



جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوب جديد في تحليل أبحاث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها بمنهجية موضوعية

الجزء الثالث عشر

تحقيق

مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي



جواهر الكلام
في توبه الجدي

سر شناسه	: صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر ٩١٢٠٠ - ١٢٦٦ق. شارح.
عنوان قراردادى	: شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح
عنوان نام پديدآور	: جواهر الكلام في ثوبه الجديد: اسلوب جديد في تحليل اببحاث كتاب (جواهر الكلام) وعرضها بمنهجيه موضوعيه / محمد حسن بن باقر صاحب جواهر؛ تحقيق مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامى طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام.
مشخصات نشر	: قم: دائره معارف الفقه الاسلامى طبقاً لمذهب اهل البيت(ع)، ١٤٣٢ق. = ٢٠١١م. = ١٣٨٩ -
مشخصات ظاهرى	: ج ١٣.
شابک	: دوره: 964-8360-86-3
شابک	: ج ١٣: 978-964-2730-91-9
يادداشت	: عربى.
يادداشت	: ج. ١٣ (چاپ اول: ١٤٣٢ق. = ٢٠١١م. = ١٣٨٩) (فيا).
يادداشت	: كتاب حاضر شرحى است بر شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، از محقق حلى.
يادداشت	: كتابنامه.
موضوع	: محقق حلى، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ق. شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام -- نقد وتفسير.
موضوع	: فقه جعفرى.
شناسه افزوده	: محقق حلى، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، شرح
شناسه افزوده	: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت(ع)
رده بندى كنگره	: ١٣٧٩ ٢١٦ ٤٠٢ش ١٨٢/٣ BP
رده بندى ديويى	: ٢٩٧/٣٤٢
شماره كتابخانه ملى	: ٦٨١٣ - ٨٠



جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هوية الكتاب

الكتاب :	جواهر الكلام في ثوبه الجديد
الناشر :	مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي
الطبعة الاولى :	١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م
المطبعة :	بهمن
الكمية :	١٠٠٠ نسخة

ISBN 964-8360-86-3 (Vol.set)

ISBN 978-964-2730-91-9 (Vol.13)

دائرة معارف الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت (عليه السلام)

ص. ب. ٣٧٩٦ / ٣٧١٨٥ - ٧٧٣٩٩٩٩

الجمهورية الاسلامية الايرانية - قم المقدسة

وكلاء التوزيع :

☐ لبنان - بيروت - حارة حريك - بناية البنك اللبناني السويسري - مركز الغدير للدراسات والنشر والتوزيع

هاتف: +٩٦١١٥٥٨٢١٥ / تقال: +٩٦١٣٦٤٦٦٢ / تليفاكس: +٩٦١١٥٥٢٢٦٢

☐ العراق - النجف الاشرف - دار الغدير للطباعة والنشر. تليفون: +٩٦٤٣٣٣٧٣٥٦٣



جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أُسلوبٌ جَدِيدٌ في تَحْلِيلِ أَجْثَاثِ
كِتَابِ (جَوَاهِرِ الْكَلَامِ)
وَعَرْضِهَا بِمَنْهَجِيَّةٍ مَوْضُوعِيَّةٍ

الجزء الثالث عشر

تحقيق

مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(المقصود الخامس) : (في القرض)

بكسر القاف وفتحها ، وهو معروف أثبتته الشارع متاعاً للمحتاجين مع ردّ عوضه في غير المجلس غالباً وإن كان من التقدين رخصة . و [الظاهر] [١] بل [المختار] [٢] « تأكده » في المؤمن حتى قال رسول الله ﷺ : « من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة ، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه »^(١) . ومن أقرض أخاه المسلم كان له بكلّ درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء حسناً ، وإن رفق به في طلبه تعدّى [به] على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب ، ومن شكى إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرّم الله عزّ وجلّ عليه الجنة يوم يجزي المحسنين »^(٢) . والصادق عليه السلام : « لأن أقرض قرضاً أحبّ إليّ من أن أتصدق بمثله ، ومن أقرض قرضاً وضرب له أجلاً ولم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كلّ يوم يتأخّر عن ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كلّ يوم »^(٣) . و « القرض الواحد بثمانية عشر وإن مات حسبها من الزكاة »^(٤) . و « ما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلاّ حسب له أجره كأجر الصدقة حتى يرجع إليه »^(٥) .

(و) كيف كان فتمام (النظر) فيه يستدعي النظر (في أمور ثلاثة) :

[حقيقة القرض] :

(الأوّل : في حقيقته وهو عقد^(٦)) [٣] .

وكيف كان فالظاهر دخول المعاطاة فيه بناءً على دخولها في غيره ، بل هو أولى من البيع وغيره بذلك [٤] . والفرق بينها وبين العقد بناءً على عدم جواز رجوع المقرض به بالعين بعد القبض واضح ؛ إذ من المعلوم عدم ذلك في المعاطاة وإن قلنا بحصول الملك معها ، إلاّ أنّه مترلزل كما في البيع ، فلعلّ منهما الرجوع حينئذ إذا كان القرض بها [= بالمعاطاة] . وأما إذا قلنا بعدم الملك بالقبض بل لا بدّ من التصرف فلعّل الفرق بين العقد والمعاطاة

[١] [كما] تضافرت النصوص .

[٢] [كما] تواترت بتأكيده .

[٣] بلا خلاف أجده فيه ، نعم في المسالك : « لا شبهة في اشتراط الإيجاب والقبول فيه بالنسبة إلى تحقّق الملك إن قلنا : إنّهُ يملك بهما والقبض ، فلو قلنا بتوقّف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الإباحة فينبغي أن لا يتوقّف على العقد »^(٧) . قلت : الظاهر من القائل بذلك كون التصرف كاشفاً عن الملك ، فلا بدّ من حصول السبب له قبله وإن كان مشروطاً تأثيره على جهة الكشف وليس إلاّ العقد والقبض .

كما أنّ الظاهر كونه من تمام السبب عنده بناءً على عدم الكشف ، فالملك حينئذ حاصل منه ومن العقد والقبض فهو حينئذ غير الإباحة ، بل من الواضح تغايرهما في عرف المتشرّعة موضوعاً وأحكاماً .

[٤] والسيرة فيه أتمّ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣١ ، ٥ ح .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٣٠ ، ب ٦ من الدين والقرض ، ٣ ح .

(٥) المصدر السابق : ٢ ح ، وفيه : وأجرها كحساب ، بدل وأجره كأجره .

(٣) (٤) المصدر السابق : ٣٣٠ ، ٤ ح ، ٤ .

(٧) المسالك ٣ : ٤٣٩ .

(٦) في الشرائع : ولفظ ، بدل وعقد .

حينئذ التزام كون التصرف في الأول كاشفاً أو متمماً بخلافه في المعاطة التي يمكن كونه فيها حينئذ كالإباحة بالعوض . نعم قد يشكل الفرق بين معاطاته [= القرض] وعقده بناءً على جواز فسخه [= فسخ القرض] الموجب لرجوع العين ، وعلى أنَّ المعاطة تغيد الملك المتزلزل . ولعلَّه لا بأس بالتزام عدم الفرق بينهما حينئذ [١] .

هذا كله بناءً على أنَّ المعاطة تقتضي الملك المتزلزل ، وإلا فالفرق بينهما حينئذ واضح ، بناءً على حصول الملك بالقبض ، بل وعلى القول بالتصرف [٢] . وحيث قد عرفت أنَّه عقد فهو (يشتمل على إيجاب ، كقوله : « أقرضتك » أو ما يؤدي معناه) وضعاً . وأما (مثل تصرف فيه أو انتفع به عليك ردُّ عوضه) ونحوهما ممَّا يفيد معناه بالقرينة ، فالبحث فيه كما في غيره من العقود اللازمة بناءً على كونه منها على الأصح [٣] . فالواجب حينئذ والأحوط الاقتصاد على المتيقن في لفظه [٤] . (و) يشتمل [أي عقد القرض] أيضاً (على قبول و) البحث فيه كالإيجاب ، لكن قال المصنّف : (إنَّه هو اللفظ الدالُّ على الرضا بالإيجاب ولا ينحصر في عبارة) بل [قيل : الاكتفاء

[١] فإنه لا دليل يقتضي لزوم الفرق بين المعاطة والعقد .

[٢] لما عرفت من الفرق بين التصرف المسبوق بالعقد والقبض [فيفيد الملك] وبين التصرف المسبوق بالمعاطة [فيفيد الإباحة] . ولو سلّم تساويهما [أي التصرفين] ، كما في بعض الاحتمالات أمكن الالتزام بما عرفت من عدم الفرق بينهما حينئذ ؛ لعدم ما يقتضي وجوبه ، والأمر سهل ، خصوصاً بعد ما استمع من ضعف القول بكون القرض من العقود الجائزة ، الموجب فسخها لردِّ العين والقول بتوقّف الملك فيه على التصرف ، والله أعلم .

[٣] لكن في المسالك تبعاً للدرّوس : « أن من المؤدّي معناه : « خذ هذا » أو « اصرفه » أو « تملكه » أو « ملكتك » أو « استلفتك » ونحوه » و « عليك ردُّ عوضه » أو « مثله » أو نحو ذلك ، والحاصل أنَّ صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزة ، بل كلُّ لفظ دلَّ عليه كفى ، إلّا أنَّ لفظ « أقرضتك » صريح في معناه ، فلا يحتاج إلى ضمنية « عليك ردُّ عوضه » ونحوه ، وغيره يحتاج ^(١) .

وفيه : أوَّلُ آنك ستعرف كونه من العقود اللازمة عنده ، حتى أنَّه أوَّل قولهم بالجواز إلى ما استمع . وثانياً : أنَّه قد يمنع دلالة ذلك على القرض بعد فرض مشروعية الإباحة بالعوض أو الهبة به .

[٤] ثمَّ إنَّه بناءً على ما ذكره لو ترك الضمنية المزبورة فلم يقصد إلّا مع معنى المنضمِّ إليه ، فإن كان بلفظ التملك أفاد الهبة ؛ لأنَّه صريح فيها ، وإن كان بلفظ السلم ونحوه كان فاسداً لا يترتّب عليه حكم عقد ؛ لأنَّه حقيقة في السلم ولم يجمع شرائطه ، وإن كان بغيره من تلك الألفاظ الدالّة على الإباحة فهو هبة مع قصد الموجب لها لا بدونه كما سيأتي إن شاء الله . فلو اختلفا في القصد فالقول قوله ؛ لأنَّه أبصر به ، أمّا لو اختلفا في قصد الهبة مع تلفّظ بالتملك فقد قطع في التذكرة بتقديم قول صاحب المال ؛ لأنَّه أعرف بلفظه ، ولأصالة عصمة المال وعدم التبرّع به ، و وجوب الردِّ على الآخذ ؛ لعدم « على اليد » ^(٢) .

