و المقتضى في البيع انما هو النص.

و ظاهرهم أنه لا خلاف في أن الثمره إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ

بالشفعة يكون للمشتري و ان بقيت على الشجرة، لأنها بحكم المنفصل، و منه ثمره النخل بعد التأبير، أما قبله فقد عرفت خلاف الشيخ في ذلك، فيكون هذا الفرد مستثنى من الإجماع المشار اليه.

و الحق كما عرفته- أن حكمها بالنسبه إلى الشفعه قبل التأبير كحكمها بعده في كونها للمشتري غير داخله في الشفعه، و على هذا فيكون الطلع غير مؤبر وقت الشراء للمشتري، فإن أخذه الشفيع و هو بتلك الحال بقى للمشتري، كما لو أخذه بعد التأبير، و يكون البيع في هذه الصوره بمنزله ما إذا ضم غير المشفوع، فيأخذ الشفيع المشفوع و هو غير الثمره بحصته من الثمن، و طريقه كما تقدم في غير موضع أن تقوم المجموع، ثم يقوم الثمره و تنسب قيمتها الى المجموع، و يسقط من الثمن بتلك النسبه.

الثانيه عشر [إذا باع الشريك الذى له الشفعه نصيبه من المال المشترك قبل الأخذ بالشفعه]

اشاره

قد صرح الأصحاب «رضوان الله عليهم»، بأنه إذا باع الشريك الذى له الشفعه نصيبه من المال المشترك قبل الأخذ بالشفعه فهنا صورتان

الاولى - أن يكون يبعه بعد العلم بالشفعه

و حصول شرائطها و شرائط فوريتها على تقدير القول بالفوريه، و لا إشكال في بطلان شفعتها، أما على تقدير الفوريه فلفواتها بالاشتغال بالبيع، لانه محل بالفوريه، و أما على تقدير عدم الفوريه، فلان السبب في استحقاق الشفعه الملك، و قد زال فيزول معلوله.

الثانيه أن يكون قبل العلم بالشفعه

و مثله أيضا ما لو كان قبل ثبوت الفوريه فيها لما تقدم من الاعذار، كعدم العلم بقدر الثمن، أو جهله بالفوريه أو نحو ذلك، فباع و الحال هذه ففي بقائها مطلقا، أو زوالها مطلقا، أو التفصيل أقوال:

أحدها ما اختاره المحقق في الشرائع من بقائها مطلقا، لان الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه، فيستصحب لأصالة عدم السقوط، و لقيام السبب المقتضى له، و هو الشراء، فيجب أن يحصل المسبب.

و بهذا القول صرح الشيخ في المبسوط أيضا، حيث قال: الاولى ثبوت الشفعه، لأنها وجبت له أولا و لم يوجد سبب إسقاطها و الأصل بقاؤها.

و ثانيها سقوطها، و هو اختيار العلامه و جمع من الأصحاب، و علوه بأن السبب في جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده، بل هو مع الشركه، و قد زال أحد جزئي السبب فتزول، و لا يكفى وجودها حال الشراء، بل لا بد من وجودها حال الأخذ بالشفعه،

لقوله عليه السلام

«لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم». فلو أثبتنا له الشفعه بعد البيع، لا ثبتناها لغير شريك مقاسم، و الجهل مع انتفاع السبب لا أثر له.

و ثالثها- التفصيل بالجهل بالشفعه حال البيع، و العلم، فتثبت في الأول دون الثاني، و هو منقول عن الشيخ رحمه الله، لان البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما لو بارك، بخلاف ما إذا لم يعلم، فإنه معذور: و أوجب بأن الجهل لا أثر له إذا انتفى السبب، لان خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم و الجهل.

أقول: و المسأله لعدم النص لا يخلو من توقف، الا أن الأظهر بحسب هذه التعليقات و قربها و بعدها من القواعد الشرعيه هو القول الثاني من هذه الأقوال الثلاثه.

أما الأول- فقد علم جوابه من دليل القول الثاني، و يزيده تأكيداً أن ما استند اليه من الاستصحاب و هو الذى عبر عنه فى المبسوط بالأصل، فقال: و الأصل بقاؤها مردود بما حققناه فى مقدمات الكتاب فى جلد كتاب الطهاره من عدم ثبوت حجيه هذا الاستصحاب.

و اما الثالث- فلما سمعت من الجواب عن دليله، و الى ما ذكرناه من القول الثاني يميل كلامه فى المسالك أيضاً، حيث قال- بعد ذكر الأقوال الثلاثه على الترتيب الذى ذكرناه-: و القول الوسط لا يخلو من قوه انتهى و الله العالم.

الثالثه عشر [حكم ما لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه فلم يردّه فباعه من غيره]

-لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه بثمن معلوم فلم يردّه فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه، فهل يكون لصاحب الشفعه المطالبه بها أم لا؟ قولان: و بالثاني قال الشيخان و ابن حمزه، و بالأول قال ابن إدريس، و احتج الشيخان-على ما نقله فى المختلف- بأن الشفعه تثبت فى موضع الاتفاق على خلاف الأصل، لكونه أخذ ملك المشتري من غير رضاه، و يجبر على المعاوضه، لدخوله مع البائع فى العقد الذى أساء فيه بإدخال الضرر على شريكه، و ترك الإحسان إليه

فى عرضه اليه، و هذا المعنى معدوم هنا، فإنه قد عرضه عليه، فامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر فى حقه ببيعه، و ان كان فيه ضرر، فهو الذى أدخله على نفسه كما لو آخر المطالبة. انتهى.

و احتج ابن إدريس بأنه انما يستحق المطالبة بعد البيع، و لا حق له قبل البيع فإذا عفى قبله، فما عفى عن شىء يستحقه، فله إذا باع شريكه أخذ الشفعة، لأنه تجدد له حق، و لا دليل على إسقاطه، و قبل البيع لم يسقط شيئاً، و كذا لو قال الشفيع للمشتري:

اشتر نصيب شريكى، فقد نزلت عن الشفعة و تركتها، ثم اشترى المشتري ذلك على هذا، لا تسقط شفعتك بذلك، و له المطالبة، لأنه انما يستحق الشفعة بعد العقد، فإذا عفى قبل ذلك لم يصح، لأنه قد عفى عما لم يجب له و لا يملكه، فلا يسقط حقه حين وجوبه، و كذا الورثة إذا عفوا عما زاد على الثلث فى الوصية قبل موت الموصى، ثم مات بعد ذلك، فلهم الرجوع لمثل ما قلناه على الصحيح من المذهب انتهى.

و الى هذا ذهب ابن الجنيد أيضاً فقال: و كما ان الشفعة لا تجب الا بعد صحة البيع و تمامه، فكذلك لا يكون ترك الشفيع إياها قبل البيع مبطلاً لما وجب له منها بعد البيع، و العلامة فى المختلف بعد أن نقل كلامى ابن إدريس و ابن الجنيد قال:

و هو المختار، لنا أنه إسقاط حق قبل ثبوته، فلا يصح كما لو أبرأه عما لم يجب له، أو أسقطت المرأه صداقها قبل التزويج، ثم نقل بعد هذا احتجاج الشيخين بما قدمنا نقله عنهما، و قال: و فيه قوه، و هو ظاهر فى تردده فى المسألة.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ترجيح مذهب ابن إدريس للوجه الذى ذكره، و الظاهر أنه الأقرب نظراً الى عموم أدله الشفعة، و أن الاسقاط قبل ثبوت الشفعة غير مؤثر فى المنع، و الا لصح ذلك فى غير هذا الحق من الحقوق، مع أنهم لا يقولون به.

و ظاهر المحقق الأردبيلى قدس سره، الميل الى مذهب الشيخين، لكن لا لما تقدم فى الاحتجاج المنقول عنهما، بل من حيث أن هذا وعد، و الأدله داله على وجوب

الوفاء بالوعد، قال: ولو لا خوف خرق الإجماع (١) لكان القول بوجوب الإيفاء - كما هو قول بعض العامة - متوجهاً، فالقول به هنا غير بعيد، لعدم الإجماع على خلافه، الى أن قال: وأما دليل القول بعدم البطلان فهو أنه إسقاط لما ليس له، فهو مثل إبراء عما لم يكن في الذمه، ويمكن أن يقال: ليس هذا إبراء وإسقاط، بل قول و وعد و شرط، و مخالفته قبيحه عقلاً و شرعاً، و انه غدر و إغراء و ليس من صفات المؤمن انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد في شرح نكت الإرشاد الميل أيضاً الى مذهب الشيخين، قال: لأن الشفعه وضعت لازاله الضرر، و نزوله عنها يؤذن بعدم الضرر، و لما

روى عن النبي صلى الله عليه و آله (٢) أنه قال:

«لا- يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فان باع و لم يؤذن فهو أحق به». علق الاستحقاق على عدم الاستيذان، فلا يثبت معه و النزول، أما بعد الاستيذان فالظاهر سقوط الشفعه، و أما قبله فكذلك إذ لا يبقى للاستيذان معنى معقول، و لا نسلم ان ذلك من باب الاسقاط، فيتوقف على تحقق الاستحقاق كالدين انتهى.

و المحقق الأردبيلي بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه اعتضد أيضاً بهذا الكلام، و لم ينكر منه شيئاً، و ظاهره الموافقه على صحة الحديث المذكور، حيث قال: و دلالاته

ص: ٣٣٢

١- ١) ظاهر كلامه (قدس سره) ان الأصحاب ادعوا الإجماع على عدم وجوب الوفاء بالوعد، و الا لم يمنعه من القول بالوجوب الا ذلك، و فيه ما حققناه في غير موضع من مؤلفاتنا و به صرح جمع من المحققين منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من أن ذلك غير مانع متى قام الدليل على الحكم، لما علم من إجماعاتهم المدعاه في غير موضع، و هو قد اعترف فيما تركنا نقله من كلامه بأن الأدله على وجوب الوفاء بالوعد كثيره، و الأدله داله على وجوب الوفاء بالشروط فالخروج منها بمجرد ما ذكره مجازفه ظاهره - منه رحمه الله.

٢- ٢) المستدرک ج ٣ ص ١٤٧.

ظاهره على السقوط بعد الاستيذان، و أنت خبير بأننا لم نقف على هذا الخبر في كتب أخبارنا، و الظاهر أنه عامي و سيما شيخنا المذكور كثيرا ما يستسلفون الأخبار العاميه و يستدلون بها في أمثال هذه المقامات الخاليه من الاخبار المعصوميه، و لو صح الخبر المذكور لما كان عنه معدل لدلالته بالمفهوم الشرطي الذي هو حجه صحيحه كما أوضحناه في صدر كتاب الطهاره على ما يدعونه، و لكن الأمر كما ترى و أما منعه أن ذلك من باب الاسقاط، فليس بعده الا ان يكون من قبيل الوعد، كما ذكره المحقق المتقدم ذكره، و تعليقه الأول، و قوله فيه «و نزوله عنها يؤذن بعدم الضرر» انما يناسب الاسقاط، لا الوعد، لان المراد بنزوله عنها معنى تركه لها، قال في كتاب المصباح المنير: و نزلت عن الحق تركته، على أنه متى لم يكن من باب الاسقاط كما ذكره، فالحق باق لا مزيل له، و مجرد عدم إرادته بعد العرض عليه لا يوجب منع الإراده بعد تحقق حقه و استحقيقه الشفعه بالبيع.

و أما دعوى كونه وعدا و شرطا كما ذكره المحقق المشار اليه و استدلل بأدله و جوب الوفاء بالوعد و الشرط فظني بعده، و ان أمكن احتمالاه على بعد باعتبار حصوله ذلك من هذا الكلام ضمنا، فإن غايه الأمر أنه عرض عليه الشراء فامتنع منه و لم يرده و هذا لا يسمى بحسب العرف وعدا إلا بتأويل و تمحل.

و بالجملة فالمسأله لخلوها عن النص محل اشكال كغيرها من الفروع المذكوره، و ان كان القول بما ذهب اليه ابن إدريس و من تبعه أقرب لما عرفت. و الله العالم.

الرابعه عشر [الخلاف في الأخذ بالشفعه فيما لو كان الثمن مؤجلا]

-اختلف الأصحاب فيما لو كان الثمن مؤجلا فالمشهور أنه يأخذ بالشفعه عاجلا بالثمن المؤجل الذي وقع عليه العقد، فان العقد انما وقع على المؤجل و هو قول الشيخ المفيد و ابن البراج و ابن إدريس، و به قال الشيخ في النهايه، و زاد أنه ان لم يكن الشفيع مليا الزم بإقامه كفيل يضمه.

و قال في الخلاف و المبسوط: انه يتخير الشفيع بين أخذه بالثمن حالا و بين التأخير إلى حلول الأجل و أخذه بثمان حال، و نقل في الكتابين ما ذكره في النهايه قولا عن بعض أصحابنا.

و قال فى الخلاف-بعد نقله و قد ذكرناه فى النهايه-:و هو قوى و بهذا القول الثانى قال ابن الجنييد و الطبرسى على ما نقله فى المختلف،و الأقرب هو الأول بناء على القول بالفوريه، كما هو المشهور عندهم،و قد تقدم تحقيق الكلام فيه.

و توضيحه أن الشفيح بمنزله المشتري يأخذ بالثمن الذى أخذ به المشتري،و ليس له أكثر من حقه قدرا و أجلا،على أنه قد تقرر أن للأجل قسطا من الثمن،فلو أخذ بالثمن حالا فى الصورة المذكوره للزم زياده فى الثمن المأخوذ به على أصل الثمن الذى وقع به الشراء.

و به يظهر أن القول الثانى يستلزم أحد محذورين،اما إسقاط الشفعه بعد ثبوتها ان آخر إلى حلول الأجل للإخلال بالفوريه المستلزم لبطانها،أو زياده وصف فى الثمن ان أخذ بالشفعه،و عجل بالثمن،لان تعجيله زياده وصف فيه من غير موجب،بل يستلزم زياده الثمن،لما عرفت من أن التأجيل له قسط من الثمن، فليرم زياده الثمن على الأصل،و يتفرع على هذا القول أنه لو مات المشتري حل عليه الثمن،و بقى الشفيح على التخيير الثابت له أولا،فإن شاء عجل،و ان شاء آخر إلى حلول الأجل.

احتج الشيخ على ما ذهب إليه فى الخلاف و المبسوط بأن الشفعه قد وجبت بنفس الشراء و الذمم لا تتساوى فوجب عليه الثمن حالا- أو يصبر الى وقت الحلول فيطالب بالشفعه مع الثمن،و أجيب عنه بأنه لا يلزم من عدم تساوى الذمم،ثبوت أحد الأمرين المذكورين لإمكان التخلص بالضمين،اما مطلقا كما يظهر من العلامه فى المختلف،أو مع عدم الملاءه.

أقول:و أشار إليه الشيخ فيما قدمنا من عبارته فى النهايه بقوله ان لم يكن الشفيح مليا لزم بإقامه كفيلا.

الخامسه عشر- إذا اختلف المشتري و الشفيح فى القيمه بعد الاتفاق فى الشراء

،فقال المشتري:اشترت بمأه،و قال الشفيح:بل بخمسين،فان لم يكن بينه لأحدهما فالظاهر من كلام أكثر الأصحاب أن القول قول المشتري مع يمينه،

و به صرح الشيخ فى النهايه و الشيخ المفيد و أبو الصلاح و ابن إدريس .

قال فى المختلف: و هو جيد، لانه العاقد فهو أعرف بالثمن، و لان الشقص ملكه، فلا ينزع منه بالدعوى بغير بينه، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الخلاف فى ذلك، قال: لان النزاع ليس فى العقد، لاتفاقهما معا على وقوعه صحيحا، و استحقاق الشفعه به، و انما نزاعهما فى القدر الواجب على الشفيع دفعه من الثمن، فالمشترى يدعى زيادته عما يدعيه، و الشفيع ينكره، فيكون المشترى هو المدعى و الشفيع هو المنكر، فيدخل فى عموم اليمين على من أنكر انتهى.

و هو جيد.

و أما مع البينه قال فى المسالك: فان كان من الشفيع على ما يدعيه قبلت، بناء على أنه خارج، و قد تقدم قول المشترى فيكون البينه بينه الآخر، فإن كانت من المشترى قيل: أفادت اندفاع اليمين عنه، و ان كان فى دفع اليمين عن المنكر بالبينه فى غير هذه الصوره تردد، و الفرق أنه يدعى دعوى محضه، و قد أقام بها بينه فتكون مسموعه، و يشكل بأن جعله مدعى دعوى محضه يوجب عدم قبول قوله فإنما توجه قبوله بتكلف كونه منكرا فلا يخرج عن حكم المنكر انتهى.

و ان كانت من الطرفين فقد اختلف كلامهم فى ذلك فقال الشيخ فى الخلاف و المبسوط: البينه بينه المشترى أيضا، و علله فى المبسوط بأنه الداخلى، و فى الخلاف بأنه المدعى لزياده الثمن، و الشفيع ينكره فالبينه على المدعى، و قال ابن الجنيده:

إذا اختلف الشفيع و المشترى فى الثمن كانت البينه على الشفيع فى قدر الثمن إذا لم يقر له بالشفعه، فإن أقر بها المشترى كانت البينه فى قدر الثمن عليه، و الا كانت له يمين الشفيع، لانه لا يستحق عليه زياده على ما يقر به له من الثمن.

و قال ابن إدريس: البينه بينه الشفيع، لانه خارج، و قال العلامه فى المختلف بعد نقل ذلك: و يحتمل عندى فى هذه المسأله أمور ثلاثه أقوىها تقديم بينه المشترى، لأنها يرجح يقول المشترى، فإنه مقدم على قول الشفيع، و هذا بخلاف الداخلى و الخارج، لان بينه الداخلى يمكن أن تستند الى اليد، فلهذا قدمنا بينه الخارج.

ص: ٣٣٥

الثانى-بينه الشفيع، لأنهما بينتان معارضتان، فقدمت بينه من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل و الخارج، و الثالث-القرعه لأنهما تنازعا فى العقد، و لا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين فى عين فى يد غيرهما انتهى.

أقول: و أنت خبير بأن مرجع هذا الخلاف الى الخلاف فى تقديم بينه الخارج أو الداخلى عند التعارض، فعلى الأول تقدم بينه المشتري، و على الثانى بينه الشفيع، الا أن ظاهر كلامه فى المختلف أن تقديم بينه المشتري لا من حيثيه المذكوره، بل من حيث ترجحها بتقديم قوله، و هذا الترجيح انما يتم بناء على ما هو المشهور عندهم، و الا فعلى ما قدمنا نقله عن المسالك من ان القول قول الشفيع يمينه فلا.

و بالجمله فالمسأله لخلوها من النص الواضح صارت مطرحا للأنظار، و مسرحا للأفكار مع ما هى عليه من الاختلاف الذى لا يقف على حد، و لا يصل الى عدو الله العالم.

السادسه عشر- إذا ظهر فى الشقص الذى هو محل الشفعه عيب

اشاره

فان كان ذلك حال البيع و قبل أخذ الشفيع بالشفعه فالواجب أولا النظر فيما يستقر عليه حكم المشتري فى هذه الصوره، فإن اختار أخذ الأرش، أو كان الحق منحصر فى الأرش بأن حدث فى المبيع ما يمنع الرد، فالحكم فى الشفيع أنه يسقط عنه من الثمن ما قابل الأرش الذى أخذ المشتري، لأنه جزء من الثمن، و الثمن حقيقه انما هو الباقي بعد الأرش، و ان لم يأخذ الأرش بل عفا عنه، لانه حقه ان شاء تركه، تخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن الذى وقع عليه العقد، و بين الترك، لانه لم يتجدد للثمن ما يوجب نقصه كما فى الصوره الاولى.

و ان كان ظهور العيب بعد الأخذ بالشفعه فههنا صور أربع، لانه اما أن يكون المشتري و الشفيع عالمين به وقت البيع، أو جاهلين أو أحدهما عالم و الآخر جاهل، و هذه الصوره الثالثه تنحل الى صورتين، و هو أن يكون المشتري عالما و الشفيع جاهلا و بالعكس.

فالأولى أن يكونا عالمين

فلا خيار لأحدهما و لا أرش، لقدوم المشتري على الشراء و الحال هذه، و الشفيع على الأخذ بالشفعه و الحال كما عرفت، و هذا ظاهر.

فان اتفقا بعد العلم على رده فلا بحث، وان اتفقا على أخذه مع الأرش أو بدونه صح، و الثمن اللازم للشفيع على الأول هو ما بعد الأرش، و على الثاني هو ما وقع عليه العقد.

و أطلق في المسالك أن الثمن اللازم للشفيع ما بعد الأرش، و لا أعرف له وجهاً، لانه مع الاتفاق على عدم الأرش يبقى الثمن الذى وقع عليه العقد على حاله، لم يعرض له ما يوجب نقصانه، فكيف يكون اللازم للشفيع ما بعد الأرش و الحال أنه لا أرش، لاتفاقهما على الأخذ بدونه، و ان اختلفت إرادتهما فأراد الشفيع رده دون المشتري فله ذلك، و يرجع المبيع إلى المشتري فيتخير بين أخذه مع الأرش أو بدونه أو عدم الأخذ بالكلية ان لم يحدث فى المبيع ما يمنع الرد، و ان انعكس الأمر بأن أراد الشفيع أخذه، و أراد المشتري رده، فظاهر الأصحاب تقديم اراده الشفيع لثبوت حقه و سبقه (١) و علل أيضا بأن فيه جمعا بين الحقيين، لأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية مع ما عرفت من ثبوته و سبقه، و إذا قدمنا الشفيع فإن المشتري يحصل له مثل ثمنه أو قيمته من الشفيع، و لا يفوت عليه شىء فيكون تقديمه جامعا بين الحقيين.

بقى الكلام فى أنه على ما ذكرنا من تقديم الشفيع و أخذه المبيع بما وقع عليه العقد من الثمن، فلو أراد المشتري طلب الأرش و الحال هذه، فهل تجب اجابته و دفعه إليه أم لا؟ قولان: و بالثانى قال الشيخ (رحمه الله) و علله بأنه استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع، فلم يقف منه شىء يطالب به.

و بالأول قال المحقق فى الشرائع، لأن حقه انما هو عند البائع، حيث أن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فات من المبيع، فلا يجب عليه أن يقبل عوضه من الشفيع، لان الواقع بين البائع و المشتري معاوضه مستقلة مغايره لما وقع بينه و

ص: ٣٣٧

(١ - ١) و ذلك فان حقه ترتب على البيع و اما حق المشتري فإنه انما ثبت بظهور العيب المتأخر عن وقت البيع و وقت الشفيعه كما هو المفروض فى أصل المسأله فيكون حق الشفيع أسبق - منه رحمه الله.

بين الشفيع، وحقه انما هو عند البائع، ولا يجب عليه قبول عوضه من الشفيع.

و الى هذا القول مال فى المسالك أيضا، وقال: انه أقوى، قال: و حينئذ فله الرجوع على البائع بالأرش، فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لان الثمن ما يبقى بعد الأرش.

الثالثه- أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشتري

، و الحكم فيه لزومه للشفيع لقدمه على الأخذ مع علمه بالعيب، و أما المشتري فالظاهر أنه ليس له الرد لانتقال المبيع الى الشفيع، و به صرح الأصحاب أيضا، و علوه بمراعاة حق الشفيع.

قالوا: و فى ثبوت الأرش للمشتري الوجهان المتقدمان، قال فى المسالك:

و الأصح ان له ذلك فيسقط عن الشفيع بقدره، و لا يقدر فيه علمه بالحال لما بيناه من أنه يأخذ بالثمن و هو ما بعد الأرش.

الرابعه- أن يعلم المشتري خاصه

، و حينئذ للشفيع رده بالعيب حيث أنه جاهل به، و ليس له أرش، لأنه انما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، و المشتري لا أرش له هنا لقدمه على الشراء مع علمه بالعيب، و استحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إياه و الله العالم.

السابعه عشر [طريق الأخذ بالشفعه]

قالوا: و طريق الأخذ بالشفعه أن يقول: أخذت أو تملكيت أو اخترت الأخذ، و لكن لا- يكفى مجرد القول، بل لا بد من تسليم الثمن مع ذلك، هذا مع عدم رضى المشتري بالشفعه، فتصح الشفعه بذلك رضى أو لم يرض، و أما مع رضاه بالشفعه، و الصبر بالثمن فلا يلزم تسليمه فى صحه الشفعه، و لكن يجب على الشفيع تسليمه عند الطلب، كسائر الحقوق، أقول: الظاهر أن كلما دل من الألفاظ على الأخذ بالشفعه، و طلبها فهو موجب لذلك، إذ لا تعرض للتخصيص بشىء من الألفاظ فى الاخبار، لا فى هذا الباب و لا فى غيره من العقود حتى البيع الذى هو مطرح الانظار فى أمثال هذه المقامات و أما الكلام فى الثمن و وجوب تسليمه أو لا فقد تقدم الكلام فيه فى المسأله الخامسه من هذا المقصد، ثم ان ظاهر كلامهم أنه لا بد فى الأخذ بالشفعه من معلوميه الثمن عند الشفيع جنسا و قدرا و وصفا، و علوه بأنه لما كان الأخذ بالشفعه فى

معنى المعاوضه المحضه، لأنه يأخذ الشقص بالثمن الذى يبيع به، اشترط علمه به حين الأخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لان الثمن يزيد و ينقص و الأغراض تختلف فيه قله و كثره، و ربما يزيد حيله على زهد الشفيع فى الأخذ مع اتفاهما على إسقاط بعضه، فلا يكفى أخذه بالشفعه مع عدم العلم به جنسا و قدرا و وصفا و ان رضى بأخذه مهما كان الثمن، لان دخوله على تحمل الغرر لا- يرفع حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضه مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول و رضى به كيف كان.