وفيه : أنَّ ظاهر اللفظ الدالُّ على القصد يقطع ذلك كما في سائر العقود ؛ إذ الأصل إرادة الحقيقة ، والمجاز لا يصار إليه إلّا بقرينة ، فلا يسمع دعواه مع عدمها في مقابلة الغير كما هو واضح .

بالقبض» [١]. ولا ريب في أنَّ الأحوط عدم الاكتفاء بذلك، بل هو الأقوى بناءً على كون القرض من العقود اللازمة، بل عليه لا ينبغي الاكتفاء بكلِّ لفظٍ ولو مجازاً بعيداً [٢]. كما أنَّك [قد] عرفت عدم اليأس بذلك كلِّه في معاطاة القرض. فتأمل جيداً، والله أعلم. (و) كيف كان فـ (في القرض أجر) عظيم (ينشأ من^(١) معونة المحتاج تطوعاً) وكشف كربة المسلم حتى روي: «أَنَّ درهم الصدقة بعشر، والقرض بثمانية عشر»^(٢) [٣].

[١] كما في الدروس: «والأقرب الاكتفاء بالقبض؛ لأنَّ مرجعه إلى الإذن في التصرف»^(٣) بل حكاه في المسالك عن قطع جماعة، لكن قال: «إنَّه كذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف، وفي الاكتفاء به في تمام الملك نظر»^(٤). قلت: إنَّما الكلام في تنمَّة المقدَّ به، وإنَّه يكون كالقبول القولي.

[٢] ولتحقيق ذلك مقام آخر، وكأنَّ تسامحهم في عقد القرض، بناءً على أنَّه من العقود الجائزة، إلا أنَّك ستعرف ما فيه.

[٣] وقول النبي ﷺ: «ألف درهم أقرضها مرتين أحبَّ إليَّ من أن أتصدق بها مرة»^(٥) لا دلالة فيه على رجحان الصدقة عليه حتى يحتاج إلى الجمع، بحمل ما دلَّ على رجحان الصدقة على الصدقة الخاصة كالصدقة على الأرحام والعلماء ونحوهم، وما دلَّ على رجحان القرض على غيره من الصدقة العامَّة، بل المراد بذلك الإشارة إلى ما استفيد من غيره من النصوص من كون وجه رجحان القرض على الصدقة أنَّ القرض يعود فيقرض، بخلاف الصدقة كما هو واضح؛ إذ من المعلوم الترجيح بين طبيعتيهما، وإلا فكُلُّ منهما قد يقترن بما يتضاعف ثوابه إلى ما لا يحصىه إلا الله. ودعوى أنَّ القرض على كلِّ حال لا يزيد على الثمانية عشر واضحة البطلان. والحاصل أنَّ المراد من الخبر المزبور بيان كون قرض الشيء أفضل من الصدقة به، كما رواه القنطاري وغيره قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لأنَّ أقرض قرضاً أحبَّ إليَّ من أن أتصدق بمثله»^(٦)، ولعله إلى ذلك أشار الشيخ وغيره بما روه مرسلاً: القرض أفضل من الصدقة بمثله في الثواب^(٧)، وإلا فلم نجد هذا اللفظ في شيء من نصوصنا. لكن ظاهر الشهيدين وجودها بهذا اللفظ، ولذا احتملنا فيها احتمالين^(٨): أحدهما: ما يراد من الخبر المزبور فلا يكون فيه دلالة على مقدار الثواب، وثانيهما تعليق «بمثله» بـ «أفضل» لا بـ «الصدقة»، فيكون المعنى أنَّ القدر المقرض أفضل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب. والصدقة لما كان المعروف من ثوابها والمشارك بين جميع أفرادها عشرة فدرهم القرض حينئذٍ بعشرين، إلا أنَّه لما كان يعود بخلاف درهم الصدقة حصل له ثمانية عشر؛ إذ الصدقة إنَّما صار درهمها بعشرة باعتبار عدم عوده، فالذي استفادته حقيقة تسعة، فهي مع مثلها ثمانية عشر، تحصل لدرهم القرض الذي عاد لصاحبه. وهذا وإنَّ كان أُلطف من الأوَّل وأوفق بمناسبة خبر الثمانية عشر ومشمول على سَرِّ لطيف وبلاغة في الكلام مناسبة للمعروف من كلامهم ﷺ، إلا أنَّ الذي ذكرناه أولاً أظهر، خصوصاً مع معلومية عدم كون عادتهم مراعاة نحو ذلك في كلامهم الصادر لبيان الأحكام التي يتساوى فيها الخاص والعام. وأمَّا قوله «في الثواب» فهو على الوجهين متعلِّق بـ «أفضل» لبيان الواقع، كقوله: ﴿يَقْتُلُونَ النَّبِيَّ بِغَيْرِ حَقٍّ﴾^(٩) و﴿يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ﴾^(١٠) أو لغير ذلك، كما أنَّه قد يحتمل تعلُّقه بغير «أفضل» على الأوَّل، والأمر في ذلك كلُّه سهل.

(١) في الشرائع: دهن.. (٢) الوسائل ١٦: ٣١٨، ب ١١ من قتل المعروف، ج ٣.

(٣) (٤) الدروس ٣: ٣١٨، المسالك ٣: ٤٤١. (٥) الوسائل ١٨: ٣٣٤، ب ٨ من الدين والقرض، ج ٥.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٣٠، ب ٦ من الدين والقرض، ج ١. (٧) النهاية ٣١١: ٣١٢، السرائر ٩: ٥٩، التذكرة ١٣: ٢٥.

(٨) غايه المراد ١٧٣: ١٧٤. المسالك ٣: ٤٤٢-٤٤٣. (٩) (١٠) البقرة: ٦١، الأنعام: ٣٨.

ثم إن الظاهر من قول المصنّف: «تطوعاً» الإشارة إلى اعتبار النية في حصول الثواب كغيره من الأعمال وهو كذلك [١].

(و) على كلّ حال فشرط القرض (الاقتصار على) ذكر (ردّ العوض ف) عطف على معنى أنّه (لو شرط النفع حرم) الشرط [٢]. بل [المختار] [٣] فساد القرض بهذا الشرط لا الشرط خاصة، فيكون الشرط في صحّة القرض عدم هذا الشرط [٤].

[١] إذا احتمال حصوله مطلقاً ضعيف.

[٢] بلا خلاف فيه، بل الإجماع منّا بقسميه عليه، بل ربّما قيل: إنّ إجماع المسلمين^(١)؛ لأنّه ربّاً:

١ - قال عليّ بن جعفر في المروي عن قرب الاسناد: سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل أعطى رجلاً مئة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر؟ فقال: «هذا الربا المحض»^(٢).

٢ - وقال خالد بن الحجاج: سألت عن رجل كانت لي عليه مئة درهم عدداً فقضاه مئة وزناً؟ قال «لا بأس ما لم يشترط»، قال: وقال: جاء الربا من قبيل الشروط، إنّما يفسده الشروط»^(٣). ومنه يعلم أنّ المراد بـ «الربا» في مفهوم غيره: المنع، كموثّق إسحاق بن عمار قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له عند الرجل المال قرصاً، فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعة فينبه الرجل كراهة أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة يحلّ ذلك له؟ قال: «لا بأس إذا لم يكونا شرطاً»^(٤).

وحسن الحلبي: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً وزناً وقد عرف أنّها أثقل ممّا أخذ وتطّيب نفسه أن يجعل له فضلها؟ فقال: «لا بأس [به] إذا لم يكن فيه شرط، ولو وهبها كمالاً كان أصح»^(٥). وصحيحه الآخر عنه أيضاً: «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^(٦).

[٣] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٤] ١ - كما هو ظاهر صحيح محدّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلّا مثلها، فإن جُوزي بأجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه»^(٧)؛ ضرورة ظهور النهي فيه في الشرطيّة، كما في نظائره. ٢ - مضافاً إلى النبوي: «كلّ قرض يجزّ منفعة فهو حرام»^(٨) المراد منه بقرينة غيره صورة الشرط، المنعبر بكلام الأصحاب. ٣ - بل قيل: إنّ إجماعاً^(٩). ٤ - بل في المختلف: «الإجماع على أنّه إذا أقرضه وشرط عليه أن يرده خيراً ممّا أقرض كان حراماً، وبطل القرض»^(١٠). فحرمة القرض منه حينئذٍ ظاهرة في فساد.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٠.

(٢) قرب الإسناد: ٢٦٥، ح ١٠٥٥. الوسائل ١٨: ٣٥٩، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١٨.

(٣) الوسائل ١٨: ١٩٠، ب ١٢ من الصرف، ح ١، وفيه: «فرضها» بدل «فرضاها».

(٤) الوسائل ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١٣.

(٥) الوسائل ١٨: ١٩١، ب ١٢ من الصرف، ح ٢، وفيه: «كلّها» بدل «كاملها».

(٦) الوسائل ١٨: ٣٦٠، ب ٢٠ من الدين والقرض، ح ١. (٧) الوسائل ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١١.

(٨) كنز العمال ٦: ٢٣٨، ح ١٥٥١، وفيه: «فهو ربا» بدل «فهو حرام».

(٩) السرائر ٢: ٦٢. (١٠) المختلف ٥: ٣٩١.

- (و) أنه (لم يفد الملك) فيحرم على المستقرض التصرف فيه، وهو مضمون عليه [١].
(نعم لو تبرع المقرض بزيادة في العين أو الصفة جاز) [٢].