قالوا: و حيث لا يصح الأخذ لا تبطل الشفعه، بل يجددها إذا علم به، و ظاهر المحقق الأردبيلي (قدس سره) المناقشه فى الحكم المذكور حيث قال بعد ان نقل قول المصنف «انه لو قال: أخذت بالثمن كائنا ما كان و كان عالما بقدره صح و الا فلا»: ما صورته «لا- شك فى الصحه مع العلم و أما مع الجهل فقال المصنف: لا- يكفى و ان ضم إليه كائنا ما كان، و لعل دليله الجهل بالثمن و ان الشفعه بمنزله البيع بينه و بين المشتري، و لا بد من العلم بالعوضين، و ذلك غير ظاهر، و ما نعرف لاشتراط العلم دليلا لا عقليا و لا شرعيا الا أن يكون إجماعا فتأمل انتهى.

و بالجمله فإن مرجع ما قدمنا من كلامهم الى إلحاق الشفعه بالبيع، و حملها عليه من حيث الاشتراك فى كونهما معاوضه، و قد قام الدليل فى البيع على وجوب العلم بالعوضين جنسا و قدرا و وصفا فكذا هنا.

و أنت خبير بما فيه، فإنه عند التحقيق لا يخرج عن القياس المنهى عنه فى الاخبار، حيث أن أخبار الشفعه على تعددها و تكاثرها لا إشعار فى شىء منها بذلك و الحكم به بدون ذلك مشكل.

و أما التعليل بالغرر فيمكن دفعه بأن الشفيع قد أقدم على ذلك و رضى به، و قوله «أن دخوله على تحمل الغرر لا- يدفع حكمه» مسلم لو ثبت هنا عدم جواز الدخول فى هذا الحال، و قياسه على البيع ممنوع، لقيام الدليل فى البيع، فيتم ما ذكره فيه، أما هنا فهو محل البحث و عين المتنازع فيه و الله العالم.

المقصد الخامس في موجبات سقوط الشفعة و بطلانها

فمنها أن يشتري شقصا لا- يستوى إلا- عشره بمأه و يدفع عوض المأه ما يساوى عشره، فالشفيع اما ان يدفع المأه، أو ينزل عن الشفعه، لأنك قد عرفت أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد ان أراد الشفعه، و أما دفع المشتري عوض المأه ما يساوى عشره فهى معاوضه أخرى، لا تعلق للشفيع بها، وهذا من جملة الحيل لإسقاط الشفعه، و فى معناه أن يبرءه من بعض الثمن.

و منها ترك المطالبه بالشفعه مع العلم و عدم العذر، بناء على القول بالفوريه، و أما على القول بعدمها فلا، و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك فى المسأله السادسه من المقصد السابق، و أنه على القول الغير المشهور لا تسقط إلا بالإسقاط، و الا فهى ثابتة على التراخى.

و منها ما لو نزل عن الشفعه قبل البيع على أحد القولين، و قد تقدم تحقيق ذلك فى المسأله الثالثه عشر من المقصد المذكور.

و منها أن يشهد على البيع على أحد القولين فذهب الشيخ فى النهايه و جماعه إلى بطلانها، لدلالته على الرضا بالبيع، و ذهب فى المبسوط الى عدمه، للأصل و منع الدلاله، و تأثيرها على تقديرها فى الابطال، و اختاره فى المسالك.

و منها أن يبارك للمشتري أو البائع العقد، و هو محل خلاف أيضا، و علل القول بالبطلان اما لتضمنه الرضا، أو لمنافاته الفوريه، قال فى المسالك: و الأصح عدم البطلان، لمنع، الأمرين، أما الأول فواضح، و أما الثانى فلان المعتبر فيها العرف، و نحو السلام و الدعاء عند الاجتماع لذلك و أشباهه لا ينافيها عرفا، بل ربما كانت المبادره إلى الأخذ بدون الكلام مستهجننا عادة انتهى.

أقول: و يزيده تأكيدا بالنسبه إلى الدلاله على الرضا أنه من المحتمل قريبا بل هو الظاهر- متى حصلت منه الشفعه أن الرضا بالبيع انما كان لكونه وسيله إلى الأخذ بالشفعه، فيكون مؤكدا لا منافيا، و بالنسبه الى الثانى ما تقدم فى المسأله

و منها أن يأذن للمشتري فى الاتباع، و فيه أيضا قولان: أظهرهما عدم الابطال و احتج القائل بالإبطال بدلاله الاذن على الرضا المبطل لها، و فيه منع ظاهر، لما عرفت آنفا من أن الرضا ان لم يكن دالا على الجواز لكونه وسيله إلى الأخذ بالشفعه لم يكن مبطلا.

و التحقيق فى هذه المواضع الخلافيه و نحوها أن الشفعه لا تبطل الا مع التصريح بإسقاطها بمد ثبوتها، أو منافاته الفوريه على القول باعتبارها.

و منها و هو من الحيل أيضا فى إسقاط الشفعه أن ينقل الشقص بغير البيع كالهبة و الصلح على الأشهر الأظهر من اختصاص الشفعه بالبيع، كما تقدم تحقيقه فى المقصد الثانى فى الشروط، و سقوط الشفعه هنا حقيقه لفقد الشرط المقتضى لثبوتها، و هو انتقال الشقص بالبيع.

و منها أن يبيع جزءا من الشقص بثمان كله، ثم يهب له باقى الشقص.

و منها أن يبيع عشر الشقص مثلا بتسعه أعشار الثمن، ثم يبيع تسعه أعشاره بعشر الثمن، فالشريك الأول لا يرغب فى الشفعه فى البيع الأول لقله المبيع، و كثره الثمن، و لا شفعه له أيضا فى البيع الثانى لتعدد الشركاء، لان الأشهر الأظهر اشتراط وحده الشريك كما تقدم تحقيقه، و ذلك لان المشتري حال البيع الثانى صار شريكا.

و منها أن يبيعه بثمان قيمى كثوب مثلا، ثم يبادر البائع بعد قبضه إلى إتلافه قبل العلم بثمانه، أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز، فإنه تندفع الشفعه هنا لعدم معلوميه الثمن و الجهل به، لأن الشفعه فى القيمى انما يكون بقيمته، و هى هنا غير معلومه.

و هو لغه المنع، و منه سمي الحرام حجرا، لما فيه من المنع، قال الله تعالى (١) «وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا» أى حراما محرما، و سمي العقل حجرا، لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح، قال الله تعالى (٢) «هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ» و شرعا هو المنع من التصرف فى المال، أى مال ذلك المحجور عليه، أعم من أن يكون فى الجميع أو البعض، فيشمل الممنوع من التصرف فى الجميع، كالصبي أو فى البعض كالمرضى، و أيضا فالظاهر المنع فى الجملة و على بعض الوجوه، إذ لا- منع شرعا من الكل، إذ لا يكون أضعف من الصبي و المجنون، و هما غير ممنوعين من الأكل و الشرب و السكنى و نحوها.

ثم اعلم ان جملة من الأصحاب كالعلامه فى التذكرة و المحقق فى الشرائع جعلوا للحجر كتابا و بابا على حده، و للمفلس كتابا و بابا على حده، و العلامه فى الإرشاد أدرج المفلس فى كتاب الحجر، و جعله من جملة مباحثه، و هو الأظهر كما ستقف عليه إنشاء الله تعالى، و كأن أولئك نظروا إلى كثرة الأبحاث المتعلقة بالمفلس فجعلوه لذلك مستقلا بالبحث، و الأمر فى ذلك هين.

و نحن قد جرينا فى هذا الكتاب على ما جرى عليه شيخنا العلامه فى الإرشاد و حينئذ فالبحت فى هذا الكتاب يقع فى مطالب ثلاثه

المطلب الأول- فى موجبات الحجر

، و هى عند الأصحاب سته، الصغر، و الجنون، و الرق، و المرض و الفللس، و السفه، و الحصر فى هذه الستة المذكوره جعلى لا استقرائى، حيث قد جرت عادتهم بالبحث فى هذا المقام عن هذه الستة.

و الا فهنا أقسام كثيره غير هذه الستة، كالحجر على الراهن و المرتهن فى

١- ١) سورة الفرقان الآية-٢٢.

٢- ٢) سورة الفجر الآية-٥.

الرهن، و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، و على البائع فى الثمن المعين، و على المكاتب فى كسبه لغير الأداء و النفقه، و على المرتد الذى يسوغ عوده، و غير ذلك مما هو مذكور فى تضاعيف الفقه. (١)

و كيف كان فالكلام فى هذه الستة المذكوره يقع فى مواضع

[الموضع] الأول - الصغير

اشاره

و فيه مقامات

المقام الأول - لا خلاف فى الحجر على الصغير ما لم يبلغ فى الجملة

و يدل عليه الآيه و هى قوله تعالى (٢) «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» الآيه.

و الاخبار منها ما رواه

فى التهذيب عن الأصبح بن نباته (٣) عن أمير المؤمنين عليه السلام

«أنه قضى أن يحجر على الغلام حتى يعقل» الحديث. قال فى التذكرة: و هو محجور عليه بالنص و الإجماع، سواء كان مميزا أو لا، فى جميع التصرفات الا - ما استثنى كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره، و وصيته و إيصال الهديه و اذنه فى دخول الدار على خلاف فى ذلك.

أقول: المفهوم من كلام جملة من الأصحاب كالمحقق فى الشرائع و غيره أن الحجر انما هو باعتبار التصرف المالى، فإنه عرفه فى الشرائع بأنه الممنوع من التصرف فى ماله، و هو المتبادر من الإطلاق أيضا، و ظاهر كلام العلامة هنا أن المراد جميع

ص: ٣٤٣

١- ١) سورة النساء الآيه-٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٢ الفقيه ج ٣ ص-١٩.

٣- ٣) أقول عد المشتري هنا و البائع فيمن يحجر عليه بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من انه لا يجب على واحد منهما التسليم قبل الآخر كما هو المشهور، فيكون المبيع محجورا على المشتري، و لا يجب على البائع تسليمه قبل قبض الثمن و قد تقدم ما فيه، و احترز بالمعين عما فى الذمه، فإن الحجر انما يتوقف بالنسبه إلى العين و المنع من التصرف فيها بأحد وجوه التصرفات، و ما فى الذمه أمر كلى لا وجود له فى الخارج إلا بالتبعيه فى فرد خارجى منه (رحمه الله).

التصرفات، و على هذا فاستثناء الثلاثة الأول ظاهر.

و أما تدبيره و وصيته فهو محل خلاف بين الأصحاب الا أن الاخبار قد دلت على جواز ذلك من ابن عشر سنين و كذا العتق، و سيأتي فى أبوابها إنشاء الله تعالى.

و أما إيصال الهدية و الاذن فقد صرحوا بأنه لا يحتاج علم المهدي اليه، و الداخلى يكون ذلك بإذن الولي صريحا.

قال المحقق الأردبيلي (رحمه الله) بعد نقل ذلك عنهم لعله اكتفى بالظاهر للعادة بأن الهدية فى محلها لم يجئها الولد إلا بإذن وليه، و كذا الاذن فى الدخول لا يكون إلا بإذنه للقرينه، فكأنه اكتفى فيهما بمثله للظهور و سهوله الأمر لكثرة التداول، و الشيوخ بين المسلمين من غير نكير، و كأنه كان فى زمانهم (عليهم السلام) مع عدم المنع فتقريرهم هنا ثابت، و هو حجه و لا يبعد ذلك و أمثاله، مثل قبول مثله من عبده و ولده و تسليم ظرفه إليهما، و كذا تسليم ما كان عند الإنسان بالعاريه و نحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه، سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما، كما هو المتعارف خصوصا إذا كان بينهما الصداقه، أو عرف من حاله أنه لا يكرهه، بل يرضى علما أو ظنا متاخما له، و يدل عليه عموم أدله قبول الهدية من غير تفصيل، بأن يكون الموصل حرا بالغاء، و مع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى.

أقول: لو ثبت عموم الحجر كما هو ظاهر كلام التذكرة بالأدلة القاطعه من كتاب أو سنه لكان فى الخروج عنه بما ذكره (قدس سره) من هذه التوجيهات محل نظر و إشكال، الا؟ أن القدر المعلوم ثبوته من الكتاب و السنه و الإجماع، انما هو التخصيص بالمالي، و حينئذ فيهون الخطب فيما ذكره، و يقوى اعتباره.

المقام الثانى [عدم زوال حجر الصغير إلا بالبلوغ]

قد عرفت أن الصغر سبب فى الحجر، و لا يزول الا بالبلوغ، و هو يعلم فى الذكور بأمور، منها- خروج المنى و تشركه فى هذه العلامه الأنثى، و المراد منه الماء الدايق الذى يخلق منه الولد فى يقظه كان أو نوم، و عليه تدل

جملة من الآيات و الروايات، كقوله تعالى (١) «إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ» - «وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ» «وَحَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»
الايه، والحلم بالضم لغه واحد الأحلام النوميه، قال فى التذكرة: الاحتلام هو خروج المنى و هو الماء الدافق الذى يخرج منه
الولد، و قال أيضا: «الحلم خروج المنى من الذكر أو قبل المرأة مطلقا، سواء كان بشهوة أو بغير شهوة، و سواء كان بجماع أو غير
جماع، و سواء كان فى نوم أو يقظه» و كأنه يريد أن ذلك المعنى المقصود منه شرعا، و الا فإن المذكور فى كلام أهل اللغة انما
هو التخصيص بالنوم كما يظهر من القاموس و غيره، و لهذا قال فى التذكرة:

و لا يختص بالأحلام.

و الاخبار بذلك متكاثره أيضا

ففى روايه على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام قال:

«سألت عن الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فان احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه
الصلاه، و جرى عليه القلم».

و فى صحيحه البنزطى (٣) عن الرضا عليه السلام قال:

«يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين، و لا تغطى المرأة شعرها عنه حتى يحتلم». و فى هذه الخبر دلالة على جواز كشف
المرأة رأسها ما لم يبلغ، و الظاهر أن ذكر الشعر انما خرج مخرج التمثيل، لانه لا فرق بينه و بين سائر الجسد فى تحريم النظر اليه
من الأجنبى الذى ليس بمحرم.

و فى صحيحه هشام (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و ان احتلم و لم يونس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله».

ص: ٣٤٥

١-١) سورة النور الآية ٥٩.

٢-٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨١ لكن عن عمار الساباطى.

٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ١٦٣.

٤-٤) الفقيه ج ٤ ص ١٦٣.

و فى روايه عبد الله بن سنان المرويه فى الخصال (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألته أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال:

و ما أشده؟ قال: احتلامه» الحديث. الى غير ذلك من الاخبار الكثيره.

و منها الإنبات، و المراد به ما على العانه من الشعر، و هذه العلامه أيضا مشتركه بين الذكر و الأنثى، قال فى التذكره: و هو مختص بشعر العانه الخشن، و لا اعتبار بالشعر الضعيف الذى قد يوجد فى الصغر، بل الخشن الذى يحتاج فى إزالته إلى الحلق حول ذكر الرجل و فرج المرأه، و قال أيضا فى الكتاب المذكور: إنبات هذا الشعر دليل البلوغ فى حق المسلمين و الكفار عند علمائنا أجمع (٢).

أقول: و يدل عليه أيضا مضافا الى الإجماع المذكور الأخبار،

ففى حسنه يزيد الكناسى (٣) عن الباقر عليه السلام و هى طويله قال فى آخرها:

«ان الغلام إذا زوجه أبوه كان له الخيار إذا أدرك، أو بلغ خمس عشره سنه، أو أشعر فى وجهه، أو أنبت فى عانته».

و الظاهر أن المراد بالشعر فى وجهه هو اللحيه و الشارب، و استتقرب فى التحرير كون نبات اللحيه دليلا دون غيره من الشعور، و العاده قاضيه به.

و فى معنى هذه الروايه

روايه حمران (٤) و فيها

«ان الغلام تجب عليه الحدود إذا احتلم، أو بلغ خمس عشره سنه أو أشعر أو أنبت قبله، و الجاربه لتسع».

و هل الإنبات دليل بنفسه على البلوغ كالسن، أو على سبقه كالحيض و الحمل؟ قولان:

ص: ٣٤٦

١- ١) الوسائل الباب-٢ من أبواب أحكام الحجر الرقم-٥.

٢- ٢) نبه به على خلاف بعض العامه نظرا إلى انه لا يمكن الرجوع إليهم فى الاخبار بالسن و الاحتلام بخلاف المسلم، قال فى المسالك: و ربما نسب هذا القول الى الشيخ رحمه الله و هذا التفصيل بالنسبه إلى الحرب من الكفار: باعتبار جواز القتل فى البالغ دون غيره- منه رحمه الله.

٣- ٣) الوسائل الباب-٤ من أبواب مقدمه العبادات.

٤- ٤) الوسائل الباب-٤ من أبواب مقدمه العبادات.

قال فى المسالك بعد قول المصنف «و يعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانه» ما لفظه: احترز بالشعر الخشن عن الشعر الضعيف-الذى ينبت قبل الخشن ثم يزول و يعبر عنه بالزغب-و يشعر العانه عن غيره، كسعر الإبط و الشارب و اللحية فلا عبره بها عندنا إذ لم يثبت كون ذلك دليلا- شرعا، خلافا لبعض العامة، و لا شبهه فى كون شعر العانه علامه على البلوغ، انما الكلام فى كونه نفسه بلوغا أو دليلا- على سبق البلوغ، و المشهور الثانى، لتعليق الأحكام فى الكتاب و السنه على الحلم و الاحتلام، فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلك، و لان البلوغ غير مكتسب، و الإنبات قد يكتسب بالدواء، و لحصوله على التدريج، و البلوغ لا يكون كذلك، و وجه الأول ترتب أحكام البلوغ عليه و هو أعم من الدعوى انتهى.

أقول: فيه أولا- أن ما ذكره- من أن شعر الشارب و اللحية لا- عبره به إذ لم يثبت كونه دليلا- شرعا- مردود بدلاله الروايتين المذكورتين على كونه دليلا- شرعا، و الثانى منهما و ان كانت مجمله حيث لم يذكر موضع الشعر فيها، الا أن الأول مصرحه بكونه شعر الوجه.

و من الظاهر أن الشعر فى الوجه انما هو اللحية و الشارب، فيحمل إجمالها على تفصيل الاولى و بيانها، فإنه عليه السلام، جعل إنبات الشعر فى عداد البلوغ بالسن و الإنبات و الاحتلام، فيكون احدى علامات البلوغ، و الظاهر أنه غفل عن الاطلاع على الخبرين المذكورين، كما غفل عنهما غيره، حيث لم يعدوا ذلك فى العلامات المذكوره و رد الخبرين المذكورين من غير معارض ظاهر لا يخفى ما فيه.

و ثانيا ان ما ذكره من الخلاف- فى كون الإنبات دليلا على البلوغ أو على سبقه، و اختياره الثانى و قوله أنه هو المشهور- فيه أن ظاهر عبارته العلامه المتقدمه و قوله نبات هذا الشعر دليل البلوغ فى حق المسلمين و الكفار عند علمائنا أجمع عدم الاعتداد بهذا القول المشهور، و انه لا خلاف فى كونه دليلا على البلوغ بنفسه، و هو المؤيد بظاهر الخبرين المذكورين، فان ظاهر عد الإنبات فى عداد السن و الاحتلام- اللذين لا خلاف فى كونهما علامتين للبلوغ لا على سبق البلوغ- كون الإنبات مثلهما فى ذلك.

و بذلك يظهر لك ما فى قوله فى الاحتجاج للقول المشهور، لتعليم الأحكام فى الكتاب و السنه على الحلم و الاحتلام الى آخره، فإنه ظاهر فى ما قدمنا ذكره من عدم اطلاعه على الخبرين المذكورين، و الافع الوقوف عليهما كيف يتم له دعوى تعليق الحكم فى السنه على الاحتلام، و أنه مختص بذلك دون الإنبات، و الروايتان قد اشتملتا كما عرفت على عد الجميع من علامات البلوغ، و المتبادر منه كون كل منها علامه على البلوغ لا على سبقه.

و ثالثا أن قوله «ان البلوغ غير مكتسب، و الإنبات قد يكون مكتسبا» فإنه بظاهره لو تم لدل على عدم جواز عد الإنبات فى العلامات المذكوره، و لو بكونه علامه على السابق، مع أنه لا يقول به، و القائلون بعده انما يريدون به الإنبات الحاصل من الله-«سبحانه»- بمقتضى العاده و الطبيعه، و هو بهذا المعنى لا يمنع من كونه علامه على البلوغ، لا أنه مراد به ما هو أعم حتى يتجه ما ذكره، و كذا قوله «و لحصوله على التدريج» فان فيه ان العلامه تحصل بمجرد خروج شىء من الشعر، و لا توقف لها على تزايد و كماله، حتى يتجه قوله «و البلوغ لا- يكون كذلك» يعنى تدريجا، و بالجمله فإن كلامه «قدس سره» هنا لا- يخلو من الغفله عن النصوص المذكوره، و المجازفه فى هذه التعليقات العليله.

و أنت خير بأن مورد الروايات فى هذه العلامه و التى قبلها انما هو المذكر، فكان مستند هاتين العلامتين فى الأنثى انما هو الإجماع، حيث لا قائل بخلاف ذلك.

و منها السن و المشهور أنه فى الذكر ببلوغ خمس عشره سنه، و فى الأنثى ببلوغ تسع، و يدل عليه بالنسبه إلى الذكر ما تقدم فى حسنه يزيد الكناسى (1) و روايه

حمران (2) و بالنسبه إلى الأنثى ما فى روايه حمران المذكوره، حيث قال قال فيها:

«ان الجاربه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع» الحديث.

ص: ٣٤٨

١- ١) الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات.

٢- ٢) الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات.

و روايه عبد الله بن سنان (١) عن ابي عبد الله

«عليه السلام» و إذا بلغت الجاربه تسع سنين فكذلك، و ذلك لأنها تحيض لتسع سنين». و عن الشيخ فى كتاب الصوم من المبسوط و ابن حمزه أن بلوغ المرأه بعشر سنين. مع أن الشيخ وافق المشهور فى موضع آخر من الكتاب المذكور، و ما ذكر من القول بالعشر لم نقف له على دليل، و فى موثقه عمار (٢) بلوغها بثلاث عشره، و هو غير معمول عليه، و قيل فى المذكر بأربع عشره سنه، نقله فى المختلف عن ابن الجنيد، و نقل بعض أفاضل متأخر المتأخرين (٣) عن بعض القدماء و الشيخ فى كتابى الاخبار و أكثر محققى المتأخرين أنهم قالوا بحصول البلوغ بالدخول فى الرابع عشر، قال: فى المفاتيح: و لا يخلو من قوه، و يدل عليه

قوله

«عليه السلام»: فى صحيحه عبد الله بن سنان (٤) إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشره سنه و دخل فى الأربع عشره و جب عليه ما يجب على المحتملين، احتلم أو لم يحتلم كتب عليه السيئات، و كتبت له الحسنات و جاز له كل شىء الا أن يكون سفيها أو ضعيفا». و منها موثقه أخرى له (٥) و على هذا فما تقدم نقله عن ابن الجنيد من القول بالأربع عشره ان أريد به الدخول فيها فهو راجع الى هذا القول الذى دلت عليه هذه الاخبار.

و ان أريد به إكمالها فيمكن أن يكون مستنده قوله «عليه السلام»

فى روايه عيسى بن زيد (٦)

«و يحتلم لأربع عشره». بحملها على كمال الأربع عشره، و قد بسطنا الكلام فى هذا المقام فى كتاب الصيام (٧) و ذكرنا جملة من الاخبار و ما قيل فى الجمع

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الوصايا.

٢- (٢) الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات.

٣- (٣) هو الفاضل المولى أبو الحسن بن محمد طاهر المجاور بالمشهد الغروى حيا و ميتا فى شرحه على المفاتيح-منه رحمه الله.

٤- (٤) الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الوصايا.

٥- (٥) الوسائل الباب ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا.

٦- (٦) الوسائل الباب ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا.

٧- (٧) ج ١٣ ص ١٨١.

بينها، فمن أحب الوقوف عليه فليرجع إليه، بقى هنا شيء و هو أن ظاهر عبارات الأصحاب الاكتفاء بمجرد الدخول، و هو ظاهر الاخبار، حيث صرحت بأن بلوغ الخمس عشره موجب للبلوغ، و ظاهره هو الاكتفاء بالدخول فيها و ان لم يتمها، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك قال: و يعتبر إكمال السنه الخامسه عشره، و التاسعه في الأنثى، فلا يكفي الطعن فيها عملاً بالاستصحاب و فتوى الأصحاب، و لاین الداخل في السنه الأخره لا- يسمى ابن خمس عشره سنه لغه و لا عرفاً، و الاكتفاء بالطعن فيها وجه للشافعيه انتهى. و تبعه على ذلك جمله ممن تأخر عنه، و ظاهره أن ذلك فتوى من تقدمه من الأصحاب، مع أن أكثر العبارات على ما حكيناه، و كذا عبارات الاخبار.

و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل الى ما ذكرنا، الا أن عبارته لا يخلو من تعقيد، أو غلط في النسخه الموجوده عندنا، فإنه قال ما ملخصه: و الظاهر أنه لا- يشترط إكمال خمس عشره، بل يحصل بالمشروع فيه، و إكمال أربع عشره، و بذلك يمكن الجمع بين الاخبار، ثم نقل عباره المسالك المتقدمه، ثم قال بعد كلام في البين: و تعرف أنه ليس فتوى جميع الأصحاب و ليس بحجه، و أن ليس خامس عشر بواقع في كتاب و لا سنه معتبره و لا إجماع حتى يكون معناه إكماله انتهى.

و منها الحيض، و الحبل للأنثى بغير خلاف يعرف في ذلك، و لا في كونهما دليلين على سبقه.

و يدل على الأول

روايه عبد الرحمن بن الحجاج (1) عن الصادق عليه السلام قال:

«ثلاث يتزوجن على كل حال، و عد منها التي لم تحض و مثلها لا- تحيض، قلت: و متى يكون كذلك؟ قال: ما لم يبلغ تسع سنين، فإنها لا تحيض و مثلها لا تحيض».

و قوله في روايه عبد الله بن سنان المتقدمه (2)

«لأنها تحيض لتسع سنين».

ص: ٣٥٠

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٧.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٤.

ولا- خلاف في جواز تصرف المرأه في مالها بعد البلوغ، و ما ورد في بعض الاخبار الصحيحه «من توقف عتقها على اذن زوجها، وكذا تصرفها في مالها» فقد حملة بعض الأصحاب على تأكيد استحباب استيذانه.

المقام الثالث [عدم ارتقاء حجر الصغير إلا مع الرشد]

كما أن الحجر لا يرتفع عن الصغير الا بالبلوغ كذلك يعتبر معه الرشد أيضا، فلا يرتفع عنه الحجر الا بالبلوغ و الرشد، و يدل عليه قوله عز و جل (١) «فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» قال في المسالك: الحق أن الرشد ملكه نفسانيه يقتضى إصلاح المال، و تمنع من إفساده و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.

أقول: مرجعه إلى أنه يعتبر فيه أمور ثلاثه: أحدها أن يكون مصلحا لماله على الوجه اللائق بحاله، و ثانيها- كونه غير مفسد له بالتضييع، و ثالثها- أن لا يصرفه في المصارف الغير اللائقة بحاله، و لا يخفى ما بين هذه الأمور من التلازم.

و بالجملة فالظاهر أنه لا بد أن يكون هذه الأمور عن ملكه يقتدر بها عليها من حفظه، و صرفه في الأغراض الصحيحه، فلا يكفي ذلك مره أو مرات من غير أن يكون ذلك على جهه الملكه، بل يكون من عقله و معرفته أن لا- يضيع المال، و لو بتحمل الغبن الفاحش في المعاملات، و الصرف في المحرمات، و التبذير و الإسراف، فإنه مناف للرشد بغير خلاف.

و انما الخلاف في اشتراط العدالة في الرشد، فالمشهور العدم، و ذهب الشيخ (رحمه الله) إلى اعتبارها، و هو مذهب جماعه من العامه منهم الشافعي، و احتج الشيخ و من قال بهذا القول بقوله عز و جل (٢) «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» و ما روى

عن ابن عباس في قوله تعالى

«فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل».

ص: ٣٥١

١-١) سورة النساء الآيه-٦.

٢-٢) سورة النساء الآيه-٦.

و ما روى فى أخبارنا (١)

«أن شارب الخمر سفیه». فیثبت فى غیره، إذ لا قائل بالفصل.

و الظاهر أن الأقوى هو القول المشهور للأصل، و لصدق مطلق الرشد على غیر العادل،

و لقوله

«عليه السلام» (٢) «الناس مسلطون على أموالهم». خرج منه ما خرج بدلیل، فیبقى الباقى تحت العموم، و لزوم الحرج و الضيق بذلك، قال فى المسالك و نعم ما قال: و اعلم أنه لو اعتبرت العدالة فى الثبوت لم تقم للمسلمین سوق، و لم ينتظم للعالم حال، لأن الناس الا النادر منهم اما فاسق، أو مجهول الحال، و الجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط، و يؤيده ورود الأوامر بالمعامله و المناكحه مطلقا من غیر تقييد بالعداله.

و فى الاخبار ما يدل على معاملة الفساق مثل الأخبار (٣) الداله على جواز بيع الخشب ممن يعمله صنما، و العنب و التمر ممن يعمله خمر، و لو كان الأمر كما ذكره القائل المذكور لما جاز ذلك، و لكان مع عموم البلوى به يخرج فيه خبر يدل على المنع.

و بالجملة فالظاهر أن القول المذكور فى غايه من الضعف، قالوا: و انما تعتبر العدالة على القول باعتبارها ابتداء لا استدامه، نقل فى التذکره الإجماع عليه، و قال فى التذکره أيضا: ان الفاسق ان كان ينفق ماله فى المعاصى لشرب الخمر و آلات اللهو و القمار، أو يتوصل به الى الفساد، فهو غير رشيد لا يدفع إليه أمواله إجماعا، لتبذيره ماله، و تضييعه إياه فى غير فائده، و ان كان فسقه بغير ذلك كالكذب و منع الزكاه و إضاعه الصلاه مع حفظه ماله دفع اليه ماله، لأن الغرض من الحجر حفظ المال، و هو يحصل بدون الحجر، فلا حازه اليه، و كذا إذا طرأ الفسق

ص: ٣٥٢

١-١ (١) الفقيه-ج ٤ ص ١٦٨.

٢-٢ (٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ط جديد.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٦ ص ٣٧٣.

الذى لا يتضمن تضييع المال و لا تبذيره، فإنه لا يحجر عليه إجماعا انتهى.

و يعلم الرشد بالاختبار فيما يلائمه من الأعمال، ذكرا كان أو أنثى، ففي الذكر لا يفك عنه الحجر حتى ينظر لو كان من التجار مثلا فى بيعه و شرائه، لا بمعنى أن يفوض اليه البيع و الشراء، بأن يبيع و يشتري لأنه لم يتحقق رشده بعد، بل بمعنى أن تماكس فى الأموال على هذا الوجه، أو يدفع اليه المتاع ليبيعه أو الثمن ليشتري به، و لا يلاحظ الى أن يتم المساومه فيتولاه الولي، فإذا تكرر منه ذلك و سلم من الغبن، و التضييع و صرف المال فى غير موضعه ثبت رشده، و هكذا فى كل أحد بنسبه عمله الذى يمارسه، و المرأه تستعلم بما يناسب حال النساء من الغزل، و الطبخ و تدبير المنزل و نحو ذلك مما يعتاد ممارسته النساء.

الموضع الثانى الجنون

و دليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل و النقل.

الموضع الثالث-الرق

و المملوك محجور عليه فى التصرف إلا- بإذن المولى، أما على القول بعدم ملكه فظاهر، و أما على القول بملكه فان الظاهر من الاخبار كما تقدم تحقيقه فى المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان من كتاب المتاجر (1) أنه محجور عليه التصرف فيه الا بإذن المولى، و استثنى من المنع الطلاق، فيجوز بدون اذن مولاه بل و ان كره، لان الطلاق بيد من أخذ بالساق، هذا فى غير أمه مولاه.

الموضع الرابع-المرض

، و المريض ممنوع من الوصيه بما زاد على الثلث إجماعا، كما نقلوه ما لم يجز الورثه، بمعنى أنه ممنوع من إيقاعها على جهه النفوذ بدون إجازتهم، لا بمعنى انها يقع باطله فى حد ذاتها، فهى صحيحه موقوفه على الإجازة، فإن أجازوها صحت و لزمتم، و نقل فى المسالك عن الشيخ على بن بابويه:

ص: ٣٥٣

انه أجاز وصيته بجميع ماله، و رده بأن الروايه قاصره، و حملت على من لا وارث له، أو ما إذا أجاز الورثه.

أقول: قال العلامة فى المختلف: المشهور عند علمائنا كافه أن الوصيه تمضى من ثلث المال، و تبطل فى الزائد إلا مع الإجازة.

و قال على بن بابويه: فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه، فإن أوصى له كله فهو اعلم و ما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى.

و احتج على ذلك بروايه

عمار الساباطى (١) عن الصادق عليه السلام قال:

«الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، ان أوصى به كله فهو جائز له».

و الروايه ضعيفه، و المطلوب مستبعد، و الأحاديث الصحيحه معارضه لهذه الروايه، مع ان الشيخ تأولها على من لا وارث له، أو على ما إذا أجاز الورثه إلى آخر كلامه (زيد فى مقامه) و ما ذكره (قدس سره) من ان مستند الشيخ المذكور هو هذه الروايه تكلف منه، كما هى قاعدته فى تكلف الأدله للأقوال التى ينقلها فى هذا الكتاب، و انما مستنده هو كتاب الفقه الرضوى، و منه أخذ العبارة بلفظها، فأفتى فى رسالته بها كما أوضحنا مثله فى كتب العبادات فى مواضع عديده، فإنه «عليه السلام»

قال فى الكتاب المذكور (٢)

«فإن أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الى من أن يوصى بالثلث،

فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه فإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى به». و هى كما ترى عين عبارته الشيخ المذكور، و لكن الكتاب المذكور لما لم يصل إليهم تكلفوا لدليله بهذه الروايه، و أنت خير بأن فتوى الشيخ المذكور بعبارته الكتاب المذكوره مع منافاتها لجمله من الاخبار المرويه فى الأصول المعتمده دليل واضح على صحه الكتاب المذكور، و ثبوته عنه «عليه السلام» عنده و اختلف

ص: ٣٥٤

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ الفقيه ج ٤ ص ١٤٩.

٢- (٢) المستدرک ج ٢ ص ٥١٩ و ٥٢٠.

الأصحاب- في منعه من التبرعات المنجزه الزائده على الثلث- على قولين مشهورين، و كل منهما معتضده بجملة من الاخبار، و الذى يقرب عندي من الاخبار المشار إليها هو عدم المنع، و أن مخرج الوصيه على الوجه المذكور من الأصل دون الثلث، كما هو القول الآخر، و المراد بالمنجزه يعنى المعجله فى حال الحياه كالهبه و العتق و الصدقه و نحو ذلك.

[الموضع] الخامس: الفلاس

و سيأتى الكلام فيه مستوفى إنشاء الله- تعالى فى المطلب الثالث.

[الموضع] السادس: السفه

و هو مقابل الرشده، و لما كان الرشده كما عرفت سابقا عبارته عن الملكه التى تترتب عليها تلك الأمور، من إصلاح المال، و عدم إفساده، و عدم صرفه فى غير الوجوه اللائقه، فالسفه حينئذ عبارته عن الملكه التى تترتب عليها أضداد تلك الأمور، فلا يقدر الغلط فى بعض الأحيان، و الانخداع نادرا لوقوع ذلك من كثير من المتصفين بالرشده.

و من السفه على ما ذكره الإنفاق فى المحرمات، و صرف المال فى الأطعمه النفيسه التى لا يليق بحاله، و مثله اللباس الفاخر و نحوه و أما صرفه فى وجوه الخيرات كالصدقات و بناء المساجد و القناطر و المدارس و اقرء الضيوف و نحو ذلك، فان كان لائقا بحاله لم يكن سفيها قطعاً، فان زاد على ذلك فالمشهور على ما نقله فى المسالك انه كذلك، استناداً إلى أنه لا سرف فى الخير، كما لا خير فى السرف.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أن ما زاد منه على ما يليق به تبذير، لأنه إتلاف فى المال، و قال الله تعالى (١) «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ» قال: و هو مطلق فيتناول محل النزاع و ظاهر المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد الميل الى القول الأول مستندا

ص: ٣٥٥

الى تصدق أمير المؤمنين عليه السلام الذى نزلت فيه سورة «هل أتى» حيث ورد بأنهم صاموا ثلاثة أيام طاوين لم يذوقوا الا الماء القراح، و القصة مشهوره.

و ما روى

فى وصيه رسول الله صلى الله عليه و آله لأمير المؤمنين

«عليه السلام» (١) حيث قال فيها: «و أما الصدقه فجهدك حتى يقال أسرفت و لم تسرف، ثم قال: و لا سرف فى الخير». مشهور.

و الروايات و الاخبار الداله على الإنفاق و الترغيب اليه و الترهيب على تركه لا تعد و لا تحصى كثره (٢) ثم أطال بأمثال ذلك، و نقل كلام التذكرة و اعترض عليه و قال فى المسالك أيضا: و من المستفيض خروج جماعه من أكابر الصحابه و بعض الأئمه عليهم السلام كالحسن عليه السلام من أموالهم فى الخير.

أقول: لا- يخفى على من راجع الأخبار الواردة فى هذا المضار- و تتبعها من مظانها حق التبع، و كذا الآيات القرآنيه-ضعف هذا القول المشهور، و أنه فى محل من القصور، لاستفاضتها و تكاثرها بالمنع عن ذلك، و عده إسرافا محرما.

و ها نحن نتلو عليك جملة مما وقفنا عليه ليظهر لك صحه ما ذكرناه، فمنها روايه اللحام المرويه

فى الكافى و تفسير العياشى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لو أن رجلا- أنفق ما فى يده فى سبيل من سبيل الله ما كان أحسن، و لا وفق للخير، أليس الله تبارك و تعالى يقول «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ» يعنى المقتصدین.

و صحيحه الوليد بن صبيح (٤) قال:

«كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فجاءه سائل فأعطاه، ثم جاء آخر فأعطاه، ثم جاء آخر فقال: يسع الله عليك، ثم قال: ان رجلا لو كان له مال ثلاثين أو أربعين ألف درهم، ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعها فى حق فيبقى لا مال له، فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاءهم، قلت:

ص: ٣٥٦

١-١ (١) الكافى ج ٣ ص ٣-الى ١١.

١-٢ (٢) الكافى ج ٣ ص ٣-الى ١١.

٣-٣ (٣) الكافى ج ٤ ص ١٠٠.

٤-٤ (٤) الكافى ج ٤ ص ٥٣.

من هم؟ قال: أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجهه، ثم قال: يا رب ارزقني، فيقال له: أ لم أرزقك». و هما كما ترى صريحا الدلاله فى المنع عن ذلك.

و ظاهرهما أن الإنفاق فى هذه الصورة معصيه، لاستدلاله «عليه السلام» فى الخبر الأول بقوله سبحانه (١) «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» الذى لا خلاف فى تحريمه إيذانا بأن الصدقه هنا من قبيل ذلك، وقوله «عليه السلام» أنه ما أحسن يعنى بل أساء، و فى الثانى أنه يرد دعائه بذلك، و المعاصى هى التى تحبس الدعاء، كما ورد فى جملة من الاخبار.

و منها الآيات كقوله عز و جل (٢) «وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا» و قوله (٣) «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَ لَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ»

فى صحيحه عبد الله بن سنان (٤) عن الصادق عليه السلام فى قوله تعالى (٥)

«وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا» فبسط كفه و فرق أصابعه و حناها شيئا، و عن قوله «وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ» فبسط راحته و قال هكذا، و قال: القوام ما يخرج من بين الأصابع و يبقى فى الراحه منه شىء».

و ما رواه

ابن أبى نصر فى الصحيح عن أبى الحسن عليه السلام (٦) قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَ لَا تُشْرِفُوا» قال: كان أبو عبد الله عليه السلام يقول: من الإسراف فى الحصاد و الجذاذ أن يصدق الرجل بكفيه جميعا و كان أبى إذا حضر شيئا من هذا فرأى أحدا من غلمانة يتصدق بكفيه صاح به أعط بيد واحده، القبضه بعد القبضه، الضغث بعد الضغث من السنبل».

ص: ٣٥٧

١-١ (١) سورة البقره الآيه ١٩٥.

٢-٢ (٢) سورة الفرقان الآيه-٦٧.

٣-٣ (٣) سورة الإسراء الآيه-٢٩.

٤-٤ (٤) الكافى ج ٤ ص ٥٦.

٥-٥ (٥) الكافى ج ٤ ص ٥٦.

٦-٦ (٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب زكاه الغلات.

و فى الحسن عن ابن أبى عمير عن هشام بن المثنى (١)قال:

«سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (٢)«وَ آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَ لَا تُشْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ» فقال كان فلان بن فلان الأنصارى سماه و كان له حرث و كان إذا أخذ يتصدق به، و يبقى هو و عياله بغير شىء فجعل الله ذلك سرفا».

و مما يدل أيضا على ذلك بأوضح دلالة الحديث المروى

عن الصادق عليه السلام فى الكافى (٣)فى باب دخول الصوفيه على أبى عبد الله عليه السلام

«و إنكاره عليهم فيما يأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقه على الفقراء و المساكين». الى غير ذلك من الاخبار التى يقف عليها المتتبع البصير و لا ينبئك مثل خبير هذا.

و أما ما استندوا إليه فى هذا المقام فبعضه قابل للحمل على عدم التصدق بجميع المال، و أصرح ما يدعونه تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بالأرغفه و الجواب عنه الاختصاص بهم (صلوات الله عليهم) إذا شاؤا جمعا بين الاخبار، على

أن المروى (٤)عن الحسن عليه السلام:

انما هو قاسم ربه ماله حتى النعل،. لا أنه خرج منه كملا، كما ادعاه فى المسالك.

و القول بما ذكره على إطلاقه مستلزم لطرح هذه الاخبار التى ذكرناها و نحوها مع صحتها و صراحتها و تعددها مع اعتضاها بالآيات المذكوره و هو مما لا يلتزمه محصل كما لا يخفى.

المطلب الثانى فى الأحكام

اشاره

و فيه مسائل

الاولى [عدم ضمان السفه لو باع حال السفه]

-الظاهر أنه لو باع السفه فى حال السفه لم يضمن بيعه،

ص: ٣٥٨

١-١) الكافى ج ٤ ص ٥٥.

٢-٢) سوره الانعام الآيه-١٤١.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٦٥.

٤-٤) الوسائل الباب-٥٤ من أبواب الصدقه.

و كذا لو وهب أو تصدق أو أقر بمال، و الضابط هو منعه من جميع لتصرفات المالىه، و يصح طلاقه و خلعه و ظهاره، و إقراره بالنسب و ما يوجب القصاص، لأنه ليس فى شىء من هذه ما يوجب تضييع المال الذى فسر به السفه.

نعم فى الإقرار بالنسب اشكال باعتبار أنه قد يوجب النفقه، فيرجع الى الإقرار بالمال، و لا يبعد أن يقال انه لما كان الإقرار بالنسب على هذا التقدير يوجب شيئين أحدهما إلحاق النسب، و هو ليس بمالى، فلا مانع من الحكم به.

و ثانيهما- الإنفاق، و هو مالى مثله ثبت بإقراره، فيحكم بالأول، دون الثانى، و حينئذ يجب ان ينفق على من استلحقه من بيت المال، لأنه معد لمصالح المسلمين و نقل عن الشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع على ثبوت النسب، و لأن فى الإنفاق عليه من بيت المال إضراراً بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله، فكذا يمنع من الإضرار بمال غيره.

و رد بأن إقراره انما ينفذ فيما لا يتعلق بالمال كما تقدم، و بيت المال معد لمصالح المسلمين، فكيف يقال: ان ذلك مضربهم، و إلا لأدى ذلك الى كل ما يؤخذ منه جزاء، و لأنه لو قبل إقراره فى النفقه لأمكن أن يفعل ذلك و سيله إلى تضييع ماله، لان ذلك من مقتضيات السفه، و ينبغى أن يعلم أنه فى صورته الخلع لا يسلم اليه مال الخلع، لأنه تصرف مالى و هو ممنوع منه.

و أما توكله لغيره فى البيع مثلاً- فهو صحيح للأصل، و عموم أدله جواز التوكل، و صدق البيع فى محله عن اهله، و منعه من التصرف فى ماله- لاحتمال إضاعه المال- لا يستلزم منعه من مال غيره إذا كان باذن صاحبه، و يمكن أن يكون اجازة الولى أيضا كافيه على تقدير القول بصحة العقد الفضولى، و الا فلا.

الثانيه [اعتبار حكم الحاكم فى ثبوت السفه و زواله]

-هل يثبت الحجر على السفهيه بمجرد ظهور السفه، أم يتوقف على حكم الحاكم؟ و هل يزول بزوال سفهه، أم يتوقف على حكم الحاكم؟ أقوال: و وجه علل التوقف على حكم الحاكم فى الموضوعين، أن الحجر حكم شرعى لا- يثبت و لا- يزول الا- بدليل شرعى، و أن السفه أمر خفى، و الانظار فيه يختلف، فناسب كونه

و هذا القول مختار المحقق فى الشرائع، و هو قول الشيخ فى المبسوط، (١) و علل القول بعدم التوقف فى الموضوعين بأن المقتضى للحجر هو السفه، فىجب تحققه، فإذا ارتفع زال المقتضى فىجب أن يزول، و لظاهر قوله تعالى (٢) «فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحا، و مفهوم الشرط حجه عند المحققين، و المفهوم هنا ان مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليهم، فدل على أن وجود السفه و زواله كافيان فى إثبات الحجر و دفعه، لأن السفه و الرشد متقابلان، و لظاهر قوله تعالى (٣) «فَبِأَنَّ كَمَا الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَيَفِيهَا» الايه أثبت عليه الولايه بمجرد السفه، فتوقفها على أمر آخر يحتاج الى دليل، و الآيه الأخرى تساق لرفعه كما مر.

و هذا القول مختار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و الروضه للتعليل المذكور هنا، و هو الأقرب، لأن المفهوم من الدليل آيه و روايه أن الحجر و عدمه دائر مدار تحقق السفه و عدمه، و سيأتيك الروايات فى المقام إنشاء الله تعالى، و لا دلالة فى شىء منها على حكم الحاكم لا فى الحجر و لا فى زواله و ظاهر الشهيد فى شرح الإرشاد المناقشه فى دلالة الآيه الأولى حيث قال: و لقائل أن يقول: إيناس الرشد شرط فى زوال الحجر عن الصبى ابتداء فلا يلزم كونه شرطا

ص: ٣٦٠

١- ١) حيث قال: حجر السفه لا يثبت الا بحكم الحاكم، و لا يزول الا بحكم الحاكم كذا نقله فى المختلف ثم نقل عن ابن حمزه أنه ان صلح السفه انفك الحجر، ثم قال: و الأقرب الأول لنا أنه على حكم شرعى يثبت فلا يزول الا بدليل شرعى و فيه ما عرفت فى الأصل -منه رحمه الله.

٢- ٢) سورة النساء الآيه-٦.

٣- ٣) سورة البقره الآيه-٢٨٢.

فى السففه بعد زوال الحجر عنه.

و ظنى أن هذه المناقشه ليست فى محلها، فإنه و ان كان الأمر كما ذكره من أن مورد الآيه انما هو الحجر على الصبى ابتداء، لكن من المعلوم الظاهر عند التأمل بالفكر الصائب أن التعليق على الرشد هنا انما هو من حيث كونه فى حد ذاته مناطا لصحه التصرف حيثما كان، لا من حيث خصوصيه الصبى، حتى يتم قوله فلا يلزم كونه شرطاً فى السفه، و على هذا بنى الاستدلال بالآيه المذكوره.

و قال المحقق الأردبيلى (قدس سره) فى شرح الإرشاد- بعد قول المصنف و يثبت حجر السفه بحكم الحاكم لا بمجرد سفهه على اشكال- ما لفظه: المراد ثبوت حجر السفه بالمعنى المتقدم بعد أن صار رشيدا و زال حجره، ثم صار سفيها بحيث لو كان قبله كان ممنوعا و محجورا، هكذا ينبغى التقييد، فالظاهر أنه لا نزاع فى أنه يثبت الحجر على السفه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه، و عدم توقعه على حكم الحاكم، و كذا زواله بزواله من دون الحكم، للايه بل الإجماع على ما فهم من شرح الشهيد و لما سيأتى، فتأمل فقول: المشهور توقعه على حكم الحاكم و حجره، و هو مذهب المصنف فى التذكرة، للأصل «و تسلط الناس على أموالهم» عقلا- و نقلا (١) و شمول أدله التصرفات تصرفه الذى فعله فى زمان سفهه من الكتاب و السنه، و صدقها عليه حينئذ، و لعدم الدليل من الكتاب و السنه الا على استصحاب السفه الى ان يرشد، و أما الحادث بعده فلا، و هذا دليل قوى، و يؤيده الإجماع على عدم تحققه فى المفلس الا بعده.