[١] وذلك:

- ١ - لكونه مقبوضاً على ذلك .
 - ٢ - ولأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .
فما عن أبي حمزة من أنه أمانة^(١) ضعيف .
- وأضعف منه توقف المحدث البحراني في ذلك، مدّعياً أنه ليس في شيء من نصوصنا ما يدل على فساد العقد بذلك، بل أقصاها النهي عن اشتراط الزيادة، والخبر النبوي ليس من طرقنا . نعم يبنى فساد العقد على المسألة السابقة، وهي اقتضاء فساد الشرط فساد العقد، وقد عرفت الخلاف، وإن كان ظاهرهم هنا عدم كون البطلان هنا مبنياً على ذلك، ولذا ادّعى شيخنا في المسالك الإجماع عليه^(٢).
- ومما قدّمنا يظهر لك ما فيه، كما أنه يظهر الوجه فيما دلّ من النصوص على أنّ خير القرض ما جرّ نفعاً:
- ١ - كخبر محمد بن مسلم وغيره: قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إمّا خادماً وإمّا آنية وإمّا ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعته فيستأذنه فيه فيأذن له ؟
فقال عليه السلام: «إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت: إن من عندنا يروون كلّ قرض يجزّ منفعة فهو فاسد، قال عليه السلام: «أو ليس خير القرض ما جرّ منفعة؟»^(٣).
 - ٢ - ومرسل مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «خير القرض ما جرّ منفعة»^(٤).
 - ٣ - وخبر علي بن محمد قال: كتبت إليه: القرض يجزّ المنفعة هل يجوز أم لا؟ فكتب عليه السلام: «يجوز ذلك عن تراضٍ منهما إن شاء الله»^(٥).

إذ من الواضح إرادة عدم الشرط [فتحمل تلك النصوص عليها] التي صرح المصنّف وغيره بها بقوله [ذلك].

[٢] بل لا أجد فيها خلافاً بيننا:

- ١ - للنصوص المتقدمة .
- ٢ - مضافاً إلى خبر إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام: سألت عن الرجل يكون مع الرجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال: «لا بأس»^(٦).

(١) الوسيلة: ٢٧٣.

(٢) الحدائق: ٢٠: ١١٧.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٥٤، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ٤.

(٤) المصدر السابق: ٣٥٥، ح ٦، وفيه: «بشر مسلمة».

(٥) أورد صدره في الوسائل ١٨: ٣٥٩، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١٦، وذيله في: ٣٠٨، ب ١١ من السلف، ح ١١.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٥٤، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ٣.

٣ - وخبر أبي الربيع قال: سُئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فردّ عليه أجود منها بطيب نفسه، وقد علم المستقرض والقارض أنّه إنّما أقرضه ليعطيه أجود منها.

قال: «لا بأس إذا طابت نفس المستقرض» ^(١).

٤ - وقول النبي ﷺ لما اقترض بكراً فردّ بazarاً رباعياً: «إنّ خير الناس أحسنهم قضاء» ^(٢).

٥ - وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيردّ عليه المثل أو يستقرض المثل فيردّ عليه الدراهم؟

فقال: «إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم المفسولة فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول: يا أباي ^(٣) ردها على الذي استقرضتها منه، فأقول: إنّ دراهمه كانت مفسولة وهذه خير منها، فيقول: يا بني هذا هو الفضل فأعطه إياها» ^(٤).

٦ - وكأنّه عليه السلام أشار إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ ^(٥) فتكون هي حينئذٍ دليلاً آخر على المطلوب.

٧ - بل وموثّق أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قلت له: الرجل يأتيه النبط بأعمالهم فيبيعها لهم بالأجر، فيقولون له: أقرضنا دنائير فإننا نجد من يبيع لنا غيرك ولكنا نخضع بأعمالنا من أجل أنك تقرضنا، قال: «لا بأس به إنّما يأخذ دنائير مثل دنائيره، وليس بثوب إن لبس كسر ثمنه، ولا دابة إن ركبها كسرهما، وإنّما هو معروف يصنعه إليهم» ^(٦).

٨ - ومرسل جميل: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أصلحك الله إنّنا نخالط نفراً من أهل السواد فنقرضهم القرض ويصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر ولنا في ذلك منفعة، قال: «لا بأس».

ولا أعلم إلا قال: ولو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم.

فقال: «لا بأس» ^(٧).

وإن كان قد يقال: إنّ مثله جائز حتى مع الشرط، كما أوماً إليه التعليل المزبور؛ لعدم كونه منفعة محضة، بل هو في مقابلة عمل كشرط البيع بالقيمة في القرض، ومثله بقوى جوازه:

١ - للأصل.

٢ - وإطلاق بعض النصوص.

٣ - مع الشك في شمول أدلة المنع له.

(١) الوسائل ١٨: ١٩٢، ب ١٢ من الصرف، ح ٤. (٢) السنن الكبرى ٥: ٣٥٢-٣٥٣.

(٣) في المصدر: «يا بني».

(٤) الوسائل ١٨: ١٩٣، ب ١٢ من الصرف، ح ٧.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٥٦، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١٠، وفيه: «لبسه» بدل «لبس».

(٧) الفقيه ٣: ٢٨٣، ح ٤٠٢٤. الوسائل ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ذيل الحديث ١٢.

[ويقوى جواز شرط النفع في القرض في مقابل العمل]. وعلى كل حال فالنفع وإن كان محضاً جائز أخذه مع عدم الشرط . نعم قد يقال بأولوية تركه [=أخذ النفع] للمقروض إذا كان من نيته ذلك [١] .

بل الظاهر عدم الكراهة فيما نحن فيه ، إذا لم يكن للقرض مداخلية في النفع ، بل كان من مقارناته [٢] .

بل قد يقال بعدم الكراهة أصلاً إذا لم يكن من نيتهما ذلك ، بل إذا لم يكن من نية المقرض خاصة [٣] .

بل قد يقال باستحباب احتساب الهدية من الدين وإن لم يكن من نية المقرض [٤] .

[١] ١ - لمؤثق إسحاق بن عمار : سألت العبد الصالح عليه السلام عن الرجل يرهن الثوب أو العبد أو الحلبي أو المتاع من متاع البيت قال : فيقول صاحب الرهن للمرتهن : أنت في حل من لبس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم ؟ قال عليه السلام : « هو له حلال إذا أحله ، وما أحب له أن يفعل »^(١) .

٢ - وصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام : سألت عن الرجل يسلم في بيع أو عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً ؟ قال : « لا يصلح إذا كان قرضاً يجز شيئاً فلا يصلح » . وسألت عن الرجل يأتي حريفة وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ولو لا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه ، فقال : « إن كان معروفاً بينهما فلا بأس ، وإن كان إنما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح »^(٢) . بناءً على إرادة الكراهة منه ؛ لعدم الشرط ، كما أنه يمكن خروج صدر الخبر عما نحن فيه ، بناءً على عدم قدح مثله ولو بصورة الشرط ؛ لرجوعه إلى القرض بشرط السلم ، وهو مع عدم المحاباة فيه يمكن منع حرمة .

[٢] كما يشير إليه خبر هذيل قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنني دفعت إلى أخي جعفر مالا فهو يعطيني ما أنفقه وأحج به وأصدق وقد سألت من عندنا فذكروا أن ذلك فاسد وأنا أحب أن انتهي إلى قولك ، فقال : « أكان يصلحك قبل أن تدفع إليه مالك ؟ قلت : نعم قال : « خذ ما يعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق ، فإذا قدمت العراق فقل : جعفر بن محمد أفتاني بهذا »^(٣) .

[٣] ومن هنا خصها [أي الكراهة] في الدروس بما إذا كان ذلك من نيتهما ، ولم يذكره لفظاً^(٤) . فحينئذ لا تنافي بين هذه النصوص ، وبين النصوص السابقة الدالة على أن خير القرض ما جر نفعاً^(٥) ، الظاهرة في عدم الكراهة بعد حملها على ما إذا لم يكن من نيتهما ، كما أنه لا تنافي بين ما دل على رجحان دفع الزيادة تحصيلاً لحسن القضاء^(٦) ، وبين ما دل على كراهة قبول المقرض لها إذا كان من نيته ذلك ، وأنه إنما أقرضه له^(٧) ، ونفي البأس في خبر أبي الربيع^(٨) غير مناف لها بعد إرادة الجواز منه .

[٤] لخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام : أن رجلاً أتى علياً عليه السلام فقال له : إن لي على رجل ديناً فأهدي إلي هدية ، قال : « أحسبه من دينك عليه »^(٩) . هذا ! والذي دعانا إلى ذلك كله ظهور بعض النصوص بعدم الكراهة فيه ، كالأخبار الدالة على أن خير القرض ما جر نفعاً ، وغيرها ، وظهور آخر في تحققها فيه ، ومن هنا احتملنا التنزيل المزبور ، وقد احتمل تفاوتها شدة وضعفاً .

(١) الوسائل ١٨: ٣٥٨ ، ١٩ من الدين والقرض ، ح ١٥٥ . (٢) المصدر السابق ٣٥٦: ح ٩٠ .

(٣) الوسائل ٣: ٣١٩ .

(٤) المصدر السابق ٣٥٣: ح ٢٠ .

(٥) انظر الوسائل ١٨: ١٩٠ ، ١٢ من الصرف .

(٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٥٢ ، ١٩ من الدين والقرض .

(٧) الوسائل ١٨: ٣٥٦ ، ١٩ من الدين والقرض ، ح ١٥٩ .

(٨) الوسائل ١٨: ١٩٢ ، ١٢ من الصرف ، ح ٤٤ .

(٩) الوسائل ١٨: ٣٥٢-٣٥٣ ، ١٩ من الدين والقرض ، ح ١٠٤ .

وعلى كل حال فالأمر في ذلك كله سهل [١].

(و) منه يعلم الحكم فيما (لو شرط) الدراهم (الصراح) كالتازجية (عوض المكسرة) كالغلة ، لكن (قيل) (٢) : (يجوز فيه) [٣] . [و] لا ريب حينئذ في أن (الوجه) بل الأصح (المنع) فيه [٤] .

[١] بعد معلومية التسامح في السنن ، وبعد ما عرفت من أن الممنوع اشتراط المنفعة صريحاً أو إضماراً قد بُني العقد عليه ، من غير فرق بين كون المنفعة عيناً أو وصفاً .

[٢] والقاتل الشيخ وأبو الصلاح وابنا البراج وحمزة^(١) .

[٣] لصحيح يعقوب بن شعيب : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة ويأخذ منه الدراهم التازجية طيبة بها نفسه ؟ قال : « لا بأس ، وذكر ذلك عن علي عليه السلام »^(٢) الذي لا ظهور فيه بصورة الشرط ، بل قيل : إنه ظاهر في عدمها^(٣) . ولو سلم فبينه وبين غيره ممّا أطلق فيه المنع تعارض العموم من وجه ، ومن الواضح رجحانه عليه من وجوه .

كل ذلك مضافاً إلى خصوص بعض النصوص السابقة ، كصحيح محمد بن قيس^(٤) (و) غيره .

[٤] وفي المحكي عن أبي الصلاح خاصة من جواز قرض المصوغ من الذهب مع الإعطاء عيناً ومن الفضة دزة والنقد المخصوص من خالص الذهب والفضة بشرط إعطاء العتيق من نقد غيره^(٥) ، إذا كان مراده الجواز مع فرض كون المشروط نفعاً للمقرض ؛ إذ لا دليل عليه معتد به ، فضلاً عن أن يصلح معارضاً .

وخبر عبد الملك بن عتبة عن عبد صالح : قلت له : الرجل يأتيني يستقرض مني الدراهم فأوطن نفسي على أن أخره بها شهراً للذي يتجاوز به عني فإنه يأخذ مني فضة تبر على أن يعطيني مضروبة وزناً بوزن سواء ، هل يستقيم هذا إلا أنني لا أسقي له تأخيراً إنما أشهد لها عليه فري ، قال : « لا أحبّه »^(٦) لا دلالة فيه على ذلك ، بل لعلة لم يشترط عليه المضروبة . وكيف كان فالتحقيق ما عرفت ومنه يعلم غرابة ما عن الأردبيلي^(٧) من الميل إلى عدم البأس في اشتراط الزيادة الحكمية مطلقاً حاكياً له عن الجماعة المزبورة : ١ - للأصل . ٢ - وإطلاق الأدلة ، خصوصاً نصوص : « خير القرض ما جرّ نفعاً »^(٨) .

٣ - بعد عدم الإجماع . ٤ - وعدم ظهور تناول دليل الربا له . ٥ - بل دلالة أكثر أخبار المنع إنما هي بمفهوم « البأس » الذي هو أعظم من الحرمة^(٩) .

وفيه ما عرفت من ظهور الأدلة ، منطوقاً كصحيح محمد بن قيس^(١٠) وغيره ، ومفهوماً^(١١) ولو بقرينة غيره في المنع من اشتراط النفع عيناً أو منفعة أو صفة ، كما هو واضح .

(١) النهاية : ٣١٢ . الكافي : ٣٣١ . وحكاة عن القاضي في المختلف ٣٩٠ : ٥ . الوسيلة : ٢٧٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٩٢ ، ب ١٢ من الصرف والقرض ، ح ١١ . (٣) المسالك ٤٤٥ : ٣ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٣٥٧ ، ب ١٩ من الدين والقرض ، ح ١١ . (٥) الكافي : ٣٣١ .

(٦) الوسائل ١٨ : ١٩٤ ، ب ١٢ من الصرف ، ح ٩ ، وفيه : « عن عبد الملك بن عتبة » .

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٦٦ ، ٦٧ . (٨) انظر الوسائل ١٨ : ٣٥٢ ، ب ١٩ من الدين والقرض .

(٩) انظر الوسائل ١٨ : ١٩٠ ، ب ١٢ من الصرف ، و ٣٥٢ ، ٣٦٠ ، ب ١٩ ، ح ٢٠ من الدين والقرض .

(١٠) الوسائل ١٨ : ٣٥٧ ، ب ١٩ من الدين والقرض ، ح ١١ .

(١١) انظر الوسائل ١٨ : ١٩٠ ، ب ١٢ من الصرف .

نعم قد يستثنى من ذلك [= من اشتراط النفع عيناً أو منفعة أو صفة] اشتراط التسليم في بلد آخر ، وإن كان فيه نفع [١] .

[١] ١ - لخبر الكناي عن الصادق عليه السلام : في الرجل يبعث بمال إلى أرض فقال للذي يريد أن يبعث له : أقرضنيه وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض ، قال عليه السلام : « لا بأس بهذا » ^(١) .

٢ - وأوضح منه خبر يعقوب بن شعيب قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يسلف الرجل الرجل الورق على أن ينقده إياه بأرض أخرى ويشترط عليه ذلك ، قال عليه السلام : « لا بأس » ^(٢) .

٣ - وإسماعيل بن جابر قلت لأبي جعفر عليه السلام : يدفع إلى الرجل الدراهم فأشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سوداً بوزنها وأشترط ذلك عليه ، قال : « لا بأس » ^(٣) . إلى غير ذلك من النصوص .

ولذلك صرح به في القواعد وغيرها بعد التصريح بانصراف الإطلاق إلى بلد القرض ، بل قال فيها : « سواء كان في حمله مؤنة أو لا » ^(٤) .

لكن في جامع المقاصد احتمال الفساد مع كون المصلحة للمقرض لجرّ النفع ، ناسباً له إلى تصريح الشهيد به في بعض فوائده ، ثم رده بأنّ الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو صفةً ، وليس هذا واحداً منهما ^(٥) ، ومثله الحلّي في السرائر ^(٦) .

قلت : يمكن أن يكون مبنى الجواز النصوص المزبورة التي إن لم يسلم ظهورها في خصوص القرض ، فلا ريب في شمولها له ، فالتعارض حينئذٍ بينهما وإن كان من وجه ، إلا أنه لا إشكال في رجحانها عليه ، من حيث الدلالة وغيرها ، خصوصاً بعد اعتضاها بفتوى من تعرّض له من الأصحاب .

نعم قال في القواعد : « لو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض ، ولو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض » ^(٧) .

وفيه : بعد إرادة الضرر من عدم المصلحة الذي لا يوجب على المقرض الدفع ولا على المقرض القبول أنه مناف لمعوم ما دلّ على أنّ المؤمنين عند شروطهم ، ومع فرض عدم لزوم هذا الشرط وأنه كالوعد . بناء على أنه شرط في عقد القرض الذي هو عندهم من العقود الجائزة - لا ينبغي مراعاة المصلحة أيضاً . ومن هنا قال في الدروس : « ولو دفع إليه في غير مكانه مع الإطلاق أو في غير المكان المشترك لم يجب القبول وإن كان الصلاح للقابض ، ولو طالبه في غيرهما لم يجب الدفع وإن كان الصلاح للدافع ، نعم لو تراضيا جاز » ^(٨) .

ولتتمام تحقيق ذلك مقام آخر ، وقد سبق ممّا بعض الكلام فيه ، وتسمع في اشتراط الأجل بعضه أيضاً .

(١) الوسائل ١٨ : ١٩٦ ، ب ١٤ من الصرف ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ١٩٧ ، ح ٥ ، وفيه : « يدفع إليّ » بدل « أدفع إلى » .

(٤) (٧) القواعد ٢ : ١٠٥ . (٥) جامع المقاصد ٥ : ٣٣ .

(٦) السرائر ٢ : ٦٤ . (٨) الدروس ٣ : ٣٢٠ .

وعلى كل حال فليس من جرّ النفع اشتراط المقرض رهناً على ما أقرضه أو كفيلاً أو إشهاداً ونحو ذلك [١]. وكذلك اشتراط ذلك على دين آخر وإن كان يحتمل المنع من ذلك كله].

و[المختار] [٢] [هو] المنع في القرض بشرط البيع مثلاً محابة [٣] [بخلاف شرط البيع بضمن المثل فلا يمنع]. كوضوح الفرق بين القرض وبين البيع محابة بشرط القرض؛ إذ لا يصدق على القرض أنه اشترط فيه ما يجرّ منفعة وإن كانت المنفعة هي السبب في وقوعه [فلا مانع من البيع محابة بشرط القرض]. إلا أنه لا يخلو من كراهة [٤]. ولو كان الشرط نفعاً للمستقرض دون المقرض، كما إذا اشترط إعطاء الغلة عوض الصحاح، أو اشترط عليه أن يقرضه شيئاً آخر ونحو ذلك جاز [٥]. هذا، ولنعلم أنه إن كانت الزيادة التي ردّها المقرض من غير شرط حكيمية كالجيد بدل الرديء والكبير بدل الصغير كما صنعه النبي ﷺ^(١) ملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه، وكان بأجمعه استيفاء. وإن كانت عينية، كما لو دفع اثنا عشر من عليه عشرة ففي كون المجموع وفاءً كالحكمي، بناءً على أنه معارضة عمّا في الذمة، غايته كونه متفاضلاً، وهو جائز بالشرط، وهو عدم الشرط، أو يكون الزائد بمنزلة الهبة - فيلزم حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الآتية، التفاتاً إلى أن الثابت في الذمة إنمّا هو مقدار

[١] [لأنه] ممّا لا يندرج في إطلاق المنع السابق، فيبقى ما دلّ على الجواز من عموم أدلة الشرط^(٢) وغيره بلا معارض. بل في القواعد وجامع المقاصد: أن الأقرب جواز اشتراط ذلك على دين آخر^(٣)، محتجاً عليه في الأخير بأن ذلك ليس بزيادة في مال القرض، وإنما هو شرط خارج عنه، وإن كان زيادة بحسب الواقع، فإن المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض. وإن كان قد يناقش فيه بأن المستفاد من النصوص^(٤) السابقة - فضلاً عن الخبر العامي الذي تلقاه الأصحاب هنا بالقبول، وهو: «كل قرض جرّ نفعاً فهو حرام»^(٥) - المنع عن كل نفع للمقرض، كركوب دابة أو عارية متاع أو انتفاع برهن أو نحو ذلك، كصحيح محمد بن قيس^(٦) وغيره وإن لم يكن بزيادة في نفس المال المقرض. ومن هنا استجود المنع في الدروس^(٧).

[٢] [كما] منه يظهر وجه [ذلك].

[٣] لوضوح جرّ النفع. خلافاً لهما^(٨) فلم يفرّقاً بينه وبين البيع بضمن المثل. وهو كما ترى؛ ضرورة عدم صدق جرّ النفع في الثاني دون الأول وإن اتفق احتياجه إليه.

[٤] لصحيح يعقوب بن شبيب المتقدم أنفاً في قرض صاحب السلم^(٩)، مع أنه لا دلالة فيه على اشتراط ذلك في عقد السلم، ولا على التحابي فيه، فلاحظ وتأمل.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال. نعم احتمل في الدروس المنع في الثاني مع فرض النفع له، كما إذا كان الزمان زمان نهب أو غرق^(١٠). وفيه: أن مثله غير قاذح، لا أقل من الشك في اندراج مثله تحت أدلة المنع، والله أعلم.

(١) انظر السنن الكبرى ٣٥٢: ٣٥٣.
(٢) (أ) القواعد ١٠٥: ٢٣. جامع المقاصد ٢٢: ٢٣.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ٣٥٢، ب ١٩ من الدين والقرض.
(٤) كنز العمال ٦: ٢٢٨، ج ١٥١٦، وفيه: «ربا» بدل «حرام».
(٥) الوسائل ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١١.
(٦) (١٠) الدروس ٣: ٣١٩.
(٧) (٩) الوسائل ١٨: ٣٥٦، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ٩.