و يؤيده أيضا الشريعة السهله، فإنه ان كان مجرد السفه حجرا أشكال المعاملات و الأنكحه فان غالب الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهه انتهى.

أقول: ظاهر كلامه أن محل الخلاف انما هو حدوث السفه بعد بلوغه رشيدا، و الا فلو كان متصلا بالصغر، فإنه لا خلاف هنا بأنه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه، و لا يتوقف على حكم الحاكم، و أنت خير بان الظاهر من كلام الأصحاب

ص: ٣٦١

ان محل الخلاف ما هو أعم من الأمرين، و ما نقله عن شرح الشهيد من الإجماع على ما ادعاه.

و الظاهر انه أشار به الى شرحه على الإرشاد، كما يشير إليه دائما، فلم أفق عليه فى الكتاب المذكور، و لم يتعرض لهذه المسألة بالكلية، بل ظاهر عبارته مثل عبارات غيره انما هو العموم، لأنهم جعلوا العنوان فى الخلاف السفه بقول مطلق، كما عنونا به المسألة، و هو أعم من أن يكون متصلا بالصغر أو منفصلا، غاية الأمر أنهم لم يبحثوا عنه فى حال الصغر متى كان متصلا، اعتمادا على ثبوت الحجر بمجرد الصغر، فإنه أحد أسبابه كما عرفت، و انما بحثوا عنه بعد البلوغ، لزوال ذلك السبب الأول، و مرادهم ما هو أعم كما ذكرنا، و هذا التفصيل الذى ذكره لم أفق عليه الا فى كلامه.

و أما استناده الى الآية فإن كان المراد بها قوله سبحانه «فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» فقد عرفت فى الجواب عما أورده الشهيد على الاستدلال بها فيما تقدم ما يدل على الجواب هنا- من أن التعليق على الرشد فى الآية انما وقع من حيث ان الرشد حيث ما كان هو مناط صحه التصرف، و مفهومه انه مع عدم الرشد و هو السفه يجب الحجر، و لا دلاله فيها على ما ذكره من التفصيل بوجه.

نعم هى داله على الحجر بمجرد ظهور السفه من غير توقف على حكم الحاكم فى الصبى المتصل سفهه ببلوغه كما اخترناه، الا أن القائل بالتوقف على حكم الحاكم يقول به هنا أيضا و لكن الآية حجه عليه، و الآية أيضا داله بالتقريب الذى قدمناه على السفه غير المتصل، و أنه يثبت الحجر بمجرد السفه، لتعليق رفع الحجر على الرشد، و مفهومه ثبوت الحجر مع عدمه الذى هو السفه، و سياق الآية فى اليتيم لا ينافى ذلك، لان التعليق فيها وقع على عامه له و لغيره، و دخوله تحتها انما هو من حيث العموم.

و أما ما اختاره من التوقف على حكم الحاكم و حجره فى موضع الخلاف، ففيه أن الظاهر من الآية بالتقريب الذى ذكرناه أن الرشد شرط فى رفع الحجر حيثما

كان، وحيث إن السفه هو ما يقابل الرشد كما عرفت، فإنه يكون شرطاً في الحجر حيثما كان، وأينما كان السفه هو المقتضى للحجر بالتقريب المذكور، كان الحجر بمجرد حصول السفه و لو لم يتحقق الحجر به لم يكن مقتضياً، وقد عرفت أنه مقتضى، وهذا خلف.

وحيث فلا- وجه للتوقف على حكم الحاكم، و ما استدل به من الأدلة التي أطال بها فغايتها ان يكون مطلقه داله على ما ذكره بإطلاقها، و ما استدلنا به خاص، فيجب تقديمه كما هو القاعده، و تخصيص تلك العمومات به، و أما تأيده بالإجماع على المفلس، ففيه أن ثبوت الحكم هناك بدليل لا يستلزم إجراءه فيما لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه كما عرفت.

و أما تأيده بالشريعة السهلة و ان غالب الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهه، ففيه أنه يجب المنع من معامله معلوم السفاهه إجماعاً، و أما مجهول الحال و هو الأغلب في الناس فلا مانع منه إذ المقتضى للمنع كما عرفت هو وجود السفاهه و الأصل عدمها حتى تثبت، فعده مجهول السفاهه في قرن معلوم السفاهه غلط محض، و بالجمله فالظاهر ان كلامه (قدس سره) في هذا المقام لا يخلو من مجازفه و مسامحه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في المسألة قولين آخرين أحدهما عدم توقف ثبوته على حكم الحاكم، و توقف زواله عليه، و هو مذهب الشهيد في اللمعه، و علل الأول بأن المقتضى له هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه، و لظاهر قوله عز و جل (١) «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا» حيث أثبت الولاية عليه بمجرد السفه.

و علل الثاني بأن زوال السفه يفتقر الى الاجتهاد و قيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم، و لا يخفى ما في الأخير من الضعف، و عدم صلوحه لتأسيس حكم شرعى.

و ثانيهما عكسه، قال في المسالك: قيل ان به قائلًا و لا نعلمه. نعم في التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه، و توقف في الزوال بحكمه: انتهى.

ص: ٣٦٣

أقول: وفي الإرشاد استشكل في ثبوت الحجر، و جزم في زواله بالتوقف على حكم الحاكم فهو عكس ما في التحرير.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه

الشيخ في التهذيب (1) في تفسير قوله عز وجل «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا» عن الصادق عليه السلام قال:

«السفيه الذي يشتري الدرهم بأضعافه، و الضعيف الأبله».

و في تفسير العياشي عنه (2) عليه السلام

«السفيه شارب الخمر، و الضعيف الذي يأخذ واحدا باثنين».

و روى العياشي في تفسير قوله (3) عز وجل «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» الايه عن الصادق عليه السلام قال:

«هم اليتامى لا تعطوهم حتى تعرفوا منهم الرشده، قيل:

فكيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم».

و في خبر (4)

كل من يشرب الخمر فهو سفیه».

و في الفقيه عن الباقر

«عليه السلام» (5) أنه سئل عن هذه الآيه، قال: «السفهاء و الولد، إذا علم الرجل أن امرأته سفیهه مفسده و ولده سفیهه مفسد، لا ينبغي له أن يسلط واحدا منهم على ماله الذي جعل الله له قياما» الحديث.

و في خبر آخر (6) عن أبي جعفر (عليه السلام) في هذه الآيه

«قال لا تؤتوها شراب الخمر، و لا النساء، ثم قال: و أى سفیهه أسفه من شارب الخمر». و في مجمع البيان «اختلف في معنى

ص: ٣٦٤

١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢.

٢-٢) الوسائل الباب-٤٦ من أبواب أحكام الوصايا الرقم-٨.

٣-٣) الوسائل الباب-٤٥ من أبواب أحكام الوصايا الرقم-١٠ و ٨.

٤-٤) الوسائل الباب-٤٥ من أبواب أحكام الوصايا الرقم-١٠ و ٨.

٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٠ و فيه عن علي بن إبراهيم.

السفهاء على أقوال: أحدها-أنهم النساء و الصبيان، و رواه أبو الجارود (١) عن أبي جعفر (عليه السلام)، و ثانيها-أنه عام في كل سفيه من صبي أو مجنون أو محجور عليه للتبذير.

و قريب منه ما روى (٢)

عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«أنه قال: ان السفیه شارب الخمر و من جرى مجراه» الى آخره.

و روى في الفقيه في تفسير قوله تعالى «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا» (٣) عن الصادق (عليه السلام)

«إيناس الرشد حفظ المال».

و روى في المجمع عن الباقر (عليه السلام) (٤)

«الرشد: العقل و إصلاح المال».

و القمی فی تفسیره عنه (عليه السلام)

«في هذه الآيه قال: من كان في يده مال بعض اليتامى فلا-يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم، فإذا احتلم وجب عليه الحدود و اقامه الفرائض، و لا يكون مضيعا، و لا شارب خمر، و لا زانيا، فإذا آنس منه الرشد دفع اليه المال، و أشهد عليه، و ان كانوا لا يعلمون أنه بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه، أو نبت عانته، فإذا كان كذلك فقد بلغ، فيدفع اليه ماله إذا كان رشيدا، و يجوز أن يحبس عنه ماله و يعتل عليه انه لم يكبر بعد».

و روى في الكافي عن أبي الجارود (٥) قال:

«قال أبو جعفر «عليه السلام»:

إذا حدثتكم بشيء فسلوني من كتاب الله، ثم قال: و في حديثه ان الله نهى عن القيل و القال: و فساد المال و كثره السؤال فقيل: يا بن رسول الله و أين هذا من كتاب الله؟

ص: ٣٦٥

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٥.

٢-٢) الوسائل الباب-٤٦ من أبواب أحكام الوصايا الرقم-٢.

٣-٣) الفقيه ج-٤ ص ١٤٦.

٤-٤) المستدرک ج ٢-٤٩٦.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ الكافي ج ٥ ص ٣٠٠.

قال: ان الله يقول (١) «لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصِدْقِهِ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ» وقال (٢) «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فِيهَا» وقال (٣) «لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ» .

أقول: يستفاد من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض أن السفه مقابل للرشد، كما ذكره الأصحاب، و أن مجرد السفه موجب و مقتض لعدم الدفع الى من اتصف به، لان قوله سبحانه «لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» اما أن يراد به أموالهم كما عرفت من خبر العياشى المذكور، أو ما هو الظاهر من الآيه كما يدل عليه غيره، و النهى عن إعطائهم انما هو من حيث السفه، لان التعليق على الوصف يشعر بالعليه، فيكون المعنى لا تدفعوا الى السفهاء أموالهم أو أموالكم من حيث اتصافهم بالسفه.

و منه يعلم أنه العله فى المنع و المقتضى له و هو الظاهر من جملة الأخبار المذكوره و به يظهر قوه القول الذى اخترناه من الحكم بالحجر بمجرد السفه، و عدم التوقف على حكم الحاكم، و أنه يزول أيضا الحجر بزواله، لانه متى زالت العله زال معلولها.

و منها يعلم أيضا أن الرشد مناط صحه التصرف حيث ما كان، و ذكره فى الايه أعنى قوله «فَإِنْ أَنْسَدْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» انما وقع من حيث كونه كذلك، فان قوله عليه السلام إيناس الرشد حفظ المال، و فى الروايه الأخرى الرشد العقل و إصلاح المال، انما هو تفسيره للرشد فى حد ذاته، لا لخصوصيه رشد الصبى.

و يستفاد أيضا من قوله عليه السلام فى روايه القمى -فيمن يجهل حال بلوغه، فإنه يمتحن بريح إبطيه، و نبت عانته، و إذا كان كذلك فقد بلغ- أن نبت العانه علامه على البلوغ، لا على سبقه، كما قيل.

و ظاهر الاخبار المذكوره هو ترتب السفه على مجرد تضييع المال و إفساده، و اما اعتبار كون ذلك ملكه كما تقدم ذكره، فهو غير ظاهر منها.

ص: ٣٦٦

١-١ (١) سورة النساء الآيه-١١٤.

٢-٢ (٢) سورة النساء الآيه-٥.

٣-٣ (٣) سورة المائدة الآيه-١٠١.

و ظاهرها ايضا حصول السفه بارتكاب بعض المعاصى، كسرب الخمر و الزنا، و ان لم يتضمن تضييع المال، و لم أطلع على قائل به، الا أن يحمل على ما يتضمن التضييع و فيه بعد.

و حمل بعض أصحابنا السفه الوارد فى الاخبار فى شارب الخمر على معنى غير المعنى المذكور هنا، و كأنه أراد به الفسق، و هو غير بعيد الا ان فى بعض الاخبار فى تفسير الآيه و هى قوله «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» تفسيرها بشارب الخمر، فلا يتم ما ذكره.

و ظاهر كلام العلامة فى التذكرة-المتقدم نقله فى المقام الثالث من الموضع الأول فى الصغر-أن ما لا يتضمن تضييع المال من المعاصى كمنع الزكاه و ترك الصلاة و نحوهما لا يعد سفها مع حفظ المال.

الا أن فى المقام اشكالا قل من تنبه له، و هو أنه قد دلت الاخبار على جواز معامله الظلمه و الحكام، و أخذ جوائزهم و عطاياهم، و قد تقدم نقل جمله من الاخبار بذلك و قبول الأخماس و الزكوات منهم، و نحو ذلك مع انه لا إشكال فى ثبوت السفاهه فى حقهم بصرف الأموال فى غير حلها، مثل شراء الخمر و آلات اللهو و صرف الأموال إلى المغنين، و أصحاب اللهو و اللعب كما شاهدناه فى زماننا، و صرف الأموال رياء و سمعه و نحو ذلك من المصارف المحرمه.

و مقتضى ذلك الحكم بسفاهتهم و عدم جواز معاملتهم، و لأصحاب و الاخبار على خلافه، و أن غايه ما حكم به الأصحاب الكراهه، تفاريا من طرح الأخبار الداله على جواز ذلك، و أيضا أن الأصحاب صرحوا بأن الرشد شرط فى صحه المعاملات كما هو ظاهر الآيه المتقدمه.

و حينئذ فلا بد من تحققه، و العلم به فى صحه المعامله، تحقيقا للشرطيه، و على هذا فمن دخل سوقا ليشتري متاعا سيما إذا كان غريبا كيف له بمعرفه ذلك، و العلم به أولا لتصح معاملته، مع أنه شرط إجماعا، و مقتضى الأصل العدم، حتى يعلم ذلك.

اللهم الا- أن يقال: البناء هنا على الظاهر دون الأصل، باعتبار حمل أفعال المسلمين على الصحة، كما ورد في جملة من الاخبار من الأمر بحسن الظن بالمؤمن، حتى أن الفقهاء جعلوا هذا أصلاً من الأصول المتداوله في كلامهم، وبنوا عليهم فروعاً كثيره، الا أن هذا انما يحسم ماده الإشكال الثانى، دون الأول. والله العالم.

الثالثه [بطلان البيع بعد ثبوت الحجر على السفیه]

-إذا ثبت الحجر على السفیه فباعه انسان كان البيع باطلاً، فان كان المبيع موجوداً فلصاحبه استعادته، قالوا: ولا فرق فى جواز استعادته مع وجوده بين كون من باعه عالماً بالسفیه أو جاهلاً، لان البيع فى نفسه باطل، فله الرجوع فى ماله متى وجده، وان تلف و كان القبض باذن صاحبه مع كونه عالماً بالسفیه، فان تلفه من مال صاحبه، لانه سلطه عليه مع علمه بأنه محجور عليه، وان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك، لأنه إذا لم يلزم حال الإتلاف لا يلزم بعد الفك.

و بالجمله فإن العلم بوجود السفیه مانع من العوض، فإذا تلف و الحال هذه فك الحجر بعد ذلك لا أثر له فى ضمانه، أما لو تلف و الحال أن البائع جاهل بالسفیه فالمشهور أن حكمه كذلك.

قيل: و وجهه أن البائع تصرف فى معاملته قبل اختبار حاله، و علمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا، فهو مضيع لماله، و لا يخفى ما فى هذا التعليل العليل من الضعف، فإنه لا قائل بتوقف صحه البيوع على اختيار البائع أو المشتري بكونه محجوراً عليه أم لا، بل و الأصل عدم ذلك و قد تقدم فى سابق هذه المسأله ما يؤيده، و ظهور المانع بعد ذلك لا يوجب ما ذكره، و لهذا ان العلامه فى التذکره نقل عن بعض الشافعيه أن السفیه إذا أتلّف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر، ثم قال: و لا بأس به، و مراده مع الجهل، و الا فمع العلم لا خلاف و لا إشكال فى كون تلفه من صاحبه، و أما إذا كان السفیه قد قبضه بغير اذن صاحبه و أتلّفه، فإنه يضمنه مطلقاً، سواء كان البائع عالماً أو جاهلاً، لان البيع كما عرفت فاسد، فلا يقتضى الاذن فى القبض، فيدخل فيمن تصرف فى مال غيره بغير اذن، كما لو غصب مالا أو أتلّفه بغير اذن مالكه، فإنه يضمنه

و لو أذن الولي للسفيه في البيع، قال الشيخ في المبسوط: لا يصح، و تبعه ابن البراج و نقل العلامة القول بالصحة في المختلف عن بعض علمائنا، و قال: انه الأقوى، و احتج عليه بأن المقتضى للصحة و هو صدور البيع من أهله في محله موجود، و المانع و هو السفه مفقود، إذ التقدير الاذن، فأمن من الانخداع، فثبت الحكم انتهى و هو جيد.

و لو أودعه شخص و دعيه فأتلفها، فقول: بأنه لا ضمان عليه، و اختاره المحقق في الشرائع، و علل ذلك بتفريط المودع بإعطائه، و قد نهى الله عن ذلك بقوله «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فيكون بمنزله من ألقى ماله في البحر و قيل: انه يضمن إذا أتلفها أو تلفت بتفريطه، و اختاره العلامة في التذكرة، و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، و احتج على ذلك بأن المالك لم يسلمه على الإتلاف، و انما أمره بالحفظ فقد حصل منه الإتلاف بغير اختيار صاحبها، كما لو غصب، و الحال أن السفيه بالغ عاقل، و الأصل عصمه مال الغير الا بسبب، مع أن وضع اليد حال الإتلاف غصب.

قالوا: و في حكم الوديعه العاريه، و أيده المحقق الأردبيلي بعد ان استظهر بعموم دليل الضمان، قال: و كونه سفيا و تسليم مالكة إياه لا يستلزم عدم الضمان لان له أهليه الضمان و الحفظ، لانه بالغ عاقل، الا أنه تسامح في ماله و ذلك غير قاذح في أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع و لهذا يجوز توكيله انتهى.

أقول: و يمكن تأييد القول الأول بأنه لا ريب في دلالة الآيه المتقدمه على النهي عن إعطاء السفيه الأموال، و من الظاهر أن تحريم ذلك انما هو من حيث تطرق التلف إليها، و فواته من جهه السفه، و لو تم القول بالضمان المستلزم لعدم الفوات لم يكن لهذا النهي وجه بالكلية، لأنه لا فرق بين أن يرد به بعينه، أو عوضه من قيمه أو مثل، فلا يحصل هنا ضرر على المودع و المعير، فأى ثمره لهذا التحريم الذي دلت عليه الآيه و يمكن أيضا تأييد ذلك بما رواه

في الكافي عن حريز في الصحيح أو الحسن (1)

ص: ٣٦٩

قال: كان لاسماعيل بن أبي عبد الله (عليه السلام) دنانير و ساق الخبز و مضمونه أنه أراد أن يستبضع رجلا- فنهاه أبوه (عليه السلام) عن ذلك لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف أباه فاستبضعه، فاستهلك ماله فحجج أبو عبد الله (عليه السلام) و حجج معه ابنه إسماعيل، فجعل يطوف البيت و يقول: اللهم أجرني، و اخلف علي، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه.

فقال له: مه يا بني، فلا و الله ما لك على الله حجه، و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته الى أن قال: و لا تأتمن شارب الخمر فان الله عز و جل يقول: في كتابه (١) «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج و لا يؤتمن على أمانه فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عز و جل أن يأجره و يخلف عليه».

و التقريب فيه ان الظاهر من قوله عليه السلام انه ليس لمن ائتمن شارب الخمر لكونه سفيا أن يأجره الله و يخلف عليه هو أنه قد أتلف ماله بنفسه، و ضيعه بدفعه الى من كان كذلك كمن رمى ماله فى البحر فليس له على الله حق لتفريطه فى نفسه، و لا على من دفعه اليه فهو غير مستحق لشيء بالكليه عقوبه له و مؤاخذه له بمخالفته الله سبحانه.

و لو كان المال مضمونا و الحق ثابتا فى ذمه ذلك السفه كسائر الحقوق المضمونه فى ذمم المديونين- لم يكن للمنع من الدعاء بخروجه، أو المعاوضه عنه بالأجر و الثواب وجه لانه حق ثابت كسائر الحقوق، يستحق التوصل اليه بكل وجه ممكن، و من وجوه التوصلات الدعاء مع عدم الحيله فى الوصول بغيره من الأمور الموجبه لذلك.

و بالجملة لو ثبت كونه حقا شرعيا فى ذمه من دفعه اليه لاستحق المعاوضه من - الله سبحانه عليه عقلا و نقلا، كسائر الحقوق التى تفوت على أصحابها، و كيف

ص: ٣٧٠

كان فالمسأله لا يخلو من شوب الاشكال.

قال علامه فى التذكره: و حكم الصبى و المجنون كما قلناه فى السفينه من من وجوب الضمان عليهما إذا أتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غصبا فتلف فى يديهما، و انتفاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه كالبيع و القرض، و أما الوديعه و العاريه إذا دفعها صاحبها إليهما فتلف فلا ضمان عليهما، فإن أتلفاهما فالأقرب انه كذلك، و لبعض العامه وجهان انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بالنسبه إلى الوديعه و العاريه إذا دفعهما صاحبهما إلى الصبى و المجنون فتلفتا أو أتلفاهما بعد ان ذكر أن فى ضمانهما قولين: التفصيل فى ذلك، و الفرق بين التلف و الإتلاف، و أن الأجود الضمان فى الثانى دون الأول.

و علل بأن الضمان باعتبار الإهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ و الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين، فلا يتعلق بالصبى و المجنون، و وجوب الضمان فى الثانى بأن إتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب فى ضمانه، و الأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف، قال: و منه يعلم وجه ضمان ما يتلف به من مال الغير بغير اذنه.

أقول عندى فيما ذكروه و حكموا به من الضمان على الصبى و المجنون فى جميع هذه من الصور المفروضه نظر،

لحديث (١)

«رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ، و المجنون حتى يفيق». و ظاهر رفع التكليف و المؤاخذة بحقوق الله (سبحانه) و حقوق الناس و أن كلما يفعلانه فهو فى حكم العدم.

و لو قيل-ان المراد برفع القلم انما هو بالنسبه إلى المؤاخذة، و المعاقبه فيما يفعلانه مخالفا للشرع-قلنا: إيجاب الضمان عليهما فى الصور المذكوره ان تم فهو موجب للمؤاخذة، لان من أخذ بما أوجب الله عليه استحق المؤاخذة

ص: ٣٧١

و المعاقبه، فاللازم اما سقوط وجوب الضمان الذى ادعوه أو حصول المؤاخذة و المعاقبه، و فى الأول رد لقولهم، و فى الثانى رد للخبر المتفق على صحته، و أيضا فإن قوله فى المسالك بان الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين فلا يتعلق بالصبى و المجنون، يجرى فى الحكم بوجوب الضمان عليهما فى هذه الصور التى ذكروها و الله العالم.

الرابعه [من ولى السفیه؟]

اشاره

-لا- خلاف فى أن الولاية فى مال الصغير و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب و الجد له و ان علا، و أما السفیه فان ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، ان المشهور ان ولايته للحاكم، سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيدا أو بلغ سفیها، قال: و وجهه على تقدير القول بتوقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم و رفعه عليه ظاهر، لكون النظر حينئذ إليه، ثم نقل القول بأنه ان بلغ سفیها فالولاية للأب و الجد ثم وصى أحدهما ثم الحاكم و الصبى ان بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فأمره إلى الحاكم دونهما، قال: و هو أجود استصحابا لحكم ولايتهما فى الأول، و ارتفاعها فى الثانى فيحتاج عودها الى دليل، و الحاكم ولى عام، لا يحتاج الى دليل. نعم يتخلف إذا قدم عليه غيره و قد انتفى هنا.

أقول: ان من القائلين بتوقف الحجر و زواله على حكم الحاكم العلامة فى جملة من كتبه، كالمختلف و التذكرة، مع أنه قال فى التذكرة: إذا بلغ الصبى لم يدفع اليه ماله، الا بعد العلم برشده، و يستديم التصرف فى ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه، أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم، فان عرف رشده انفك الحجر عنه، و دفع اليه المال، و هل يكفى بالبلوغ و الرشده فى فك الحجر عنه، أم يقتصر الى حكم الحاكم و فك القاضى؟ الأقرب الأول، لقوله تعالى (١) «فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ» و لزوال المقتضى للحجر كالمجنون، و لانه لو توقف على ذلك، لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم، و لكان عندهم من أهم الأشياء

ص: ٣٧٢

الى آخره.

و هو ظاهر فى استمرار ولايه الأب و الجد على من بلغ سفيها، مع أن مذهبه كما قدمنا نقله عنه، توقف الحجر و زواله على حكم الحاكم، و ما ذاك الا من حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفه بعد البلوغ، و أنه لا نزاع فى عدم توقف حجر السفه على حكم الحاكم، إذا كان السفه متصلا بالبلوغ، و حينئذ فتفريع ولايه الحاكم فى صورته اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقف الحجر و زواله على حكم الحاكم كما ذكره لا وجه له، مع أن ظاهر الآيه و الاخبار التى قدمناها انما هو استمرار ولايه الأب و الجد الثابته قبل البلوغ فى صورته اتصال السفه بالبلوغ، كقوله

فى روايه هشام بن سالم (١)

«و ان احتلم و لم يونس منه رشد أو كان ضعيفا، أو سفيفا فلممسك عنه وليه». و هو الظاهر من قوله سبحانه «فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» فَإِنْ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ مَعَ عَدَمِ إِيْنَسِ الرُّشْدِ إِنْ كَانَ سَفِيهَا أَوْ مَجْنُونًا لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ، وَ الْخَطَابُ لِلأَوْلِيَاءِ حَالِ الصَّغَرِ، وَ هُمُ الأَبُ وَ الْجَدُ وَ مِنْ تَفَرُّعِ عَلَيْهِمَا، بَغَيْرِ خِلَافِ الأَمْعِ عَدَمِ الْجَمِيعِ (٢).

و بذلك يظهر لك ضعف القول المذكور. و ان كان هو المشهور.

بقى الكلام هنا فى مواضع

الأول [الولاية فى نكاح السفه]

قال فى المفاتيح فى باب النكاح:

تثبت الولاية فى النكاح للأب و الجد و ان علا على الصغير، للنصوص المستفيضة و على السفه و المجنون ذكورا كانوا أو اناثا مع اتصال السفه و الجنون بالصغر بلا خلاف.

و فيه أن دعوى عدم الخلاف-هنا بالنسبه إلى السفه-يدفعه ما قدمنا نقله-

ص: ٣٧٣

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٣.

٢- (٢) يعنى ان الولاية لهؤلاء دون الحاكم الا مع عدم الجميع فإذا عدموا رجعت الولاية للحاكم-منه رحمه الله.

عن المسالك-من أن المشهور ان الولاية للحاكم على السفية مطلقا،اتصل سفهه بالبلوغ،أو تجدد بعده بل صرح بذلك هو نفسه في الباب الخامس في التصرف بالنيابة فقال بعد أن صرح بأن ولاية الصبي و المجنون للأب و الجد:ما لفظه قيل:و كذا حكم الولاية في مال من بلغ سفيا استصحابا لولاية الأب و الجد،أما من تجدد سفهه بعد أن بلغ رشيدا و المفلس فولايتهما للحاكم لا غير،وقيل:بل الولاية في السفية مطلقا للحاكم لا غير،كالمفلس،و هو أشهر انتهى.

نعم المفهوم من كلام بعض الأصحاب في كتاب النكاح أن هذا الإجماع انما هو في المجنون خاصة،بمعنى انه ان بلغ مجنونا فان ولايته للأب و الجد بلا خلاف.

و به يظهر ان الظاهر ان لفظ السفية هنا في العبارة المتقدمة وقع سهوا من قلمه، و أما حمل ذلك على النكاح بالخصوص-دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك في باب النكاح-فيرده ما يفهم من المسالك من أنه لا فرق في هذا الخلاف بين المال و النكاح (1).

الثاني-لو بلغ عاقلا ثم تجدد سفهه

فقد تقدم أن الولاية فيه للحاكم،و هو المشهور،وقيل:يعود ولاية الأب و الجد بعد زوالهما،قال:و كذا في الجنون لو طرء بعد البلوغ و الرشد.

ص: ٣٧٤

١- ١) حيث قال بعد قول المصنف ولايته يعنى الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله:ما لفظه و أما من بلغ غير رشيد فإطلاق الولاية فيه للحاكم مشكل، لأن ولاية الأب و الجد مع وجودهما متحققه قبل البلوغ،و لا مانع من استصحابها، و الظاهر ان مراد المصنف ثبوتها للحاكم مطلقا،و ان ولاية الأب و الجد مخصوصه بالصغير،و قد تقدم في باب الحجر مثله في ولاية المال،و المتجه التصفيه بينهما في التفصيل باتصال السفه و تجدده،فيكون الولاية في الأول للأب و الجد،و في الثاني للحاكم مطلقا-منه رحمه الله.

قال: في المفاتيح و ان طراً الوصفان بعد البلوغ و الرشد ففي ثبوت ولايتهما قولان: و بذلك صرح في الكفايه أيضا.

أقول: و المسأله خاليه من النص الظاهر، الا أن الأقرب بالنظر الى ما ذكره من التعليقات هو القول المشهور، لانه بعد زوال الولايه بالبلوغ و الرشد فرجوعها يحتاج الى دليل.

و غايه ما يفهم من الآيات و الاخبار هو ثبوت الولايه على الصغير، و من اتصل جنونه أو سفهه بالصغير، و أما من تجدد له بعد البلوغ فلا دليل عليه، و ولايه الحاكم ثابتة على الإطلاق، و المراد به الامام (عليه السلام) أو نائبه الخاص، أو العام و هو الفقيه الجامع للشرائط، فيدخل هذا الفرد تحت ذلك (1).

الثالث [لو تعارض عقد الأب و الجد]

قد عرفت في صدر المسأله أن الولايه في مال الصغير و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب و الجد و ان علا بلا خلاف و لا اشكال، و انما الإشكال فيما لو تعارض عقد الأب و الجد، بأن أوقعه دفعه، فهل يقع باطلا لاستحاله الترجيح أو تقدم عقد الجد، أو عقد الأب؟ أو وجه: و الكلام في ولايه المال، أما النكاح فسيأتى الكلام في بابه إنشاء الله تعالى، و نقل عن التذكرة في هذا الباب: القول بتقديم عقد الجد، و في باب الوصايا من الكتاب المذكور قال: ان ولايه الأب مقدمه على ولايه الجد، و ولايه الجد مقدمه على ولايه الوصى للأب.

و بذلك صرح في المسالك أيضا في كتاب الوصايا فقال: الأمور المفتقره إلى الولايه، اما أن تكون أطفالا، أو وصايا، أو حقوقا، أو ديونا، فان كان الأول فالولايه فيهم لأبيه ثم لجدته لأبيه، ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولايه الأقرب

ص: ٣٧٥

١ - ١) فقال: لو طرء الجنون بعد البلوغ و الرشد ففي ثبوت الولايه لهما أو للحاكم قولان: و قال في السفه بعد ذكر حكم السفه المتصل بالبلوغ و الخلاف فيه: أما الطارى بعد البلوغ و الرشد المشهور انها للحاكم - منه رحمه الله.

فالأقرب منهم الى الميت، فان عدم الجميع فوصى الأب، ثم وصى الجد، وهكذا فان عدم الجميع فالحاكم، و الولايه فى الباقي غير الأطفال للوصى، ثم الحاكم انتهى.

هذا كلامه فى كتاب الوصايا و ظاهره الجزم به و مع أنه فى كتاب الحجر اقتصر على نقل الاحتمالات الثلاثة التى ذكرناها، و نقل كلام التذكرة و لم يرجح شيئاً فى البين، و الظاهر أن وصى الأب لا حكم له مع الجد، و به صرح فى التذكرة، لأن ولايه الجد شرعيه، و ولايه الوصى جعليه، و لو تعدد الأجداد بوجود الأذى و الأعلى، فإنه يأتى فيهم ما تقدم فى الجد و الأب من الأوجه الثلاثة كذا صرح فى المسالك فى هذا الكتاب، مع أن ظاهر كلامه الذى نقلناه فى كتاب الوصايا تقديم الأقرب فالأقرب من الأجداد إلى الميت.

الرابع - هل يعتبر العدالة فى الأب و الجد؟

أكثر عبارات الأصحاب عاربه عن ذلك، قيل: و فى عبارته القواعد و شرحه اشاره اليه، و الاخبار الداله على ولايتهما مطلقه، و الأصل عدمها حتى يقوم دليل واضح على ثبوتها، و هو اختيار جمله من محققى متأخرى المتأخرين و الظاهر من كلام الأصحاب أيضاً و أما الوصى فالمشهور بين الأصحاب اعتبار العدالة فيه، و ظاهر جمله من أفاضل متأخرى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراسانى عدم اعتبار ذلك، استنادا الى عموم الروايات الداله على اجراء حكم الوصى من غير اشتراط العدالة، و كذا عموم ما دل على مضاربه الرجل بمال ولده، و الوكاله فيه من غير اشتراط العدالة.

أقول: و يمكن أن يستدل على اشتراطها فى الوصى بما رواه

محمد بن إسماعيل (1) فى الصحيح قال: ان رجلا من أصحابنا مات و لم يوص، فرفع أمره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله، و كان رجلا خلف ورثه صغار أو متاعا

ص: ٣٧٦

(١ - ١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ و لكن عن سماعه.

و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن، ان لم يكن الميت صير اليه وصيته، و كان قيامه بهذا بأمر القاضى لأنهن فروج، قال فذكرت ذلك لأبى جعفر «عليه السلام» فقلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لم يوص الى أحد، و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا لبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك القيم؟ قال: فقال: إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس». و المراد المماثلة فى الوثاقه و العدالة

و روايه رفاعه (1) قال:

«سألته عن رجل مات و له بنون صغار و كبار من غير وصيه، و له خدم و مماليك و عقار كيف يصنعون الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال:

ان قام رجل ثقه ففاسمهم ذلك كله فلا بأس».

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (2) الوارده فى وصيه أمير المؤمنين عليه السلام قال فيها:

«و ان حدث بالحسن و الحسين عليهما السلام حدث فإن الآخر منهما ينظر فى بنى على، فان وجد فيهم من يرضى بهديه و إسلامه و أمانته، فإنه يجعله ان شاء، و ان لم ير فيهم بعض الذى يريد، فإنه يجعله الى رجل من أبى طالب يرضى به، فان وجد آل أبى طالب قد ذهب كبراًؤهم و ذوو آرائهم فإنه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم» الخبر.

و مورد هذا الخبر الوصى لكنه لا- دلالة له على العموم فى كل وصى، و بما يفرق بين الوصى و بين ما دل عليه الخبران الأولان، بأن الوصى قد عينه و ان كان غير عدل، و فى تبديله و عزله دخول تحت قوله تعالى (3) «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» .

و فيه أن تبديله و عزله انما وقع رعايه للموصى، و محافظه على تنفيذ وصاياه، حيث أن الوصى لما كان غير عدل فلا يؤمن منه التغيير و التبديل، و الإخلال بتنفيذ

ص: ٣٧٧

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ و لكن عن سماعه.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٢٧.

٣- (٣) سورة البقره الآيه ١٨١.

و الظاهر أن الاحتياط فى المقام أن يضم الحاكم اليه عدلا يكون ناظرا عليه فى تنفيذ الوصايا،و يستفاد من الخبرين الأولين الاذن لعدول المؤمنين فى تولى بعض الأمور الحسينيه المنوطه بالحاكم الشرعى،و به صرح الأصحاب أيضا.

الخامسه [حكم السفه فى العبادات البدنيه و الماليه الواجبه]

-المفهوم من كلام جمله من الأصحاب ان السفه حكمه فى العبادات البدنيه و الماليه الواجبه حكم الرشيد فى وجوب الإتيان بهما،الا أنه لا يمكن من من صرف المال،و على هذا فتمتى كان الحج عليه واجبا فليس للولى منعه،بل يجب عليه المبادره اليه،و على الولى تولى الإنفاق عليه بنفسه أو وكيله،سواء زادت نفقته سفرا على نفقه الحضر أم لا،و لا فرق فى ذلك بين حجه الإسلام أو حج النذر إذا كان النذر سابقا على الحجر.

و أما لو أراد الحج ندبا فإنهم اشترطوا فيه أن لا يزيد نفقته سفرا عن نفقته حضرا لعدم الضرر.

و لا- أعرف لهذا الشرط وجها إذا كان الولى هو أو وكيله المتولى الإنفاق عليه،و الضرر انما يتطرق بتمكينه من النفقه على نفسه،على انه من الظاهر البين أن نفقه السفر يزيد على نفقه الحضر غالبا،لما يحتاج اليه من الدواب،و الغرم كما هو المشاهد المعلوم فى جميع الأزمان،و حيثئذ فكيف يمنع من هذا الثواب العظيم المرتب على الحج،و هو مكلف عاقل لا مانع سوى السفه الذى هو عباره عن صرف المال فى غير محله،و هو هنا مندفع بتولى الولى أو وكيله لذلك،و المسأله المذكوره غير منصوصه كما اعترف به فى المسالك، ليجب الوقوف فيها على ما ذكروه،و العجب انهم قالوا: كما تقدم نقله عنهم أنه يجوز للإنسان أنه يتصدق بجميع أمواله،و ينفقها فى الخيرات و الطاعات و لا يكون ذلك سفها مع ما فيه من الضرر العظيم،و يمنعون هنا من زياده نفقه السفر،لكون ذلك ضررا.

و الى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الأردبيلى أيضا كما أشار إليه بقوله:

الظاهر عدم منعه من المندوب أيضا، كمثل ما مر، و ان استلزم صرف المال زائدا على الحضر، على أن ما ذكره من عموم الحجر - على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات، و القربات المستحبه و النذر و نحو ذلك في محل المنع، فإن غايه ما يفهم من الاخبار و الآيات التي تقدم ذكرها، هو أنه لسفهه لا يمكن من المال خوفا أن يصرفه في المصارف الغير الشرعيه.

و حينئذ فلو أراد أن يتصدق بصدقه أو يبني مسجدا أو نحو ذلك، على وجه لا يدفع المال اليه، فما المانع منه، حتى انهم يحكمون بالحجر فيه و في أمثاله، فإنه عاقل كامل داخل تحت الخطاب بتلك الأخبار الداله على استحباب الصدقه، و فعل الخير و بذل المعروف، و تخصيص هذه الأخبار بأخبار الحجر ليس اولى من العكس، بل العكس أولى، فإن غايه ما يتمسكون به كونه سفيها، و مجرد السفه من حيث هو لا يصلح للمنع من ذلك كالفاسق.

نعم الذي يقتضيه السفه هو الحجر عليه في المال، لثلا يصرفه في غير المصارف الشرعيه من وجوه السفه، و الفرض هنا أنه انما صرف في المصارف الشرعيه التي ليست بسفه على وجه لم يدفع اليه المال بنفسه (1).

و بالجملة فإن دعوى عموم الحجر على وجه يتناول ما ذكرناه و أمثاله ممنوعه، لا أعرف عليها دليلا، ثم انهم قالوا أيضا: أنه إذا حلف انعقدت يمينه، لانه لا تعلق له بالمال، و مثله لو نذر أو عاهد على وجه لا تعلق له بالمال، أما لو كان النذر أو

ص: ٣٧٩

١ - ١) و ان قوله عليه السلام في بعض تلك الأخبار إذا علم الرجل أن أقرانه سفيهه مفسده و ولده سفيه لا ينبغي له أن يسلط واحدا منهم على ما حوله، ان النهي من تسليطهم انما هو لخوف وقوع صرفه في الفساد و هو الأمور غير المشروعه، و كذا قوله في آخر لا يعطوهم حتى تعرفوا منهم الرشده، انما هو خوف صرف المال في تلك الأمور الممنوع منها شرعا، و حينئذ فلا تعلق لذلك بما لو تصدق بمال و نحوه من وجوه الطاعات على وجه يكون صرف المال فيه بواسطه الولي من غير أن يدفع المال إليه، فإنه من أفعال العقلاء و ذوى الرشده فلا مانع منه. منه رحمه الله.

العهد متعلقا بالمال كأن نذر أن يتصدق بمال مثلا، فإن كان معينا بطل النذر، وإن كان في الذمه روعى في انعقاده زوال السفه.

وإذا حلف وحنث في يمينه فإنه يجب عليه الكفاره قطعا، لانه بالغ عاقل، إلا أنه يبقى الإشكال في تعيين التكفير بالصوم، لانه محجور عليه المال، فيصير كالعبد والفقير، أو جواز التكفير بالمال؟ نظرا إلى أن الكفاره تصير واجبه عليه، وهو مالك للمال، فيخرج من المال، كما يجب أخرج الزكاه والخمس ومؤه الحج الواجب، والكفاره التي قد سبق وجوبها الحجر قولان:

و بالأول صرح العلامة في جملة من كتبه، و ظاهر المحقق في الشرائع التردد في المسألة لما ذكرنا من تعارض الوجهين المذكورين، و ظاهره في المسالك الميل إلى القول الأول، و أجاب عن دليل الثاني قال: و يضعف بأن هذه الواجبات ثبت عليه بغير اختياره، فلا- تصرف له في المال، و انما الحاكم به الله تعالى، بخلاف الكفاره في المتنازع فان سببها مستند إلى اختياره، و مخالفته لمقتضى اليمين، فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له إلى ذهابه، لان مقتضى السفه توجيه صرفه إلى ما لا ينبغي انتهى.

أقول: فيه ما عرفت من أنه لا- دليل على ما ادعوه في هذا المقام، بل الدليل على خلافه ظاهر من أخبارهم عليهم السلام و ذلك فإنه متى حلف أو نذر أو عاهد دخل تحت الأخبار الداله على وجوب الوفاء بهذا الأشياء و ما يترتب عليها، لانه مكلف و سفهه لم يسقط عنه التكليف.

و غاية ما يوجهه السفه من الصرف في المال بغير الوجوه المشروعه، لا مطلقا كما ادعوه، فانا لم نقف لهم فيه على دليل، بل ظاهر الآيه و الاخبار المتقدمه انما هو ما قلناه على أنا لا يجوز دفع المال إليه فيما يتوقف على المال في هذه الأمور، بل المتولى لصرفه هو وليه الذي بيده المال.

و التحقيق انه قد تعارض هنا أدله وجوب الوفاء بهذه الأمور، و ما يترتب عليها كما في غيره من المكلفين، و أدله الحجر و تخصيص أحد الدليلين بالآخر يحتاج

الى مخصص، فبأى جهه قدموا العمل بأدله الحجر، و خصصوا بها تلك الأدله، مع أن الأمر عند النظر بعين التحقيق انما هو بالعكس، فإن أدله الحجر كما عرفت لا- عموم فيها، كما يدعونه على وجه تشتمل هذه الأمور و نحوها، و حينئذ فيجب العمل بتلك الأخبار الداله على وجوب الوفاء لهذه الأمور و ما يترتب عليها، و بذلك يظهر لك أن حكمهم بكون النذر بالصدقه بمال معين باطلا، و كذا كونه موقوفا لو نذر التصدق بمال فى الذمه فى محل المنع، لعدم الدليل عليه مع قيام الأدله على الصحه كما عرفت.

و الاستناد فى منع ذلك الى أنه لو صح تصرفه كذلك لأمكن أن يجعل ذلك وسيله إلى ذهاب ماله، لان مقتضى السفه يوجب صرفه الى ما لا ينبغى -مردود بأن السفه ليس مجنوناً يصرف ماله فيما لا يشعر به، بل غايه أمره انه لسفهه و عدم خوف الله عز و جل يصرف أمواله فى المصارف المحرمه الموجهه للذاته كالزنا و شرب الخمر و نحو ذلك من المصارف التى يتلذذ بها.

و حينئذ فكيف يصير صرفه المال فى النذر و الصدقه و الكفاره وسيله إلى صرفه فيما لا ينبغى، و كيف تصير هذه الأشياء مما لا ينبغى، و هى عبادات يترتب عليها الأجر و الثواب و هو مكلف عاقل قد يريد الثواب و الأجر و ان كان سفهياً فى بعض أمورهِ، على أنا قد اعتبرنا تولى الولى لذلك، و عدم تمكينه من المال كما تقدم.

و أما ما ذكره فى المسالك فى الجواب عن دليل القول الثانى من الفرق، ففيه أنه كما أن الزكاه قد أوجب الله سبحانه كذلك الكفاره قد أوجبها لانه مكلف مخاطب بالأحكام و ليس بمجنون يسقط عنه التكليف، فإنه لا خلاف فى كون يمينه مشروع و لازم له، و أنه بالحنث تجب عليه الكفاره كما فى غيره من المكلفين، و حينئذ فلما حنث أوجب الله عليه الكفاره كما أوجب عليه الزكاه، و كون السبب فى إيجابها الحنث الذى هو من المكلف لا يمنع من تعلق حكم الوجوب بها، و أن المطالب بها هو الله عز و جل، كما يطالب بالزكاه و نحوها، على أن من جمله المعدودات التى وافق على وجوبها الكفاره التى سبق وجوبها الحجر، فان

سببها أيضا مستند الى المكلف و الفرق بينها، و بين ما نازع فيه غير واضح.

و بالجمله فإن غايه ما يتمسكون به هنا هو ما يدعونه من عموم الحجر، و قد عرفت ما فيه، و ما ذكره فى المسالك فى آخر كلامه المتقدم نقله بقوله فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيله الى آخره، فيه ما عرفت و الله العالم العالم.

المطلب الثالث فى المفلس

اشاره

و هو بكسر اللام لغه الذى ذهب خيار ماله من دراهم و دنانير، و بقى فلوسه، فهو مأخوذ من الفليس، و احد الفلوس يقال: أفلس الرجل بصيغه اللازم، فهو مفلس بكسر اللام، إذا صار كذلك كما يقال: أذل الرجل أى صار ذل، فالمعنى هنا أنه صار ذافلوس، بعد أن كان ذادراهم، و مرجعه الى الانتقال من حال اليسر الى حال العسر، حيث أنه قد ذهب خيار ماله، فلم يبق الا الفلوس.

و اما شرعا فإنه يقال: مفلس بفتح: و هو الممنوع من التصرف فى ماله، يقال فلسه القاضى تفليسا إذا حكم بإفلاسه، و نادى عليه، و شهره بين الناس بأنه صار مفلسا، و المراد به هنا من يكون عليه ديون تقصر أمواله عن أدائها.

قالوا: و لا يتحقق الحجر عليه الا بشروط أربعة

الأول- أن يكون ديونه ثابتة عند الحاكم

اشاره

الثانى- أن يكون أمواله قاصره عن الديون التى عليه. الثالث- أن يكون ديونه حاله، الرابع- أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه.

أقول: اما الأول- من هذه الشروط فظاهر، لان الحجر انما يقع من الحاكم، و حينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده بإقرار أو بنيه أو علم منه بذلك على أظهر القولين و أما الثانى فلأنه لو كانت أمواله زائده أو مساويه فلا حجرا جماعا، كما نقله فى المسالك، بل يطالب لها، فان قضاها و الا- رفع أمره الى الحاكم، فيحبسه الى أن يقضى ذلك، أو يبيع عليه متاعه و يقضى عنه دينه، و المراد بأمواله القاصره عن أداء ديونه ما يشمل معوضات الديون، و هى الأموال التى ملكها بعوض ثابت فى

ذمته، كالأعيان التي اشتراها أو استدانها، فإنها ملكه فيكون من جملة أمواله، و إن تخير أصحابها بين الرجوع فيها عند قسمه أمواله أو الطلب بعوضها، و كما تحتسب هذه الأشياء من جملة أمواله، فتحتسب أعواضها من جملة ديونه.

و أما الثالث فلائنه مع كون الديون مؤجله لا وجه للحجر، لعدم استحقاق المطالبة و ان لم يف ماله بما عليه، و يجوز أن يسهل الله (سبحانه) له الوفاء عند حلول الأجل و المطالبة، و أما ما نقل عن ابن الجنيد من حلول ديونه المؤجله قياسا على الموت فضعيف.

و اما الرابع فلائن الحق للغرماء فلا- يتبرع الحاكم بالحجر لأجلهم مع عدم طلبهم ذلك- الا- أن تكون الديون لمن له الولاية عليه، كاليتيم و المجنون و السفية و كذا لو كان بعضها لهم و البعض الآخر لغيرهم مع التماس ذلك الغير.

و كذا لو سأل هو الحجر على المشهور، فإنه لا يجب الى ذلك، و علل بأن الحجر عقوبه، و الرشد و الحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل، و استقرب العلامه في التذكرة جواز اجابته، استنادا إلى انه كما أن في الحجر مصلحة للغرماء بحفظ حقوقهم، كذلك فيه مصلحة للمفلس ببراءه ذمته، و خلاصها من حق الغرماء، و أنه

قد روى عن النبي (1) صلى الله عليه و آله

«أنه حجر على معاذ بالتماسه».

و فيه من الضعف ما لا يخفى، فان بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليقات العليله مجازفه محضه، و أما الخبر المذكور فلم أقف عليه في أخبارنا، و الظاهر أنه عامي.

بقي هنا شيء لم أقف على من تنبه له، و هو ان ما اشتهر في كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من كون المفلس يجب الحجر عليه، كما يجب على الصبي و السفية و المجنون، لم أقف فيه على نص واضح، كما ورد في الثلاثه المذكوره من الآيات و الروايات المتقدمه في سابق هذا المطلب.

ص: ٣٨٣

و الذى وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذا المقام، التى ربما يدعى منها ذلك

موثقه عمار (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسمه بينهم، يعنى ماله».