الحق، فالزائد تبرع خالص، وإحسان محض وعطية منفردة - احتمالان [١].

فلا ريب في أنَّ الأحوط في الربوي تعيين الوفاء ثم هبة الزائد، والأمر سهل.

إنَّما الكلام في وجوب القبول على المقترض [٢]. و[المختار] [٣] عدم وجوب القبول في الزيادة العينية [٤]، بل ربَّما تتحقق في الزيادة الوصفية. لكن الإصناف عدم خلُق القول بالوجوب في الزيادة الوصفية التي لا تخرج المدفوع عن الجنس من قوَّة [٥]، أمَّا العينية فالمتَّجه عدم وجوب قبولها، والله أعلم.

[ما يصح إقراضه]:

(الثاني) ممَّا يقع النظر فيه (ما يصح إقراضه وهو) عند المصنَّف (كلُّ ما يضبط وصفه) الذي تختلف القيمة باختلافه (وقدره) إن كان من شأنه التقدير ولو لتوقَّف الضبط عليه. ولا ريب في طرده، بمعنى صحَّة قرض مضبوط الوصف والقدر [٦]. إنَّما الكلام في عكسه، وهو أنَّ كلَّ ما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يجوز قرضه؛ إذ يمكن منعه [٧]، خصوصاً على المختار من أنَّ الثابت في قرض القيمي قيمته التي لا مدخلية في ثبوتها في الذمَّة لضبط الوصف الذي يراد منه دفع المثل وفاءً. كما أنَّه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقاً على القرض في صحَّته على وجه لا يجدي اعتباره بعد القرض والقبض [٨]. بل قد يقال: بعدم فساده القرض بالإخلال به [= بضبط

[١] قد اعترف في المسالك بأنَّه لم يقف فيه على شيء، لكن قال: «لعلَّ الثاني أوجه، خصوصاً مع حصول الشك في انتقال الملك»^(١).

قلت: لكن بشكل مع عدم تعيين الوفاء منها، كما أنَّه يشكل جعله من المعاوضة عمَّا في الذمَّة، بناءً على عموم الربا.

[٢] صرح في التذكرة بذلك مع كون الزيادة حكمية وتبعه الأردبيلي فيما حكى عنه^(٢): ١ - لأصالة براءة ذمَّة المقترض. ٢ - ولأنَّه يندرج تحت مثل المال وإن تضمَّن زيادة. ٣ - ولظهور النصوص^(٣) في كون ذلك وفاء وإن كان هو أحسن أفرادها. وقد يناقش: بأنَّه ليس في النصوص^(٤) إلا عدم البأس بالأخذ، وهو أعمُّ من الوجوب الذي هو حكم شرعي يحتاج إلى دليل واضح، على أنَّه قد عرفت كراهة أخذ المقرض الزيادة وإن كانت وصفية فكيف يجامع الوجوب؟!

[٣] [كما] منه يعلم وضوح [ذلك].

[٤] التي لا تخلو من المنة، التي من المعلوم عدم وجوب قبولها.

[٥] نحو ما سمعته في السلم، ولظهور النصوص في أنَّ ذلك أحسن أنواع الوفاء^(٥).

[٦] بل لا خلاف فيه؛ لإطلاق الأدلَّة.

[٧] للإطلاق المزبور.

[٨] لعدم الدليل الصالح لتقييد الإطلاق، المعتضد بإطلاق جملة من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كيني زهرة وحزمة وإدريس^(٦) وغيرهم، والتعليل بأنَّ ذلك مقدِّمة للوفاء لا يقضي بالاشتراط المزبور.

(١) المسالك ٣: ٤٤٥. (٢) التذكرة ١٣: ٢٧. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٦-٦٧.

(٣) (٤) (٥) انظر الوسائل ١٨: ١٩٠، ب ١٢ من الصرف. ٣٥٢، ٣٦٠، ١٩، ٢٠ من الدين والقرض.

(٦) انظر الفتنى ٢٣٩: ٢٧٢. السرائر ٢: ٦٠.

الوصف سابقاً عليه] أصلاً؛ إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته في الذمة، فإن علماً ببيئته ونحوها وجب تأديتهما، وإلا رجع إلى الصلح. وكذلك الكلام في [وجوب ضبط] القدر، خصوصاً مع إرادة المعتاد منه [١]. فلا يجدي المكيال المجهول والصنجة المجهولة، وخصوصاً مع إرادة اعتبار ذلك حتى فيما يكفي في بيعه المشاهدة كالتبن والحطب ونحوهما؛ لتوقف إثبات عوضه في الذمة على الاعتبار المزبور، فهو كالسلم فيه [٢]. وعلى كل حال فالشرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مستنده إجماعاً [فهو] [٣].

[١] كما صرح به بعضهم^(١) ويقتضيه ظاهر الإطلاق.

[٢] ولذا قال في المسالك: «الضابط في قرض المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد» إلى أن قال: «وحينئذٍ فلو أقرض المقرض غير معتبر لم يفد الملك، ولم يجوز التصرف فيه، وإن اعتبره بعد ذلك ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، وتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره»^(٢). وقال في التذكرة: تارة «يجب في المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه»^(٣)، وأخرى: «قد بينا أنه لا يجوز إقراض المجهول لتعذر الرد، فلو أقرضه دراهم أو دنائير غير معلومة الوزن أو قبة من طعام غير معلومة الكيل ولا الوزن، أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح»^(٤). وقال في التحرير: «لا يجوز اقتراض المكيال والموزون جزافاً، وكذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجة معينة غير معروفين عند العامة، ولو كانت الدراهم ممّا يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ويردّ عدداً، وإن استقرض وزناً ردّ وزناً، وكذا كل معدود يجب معرفة عدده وقت الإقراض»^(٥). وقال في الإرشاد: «وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصحّ إقراضه، فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم»^(٦). وفي الدروس: «إنما يصحّ القرض مع الملك أو إجازة المالك، وعلم العين بالمشاهدة فيما يكفي فيه، وبالاختبار كيلاً وزناً أو عدداً فيما شأنه ذلك، ويجوز إقراض الخبز وزناً وعدداً، إلا أن يعلم التفاوت، فيعتبر الوزن، ويجوز إقراض المثلي إجماعاً، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه، وفيما لا يضبطه الوصف كالجوهر واللحم والجلد قولان، مع إتفاقيهما على جواز إقراض الخبز عملاً بالعرف العام، ولا يجوز السلم فيه، والمنع للمبسط، والجواز للسرائر»^(٧). قلت: الموجود في السرائر: «قال الشيخ في مبسوطه: لا يجوز إقراض ما لا يضبط بالصفة، والصحيح أن ذلك يجوز؛ لأنه لا خلاف بين أصحابنا في جواز إقراض الخبز وإن كان لا يضبط بالصفة؛ لأنهم أجمعوا أن السلم لا يجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفة والخبز لا يضبط بالصفة... وقال شيخنا في مبسوطه: يجوز استقرض الخبز إن شاء وزناً وإن شاء عدداً؛ لأن أحداً من المسلمين لم ينكره، ومن أنكره من الفقهاء خالف الإجماع»^(٨).

وظاهر خروج ذلك عما ذكره من الضابط، كما أن ظاهر السرائر جواز قرض كل ما لا يضبطه الوصف، لا خصوص الخبز.

[٣] مؤيداً بالتعليل السابق الذي مرجعه إلى أن الشارع لم يشرع معاملة موقوفة على التراضي مؤدية إلى التنازع؛ ضرورة أن الأصل في مشروعية العقود قطع النزاع.

وإلا كإفحلا للنظر والتأمل [١]. ومن هنا صحَّ قرض القيمي بقيمته وإن لم تعرف القيمة حال القرض على الأقوى [٢]. اللهم إلا أن يقال: إنَّ القرض وإن كان له شبه في الضمانات إلا أنَّه من المعاوضات أيضاً؛ إذ هو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة، فوجب ضبط لمعرفة العوض، فبناءً على ضمانته بالمثل مطلقاً حتى أن ما لا مثل له لا يصحُّ قرضه وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتى يكون الثابت في الذمة عوضه، ويتمكَّن المقرض من وفائه، وبناءً على ضمان القيمي منه بالقيمة مطلقاً أو في خصوص ما لا يضبطه الوصف منه كالجواهر وجب ضبط أوصافه لمعرفة القيمة الثابتة في الذمة عوضاً عنه، والله أعلم.

وكيف كان (فيجوز اقتراض^(١) الذهب والفضة) وغيرهما ممَّا يضبطه الوزن (وزناً) بعد ضبط الصفات (والحنطة والشعير) ونحوهما ممَّا يضبطه الكيل [٣]. (كيلاً و وزناً). (و) أما (الخبز) فيجوز (وزناً) [٤]، لكن بعد ضبط الوصف. (و) كذا يجوز (عدداً) [٥] (نظراً إلى المتعارف) [٦].

[١] سبَّما بعد أن كان القرض قسماً من الضمانات وإن توقَّف على التراخي، وهي لا فرق فيها بين المجهول والمعلوم.

[٢] بل في المسالك نسبتبه إلى إطلاق كلام الأصحاب، قال: «هل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد، فإنَّ ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن، أم يكفي في جواز إقراضه مشاهدته على حدِّ ما يعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمراً وراء الصحة يجب على المقرض [معرفتها] مراعاة لبراءة ذمته حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله؟ وجهان، وإطلاق كلام الأصحاب يدلُّ على الثاني، وللأول وجه، وربما كما به قائل»^(٢).

[٣] نظراً إلى المتعارف.

[٤] بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه.

[٥] عندنا.

[٦] بل الظاهر إمكان تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن المحكي. مضافاً إلى: ١ - خبر الصباح بن سبابة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنَّ عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك، قال: إنَّا نستقرض الخبز من الجيران فنردُّه أصغر منه أو أكبر منه، فقال عليه السلام: «نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغير والكبير لا بأس»^(٣). ٢ - وخبر إسحاق بن عمار قلت لأبي عبد الله عليه السلام: استقرض الرغبة من الجيران وتأخذ الكبير ونعطي صغيراً أو تأخذ صغيراً ونعطي كبيراً، قال: «لا بأس»^(٤).