و رواه غياث بن إبراهيم (٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام، كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله» الحديث. المتقدم و ما رواه

فى التهذيب عن الأصبح بن نباته (٣) عن أمير المؤمنين عليه السلام

«انه قضى أن يحجر على الغلام حتى يعقل، و قضى عليه السلام فى الدين أنه يحبس صاحبه، فان تبين إفلاسه و الحاجه فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أن يحبس، ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فان أبى باعه فيقسمه بينهم». و رواه الصدوق فى الفقيه، و زاد لفظ المفسد بعد الغلام فى صدر الخبر

و رواه السكونى (٤) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام عن على صلوات الله عليه

«أنه كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء، و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء، فقال لهم: اصنعوا به ما شئتم، ان شئتم آجروه، و ان شئتم فاستعملوه».

و أنت خبير بأن غايه ما يدل عليه أكثر هذه الاخبار انه عليه السلام كان يحبس فى الدين إذا التوى على غرمائه، و هذا لا دلالة فيه على كونه مفلسا، بل ظاهرها أن الحبس انما هو من حيث المطل و عدم الأداء، لأنه معنى الالتواء، فيجوز أن يكون عنده ما يفى بالديون التى عليه، و لكنه يماطل فى دفعه، فهو عليه السلام يحبسه حتى يتبين حاله، فان وجد عنده مالا قسم ما وجده عنده بين غرمائه، و ان لم يجد عنده شيئا أطلقه حتى

ص: ٣٨٤

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٩١.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٢.

٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٠.

يستفيد مالا(١) كما دل عليه حديث الأصبح.

و مثله أيضا روايه غياث، أو دفعه الى أصحاب الدين كما تضمنه خبر السكوني.

نعم فى خبر غياث يفلس الرجل أى يحكم بكونه مفلسا.

و كيف كان فإن غاية ما تدل عليه هذه الاخبار هو أنه بعد رفع الأمر إليه أنه يحبس الرجل، فإن وجد له مالا قسمه بين الغرماء، و الا- فلا، و أما أنه يحجر عليه التصرف فيه مع بقاء المال فى يده، كما هو المفروض فى كلامهم و المبنى عليه تفرعاتهم الا تيه فلا دلالة فى شىء منها عليه، و الشروط المتقدمه إنما بنيت على ذلك.

و بالجملة فإن غاية ما تدل عليه الاخبار هو استيفاء المال منه، و تحصيله بعد رفع الأمر إلى الحاكم، و قسمته بين الغرماء، و مرجع البحث معهم فى هذا المقام هو صحة الحجر من الحاكم الشرعى و عدمه، فإنه إذا كان الامام عليه السلام فى هذه الاخبار لم يحجر عليه، و لم يأمر به، و ليس غيرها فى الباب فكيف يسوغ لناثبه و هو الفقيه أن يفعل ذلك، و هو غير مأذون فيه و لا أمور به عنهم عليهم السلام.

و انما الوارد عنهم كما عرفت انما هو قسمه ماله بالحصص إذا رفع الأمر اليه، و هذا حكم على حده، و الحجر حكم على حده، و الأحكام الشرعيه توقيفيه مقصوره على ما ورد عنهم عليهم السلام و البحث فى هذا الكتاب كله انما ترتب على الحجر كما سيظهر لك.

ثم انه بناء على ما ذكره من الشروط المتقدمه قالوا: إذا تحققت الشروط المذكوره، و حصل الحجر من الحاكم، تعلقت به أمور أربعه: الأول: منع التصرف بأن يمنعه الحاكم من جميع التصرفات، و الكلام هنا فى مواضع

أحدها [المراد من التصرفات الممنوع منها]

قالوا:

ان المراد من التصرفات الممنوع منها هى التصرفات الابتدائيه المتعلقة بالمال

ص: ٣٨٥

الموجود حال الحجر، كالتق و الرهن و البيع و الهبه، و لا يمنع من إمضاء تصرف سابق أو إبطاله، مثل فسخ بيع أو إمضائه فى زمن الخيار أو بالعب.

و كذا لا- يمنع من التصرفات المتعلقة بغير المال كتكاح المرأه بنفسها، و الرجل ايضا بشرط عدم إيقاع العقد على المال الممنوع، و كالتلاق و اللعان و الخلع، و استيفاء القصاص و العفو عنه، و لا- عن كسب المال مثل قبول الوصيه، و قبول الهبه، و الاحتشاش و الاحتطاب.

و لا- اعرف لهم دليلا- فى المقام الا- ما ربما يدعى من الإجماع، و قد عرفت ما فى أصل المسأله من تطرق النزاع، و حينئذ فلو تصرف فيما منع من التصرف فيه كان تصرفه باطلا، و هل المراد بالبطان هنا حقيقه- و كون عبارته كعباره الصبى، فلا تصح و ان لحقته الإجازة- أو البطان بمعنى عدم اللزوم؟ فلا ينافى صحته لو أجاز الغرماء، أو فضل عن الدين بعد قسمه ماله عليهم قولان:

قالوا: و يؤيد الأول: أنه هو المناسب للحجر، فان معنى قول الحاكم حجت عليك منعتك من التصرفات، و مقتضاه تعذر وقوعها منه.

و يؤيد الثانى: أنه لا- يقصر عن التصرف فى مال الغير، فيكون كالفضولى و حينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف، لان المراد منه التصرف المنافى لحق الغرماء، و لا- دليل على اراده غيره، و على التقدير الثانى فان اجازة الغرماء نفذ، و الا آخر الى أن يقسم المال، فلا يباع و لا يسلم الى الغرماء، فان لم يفضل من ماله شىء يبين بطلانه، و ان فضل ما يسعه صح.

و

ثانيها- لو أقر بدين سابق صح

، لعموم (1)

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و الظاهر أنه لا خلاف فيه، انما الخلاف فى أنه هل يشارك ذلك المقر له بالدين الغرماء أم لا؟ و الى الأول ذهب الشيخ فى المبسوط، و المحقق و علامه فى الشرائع و التذكرة و التحرير، و قيل: بعدم المشاركه، و قواه فى المسالك، و هو ظاهر علامه

ص: ٣٨٦

فى الإرشاد حىث قال: لو أقر بمال فالوجه اتباعه بعد الفك، بمعنى أنه يتبع المقر بعد فك حجره، و لا يشارك الغرماء، و هو اختيار المحقق الأردبىلى فى شرحه أيضا جازما به حىث لم ينقل خلافا فى المسألة بالكليه، مع ما عرفت من تعدد القائل بذلك القول الأخر.

حجه القول الأول أنه عاقل فىنفذ إقراره للخبر، و عموم الخبر فى قسمه ماله بين غرمائه، و المقر له أحدهم، و لأن الإقرار كالبينه، و مع قيامها لا- إشكال فى المشاركه، و لانتفاء التهمه على الغرماء، لان ضرر الإقرار فى حقه أكثر منه فى حق الغرماء، و لان الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقر بدين عليه مع عدمه، هكذا قرر فى المسالك حجه القول المذكور.

ثم اعترضه فقال: و يشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى، لأننا قبلناه على نفسه، و من ثم التزمناه بالمال بعد زوال الحجر، و لم يدل على أنه جائز على غيره، و لو شارك المقر له الغرماء لنفذ عليهم، لتعلق حقهم بجميع ماله، و لا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه فى ماله الموجود، و المشاركه يستلزم ذلك، و تمنع مساواه الإقرار للبينه فى جميع الأحكام، و يظهر أثره فىمن لا يقبل إقراره إذا أقيمت عليه البينه، و إذا لم تكن القاعده كليه لم تصلح كبرى للشكل (1) فلا- ينتج المطلوب و التهمه موجوده فى حق الغرماء، لانه يريد إسقاط حقهم بإقراره، و تحقق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه الضرر عليهم، و لإمكان المواطاه بينه و بين المقر له فى ذلك، فلا يتحقق الضرر الا عليهم.

و على كل حال لا- يمكن الحكم بنفى التهمه على الإطلاق، بل غايته أنه قد يكون متهما و قد لا يكون، فلا يصلح جعل عدم التهمه وجها للنفوذ مطلقا، و الأقوى عدم المشاركه انتهى.

ص: ٣٨٧

١- ١) بان يقال: هذا إقرار، و كل إقرار كالبينه، يصح ان هذا كالبينه فى المشاركه، و المنع هنا توجه إلى كليه الكبرى فإنه ليس كل إقرار كالبينه لما عرفت منه رحمه الله.

أقول: وأنت خير بأنه بمقتضى ما قررناه سابقا من عدم وجود الحجر عليه فى الاخبار و إنما غايه ما تدل عليه هو أنه عليه السلام يقسم أمواله بين غرمائه بالحصص - إذا رفع الأمر إليه - هو قوه القول الأول، لأن هذا المقر له من جملتهم، و به يظهر قوه قوله فى حجه القول الأول، و عموم الخبر فى قسمه ماله بين غرمائه، و المقر له أحدهم.

و أما جواب شيخنا المذكور عن ذلك بقوله: و لو شارك المقر له الغرماء الى آخره فإنه صحيح لو كان هنا دليل على الحجر، بأن قام الدليل على أن للحاكم الشرعى أن يحجر على المفلس التصرف فى أمواله، مع أنه ليس كذلك، و الذى ثبت له إنما هو قسمته بالحصص بعد رفع الأمر إليه، فإن قيل -: إن مقتضى قسمته بين الغرماء بالحصص بعد رفع الأمر إليه أنه يحجر على صاحبه التصرف فيه حتى يقسمه بين الغرماء بالحصص -، قلنا قد عرفت من كلامهم أنه لا بد أن يقول الحاكم بعد رفع الأمر إليه: قد حجرت عليك التصرف فى أموالك، فإنه يترتب عليه الأحكام الأربعة المشار إليها آنفا، و بدونه لا يثبت شىء منها.

و من جملة فروع ذلك ما نحن فيه، من أنه بهذه الصيغه الواقعه من الحاكم انتقل المال الى الغرماء قبل القسمه، فلا يجوز لمن أقر له بعد الحجر المشاركه لهم، كما أشار إليه شيخنا المذكور بقوله لتعلق حقهم بجميع ماله، و أصرح منها فى هذا المعنى ما يأتيك - إنشاء الله تعالى - فى عباره المحقق الأردبيلى.

و بالجملة فإنه لا بد عندهم من هذه العبارة المذكوره لىترتب عليها الأحكام المذكوره، مع أنك قد عرفت أنه لا دليل عليها، لا أن مجرد الأمر بالقسمه يستلزم الحجر، فإنه و ان استلزمه لكنه ليس من محل البحث عندهم فى شىء.

و ملخص الكلام انه بالنظر الى ما جروا عليه فى هذا الباب من دعوى الحجر و ثبوته فالأقوى هو القول الثانى، لما ذكره شيخنا المذكور، و مثله المحقق الأردبيلى حيث أنه ممن اختار القول المذكور، فقال فى الاستدلال له: دليله أن

المال المحجور عليه صار بسبب الحجر للديان الذي حجر بسبب ديونهم، فلا يمكن أن يتعلق به غيرها بسبب إقرار المديون، فإنه بالحقيقه إقرار فى حق الغير انتهى.

و بالنظر الى ما ذكرناه من عدم دليل على هذا الحجر، فليس للحاكم الشرعى إيقاعه، فالأقوى هو القول الأول، لأن غاية ما دلت عليه الاخبار هو أن للحاكم قسمه أمواله بالحصص بين الغرماء بعد رفع الأمر إليه.

نعم لو تأخر الإقرار عن القسمه، فالظاهر أنه لا يلتفت إليه، و يصح ما ذكره، و أما قبلها فظاهر الأخبار اشتراك جميع الغرماء، و غاية ما استندوا إليه تقدم حق أولئك بالحجر أولاً قبل القسمه، و قد عرفت أنه لا أثر لهذا الحجر.

ثم انه لا يخفى ان محل البحث هو الاعتراف بالدين السابق، كما وقع فى عنوان المسأله، و هو احتراز عما لو أسند الدين الى ما بعد الحجر، فإنه و ان كان الإقرار به صحيحاً فى نفسه للخبر المتقدم، الا أنه لا ينفذ عندهم فى حق الغرماء، لما تقدم من الحكم ببطالان المعاملات الابتدائيه المتعلقة بالمال، و الإقرار بها فى حكم وقوعها، و يأتى فيها الخلاف المتقدم من بطلان المعامله بالكليه، أو كونها موقوفه، هذا كله فى الإقرار بالدين.

و لو أقر بعين فقيل: بأنها تدفع الى المقر له، و هو اختيار ابن إدريس و ظاهر المحقق فى الشرائع على تردد، و قيل: بالعدم، و هو اختيار العلامة فى الإرشاد.

و اعلم أن الأقوال بالنسبه إلى العين و الدين ترجع إلى أربعة أقوال: أحدها نفوذ الإقرار فيهما، و هو خيره العلامة فى التذكرة، و ثانيها عدم النفوذ و هو خيره العلامة فى الإرشاد، و المحقق الأردبيلي فى شرحه و نقل عن الشهيد و جماعه، و هو اختياره فى المسالك، و ثالثها- ثبوته فى العين دون الدين، و نقل عن ابن إدريس، و رابعها العكس و نسبه فى المسالك الى المصنف، و فيه إشكال، فإن ظاهره فى الشرائع انما هو القول الأول، لكنه تردد فى العين بعد أن حكم بالمشاركه كما قدمنا نقله عنه و الله العالم.

ثالثها [الخلاف في تعلق الحجر على المال المتجدد بعد الحجر]

لا- خلاف و لا- اشكال عندهم في تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر، و انما الإشكال في المتجدد بعده، فيحتمل تحقق الحجر فيه أيضا لوجود المقتضى في الأول، و هو صيانته حق الغرماء، حيث أنه يجب قسمه أمواله على ديونه، و هو مشترك في الموجود و المتجدد، و هو مختار العلامة في القواعد و التحرير، و عدمه للأصل في تسلط المسلم على ماله، و لخبر (1) «الناس مسلطون على أموالهم».

فالحجر عليه خلاف الأصل، و لا خلاف في الحجر فيما كان موجودا وقت الحجر، فيبقى ما عداه في حكم الأصل، اقتصارا على موضع الوفاق، قيل: و التحقيق (2) أن يقال: ان كان المراد شمول حجر الحاكم لذلك المال، فإنه ينظر فان كان كلامه في حجره شاملا- له يتعدى اليه الحجر، مثل أن يقول: حجرتك عن جميع التصرفات الماليه، و الا فلا، لانه قد ثبت أنه لا بد فيه من حكم الحاكم، و أنه لا- يثبت بدونه، و ان كان شاملا له ثبت، و الا فلا، و هو ظاهر و ان كان المراد أنه هل له أن يحجره عن جميع المال الموجود و المتجدد حينئذ حتى يؤدي الديون؟ فالظاهر التعدي، لأن دليل الثبوت و شرائطه ثابت، و ان كان المراد هل للحاكم أن يحجره ثانيا في ذلك المال المتجدد؟ فالظاهر التعدي بمعنى أن له الحجر عليه فيه أيضا بالشرائط المتقدمه، إذ لا فرق و لا مانع، و لا يمنع من ذلك ثبوت الحجر أولا على غيره، و هو أيضا واضح انتهى.

و ملخصه انه يجب أن يرجع الى الحاكم الذي صدر منه الحجر، فان لم يمكن و لا يعلم شموله و عدم شموله فلا يتعدى، للأصل و عدم الدليل.

أقول: أنت خبير بأن مقتضى ما قدمنا ذكره من أنه ليس على هذا الحجر دليل و لا نص، و انما الاستفادة من الاخبار هو قسمه مال المفلس بالحصص بعد رفع

ص: ٣٩٠

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ط جديد.

٢- (٢) هذا التحقيق للمحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الإرشاد- منه رحمه الله.

الأمر إلى الحاكم، فإنه لا ثمره لهذا الخلاف، و أن الواجب هو قسمه كل ما كان له من مال يومئذ على الغرماء.

و

رابعها [عدم صيروره الديون المؤجله حالا بالحجر]

-المشهور انه لا- تحل الديون المؤجله عليه بالحجر، و انما تحل بالموت كما تقدم فى كتاب الدين، و نقل عن ابن الجنييد أنها تحل، و كذا المشهور أنه لا- يحل بالحجر الدين المؤجل الذى له على غيره، و عن ابن الجنييد أنه يحل أيضا، و رد بالأصل، لأن الأصل بقاء ما كان عليه، حتى يقوم دليل على خلافه.

احتج ابن الجنييد للقول الأول بالقياس على الميت، و رد بطلان القياس، سيما مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثه ان منعوا من التصرف فى التركة إلى حلوله، و صاحب الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس.

قيل: و لا فرق فى دين الميت بين مال السلم و الجنايه المؤجله و غيرهما على الأقوى، لعموم النص.

و وجه احتمال خروجها أن الأجل فى السلم جزء من العوض، فلو حل مال السلم لزم نقصان العوض، و أجل الجنايه بتعيين الشارع، فبدونه لا يكون له تلك الديه، و عموم النص يدفع ذلك، و يسقط ما ادعى تأثيره، لأنهما فردان من افراد الديون فيتناولهما كغيرهما انتهى.

و أما ما ذكره ابن الجنييد من القول الثانى فإنه احتج أيضا بالقياس على الميت، و رد بمنع ذلك فى الميت أيضا، و فيه أن روايه أبى بصير قد دلت على ذلك فى الميت كما تقدم فى كتاب الدين، و به قال الشيخ و جماعه، الا أن الأصحاب ردوا الروايه بضعف السند، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى الكتاب المذكور.

و كيف كان فإنه و ان ثبت ذلك فى الميت الا ان حمل الحجر عليه قياس لا يوافق أصول المذهب، و لكنه لما كان يذهب الى العمل بالقياس كالعامة قال به هنا، و العجب من أصحابنا كيف يعتمدون أقواله و ينقلونها مع ارتكابه هذا المرتكب الفاحش الموجب لفسق فاعله.

و

خامسها [لو أقرض مالا بعد الحجر أو باعه بثمن فى ذمته لم يشارك الغرماء]

قالوا: لو أقرض إنسان مالا بعد الحجر أو باعه بثمن فى ذمته لم

يشارك الغرماء، بل كان ثابتا في ذمته، وهو في العالم بحاله موضع وفاق بينهم، لان فعله ذلك مع علمه بإفلاسه و حجر الحاكم عليه و تعلق حق الغرماء بأمواله رضا منه ببقاء ماله في ذمته الى أن يفك حجره.

أما لو كان جاهلا فقد جزم المحقق في الشرائع بأنه كذلك، لتعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر بأمواله، وان كانت متجدده بناء على دخول المتجدد في الحجر أيضا، فلا يتوجه له الضرب مع الغرماء بدينه، ولا أخذ عين ماله.

وقيل: فيه وجهان آخران: أحدهما - جواز فسخه و اختصاصه بعين ماله، لعموم

قوله (1) صلى الله عليه وآله

«صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه». و ثانيهما الضرب مع الغرماء، لان له حقا ثابتا في الذمه، وهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء، ولانه قد أدخل في مقابله الثمن مالا فيضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعه على الغرماء.

و رد كل من الوجهين بما تقدم من أن حق الغرماء بالحجر قد تعلق بعين تلك الأموال و صارت لهم و ان كانت متجدده، على أن الوجهين متنافران، لأنه ان كان غريما اختص بعين ماله كما يأتي إنشاء الله تعالى فيمن وجد عين ماله بعد الحجر، وان لم يكن غريما لم يضره.

أقول: و أنت خير بما في هذا الفرع أيضا بناء على ما قدمنا ذكره، فان مقتضى ما قدمنا ذكره هو المشاركة للغرماء ما لم يكن بيعه و قرضه بعد قسمه المال بين الغرماء فإنه غريم، قولهم ان أمواله قد صارت للغرماء بسبب الحجر، قلنا:

لا دليل على هذا الحجر و لا مستند له.

و ليت شعري كيف رتبوا هذه الأحكام على الحجر بما ذكر، و ما سيأتي من جميع الأحكام المذكوره في كتاب الفليس مع أنه لا مستند له، اللهم الا أن يكون إجماعهم على ذلك، و الا فالروايات كما عرفت خاليه عنه.

و بالجمله فإنني لا أعرف لهم حجه سوى الإجماع فالقول بخلافه لا ضير فيه

ص: ٣٩٢

(١ - ١) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٦.

عند من لا- يلتفت الى هذه الإجماعات، الا أن يثبت ذلك في كلام المتقدمين، و يعلم اتفاهم عليه، فإنه يكون حجه عندنا كما قدمنا ذكره في محله.

و

سادسها [عدم جواز قبض دون الحق للغارم]

قالوا: لو كان له حق فليس له قبض دون حقه، و كان للغرماء منعه عن ذلك، لأنه محجور عليه في أمواله و التصرف في أمواله ابتداء، و هذا منه، حتى لو تعين له الأرش فإنه لا يجوز له إسقاطه، و به صرح في التذكرة.

أقول: و فيه ما عرفت. و من ثم أعرضنا عن نقل جملة من تفرعاتهم في هذا المقام لعدم الدليل الواضح على صحة هذه القاعدة، فالتطويل بكثرة فروعها عار عن الفائدة و في ما ذكرناه أنموذجا كفايه للمتدرب في الصناعات.

الثاني [اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجده]

إشارة

من الأمور الأربعة المتقدم ذكرها: اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجده، و تحقيق الكلام هنا أيضا يقع في موارد

الأول [أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها]

إشارة

- المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها و ان لم يكن سواها، و له أن يضرب بدينه مع الغرماء سواء حصل في المال و فاء أم لا.

و نقل عن الشيخ أنه لا اختصاص الا أن يكون هناك و فاء و بالأول صرح الشيخ في الخلاف و ابن إدريس و ابن جنيد، و بالثاني صرح الشيخ في النهاية و الاستبصار و رجحه في المبسوط.

و الذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المقام

صحيحه عمر بن يزيد (1) عن أبي الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: لا يحاصه الغرماء». و هذه الرواية حجة القول المشهور، و هي ظاهرة فيه تمام الظهور.

و صحيحه جميل (2) عن بعض أصحابنا

«عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع، ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال: إذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع، قال:

ص: ٣٩٣

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٣.

٢-٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب الحجر الرقم-١.

و ليس للغرماء ان يحاصوه».

و صحيحه أبى ولاد (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه، فمات المشتري قبل أن يحل ماله، و أصاب البائع متاعه بعينه، إله أن يأخذه إذا حقق له؟ قال: فقال: ان كان عليه دين، و ترك نحو ما عليه فليأخذ ان حقق له، فان ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته، و لا سبيل له على المتاع».

و هذه الروايه هي مستند الشيخ فيما تقدم نقله عنه، و رد بأن مورد الروايه الميت، و الحكم فيه ذلك كما سيظهر لك، و محل البحث انما هو الحى و حينئذ فلا دلاله للخبر على مدعاه،

و روايه أبى بصير (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل كانت عنده مضاربه و وديعه، 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 قدر حصصهم أموالهم». و الشيخ جمع بين هذه الاخبار بحمل الأولين على الآخريين، فقال: انه لا يحاصه الغرماء إذا كان له ما يفي بمالهم من غير ذلك، فان لم يكن له شيء سوى ما للرجل بعينه كان هو و غيره من الديان فى ذلك سواء، لان دينه و دين غيره متعلق بدمته، و هم مشتركون فى ذلك.

أقول: و تفصيل الكلام فى المقام أن يقال: إذا كان المديون مفلسا و وجد صاحب الدين عين متاعه فلا يخلو اما أن يكون ذلك فى حياه المديون أو بعد موته، فان كان ذلك فى حياهه فالمشهور كما عرفت أن لصاحب المتاع أخذ عين متاعه و لو لم يكن سواها، و يدل عليه صحيحه عمر بن يزيد المذكوره، و خالف الشيخ كما تقدم نقله عنه، و قال: أنه لا اختصاص له الا أن يكون هناك و فاء استنادا إلى صحيحه أبى ولاد.

ص: ٣٩٤

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٩.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦١.

وقد عرفت عدم دلالتها على موضع النزاع لانه موردها الميت، والفرق بينه وبين الحي ظاهر، لا يمكن تجديد الوفاء بالنسبة إلى الحي يارث أو اكتساب أو زياده قيمه في أعيان أمواله، أو تجديد نماء أو نحو ذلك، بخلاف الميت.

وان كان ذلك بعد موته، فالمشهور أنه إذا وجد صاحب الدين عين متاعه فليس له أخذه الا ان يترك الميت نحو ما عليه، فيجوز له أخذها، وعليه تدل صحيحه أبي ولاد المذكوره.

ونقل عن ابن الجنيد الحكم باختصاصه هنا وان لم يكن غيرها، كما هو المشهور في الحي (1) ويدل عليه إطلاق مرسله جميل، الا أن يحمل إطلاقها على وجود ما يحصل به وفاء الدين سواها، كما تقدم نقله عن الشيخ، وكيف كان فالظاهر هو القول المشهور في الموضوعين، بحمل الاخبار مطلقها على مقيدها.

تنبيهات

الأول

قال في المسالك: ولا فرق في الحكم المذكور في الميت بين أن يموت المديون محجورا عليه أم لا، لان الموت بمنزله الحجر وقيل الحكم مختص بالمحجور عليه، وإطلاق النص يدفعه. انتهى.

أقول: لا إشعار في هذه الروايات المذكوره هنا بالحجر لا في الميت ولا في الحي، بل قد عرفت أننا أنه لا دليل عليه مطلقا، ومقتضى كلامهم أنه في الحي لا بد

ص: ٣٩٥

١-١) بمعنى انه يشترط في الاختصاص بالعين كونه حيا ولو لم يكن سواها، بخلاف صورته الموت، فإنه لا يختص الا أن يكون هناك وفاء فإن الحكمه في ذلك ظاهره، لان الميت لا تبقى له ذمه، فلا يناسب الاختصاص الا مع الوفاء، لئلا يتضرر الغرماء، بخلاف الحي فإن ما يتخلف من الدين يتعلق بذمته، وربما لا يضيع، بأن يحصل بأحد الوجوه المذكوره في الأصل - منه رحمه الله.

من حصول الحجر، مع ان إطلاق النصوص المذكوره يدفعه، و حينئذ فتكلف الجواب بالنسبه إلى الميت خاصه لا وجه له.

الثانى

-لا- يخفى أن ما ذكره من الخيار فى صورته جواز أخذ العين فى الحى أو الميت و انه يتخير بين أخذ العين أو الضرب مع الغرماء لا أعرف له دليلا واضحا، فان الروايات انما اشتملت على أخذ العين، و ظاهرها ان ذلك هو مقتضى الحكم شرعا، و اما ان ذلك محمول على الرخصه ان اختاره، و إلا فسيبيله سبيل الغرماء كما هو ظاهر كلامهم، فلا إشاره فى الأخبار المذكوره إليه، فضلا عن الدلاله عليه، و لربما لم يرض الغرماء بذلك، و ظاهرهم انه يشاركهم لو أراد رضوا أم لم يرضوا (1) و هو مشكل لعدم ظهور الدلاله عليه من هذه الاخبار، بل ظاهرها كما عرفت انما هو اختصاصه بمتاعه.

و بالجمله فإن الأصل عدم المشاركه لهم. و إثباتها يحتاج الى الدليل، و ظاهرها ايضا اختصاصه بعين ماله، فلا يشاركه الغرماء فيها، و هو أعم من ان يقتصر على أخذ العين أو يشاركهم و تضرب معهم فيشاركونه فى تلك العين كما شاركهم فى غيرها، فان نفى المحاصه فى الروايتين أعم من الأمرين المذكورين.

الثالث

-قيل: الظاهر أن المراد برجوع صاحب العين إليها هو فسخ العقد الذى كان موجبا لملكيه المفلس، و قال فى التذكرة: الفسخ قد يكون بالقول مثل فسخت البيع و نقضته و رفعته، و قد يكون بالفعل كما لو باع صاحب السلعه سلعته،

ص: ٣٩٦

١-١) قال المحقق الأردبيلي (قدس سره): و الظاهر أن رجوعه على سبيل الجواز فله أن يترك، و يشارك الغرماء رضوا أم لا، ثم ان بعد نقل صحيحه أبى ولاد و الكلام فيها قال: و هى تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب متعين. انتهى. و أنت خير بأن ظاهر الخبر ان لم يدل على ما قلناه، فلا يدل على ما ذكره، لانه لما سأله السائل إله أن يأخذ إذا تحقق كون ذلك ماله؟ أجاب عليه السلام «بأنه ان تحقق ذلك، فليأخذ بالشرط المذكور» و ظاهر الأمر هو تعيين الأخذ و وجوبه، لا جوازه، كما ادعاه-منه رحمه الله.

أو وهبها أو وقفها.

و بالجمله إذا تصرف فيها تصرفاً يدل على الفسخ كوطئ الجارية المبيعه على الأقوى، صونا للمسلم عن فاسد التصرفات.

أقول: المفهوم من الاخبار أن الفسخ لا يتوقف على صيغته، وإنما هو عبارة عن تراضى الطرفين على نقض البيع الأول، وقد تقدم في بحث خيار الشرط (1) الإشارة إلى ذلك، فإن غايه ما دلت عليه تلك الاخبار هو انه برد مثل الثمن في المده المضروبه يحصل الفسخ و يبطل البيع الأول، و أما هنا فإنه لما كان المفلس يجب قسمه أمواله على الغرماء و هذا المتاع من جملتها، فيخص به الحاكم صاحبه، و يصير ذلك فسخاً للبيع الأول، و ان لم يحصل الرضا من المالك، لان جميع هذه التصرفات و قسمه أمواله قهريه غير متوقفه على رضاه.

الرابع

-ما تقدم من القول المشهور و هو الرجوع الى العين مشروط عندهم بشروط ثلاثه: أحدها تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذى فى ذمه المفلس الا من العين. فلو كان فى ماله وفاء مع كونه مفلساً بأن نمى المال بعده، أو وجد مال آخر، أو حصلت الزيادة بسبب ارتفاع قيمه السوقيه و صارت قيمه أعلى من وقت الحجر، فلا رجوع له الى العين، إذ سبب الرجوع انما هو تعذر الثمن، و الفرض أنه ممكن بناء على ما ذكرناه.

و ثانيها كونه مفلساً محجوراً عليه لفسه، فلو كان المفلس غير محجور عليه لفسه، فان الحكم فيه كما فى غيره من أصحاب الديون، فان كان قادراً على الأداء و امتنع حبسه الحاكم حتى يوفى، أو يبيع ماله و يوفى عنه، و مع تعذر الحكم يمكن الأخذ منه مقاصه، و ان لم يكن قادراً فالأشهر الأظهر الصبر عليه، و قد تقدمت الاخبار المتعلقة بذلك فى صدر هذا المطلب و ثالثها- كون المال حالاً حين الحجر، فلو كان مؤجلاً يومئذ فلا رجوع

ص: ٣٩٧

له، لأنك قد عرفت أنه بالحجر لا تحل الديون المؤجله عليه، و انما تحل بالموت خاصه، و العين المذكوره و غيرها قد تعلق بها حق الغرماء الذين حجر لأجلهم، و صاحب هذا الدين لكونه مؤجلا ليس منهم، بل وجوده كعدمه.

الخامس- هل الخيار المذكور هنا فى الحى أو الميت على الفور أو على التراخى؟

قولان: قالوا: للأول وجوب الوفاء بالعقد، و بناء البيع على اللزوم، فيقتصر فى الخروج عن ذلك على موضع الضروره جمعا، و للثانى إطلاق النص بثبوته، فيستصحب الى ان يثبت المزيل، و الى هذا القول مال فى المسالك قال: و هو اختيار المصنف أيضا.

أقول: لیت شعرى أى نص هنا دل بإطلاقه هذا الخيار، و ظاهر النصوص كما عرفت انما هو تعين أحد القولين، قال فى المسالك: و الحق ان هذا الخيار خاص، خرج لما ذكر عن العموم، أو مقيد له، فيثبت مطلقا، و ان كان مراعاة الفوريه أولى انتهى و فيه ما عرفت من أنه لا دليل عليه، و دعوى إطلاق النص به مجازفه ظاهره و الله العالم.

الثانى [حكم ما لو وجد العين ناقصه]

إشارة

قال الشيخ فى المبسوط: إذا وجد العين ناقصه، فإن كان الناقص يمكن افراده بالبيع- كما لو كان المبيع عبيدین تلف أحدهما كان له أخذ الباقي بحصته من الثمن، و ضرب مع الغرماء بما يخص التالف من الثمن، لتقسط الثمن عليهما على قدر قيمتهما- و ان لم يمكن افراده بالبيع كذهاب طرف العبد، فان لم يوجب أرشا بأن يذهب الله تعالى أو المشتري، تخير البائع بين الضرب بالدين، و بين أخذ العين ناقصه من غير أن يضرب مع الغرماء بما نقص، لأن الأطراف لا يقابلها الثمن و لا جزء منه، و ان أوجب أرشا بأن يتلف بجنايه أجنبى تخير البائع بين الضرب بدينه، و بين أخذه و الضرب بقسط ما نقص بالجنايه من الثمن و قال ابن الجنيد ان وجد بعض متاعه أخذ بالقيمه يوم يسترده، و ضرب بما بقى له من الثمن مع الغرماء فيما وجد للمفلس، و كذلك لو وجد ناقصا أخذه بقيمته و كان بما بقى من أصل ثمنه كالغرماء فى باقى مال المفلس.

قال في المختلف بعد نقل ذلك: فقد خالف الشيخ في موضعين، الأول إطلاق الضرب بالنقص، الثاني احتساب المأخوذ بالقيمه و التالف بها، و الشيخ نسبهما الى الثمن، و قول ابن الجنيدي لا يخلو من قوه انتهى.

و تفصيل هذه الجملة أنه إذا وجد البائع بعض ماله المبيع دون بعض، فالبعض الفائت لا- يخلو اما أن يكون مما يقسط عليه الثمن، بمعنى أنه يبسط عليه، و ذلك فيما يصح افراده بالبيع كعبد من عبيد، و نصف الأثواب، أو لا يكون كذلك كيد العبد، و على التقديرين فاما أن يكون تلفه من قبل الله تعالى بأفه سماويه أو جنايه أجنبي أو المشتري أو البائع، فالصور ثمان، و ملخص الكلام فيها أنها ترجع الى ثلاث صور

احديها ان يكون للفائت قسط من الثمن، و يجوز افراده بالبيع

، فإن البائع عندهم يتخير هنا بين أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، و يضرب مع الغرماء بحصه التالف، و بين أن يضرب بجميع الثمن مع الغرماء، و لا- خلاف في الحكم المذكور عندهم و سبيله سبيل ما لو وجد العين سالمه كامله كما تقدم، حيث أن الموجود يصدق فيه أنه وجد عين ماله، فله أن يأخذها، و ظاهرهم أنه لا- فرق ههنا في وجوه التلف المتقدمه، فإنه بأيها اتفق فالحكم فيه ما ذكر.

الثانيه ما إذا كان الفائت لا قسط له من الثمن

كيد العبد بأن وجده بعد البيع و عند اراده الرجوع فيه بغير يد، فان كان فواتها من الله عز و جل أو من المشتري، فالمشهور و هو الذي ذكره الشيخ في عبارته أنه ليس للبائع إلا الرضا به على تلك الحال، و أخذه ناقصا من غير أن يضرب مع الغرماء بنقصانه، و هو أرشه، أو الضرب بالدين، و عللوا عدم الأرش هنا بأنه لا حق له في العين الا بالفسخ المتجدد بعد العيب، و انما حقه قبل الفسخ في الثمن، فالعين في يد المشتري غير مضمونه للبائع، فلم يكن له الرجوع بأرش المتجدد، و ظاهر عبارته ابن الجنيدي المتقدمه انه لا فرق في الرجوع بالنقصان إذا اختار أخذ العين الباقيه بين الصورتين المذكورتين، فكما أنه يرجع بالنقصان في صورته ما إذا كان للفائت قسط من الثمن، كذلك فيما إذا لم يكن قسط، فإنه حكم بأنه يضرب بالناقص في الموضعين، و عبارته

و ان كانت لا يخلو من إجمال، الا أن مراده بالأولى هي الأولى التي ذكرناه، و بالثانية في كلامه هي الثانية التي نحن فيها، و وافقه العلامة فحكم بقوه ما ذكره، و الى هذا القول مال جملة من أفاضل المتأخرين كالمحقق الشيخ على في شرح القواعد، و الشهيد الثاني في المسالك، معللين له بأن فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مال لصاحبه، فان كان باقيا رجوع به، و ان كان تالفا رجوع ببذله كائنا ما كان قالوا: و كون العين في يد المشتري غير مضمونه للبائع، معارض بماله قسط، حيث أنهم أوجبوا للرجوع بالنقصان ثمة، على أننا لا نقول أنها مضمونه مطلقا، بل بمعنى أن الفئات في يد المشتري يكون من ماله، لان ذلك مقتضى عقود المعاوضات المضمونه فإذا ارتفع عقد المعاوضة و حصل فسخه، و جب رجوع كل من العوضين الى مالكه، أو بدله ان فات، على أن كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن محل نظر، فإنه لولاها لم يبذل المشتري ذلك الثمن كله قطعاً.

الثالثه— ما إذا كان فوات ذلك الجزء الذي لا قسط له من الثمن بجنايه أجنبي

، قالوا: تخير البائع بين أخذه و الضرب بأرش العيب، و بين الضرب بجميع الثمن، و ذلك لان الأجنبي لما ثبت عليه أرش الجنايه و قبضه منه المشتري، و الأرش جزء من البيع، فإذا فسخ البائع رجوع به، لانه جزء من مبيعه، و هذا بخلاف العيب الذي من جهه الله عز و جل، حيث أنه ليس له عوض.

أورد عليهم أولئك الفضلاء المتقدم ذكرهم، بان ما ذكروه في هذه الصورة ينافي ما ذكروه سابقا في الصورة الثانية، لأنه بمقتضى التعليل الذي عللوا به سقوط الأرش في تلك الصورة، من أن العيب انما وقع في وقت لم تكن العين مضمونه على المشتري، و البائع لم يستحقها الا- بعد الفسخ، فلم يكن له الرجوع بأرش المتجدد، ينبغي أن لا يكون له هنا الا الرضا بالمعيب، لانه لم يجد سواه، قالوا:

و على ما قررناه من أن الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاضين الى ماله أو بدله، فالإشكال منتف، قيل: و أما جنايه البائع فيحتمل كونها كجنايه الأجنبي، و يحتمل كونها كالألفه السماويه، و في المسالك رجح الأول قال: لانه جنى على ما ليس

بمملوك له و لا فى ضمانه،قال:و ان كان بجنايه،فقد قطع المصنف بكونه كالفوات من قبل الله تعالى،لما سبق من التعليل.

و انما اعتبروا كون الأرش الذى يرجع به بنسبه نقصان قيمه،لأن هذا هو قاعده الأرش،من أن الذى يرجع به جزء من الثمن،نسبته إليه كنسبه نقصان قيمه إليها،ولانه لو رجع بما تضمنه الجانى من حيث ضمانه أرش الجنايه للزم منه الضرر فى بعض الصور،لان ضمان أرش الجنايه قد يكون بتقدير شرعى بحيث يكون بقدر قيمه المجنى عليه،فيلزم الرجوع بالعوض و المعوض،و كذا لو كان العبد يساوى مأتين مثلاً و قد اشترى بمأه،فجنى عليه الجانى بقطع يده،فإن أرشها نصف قيمه و هو مأه فلا يجوز أن يرجع بها و بالعبد،لثلا يجمع بينهما،بل الذى يرجع به انما هو ما قدمنا ذكره فى قاعده الأرش.

و أما حكم أرش الجنايه فخارج بأمر شرعى يستحقه مالك العين حين الجنايه أقول:هذا ملخص كلامهم فى هذا المقام و حيث ان المسأله عاربه من النص الواضح فالتوقف فيها بجميع شقوقها مجال فأى مجال،سيما مع تعارض هذه الأقوال و تصادم أدلتهم،و للمحقق الأردبيلى هنا كلام على ما ذكر أولئك الفضلاء المتقدم ذكرهم و بحث معهم،و مناقشه فيما ذكروه،أعرضنا عن نقله لما ذكرناه،و منشأ ذلك عدم النص القاطع لماده القيل و القال.

و أما التعليلات العقلية فهى لا- تقف على ساحل،لاختلاف العقول و الافهام،فمن ثم لا يجوز الاعتماد عليها فى الأحكام و الله العالم.

الثالث:إذا رجع الى العين و وجدها زائده

فلا يخلو اما أن يكون تلك الزيادة منفصله كالولد و اللبن أو متصله كالسمن و الطول الموجب لزياده قيمه،و لا خلاف فى أن الزيادة بالمعنى الأول للمشتري،لأنها انفصلت فى ملكه،فلم يكن للبائع الرجوع فيها،لأنها ليست عين ماله،و لا فرق فى الولد بين الحمل و المنفصل و لا فى اللبن بين المحلوب و ما فى الضرع،لصدق الانفصال على الجميع،و مثل ذلك الثمره المتجدده.

و انما الخلاف فى الزيادة بالمعنى الثانى، فظاهر الشيخ فى المبسوط القول بالتبعيه للأصل، قال فى الكتاب المذكور: إذا وجد العين زائده متصله كالسمن والكبر، و تعلم الصنعه كان للبائع الرجوع فى العين و تتبعها الزيادة، بخلاف المنفصله، لأن النماء المتصل يتبع الأصل فإذا فسخ العقد فيه تبعه الزيادة، و تبعه ابن البراج فى ذلك، و كذلك العلامه فى القواعد، و احتجوا على ذلك بأن هذه الزيادة محض صفه و ليست من فعل المفلس فلا تعد مالا له، و لانه يصدق أنه وجد عين ماله، فيرجع به و ذهب ابن الجنيده الى عدم التبعيه حيث قال: و لو وجد زائدا أخذة أيضا بقيمته، و رد على الغرماء فضل القيمه ان شاء و الا سلمه، و اختاره العلامه فى المختلف و احتج عليه بان أخذ العين خارج عن الأصل، فيثبت فى الموضوع المتفق عليه و هو إذا وجدها كما هى أو ناقصه و يبقى الباقي على حكم الأصل، و لان فيه ضررا على المفلس و الغرماء فيكون منفيًا، و لا ضرر على المالك لو أخذ العين و دفع قيمه الزيادة، و لأن الزيادة مملوكة للمفلس، فلا يخرج عنه مجانًا، و لأنها ليست عين مال الغير، بل زائده عليه، فليس له أخذها، و انما سوغنا أخذها بدفع القيمه جمعا بين المصالح، و هو أخذ عينه التى لا تتم إلا بأخذها، و استعاده قيمه الزيادة للمفلس و الغرماء، إذ لا فرق بين أخذ عين الشئ و قيمته فى المالىه، و لا اعتبار فى نظر الشرع بالخصوصيات.

و قول الشيخ أن-العقد انفسخ فى الأصل فتبعه الزيادة- ممنوع كالمنفصله لان وجود الفسخ المجدد ان كان فى تقدير وجود حال العقد، لزم فى المنفصله ما قاله فى المتصله، و الا لزم فى المتصله ما قاله فى المنفصله انتهى.

و أقول: من تدافع هذه التعليقات و تعارضها توقف جمع فى الحكم المذكور كالمحقق فى الشرائع، و هو ظاهر الشارح فى المسالك أيضا، حيث اقتصر على نقل الأقوال و التعليقات المتعلقة بها، و لم يرجح شيئا كما هى قاعدته، و مقتضى مذهب ابن الجنيده و من تبعه أنه إذا رجع البائع فى العين و لم يرد على الغرماء قيمه

الزيادة يكون شريكا لهم بقدر ما يستحقونه من الزيادة.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أنه استقر عدم جواز الرجوع فى العين و أطلق، و ظاهره أنه ليس له ذلك، و لو مع رد قيمة الزيادة و حينئذ فالأقوال فى المسألة ثلاثة و كلها للعلامة.

أقول: أنت خبير بأن المسألة المذكورة لما كانت عارياً عن النصوص كثر فيها الاحتمال، إلا أنه لا يبعد بالنسبة إلى إطلاق النصوص التى قدمناها فى أصل المسألة ترجيح القول الأول، و هو التبعيه، فإن قوله (عليه السلام)

«إذا كان المتاع قائماً بعينه رد الى صاحبه». أعم من أن تحصل فيه هذه الزيادة أم لا، لصدق وجدان المتاع قائماً بعينه مع حصولها، و أما تخصيص ذلك بالعينه التى كان عليها وقت الانتقال، بمعنى أن المعنى فى قوله «قائماً بعينه» إنما هو ذلك، فالظاهر بعده تمام البعد، لما سيأتى إنشاء الله تعالى من تصريحهم بأنه لو نسج الغزل أو قصر الثوب، أو شق الحطب ألواحاً أو جعله باباً لا يمنع من الرجوع فى العين، لصدق وجود العين فى جميع هذه الفروض و نحوها.

و إنما المراد بهذه العبارة إنما هو الاحتراز عن تلفه و ذهابه، فيكفى وجوده على أى حاله كان، و كيف كان فالمسألة لا يخلو من شوب الاشكال و الله العالم.

الرابع [حكم ما لو نسج الغزل أو قصر الثوب و نحوهما]

قالوا: لو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبر الدقيق أو جعل الخشب ألواحاً أو عمله باباً لم يبطل حق البائع، و هو الرجوع الى العين، و ان كان للغرماء ما زاد على الأصل بالأعمال المذكورة ان أوجبت زياده، و الفرق بين الزيادة هنا و ما تقدم فى سابق هذا المورد أن الزيادة فى ما تقدم من نفس المبيع، لا من خارجه، متصله كانت أو منفصله، و أما هنا فهى من خارجه، و قد يكون صفه محضه كنسج الغزل و قصر الثوب، و قد تكون صفه من وجه، و عينا من آخر كصبغ الثوب.

و حينئذ فإذا اشترى عينا و عمل فيها عملاً يزيد فى صفتها كالأعمال المذكورة أولاً فقد صرحوا بأنه لا يسقط حق رجوعه فى العين، كما دلت عليه الاخبار المتقدمه، لأن العين لم يخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها، فيصدق عليه أنه واجد

عين ماله، ثم انه لم تزد العين بهذه الصفات فإنه لا شىء للمفلس، سواء غرم عليه أم لا، و ان نقصت فلا شىء للبائع على المفلس لو اختار أخذ العين، و ان زادت قيمه بذلك صار المفلس شريكا بنسبه ذلك، فتباع العين و يكون للمفلس بنسبه ما زاد، فلو كان قيمه العين حال كون الثوب خاما أو بغير صيغ مائة، و مع أحدهما مائة و عشرين، كان للمفلس سدس الثمن الذى يباع به الثوب، أو أنه ينظر إلى أجره النسج و الصيغ و القصاره، فتؤخذ من البائع، و الأوفق بقواعدهم هو الأول، و هذا أحد القولين فى المسأله و قيل: انه تسلم العين إلى البائع مجانا إلحاقا لهذه الزيادة المتصله كالسمن و نحوه، بناء على ان حكم المتصله ذلك، و قد عرفت الخلاف ثمه، و أن الأقرب ذلك، و من حكم فى تلك المسأله بأن الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق أولى، و من حكم ثمه بكونها للبائع فإنه يمكن أن يحكم هنا بكونها للمشتري، لكون هذه الزيادة هنا مستنده اليه اما بفعله أو بالاستيجار عليها، و دفع الأجره بخلاف السمن و الكبر و نحوهما، فإنه من فعل الله سبحانه، و ان كان ربما استند الى فعل المكلف من إعطاء العلف و السقى، الا أنه ربما تخلف السمن عنهما فى بعض الموارد و ربما حصل بدونهما فى بعض، و على تقدير استناده إليهما فالفاعل هو الله عز و جل، بخلاف طحن الحنطه و خبز الدقيق و نحوهما، قال فى المسالك: و الأقوى فى الموضوعين ان الزيادة للمفلس و حينئذ فالمعتبر بالقيمه مع الزيادة حين الرجوع، انتهى.

أقول: قد أشرنا سابقا إلى أنه لم يظهر له فى تلك المسأله ترجيح شىء من الأقوال، و يظهر منه هنا ترجيح القول الثانى من الأقوال الثلاثه المتقدمه ثمه، فإن مراده بالموضوعين هنا الزيادة المستنده إلى فعل الله تعالى كما فى تلك المسأله السابقه، و الزيادة المستنده إلى المفلس كما فى هذه المسأله.

الخامس [حكم ما لو باعه نخلا حائلا فأطلع فأخذه البائع قبل تأبيره]

قالوا: لو باعه نخلا حائلا فأطلع بعد البيع فأخذ البائع النخل قبل

تأبيره، لم يتبعه الطلع، و الوجه فيه ظاهر مما تقدم فى حكم الزيادة المنفصله، و الطلع هنا من جمله ذلك، فلا يتبع حينئذ، و انما تبع فى البيع بنص خاص، و نقل فى المختلف عن الشيخ هنا القول بالتبعيه ما لم يؤبر، ثم رده بأن الحمل على البيع قياس من غير جامع، فلا يجوز المصير اليه، و هذا القول منقول عن الشافعى قياسا على البيع، و الشيخ تبعه فيه مع انه لا يقول بالقياس.

أما مع التأبير فالظاهر أنه لا خلاف فى عدم التبعيه، لأنه نماء حصل للمشتري فى ملكه، فلا يزول و لا يتصور تبعيته بوجه، و هكذا القول فى باقى الثمار بعد الظهور، و الظاهر أنهم خصوا النخل بالذكر هنا قبل التأبير للتنبيه على خلاف الشيخ فى المقام، و حيث ثبت أن الثمره للمشتري، ففى صورته اختيار البائع لأخذ الأصل يجب عليه إبقاؤها الى أبان قطعها بغير أجره.