٣ - وخبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «لا بأس باستقرض الخبز»^(٥). بل الخبران الأولان صريحان في الجواز مع التفاوت، فوجب حمل التفاوت في عبارة الدروس السابقة^(٦) على غير البسير الذي يتسامح فيه، كما أنَّه يجب حمل ذلك على التفاوت من حيث الصغر والكبر.

(١) في الشرائع: «إقراض». (٢) المسالك ٣: ٤٥٠.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٦١، ب ٢١ من الدين والقرض، ح ١.

(٤) (٥) المصدر السابق: ح ٣، ٢.

(٦) الدروس ٣: ٣٢١.

[ويجوز مع التفاوت اليسير الذي يتسامح فيه] .

أما الأوصاف فيجب المحافظة عليها ما لم يعلم التسامح فيها [١] .

(و) على كل حال فـ (كلّ) مثلي وهو [٢] (ما تتساوي أجزاؤه) في القيمة والمنفعة وتتقارب صفاته بمعنى أن قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الآخر ويقوم مقامها في المنفعة وتقاربها في الوصف ، وهكذا كلّ جزء بالنسبة إلى نظيره لا مطلقاً يجوز قرضه [٣] [و] أنه (يثبت في الذمة مثله) وذلك (كالحنطة والشعير والذهب والفضة) ونحوها .

نعم هو كذلك مع وجوده ، ومع التعذر ينتقل إلى القيمة .

وفي اعتبار يوم القرض أو التعذر أو المطالبة أو الدفع أوجه ، أقواها الأخيران [٤] .

لكن [الظاهر] [٥] وجوب الدفع مع المطالبة وعدم وجوب القبول مع عدمها وإن دفع ، وهو لا يخلو من

[١] وعلى كلّ حال فما عن أبي حنيفة من عدم جواز قرض الخبز^(١) واضح الضعف ، كضعف ما عن أبي يوسف من وجوب الرد وزناً لا عدداً^(٢) ، وأحد قولي الشافعي من وجوب ردّ القيمة إلا إذا شرط المثل في وجهه^(٣) .

[٢] [كما] عند المصنّف وجماعة .

[٣] بلا خلاف ، بل النصوص والإجماع بقسميه عليه وعلى [ذلك] .

[٤] اللذان اختار ثانيهما في المختلف بعد أن حكى أولهما عن السرائر^(٤) .

إذ سبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء لا يوجب الانتقال إلى القيمة ؛ إذ لا منافاة بين ضمان المثل وقت القرض طرداً للقاعدة الإجماعية والانتقال إلى القيمة عند المطالبة أو الدفع ، كما أنّ التعذر بمجردّه لا يوجب الانتقال إلى القيمة ؛ لعدم وجوب الدفع حينئذٍ ، فيستصحب ضمان المثلي الذي هو حكم وضعي لا ينفيه التعذر إلى أن يجب دفعه بالمطالبة ، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمته ، ومنه يعلم قوة أول الأخيرين .

لكن قد يقال : إنّ المطالبة لا تشخص القيمة في ذلك الوقت على كلّ حال ، بل أقصاها وجوب دفع القيمة ، وإن اتفق كونها وقتها مقدراً مخصوصاً ثمّ تغير إلى زيادة أو نقصان فالبديل عن المثل حينئذٍ لا يتشخص إلا بالدفع ؛ إذ هو كالمعاملة عليه بها . ومن هنا يمكن دعوى عدم وجوب قبولها مع عدم الطلب ؛ لأنّ المضمون إنّما هو المثل ، كما يومئ إليه ما تقدّم في السلف ، فينتظر حينئذٍ حتى يحصل .

ومنه ينقذ احتمال عدم وجوب الدفع مع المطالبة أيضاً ؛ لأنّه غير الحق وظهور ضعفه يوجب قوة احتمال وجوب القبول مع الدفع ؛ لانقلاب الدين إلى القيمة بالتعذر ، سيّما مع شدة حاجة الناس إلى براءة الذمة .

[٥] [كما] قد يدعى ظهور كلمات الأصحاب في [ذلك] .

(١) المجموع ١٣: ١٧٥ .

(٢) المبسوط (للرخي) ١٤: ٣١ .

(٣) المجموع ١٣: ١٧٥ .

(٤) المختلف ٥: ٣٩٢ . السرائر ٢: ٦٠ .

وجه ، بل قوة [١] .

[وهل يجوز قرض المثلي مشترطاً عوضه القيمة ؟] وكذا [هل يجوز] قرض القيمي مشترطاً مثله الصوري بناءً على ضمانه بالقيمة مع الإطلاق وعلى العكس العكس ؟ ولعلّ [الظاهر] [٢] جوازه ما لم يندرج تحت جبر النفع ، كما إذا اشترط الزيادة في قيمته ، (و) على كل حال ف (ما ليس كذلك) بل كانت أجزاؤه مختلفة في القيمة والمنفعة يجوز قرضه [٣] إذا كان ممّا يضبّطه الوصف [٤] و[المختار] [٥] أنّه (يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم) الذي هو أوّل أوقات ملك المقرض [٦] . ولا اعتبار هنا بوقت المطالبة أو الأداء قطعاً ، كما هو واضح [٧] . لكن قال المصنّف هنا : (ولو قيل يثبت مثله) في الذمة (أيضاً) كالمثلي (كان حسناً) [٨] .

[١] وإن لم يكن ذلك محرّراً في كلامهم ، كما أنّه لم يحزّر فيه جواز قرض المثلي مشترطاً عوضه القيمة ، كما سمعته عن الشافعي في الخبز .

[٢] [إذ] إطلاق أدلّة القرض وعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) يقضي بـ [ذلك] .

[٣] عندنا .

[٤] بل لا خلاف أجده فيه ؛ لإطلاق الأدلّة ، ولخصوص فعل النبي ﷺ^(٢) ، المتمم بعدم القول بالفصل .

[٥] [كما أنّ] المشهور نقلاً وتحصيلاً [ذلك] .

[٦] وهو المراد من تعبير بعضهم وقت القرض^(٣) ؛ لغلبة اتّصاله به ، بل الغالب وقوع القبول به أو مقارناً له .

[٧] والوجه في ثبوت القيمة أنّ القرض قسم من الضمانات وإن توقّف على التراضي ، ولا ريب في أنّ ضمان القيمي بالتلف وغيره بالقيمة لا المثل ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه هناك ، وإن كان يظهر من الشهيد في الدروس أن ميل المصنّف هنا إلى أنّ الضمان بالمثل جارٍ فيها^(٤) أيضاً ، لكن هو وغيره صرح في باب الغصب بأنّ ضمان القيمي بالقيمة^(٥) ، فلاحظ وتدبّر .

ولعلّها لأنّها البدل عن العين عرفاً في الغرامات ، باعتبار عدم تساوي جزئيات العين المضمونة ، واختلاف صفاتها ، فالقيمة حينئذٍ أعدل ، خصوصاً في مثل الحيوان الذي لم يعرف الباطن منه ، ولا كثير من صفاته .

[٨] ١- لأنّه أقرب إلى الحقيقة من القيمة . ٢- ولما روي عن النبي ﷺ: أنّه أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى^(٦) .

٣- وحكم بضمان عائشة إثناء حفصة وطعامها بمثلها^(٧) . ٤- وأنّه ﷺ استقرض بكراً ورءً بازلاً^(٨) نارة ، وأخرى استقرض بكراً فأمر برء مثله^(٩) .

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤ .

(٢) انظر السنن الكبرى ٥: ٣٥٢-٣٥٣ .

(٣) الفوائد ٢: ١٠٤ .

(٤) (٥) الدروس ٣: ٣٢١-١١٣ .

(٦) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٢، ح ٢٣٣٣ .

(٧) المصدر السابق: ح ٢٣٣٣ .

(٨) شرح الوجيز ٤: ٤٢٩ .

(٩) السنن الكبرى ٥: ٣٥٣-٣٥٢ .

وفي الدروس والمسالك نسبة المصنّف إلى الميل إليه^(١)، بل في الثاني: أنه «لعله أفتى به، إلا أنه لا يعلم به قائل من أصحابنا، كما يشعر به قوله: ولو قيل»، كما أنه في الأول.

«وتظهر الفائدة فيما إذا وجد مثله من كلّ الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم، فعلى الثاني يجب القبول، وعلى المشهور لا يجب، وفيما إذا تغيّرت أسعار القيمي فعلى المشهور المعبر بقيمة يوم القبض، وعلى الآخر يوم دفع العوض، وهو ظاهر الخلاف».

قلت: ومنه يعلم موافقته للمصنّف، كما أنّ ظاهر التذكرة ذلك أيضاً وإن كان لم يطلق كإطلاق المصنّف قال: «مال القرض إن كان مثلياً وجب ردّ مثله إجماعاً، وإن لم يكن مثلياً فإن كان ممّا ينضبط بالوصف وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان أو الثياب فالأقرب أنّه يضمن بمثله من حيث الصورة؛ لأنّ النبي ﷺ استقرض بكرة - إلى آخر ما سمعت^(٢) -، وهو قول أكثر الشافعية، وقال بعضهم: إنّه يعتبر في القرض بقيمته؛ لأنّه لا مثل له، فإذا استقرضه ضمنه بقيمته كالإتلاف» إلى أن قال بعد أن فرق بين القرض والإتلاف: «وأما ما لا ينضبط بالوصف كالجواهر والقسى وما لا يجوز السلف فيه تثبت قيمته، وهو أحد قولي الشافعية»^(٣).

نعم قد يظهر من المصنّف فيما يأتي عدم جواز قرض مثل ذلك [= قرض ما لا ينضبط بالوصف]، وبه يحصل الفرق بينهما [= بين قول المصنّف والعلامة في قرض ما لا ينضبط بالوصف].

وعلى كلّ حال فقد يناقش فيه [= في القول بضمان القيمي بالمثل] بأنّه إن كان المنشأ في ضمان المثل قصد المتعاقدين فمع أنّه ممنوع يمكن خروج ذلك عن النزاع؛ إذ قد عرفت احتمال جوازه مع الشرط، كاشتراط القيمة في المثل، والبحث مع عدم قصد المتعاقدين سوى كونه مضموناً، ومن المعلوم ضمان القيمة في مثله شرعاً في غير القرض من أنواع الغرامات، كما اعترف به الفاضل المزبور في الإتلاف^(٤).