و لو باعه النخل و الثمره قبل بلوغها ثم بلغت بعد التفليس فلا ريب أنه قد حصلت هنا زياده المبيع بسبب البلوغ على ما كان سابقا، و الظاهر أن هذه من قبيل الزيادة المتصله، فيجرى فيها ما تقدم فى المورد الثالث، لأنها فرد من أفرادها، و هذا هو الذى يقتضيه حال الثمره.

و اما لو كانت الزيادة هى فى قيمه مع بقاء الثمره على قدرها. قالوا: فى إلحاقها بها وجهان: من كون الزيادة القيميه حصلت فى ملك المفلس فلا تؤخذ منه مجانا، و من بقاء عين مال البائع من غير تغير، فيدخل فى عموم الخبر الدال على رجوعه مع قيام عين ماله، و استقرب فى التذكرة عدم جواز الرجوع فى العين مطلقا متى زادت قيمتها، لزيادة السوق، و ألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل، و لا يخلو من الاشكال، للخروج عن ظاهر إطلاق الاخبار المتقدمه و تخصيصها من غير دليل و الله العالم.

السادس [لو اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها ثم أفلس]

قالوا: لو اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها ثم أفلس، كان صاحب الأرض أحق بأرضه، و ليس له ازاله الغروس و لا البناء، و قيل: ان له ذلك مع الأرش، و تفصيل هذه الجملة انه تقدم دلالة الاخبار و كلام الأصحاب على أنه مع تفليس

المديون لو وجد بعض الغرماء عين ماله فله الرجوع فيها. و ما هنا أحد أفراد تلك القاعدة. و لا يمنع من ذلك ما وقع فيها من التصرف بالغرس و البناء. لأنها متميزه عن مال المفلس. غايه الأمر انه يجب إبقاء مال المفلس من تلك الغروس و البنيان الى ان يفنى بغير أجره. لأنها وضعت بحق في ملكه. فتكون محترمه. و لا يجوز إزالتها على المشهور.

و قال الشيخ في المبسوط: يجوز إزالتها مع الأرش. و ربما استدل له بظاهر الخبر. بتقريب ان الغرض من الرجوع في العين استحقاق منافعها. فحيث وضع الغرس و البناء فيها بحق فطريق الجمع بين الحقين هو جواز قلعه بالأرش. فإنه على هذا الوجه لا يفوت على صاحب الأرض الانتفاع بأرضه. و لا ضرر على صاحب الغرس و البناء لأخذه الأرش، و على هذا ينبغي ان يجوز الإبقاء بأجره لا مجاناً، لان ذلك هو مقتضى التعليل المذكور، الا انه لم يذكر أحد استحقاقه الأجره لو أبقاها.

نعم هو وجه لبعض الشافعية على ما قيل: هذا في الغرس و البناء، كما وقع في عنوان المسأله، أما الزرع فإنهم صرحوا بأنه يجب على البائع بعد رجوعه في المبيع إبقاؤه بغير أجره الى أبان قطعه قولاً واحداً قالوا: و الفرق أن للزرع أمداً قريباً ينتظر فلا تعد العين معه كالتالفه، بخلاف الغرس و البناء لما فيه من طول المده المتضمن لفوات الأرض، و أنها في حكم التالفه.

ثم انه على القول بجواز قطع الغرس و ازاله البناء بالأرش، فالطريق الى ذلك هو أن يقوم الغرس قائماً الى أن يفنى بغير أجره و يقوم البناء ثابتاً كذلك، و يقوم مقلوعاً و ينظر ما بينهما من التفاوت فهو الأرش.

و أما على تقدير القول الآخر من عدم استحقاق البائع إزالتها، فالطريق الى وصول كل ذي حق الى حقه، هو أن تباع الأرض بما فيها من البناء و الغرس، فلكل منهما من الثمن ما قابل ما يخصه، و يعلم ذلك بأن يقوموا معا ثم تقوم الأرض مشغوله بهما ما بقيا مجاناً، و ينسب قيمتها كذلك إلى قيمه المجموع و يؤخذ من الثمن للأرض

بنسبه ذلك، فالباقي للمفلس، مثلا- لو قوما معا بمأه درهم، و قومت الأرض مشغوله بهما مجانا بخمسين، فنسبه قيمه الأرض إلى المجموع بالنصف، فتؤخذ لصاحب الأرض من الثمن النصف و الباقي للمفلس، هذا ان رضى البائع ببيع الأرض فلو امتنع لم يجبر بل يباع مال المفلس على حاله المذكوره، من كونه فى أرض الغير المستحق للبقاء الى ان يفنى مجانا، فان ذلك هو حقه، و حيث يباع كذلك يصير حكمه حكم من باع أرضا و استثنى شجره فى جواز دخول مالها إليها و سقيها الى غير ذلك مما تقدم فى باب البيع فى هذه المسأله و الله العالم.

الثالث [فى قسمه ماله]

اشاره

-من الأمور المتقدمه قسمه ماله و فيه مسائل

الاولى [فى مستحبات القسمه]

قالوا: يستحب إحضار كل متاع فى سوقه ليتوفر الرغبه، قال فى المسالك: و الاولى الوجوب لان يبيعه فيه أكثر لطلابه و أضبط لقيمه، و لكن أطلق الجماعه الاستحباب، و يستحب حضور الغرماء تعرضا للزيادة.

أقول: الظاهر أنه لا خصوصيه هنا للغرماء، قال فى المسالك: و يمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم، ثم ذكر أنه يستحب أيضا حضور المفلس أو وكيله لأنه أخبر بقيمه متاعه و أعرف بجيده من رديه، و يعرف المعيب من غيره، و ربما كان أكثر للرغبه فيه و أبعد عن التهمه، و أطيب بنفس المفلس.

و كذا يستحب أن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه، كالفاكهه و نحوها، قال فى المسالك: جعل هذا من المستحب ليس بواضح، بل الأجود وجوبه، لثلا- يضيع على المفلس و على الغرماء، و لوجوب الاحتياط على الإيفاء، و الوكلاء فى أموال مستأمنهم فهنا أولى، لأن ولايه الحاكم قهريه فهى أبعد من مسامحه المالك.

أقول: أنت خبير بما فى كلماتهم فى هذا المقام من البناء على المسامحه و المجازفه فى الأحكام، فان الوجوب و الاستحباب أحكام شرعيه مبنيه على الدليل الشرعى، و الأدله عندنا منحصره فى الكتاب و السنه، و قد عرفت انه لا نص فى هذا الباب الا ما قدمناه فى صدر هذا المطلب من الاخبار الداله على قسمه الامام مال المفلس إذا

التوى غرمائه، ولا تعرض فى شىء منها لشىء من هذه الأحكام بالكلية، فضلاً عن أن يكون على جهة الوجوب أو الاستحباب، وحينئذ فإثبات الوجوب أو الاستحباب بمثل هذه الاعتبارات العقلية و التعليلات الوهميه لا يخلو من المجازفه كما ذكرنا.

ثم انهم ذكروا فى ترتيب المبيعات انه يبدء بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهه، ثم الحيوان، ثم سائر المنقولات، ثم بالعقارات قالوا: هذا هو الغالب، وقد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقديم بوجه، ثم بالرهن و بعضهم عد الرهن بعد ما يخاف عليه الفساد، والمراد به انه إذا كان للمفلس مال مرهون عند أحد فإنه يبدء ببيعه، لانه ربما زادت قيمته فيضم الزائد الى مال الغرماء و يقسم عليهم، وربما نقصت فيضرب المرتهن بالناقص مع الغرماء.

قال فى المسالك: و هذا التقديم يناسب الاستحباب، لان الغرض منه معرفه الزائد و الناقص، و هو يحصل قبل القسمة، و فى التذكرة قدمه على بيع المخوف و ما هنا أولى انتهى.

الثانيه [وجوب إيصال الديون الى الغرماء بكل وجه اتفق]

قالوا: و من المستحبات ان يعول على مناد يرضى به الغرماء و المفلس دفعا للتهمه، و ان تعاسروا عين الحاكم، قال فى المسالك: ينبغى ان يكون هذا على سبيل الوجوب، لأن الحق فى ذلك لهم، لكونه مال المفلس و مصروفا الى الغرماء.

ثم قال: و يمكن مع ذلك الاستحباب، لان الحاكم بحجره على المفلس أسقط اعتباره، و كان لو كيله و حق الغرماء الاستيفاء من القسمة، و هى حاصله بنظر الحاكم، ثم انه ان وجد من يتبرع بذلك، و إلا - بذلت الأجره من بيت المال، لانه معد لمصالح المسلمين، و هذا من جملتها، و لو تعذر لعدم بيت المال، أو لعدم سعه فيه لذلك، جاز أخذها من مال المفلس، لان البيع حق عليه.

و فى القواعد أطلق أن الأجره على المفلس، و لا يخلو من قرب للعله المذكوره و الرجوع الى بيت المال يحتاج الى دليل، و مجرد كونه موضوعا لمصالح المسلمين لا يستلزم ذلك، و الواجب إعطاء ديون الغارمين منه و ان كانوا قادرين على أدائها،

مع أنه ليس كذلك.

و بالجمله فإنه يجب على المفلس إيصال الديون الى الغرماء بكل وجه اتفق، و من جملتها ما نحن فيه، و حينئذ فقوله فى المسالك-بعد أن ذكر القول الأول ثم نقل عن القواعد ما نقلناه عنه:و ما هنا أوجد-لا أعرف له وجهها:

أقول:و هذا الحكم و ان لم أقف له على دليل الا- أنه يمكن استنباطه من الاخبار المتقدمه،فإن تولى الحاكم للبيع انما يكون بنصب رجل يعتمده ينادى على المتاع فى السوق لبيعه،هذا ان تولى ذلك الحاكم،و ان حصل اتفاق المفلس و الغرماء على رجل ينادى عليه و يبيعه لهم،فكذلك أيضا،و الكلام فى الأجره كما تقدم، و أما دعواه المسالك الوجوب فبعيد لا ينهض به دليله.

الثالثه [عدم إجبار المفلس على بيع داره التى يسكنها]

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه لا يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها،الا من ابن الجنيد (1)فان ظاهره موافقه العامه هنا فى وجوب البيع،و هو شاذ مردود بالأخبار الصريحه الصحيحه،ثم انه على القول المشهور يباع منها ما يفضل عن حاجته.و قالوا:يعتبر كونها لائقه بحاله كما و كيفا،فلو زاد فى أحدهما وجب الاستبدال بما يليق به-و يبيع الفاضل ان أمكن إفراده بالبيع.

قال الصدوق فى الفقيه:و كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله عنه يروى أنه ان كانت الدار واسعه يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن لا يسكن منها ما يحتاج اليه

ص: ٤٠٩

١-١) حيث قال:و يستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا يحوجه الى بيع مسكنه و خادمه الذى لا يجد غنى،و لا ثوبه الذى يتجمل به،و أن ينظره الى أن ينتهى خبره الى من بيده الصدقات ان كان من يصلها أو الخمس ان كان أهله فان لم يفعل و ثبت ماله عند الحاكم و طالب الحاكم بيع ذلك فلا بأس أن يجعل ذلك الملك رهنا فى يد غريمه فان أبى الا استيفاء حقه أمره الحاكم بالبيع و توفيه أهل الدين بحقوقهم فان امتنع حبسه الى أن يفعل ذلك و الا دفع عليه الحاكم انتهى،و كلامه كما ترى صريح فى خلاف الأصحاب فى الدار و الخادم و الثياب،و بطلانه أظهر من أن ينكر-منه رحمه الله.

و يقضى ببقيتها دينه و كذلك ان كفته دار بدون ثمنها باعها-و اشترى بثمانها دارا يسكنها-و يقضى أيضا بالثمن دينه،و مثل ذلك الأمه التي تخدمه، فإنه لا يجبر على بيعها و يعتبر فيها أيضا نسبه حاله، قالوا:و مثلها العبد و الدابه التي يحتاج الى ركوبها، و لو احتاج الى التعدد استثنى كالمتحد،و كذا يستثنى له دست ثياب يليق بحاله شتاء و صيفا،و أضاف بعض كتب العلم.

قال فى التذكرة:و الاولى اعتبار ما يليق بحاله فى إفلاسه،لا فى حال ثروته و كذا يترك لعياله من الثياب ما يترك له،قال:و لا يترك له الفرش و البسط،بل يسامح بالبد و الحصر القليل القيمه،قالوا:و لا فرق فى المستثنيات بين كونها من مال بعض الغرماء و عدمه عندنا،و يجرى عليه النفقه له و لعياله بحسب حاله و عاده أمثاله من يوم الحجر الى يوم القسمه،فيعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم.

أقول:و قد تقدم الكلام فى هذه المسألة و نقل الأخبار المتعلقة بها و بيان ما يستفاد منها فى كتاب الدين (1)و قد أشرنا ثمه الى أن ما ذكره من التضييق فى النفقه لم يقم عليه دليل بل ظاهر جمله من الاخبار أن الأمر أوسع من ذلك على أن ما ذكره من استثناء ما زاد على الدار و الخادم لم يأتوا عليه بدليل الا ان يدعى إلقاء الضروره اليه و الظاهر أنه لا خلاف فى استثناء الكفن و تقديمه على حقوق الغرماء و قد تقدمت الأخبار الداله على ذلك فى كتاب الديون فى التذنيبات الملحقه فى آخر الكتاب و الأصحاب قد ذكروا أيضا وجوب تقديم كفن من يجب نفقته عليه ممن يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس،و لم أقف فيه على دليل،فان مورد النصوص المشار إليها هو كفته خاصه.

و كيف كان فان يقتصر على الواجب منه و هى الأثواب الثلاثه قالوا:و يعتبر فيها الوسط مما يليق به عاده و لا يقتصر على الأدون و به قطع الشهيد فى البيان، و لا بأس به فإنه المتبادر إليه الإطلاق،و ألحقوا به مؤنه التجهيز من سدر و كافور

ص: ٤١٠

و ماء و نحوها، و هو غير بعيد لاستلزام الأمر بالتكفين لهذا الأشياء فإن قوله عليه السلام فى بعض تلك الاخبار «يكفن بقدر ما ترك» أمر بالتكفين و هو أمر يلازمه.

الرابعه [ظهور غريم بعد القسمه]

قالوا: إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم ظهر غريم بعد القسمه نقضها و قسمت على الجميع و هذا الكلام غير خال من الإجمال، و تفصيل الكلام فى ذلك أن يقال: أن هذا الغريم الظاهر بعد القسمه اما أن يطالب بعين من مال المفلس بأن يكون قد باعه مبيعا و عينه قائمه فى أموال المفلس، فان له ان يرجع فى تلك العين كما تقدم تحقيقه أو يطالب بدين فى الذمه و على تقدير الأول فاما أن يكون تلك العين قد صارت بالقسمه فى حصه بعض الغرماء، أو صارت الغرماء جميعا بالسويه فهى فى أيديهم جميعا أو فى يد أجنبى بأن يكون قد باعها الحاكم و قسم قيمتها على الغرماء فهنا صور أربع: ففى صورتى ما إذا كان الطلب عينا و اختص بها بعض الغرماء، أو باعها الحاكم لا- سبيل الا بنقض القسمه، لأن العين إذا انتزعت من أحدهما و ردت إلى البائع بقى الآخر بغير حق، و حينئذ فلا بد من نقض القسمه.

و اما فى صورتى ما إذا كان الطلب ديناً أو عينا و لكنها فى يد جميع الغرماء بالسويه، فقولان: أحدهما نقض القسمه كالأول، لتبين فسادها من حيث ان جميع الغرماء يستوون فى المال، و قد وقعت القسمه بغير رضا البعض فيكون كما لو اقتسم الشركاء فظهر لهم شريك آخر.

و ثانيهما- انها لا ينقض بل يرجع الغريم على كل واحد بحصه يقتضيها الحساب، لان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محله، فلا يجوز النقض لأنه يقتضى إبطال الملك الثابت، أما الحصه الزائده على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فإنها عين مملوكه له فتستعاد، و المسأله من أصلها لخلوها عن النص محل اشكال.

و الظاهر ان بناء الإطلاق الذى قدمنا نقله عنهم فى صدر المسأله على اختيار القول الأول من هذين القولين فإنه يأتى على ذلك نقض القسمه فى الصور الأربع كمالاً

الخامس إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله وقت القسمة

قسم المال على الديون الحاله، اما لو كانت مؤجله وقت الحجر و حلت وقت القسمة شارك فيها أربابها و ان كان الحجر فى ابتدائه انما وقع لأجل الديون الحاله كذا قالوا، و فيه انه قد تقدم تصريح جمله منهم بأنه بالحجر قد انتقل المال المحجور إلى أولئك الغرماء الذين وقع الحجر لأجلهم، فلا تقبل الشركه كما تقدم فى مسأله من أقر بدين سابق فى الموضع الثانى من الأمر الأول من الأمور الأربعة، و الأقرب الأول سيما على ما قدمناه من عدم دليل على هذا الحجر و ما يترتب عليه، قالوا: و لو حل بعد قسمة البعض شارك فى الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم و الله العالم.

الرابع [حبس الغريم]

من الأمور الأربعة المتقدم ذكرها الحبس و ينبغى أن يعلم أنه لا يجوز حبس الغريم مع ظهور إعساره بموافقه الغريم، أو قيام البيئه أو علم الحاكم، و لو تعدد الغريم فوافق بعض و خالف آخرون فللمخالف البحث الا- ان يكون الموافق ممن يحصل باخباره الثبوت الشرعى، فيدخل فى قيام البيئه بالنسبه إلى المخالف (1) و الاستفادة من الاخبار الوارده فى هذا المقام و قد تقدمت فى صدر هذا المطلب

«أن عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين إذا التوى على أصحابه». اى ماطل بالوفاء، ثم يأمر بقسمة ماله بين الغرماء، ان كان له مال ظاهر، و مع عدم ظهوره فإنه يحبسه حتى تبين إفلاسه و حاجته، فإذا تبين له خلى عنه حتى يستفيد مالا- و هو منطبق على ما دل عليه كلام الأصحاب.

ص: ٤١٢

١- ١) فيه إشاره الى ان هذا الحكم لا يختص بالمفلس، كما يظهر من كثير من عباراتهم بل لا معنى لتعلقه بالمفلس، لان المفلس عندهم هو الذى حجر عليه الحاكم و منعه من التصرف فلا- معنى لحبسه و لا- مماطلته التى يستحق الحبس بسببهما، و لا بيعه بنفسه و لا البيع عليه، بل هذه الأحكام انما تجرى فى غيره كما لا يخفى- منه رحمه الله.

قالوا: لو كان له مال ظاهر و امتنع من الوفاء تخير الحاكم بين حبسه حتى يوفى بنفسه، و بين أن يوفى الحاكم عنه بنفسه، فان كان ماله من جنس الحق صرف فيه الغريم، و ان كان مخالفا باعه منه و أوفى، و جميع ما ذكر مما يستفاد من الاخبار المذكوره و يحل لصاحب الدين الاغلاظ له فى القول، كأن يقول: يا ظالم و نحوه للخبر المشهور

عنه صلى الله عليه و آله

«للواجد يحل عقوبته و عرضه و الملى المطل». و العقوبه الحبس، و العرض الاغلاظ له فى القول. و لو لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار فظاهر الأخبار المتقدمه

انه عليه السلام:

«كان يجبسه حتى يتبين له الإعسار». و الأصحاب (رضوان الله عليهم) هنا قد صرحوا بأنه ان وجدت البينه على الإعسار قضى بها، لكن ان كان مستند البينه فى الشهاده علمها بتلف أمواله قبلت و ان لم تكن مطلقه على باطن أمره، لأن الشهاده بذلك على الإثبات المحض، و بثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره، و ان شهدت بالإعسار مطلقا من غير تعرض لتلف ماله، فلا بد فى ذلك من كون الشاهدين لهما معه صحبه أكيدوه و معاشره باطنه بحيث يطلعان بها على باطن أحواله.

و انما اعتبر هنا ذلك دون ما إذا كان الشهاده بتلف المال، لان مرجع هذه الشهاده هنا إلى الشهاده على النفى، فإن معنى إعساره أنه لا مال له، و الشهاده على النفى غير مسموعه، و أما مع تقييدها بما ذكرناه من الاطلاع على باطن أمره بالمعاشره الأكيدوه فإنها ترجع إلى إثبات تتضمن النفى، بأن يقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه، و ثياب بدنه و نحو ذلك، و ان لم توجد البينه على أحد الوجهين المذكورين و كان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا، حبس حتى يثبت إعساره، و المراد من قولنا كان له أصل مال أنه كان له مال قبل الآن، و لكن ادعى الآن تلفه، و بقولنا أو كان أصل الدعوى مالا أن غريمه الذى قد ثبت دينه دفع إليه فى مقابلته مالا، بأن يكون قد باعه سلعه، و هو يطالب بثمنها أو أقرضه مالا، و المديون يدعى تلفه، أو ينكر وصوله اليه مع قيام البينه بوصوله اليه، و حكمه حينئذ أن يحبس حتى يثبت إعساره، لأن الأصل بقاء تلك الأعيان، و ظاهرهم أنه يحبس بمجرد ثبوت الدين

ص: ٤١٣

و امتناعه من أدائه.

و قال العلامة فى التذكرة: إذا لم يكن له بينه بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف، فإذا حلفوا حبس، ثم إنه مع عدم ذلك كله من بينه على الوجهين المتقدمين، و أنه لا أصل مال، و لا أصل الدعوى مال، فإنه جاز أن يستند فى إعساره إلى ظاهر حاله، و مع ذلك فللغرماء إحلافه، كما ذكره جمع منهم المحقق و غيره، فيقبل قوله بيمينه ان لم يكن للمدعى بينه على وجود المال، و طلب اليمين منه لاحتمال وجود المال، و يجوز الإحلاف بمجرد الاحتمال، و لا يشترط العلم و الظن على الظاهر، لعموم أدله اليمين على المنكر من غير معارض، و ظاهر أنه ينكر المال و هم يدعون وجوده عنده، و الأصل عدمه، و قوله أنا معسر بمنزله قوله لا مال لى أو عندى يجب على أدائه إليكم، و لا- يكلف باليمين لو أقام بينه على إثبات مدعاه، كما صرح به المحقق و العلامة فى غير التذكرة، و أما فيها فإنه عكس الحكم و أثبت عليه اليمين فى بينه التلف، دون بينه الإعسار، محتجا بأن بينه إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال، و اعترف الغريم بتلفه، و ادعى مال لا غيره، فإنه يلزمه اليمين، و افتى فى موضع آخر منها بأنه لا يمين فى الموضوعين، محتجا بان فيه تكذيبا للشهود

و لقوله صلى الله عليه و آله (١)

«اليمين على المدعى و اليمين على المنكر». و التفصيل قاطع للشركة.

أقول: و هذا هو الأقوى و إذا قسم المال بين الغرماء و جب إطلاقه من الحبس ان كان محبوسا، الا ان يكون هناك سبب آخر للحبس و هل يزول الحجر بناء على ما ذكره بمجرد الأداء أو يتوقف على حكم الحاكم؟ قيل: بالأول لزوال سببه، لان الحجر عليه انما كان لتحصيل حقوق الغرماء و قد قسمت أمواله عليهم، و بزوال السبب يزول المسبب، و قيل: بالثانى لأنه لم يثبت إلا بإثباته، فلا يرتفع الا برفعه، و لانه يحتاج الى نظر و اجتهاد، كحجر السفية.

ص: ٤١٤

(١-١) الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

وقد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك و بيان قوه القول الأول، إلى هنا آخر الكلام فى هذا المجلد، و هو المجلد السابع من كتاب الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره، و يتلوه إنشاء الله تعالى الكلام فى المجلد الثامن فى كتاب الضمان نسأل الله تعالى بمزيد فضله و إحسانه و جميل كرمه و امتنانه التوفيق لإتمامه، و الفوز بسعاده ختامه على يد مؤلفه تراب أقدام العلماء العاملين و خادم الفضلاء الصالحين، الفقير الى ربه الكريم يوسف بن احمد بن إبراهيم البحرانى، أصلح الله تعالى له أمر داريه و أذاقه حلاوه نشأته، و كان ذلك فى الأرض المقدسه كربلاء المعلى على مشرفيها و آبائه و أبناءه أفضل صلوات ذى العلاء.

و كان ذلك فى اليوم الثانى و العشرين من شهر ربيع الثانى من السنه الثالثه و الثمانين بعد المأه و الالف من الهجره النبويه على مهاجرها و آله أفضل الصلاه و التحيه حامدا مصليا مسلما مستغفرا آمين آمين.

إلى هنا تم الجزء العشرون حسب تجزئتنا بحمد الله و منه، و قد بذلنا الجهد فى تصحيحه و مقابله و استخراج أحاديثه، و سليله الجزء الحادى و العشرون و أوله كتاب الضمان، و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

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
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