ودعوى الأقرية إلى العين المضمونة - بعد عدم معرفة كثير من الصفات، ولذا أطلق عليه الفاضل مثل الصوري - في حيز المنع^(٥)، وفرض وجود مثل له من كلّ وجه تفاوت القيمة به لا تبنى على مثله الأحكام الشرعية. مع أنّه قد يقال على تقدير وجوده بعدم وجوبه؛ لأنّ المعاوضة قد وقعت بالقيمة، وليس هو مخاطباً برّد العين حتى يتحرّى الأقرب إليها، كما في تلف المنصوب، مع أنّك قد عرفت تسليم الخصم فيه الضمان بالقيمة، فتأمل.

والخبر الأولان - مع أنّهما عاميان - ووردان في الضمان الذي لا يقول به الخصم، ومعارضان بما ورد من تضمين معق الشقص للقيمة، وأنهما حكاية فعل لا عموم فيه، يمكن التزام مثلية ما تضمنناه.

وأما الأخيران فيجري فيهما أكثر ما سمعت، وأنّه يمكن كون ردّ البازل، بل والمثل منه لغيره؛ لرضا المقرض به، باعتبار زيادته خيراً كلّ ذلك.

لكن الإنصاف عدم خلوّ القول به من قوّة [١] ، فلاحتياط فيه لا ينبغي تركه .

(و) كيف كان فـ (يجوز إقراض الجوّاري) [٢] ، فتضمن حينئذٍ بالمثّل أو القيمة على اختلاف القولين [٣] .

فتدخل في ملك المقرض بالقبض بناءً عليه ، وله حينئذٍ الانتفاع فيها بالوطء وغيره .

أمّا على القول بالتصرّف فليس له الوطء [٤] .

ويجب قبولها لو أرجعها بعد الوطء إذا لم تتعيّب به أو تحمل ، بناءً على ضمان القيمي بمثله [٥] .

بل قد يقال بوجوب قبولها على الضمان بالقيمة التي وضعت بدلاً عن العين ، فإذا أمكنت ببذل المقرض

كانت أقرب إلى الحق من القيمة [٦] .

(و) على كلّ حال فـ (سهل يجوز اقراض اللّائي) ونحوها ممّا لا يضبطها الوصف (قيل) [٧] : (لا)

[١] باعتبار معهوديّة كون قرض الشيء بمثله ، بل مبنى القرض على ذلك ، بل قد يدعى انصراف إطلاق القرض إليه ، وربما يؤيدّ نصوص^(١) الخبز الذي يقوى كونه قيمياً ، ولذا تجب قيمته في إتلافه بأكل ونحوه .

[٢] بلا خلاف فيه بيننا ، كما في المسالك^(٢) .

وما عن المبسوط^(٣) والخلاف^(٤) « لا نصّ لنا ولا فتياً في إقراض الجوّاري » ، وقضيّة الأصل الجواز ليس خلافاً ؛ ضرورة إرادة النصّ بالخصوص ، بل ظاهره أو صريحه الجواز ، كما هو كذلك ؛ لإطلاق الأدلّة وصحة السلف فيها كالعبيد .

[٣] خلافاً لبعض العامة ، فمنع من قرض الجوّاري التي يحلّ للمقرض وطؤها بعد الإطباق منهم على قرض العبيد والجوّاري التي لا يحلّ للمقرض وطؤها ، ومعلّل ذلك بما هو أوضح من الدّعوى فساداً^(٥) .

[٤] كما في المسالك^(٦) ، إلّا أنّه احتمل فيما يأتي جوازه أيضاً كالأمة المشتراة بالمعاطاة .

وفيه : أنّه ممنوع فيها بناءً على عدم الملك ؛ إذ لا مستند له إلّا الإباحة من المالك التي لا تجدي في جواز الوطء المتوقّف على عقد ، والكشف به عن الملك لو قلنا به لا يؤثّر في جواز الإقدام ، كالمالك الضمني المقدّر في نحو : أعتق عبدك عتيّ ، فهو من جملة ما يرد على اعتبار التصرّف في الملك ، كما ستعرف .

[٥] ضرورة كون ردّ نفس العين وفاء عمّا في ذمّته ؛ لأنّها أحد أفراد الكلّي الذي فيها .

[٦] أو لأنّ القرض من العقود الجائزة ولو من جهة المقرض ، فله الفسخ حينئذٍ ، ورجوع كلّ من العوضين إلى ملك صاحبه .

أو لدّعوى ظهور القرض في قصد المتعاقدين قبول العين لو ردّها ؛ لأنّه إحسان محض ، أو لغير ذلك ممّا ستعرفه ، وإن كان لا يخلو من إشكال ، والله أعلم .

[٧] والقائل الشيخ فيما حكى عنه^(٧) .

(١) انظر الوسائل ١٨ : ٣٦١ ، ب ٢١ من الدين والقرض .

(٢) المسالك ٤ : ٤٤٩ .

(٣) المبسوط ٢ : ١٦١ .

(٤) الخلاف ٣ : ١٧٦ .

(٥) المجموع ١٣ : ٦٩ .

يجوز [١] (وعلى القول بضمان القيمة) فيه أو مطلقاً (ينبغي الجواز) [٢]. لكن قد يقال بصحة قرضه [بناءً على ردّ المثل] [٣]. والرجوع في الوفاء إلى الصلح. كما أنه قد يقال بصحة قرض ما لا يصحّ السلم فيه لعزّة وجوده وإن ضبطه الوصف، فيكفّ بالمثل حينئذ مع الوجوب عليه، وإلا انتقل إلى القيمة، فتأمل جيّداً، والله أعلم.

[أحكام القرض]:

(الثالث) من الأمور التي يقع فيها النظر (في أحكامه).

(وهي مسائل):

[زمان ملك القرض]:

(الأولى: القرض) أي المال المقرض (يملك بالقبض) [٤].

لا قبله بعقد القرض [٥].

و(لا بالتصرف) بعده [٦] و(لأنه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به) [٧].

[١] وفي المسالك: «أنه يتمّ على القول بوجوب ردّ المثل في مثل ذلك»^(١)، وهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله [ذلك].

[٢] ضرورة ظهوره في أنه لا ينبغي الجواز بناءً على غيره.

[٣] لإطلاق الأدلة.

[٤] عندنا، كما في التذكرة^(٢)، وبلا خلاف فيه بيننا في السرائر^(٣)، بل قيل: إنّ جملة من العبارات تشعر بالإجماع عليه^(٤)، بل عن بعضهم دعواه صريحاً عليه^(٥).

[٥] إجماعاً بقسميه.

[٦] لأصالة عدم شرط آخر في حصول الملك بالعقد الذي لولا الإجماع السابق لآتجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض على حسب غيره من العقود، التي لا ريب في ظهور الأدلة في اقتضاءها التمليك؛ ضرورة صدق مسماها بها. اللهم إلا أن يمنع خصوص عقد القرض منها، بدعوى ظهور الأدلة في توقّف مسماها على حصول القبض. وعليه فالمتّجه حصول الملك به حينئذ، من غير حاجة إلى أمر آخر من التصرف وغيره. ودعوى أنه هو الشرط لا أنه شرط آخر بعد القبض يدفعها معلومية عدمها عند الخصم، ومقتضاها جواز التصرف به من البيع ونحوه قبل القبض، وهو معلوم العدم، بل لا بدّ من القبض بإذن المالك في جواز التصرف، وحينئذ فعدم البأس بسائر أنواع التصرفات فيه التي منها المعلوم توقّفه على الملك كالوطء ونحوه أقوى شاهد على حصول الملك قبله، كما أشار إليه المصنّف بقوله [ذلك].

[٧] وأوماً إليه ابن زهرة في الغنية، حيث قال: «وهو مملوك بالقبض؛ لأنه لا خلاف في جواز التصرف بعد

(١) المسالك ٣: ٤٥٠.

(٢) التذكرة ١٣: ٤٣-٤٤.

(٣) السرائر ٢: ٦٠.

(٤) (٥) الرياض ٨: ٤٨٢، ٤٨٠.

قبضه، ولو لم يكن مملوكاً لما جاز ذلك»^(١).

كالفاضل في التذكرة، حيث استدلّ عليه «بأنه قبض لا يجب أن يتعلّق به جواز التصرف، فوجب أن يتعلّق به الملك كالقبض في الهبة؛ ولأنّه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه، ولو لم يملكه لما ملك التصرف؛ ولأنّه يحصل بالقبض في الهبة ففي القرض أولى؛ لأنّ للعوض مدخلاً فيه»^(٢) إلى آخره، بل لعلّه إليه يرجع ما في المتن والدروس وغيرهما من التعليل لنفي اشتراطه [= التصرف] بأنّه فرع الملك^(٣)، فلا يكون مشروطاً به، وإلا لزم كون الشيء الواحد سابقاً وغير سابق، كرجوع الوجه الآخر إليه، وهو أنّ التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكاً؛ لقيح التصرف في مال الغير، ولا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه، فيلزم توقّف التصرف على الملك، والملك على التصرف.

وناقش فيه في المسالك: «بمنع تبعيّة التصرف للملك مطلقاً وتوقّفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات، ولا شك أنّ الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب المقترن بالقبول، فيكون ذلك سبباً تاماً في جواز التصرف، وناقصاً في إفادة الملك، وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك.

ثم إن كان التصرف غير ناقل للملك واكتفيينا به فالأمر واضح، وإن كان ناقلاً أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة، كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك، بل نقل في الدروس أنّ هذا القائل يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك قطعاً، وعلى هذا فلا إشكال من هذا الوجه، ويؤيد هذا القول أصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل، وأنّ هذا العقد ليس تبرعاً محضاً؛ إذ يجب فيه البدل، وليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله وكالمعاوضة»^(٤).

وكأنّه أخذ ذلك ممّا في الدروس، قال: «وقيل: يملك بالتصرف بمعنى الكشف عن سبق الملك؛ لأنّه ليس عقداً محققاً، ولهذا اغتفر فيه ما في الصرف، بل هو راجع إلى الإذن في الإلتلاف المضمون، والإلتلاف يحصل بإزالة الملك أو العين فهو كالمعاوضة»^(٥).

وعلى كلّ حال يدفعها أولاً: أنّ التصرف وإن كان كثير من أفرادها في حدّ ذاته غير موقوف على الملك، إلا أنّه في المقام كذلك؛ لعدم إذن من المالك غير الإذن التي في ضمن العقد المعلوم اشتراطها بحصول مضمون العقد، وهو هنا التمليك بعوض، فالتصرفات مع فرض عدم حصول الملك لا إذن فيها، ومن هنا قالوا: إنّ المعاوضات على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بالإذن الحاصل في العقد؛ ضرورة عدم بقاء المطلق بدون المقيّد، ولا يرد نحو ذلك على شرطية القبض؛ إذ لا بدّ عندنا من الإذن فيه بعد العقد، فإذا وقع بعنوان عقد القرض حصل الملك، فيقع التصرف حينئذٍ في ملك على حسب ما استفيد من العقد.

وثانياً: أنّ جملة من التصرفات لا تجدي معها الإذن المزبورة كالوطء المتوقّف على الملك أو العقد، وكالبيع الذي لا يجوز

(١) الغنية: ٢٣٩.

(٢) التذكرة: ١٣: ٤٤-٤٤.

(٣) (٥) الدروس ٣: ٣٢٢.

(٤) المسالك ٣: ٤٥١.

لغير مالكة إلا بالوكالة أو فضولاً، ومعلوم انتفاؤهما .

وثالثاً: أنه من الواضح الفرق بين القرض والإباحة بعوض على فرض تسليم مشروعيتها مستقلة؛ إذ هو عقد قد قصد منه التملك بالعوض بخلافها، ومضمون على القابض ولو بالتلف السماوي بخلافها، ولو كان القرض راجعاً إليها لم يكن لعقده ثمرة أصلاً، على أنه كيف يمكن رجوعه إليها ولم تكن من قصد أحد المتعاقدين، بل مقصودهما معاً خلافها، وهو التملك بعوض في الذمة .

وأيضاً مرجح الإباحة بعوض في الإتلاف بغير نقل إلى الضمان، وإن كان التلف للملك المبيع، وأما في التصرف الناقل كالبيع ونحوه إلى إرادة إثبات عوضه في الذمة ثم التصرف فيه، فمع فرض وقوع ذلك منه كان في إثبات عوضه في ذمته موجباً قابلاً فيكون ملكاً له قبل الانتقال إلى المشتري مثلاً بأن ما، بل ربما كان التقدم الذاتي كافياً .

لكن ذلك كله موقوف على دليل صحة هذا القسم من الإباحة حتى يتجه التزام نحوه مراعاة للجمع بينه وبين ما دلّ على اشتراط الملك في البيع، وليس، فضلاً عن رجوع القرض إليها، بل قد يدعى - بعد الدليل - صحة البيع من دون ملك في نحو ذلك، بل ربما ادّعى نحوه في اعتق عبدك عتي .

وعلى كلّ حال فالتزام كون القرض من ذلك كما ترى، ومعلومية الصحة فيه شاهدة على حصول الملك بالقبض، لا أنها مبينة على هذه الخرافات .

وأوضح من ذلك فساداً دعوى حصول الكشف بالتصرف عن الملك من حين القبض .

ضرورة توقف صحتها على ما يدلّ على اشتراط تأثير العقد والقبض بالتصرف حتى يكون كالرضا في عقد الفضولي، ونحوه من الشرائط المتأخّرة عن الأسباب المقتضية للملك التي يرجع اشتراطها إلى توقف تأثير السبب مقتضاه على حصولها، فمعه يحصل الأثر من حين وقوع السبب، وهذا معنى الكشف، فالموثّر للملك حينئذٍ غيره، كما صرح به في التذكرة في المقام، فإنه بعد أن حكى القول بالملك بالتصرف مصرّحاً بأنه على معنى إذا تصرف تبين ثبوت الملك، قال: « وهذا يدلّ على أنّ الملك لم يحصل بالتصرف بل بسبب آخر قبله »^(١). وإن كان قد يدفع بصدق حصول الملك به على المعنى الذي ذكرناه؛ إذ الفرض أنه شرط للسبب، كما هو واضح .

كلّ ذلك مضافاً إلى ظهور النصوص^(٢) المتضمنة لكون الزكاة على المقرض في المختار [أي حصول الملك بالقبض]، خصوصاً صحيح زرارة منها قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل دفع إلى رجل مالا قرضاً على أن يقرضه أو المقرض؟ قال: « بل زكاته إن كانت موضوعة عنده حوله على المقرض، قال: قلت: فليس على المقرض زكاته؟ قال: لا يزكي المال من وجهين في عام واحد، وليس على الدافع شيء؛ لأنه ليس في يده شيء، إنما المال في يد الآخذ، فمن كان المال في يده كانت الزكاة عليه، قال: قلت: أفيزكي ما غير من ماله؟ قال: إنه ماله ما دام في يده، وليس ذلك المال لأحد غيره، ثم قال: يا زرارة أرايت وضعية ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو؟ قلت: للمقرض، قال: فله الفضل وعليه النقصان وله أن ينكح ويلبس منه ويأكل منه،

ولا ينبغي له أن يزكّيه ، فإنه عليه جميعاً^(١) ، بل هو دالٌّ على المطلوب من وجوه .

والموتق : رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة وقال الآخر : إنما كانت عليك قرصاً ، قال : « المال لازم له ، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة »^(٢) .

اللهم إلا أن يقال : يتوقّف الملك على التصرّف لا الضمان . وفيه بحث ، وبعد التسليم ففيما تقدّم كفاية .

فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين إليه وإن قال بعد ذلك : « إن العمل على المشهور »^(٣) ، خصوصاً بعد عدم معروفيّة الخلاف فيه بيننا وإن نسبته في التنقيح إلى المبسوط والخلاف^(٤) ، إلا أنّه لم نتحقّقه ، بل في الدروس نسبة المشهور إلى الشيخ^(٥) ، بل المحكيّ عنه في مسألة ارتجاع المقرض العين^(٦) ما هو كالصريح في حصول الملك بالقبض ، لكنّه كالهبة يجوز فسخه ، وستعرف تحقيق الحال في ذلك ، وخصوصاً بعد إجمال المراد من التصرّف ؛ إذ من المحتمل مطلق التصرّف ، كما عن الشهيد في بعض تحقیقاته^(٧) .

وعليه يعود النزاع لفظياً ، كما في الرياض فإن القبض نوع منه^(٨) أو التصرّف الناقل للملك لزوماً أو المتلف للعين . وهو الذي استظهره في التذكرة^(٩) ، بل في المسالك أنّه الظاهر من كلماتهم^(١٠) .

وفي الناقل عن الملك جوازاً وجهان وجيهان .

لكن يشكل حينئذٍ اعتناق الوالد الذي استقرضه ولده ، بناءً على الكشف بالتصرّف ؛ ضرورة اقتضائه حينئذٍ فساد التصرّف بالاعتناق ، فلا يكون التصرّف كاشفاً لبطلانه ، فيلزم حينئذٍ من وجوده عدمه فلا يؤثّر ، أو التصرّف المتوقّف على الملك كالبيع والهبة ونحوهما ، لا الرهن ونحوه ممّا لا يتوقّف على الملكية ؛ ضرورة جواز الاستعارة للرهن ، بخلاف البيع مثلاً ، على أنّه له ، ولا دليل على شيء منها ، ولا على ما عن بعضهم من أنّ الضابط فيه ما يقطع به رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري^(١١) . وأما ثمرة الخلاف فقد قيل : إنّها تظهر في الرجوع بالعين قبله وعدمه^(١٢) .

وفيه ما استعرف من إمكان بناء الخلاف في ذلك على جواز عقد القرض ولزومه ، فعلى القول بأنّه يملك بالقبض يمكن القول بالرجوع في العين لجواز العقد فهو كالهبة .

نعم تظهر في النماء إذا حصل الملك بنفس التصرّف ، أو كان الملك فيه ضميئاً ، وأما على الكشف من حين القبض فلا ، وكذا النفقة وغيرها ، بل الثمرة كثيرة ، إلا أنّه لا ينبغي تطويل الكلام بعد معلوميّة فساد الأصل ، والله أعلم .

(١) التهذيب ٣٣٤: ح ٨٥ ، الوسائل ١٠٠: ١٠١ ، ب ٧ من تجب عليه الزكاة ، ح ١ وذيله .

(٢) الوسائل ٨٥: ١٩ ، ب ١ من الوديعة ، ح ١ .

(٣) المسالك ٤٥١: ٣ .

(٤) الدروس ٣: ٣٢٢ .

(٥) التنقيح ١٥٦: ٢ .

(٦) نقله في المسالك ٤٥٢: ٣ .

(٧) الخلاف ١٧٧: ٣ ، المبسوط ١٦١: ٢ .

(٨) التذكرة ٤٥: ١٣ ، ٤٦ .

(٩) (١٢) الرياض ٤٨١: ٨ ، ٤٨٢ .

(١٠) نقله في التذكرة ٤٦: ١٣ .

(١١) المسالك ٤٥٢: ٣ .

(و) كيف كان فـ (هـ) للمقرض ارتجاعه) أي المال المقرض بعد القبض وإن قلنا يملك به ، (قيل) [١] :
(نعم ولو كره المقرض) [٢] (وقيل : لا^(١) ، وهو الأشبه) [٣] (لأن فائدة الملك التسلّط) على المملوك [٤] .

[١] والقائل الشيخ^(٢) .

[٢] لأنّه لا يزيد على الهبة ، وللإجماع على كونه من العقود الجائزة التي من المعلوم كون المراد بجوازها فسحها ورجوع ما انتقل بها إلى مالكة . ولأنّ المثل والقيمة إنّما وجبت بدلاً عن العين ؛ لغلبة خروجها عن يد المقرض ، ولأنّه إذا استحقّ المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى .

[٣] والأشهر ، بل المَشهور ، بل لعلّه إجماع بين المتأخّرين .

[٤] فالأصل فيه عدم خروجه عنه إلّا برضاه ، كما أنّ استصحاب ملك المقرض للعين والمقرض للمثل أو القيمة قاضٍ بذلك أيضاً ، وخروج الهبة بالدليل لا يقضي به هنا ، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالمعاوضة في المقام دونها ، والإجماع على الجواز بالمعنى المعروف ممنوع ، بعد ما عرفت من شهرة عدم رجوع المقرض بالعين . واحتمال تنزيل ذلك على ما إذا لم يفسخ - فيرجع النزاع حينئذٍ إلى جواز الرجوع وعدمه من دون فسخ للقرض - كما ترى ؛ إذ هو مع خلوّه عن الفائدة ومخالفته لظاهر كلماتهم وصريح البعض محلّ للنظر ، بإمكان كون الرجوع بالعين نفسه فسحاً وإن لم يصرّح به بلفظه . فظهر أنّ مراد المشهور عدم رجوع المقرض بالعين على كلّ حال ، وأنّه ليس له الفسخ القاضي بذلك . ومنه يعلم كون المراد بالجواز الذي ادّعى الإجماع عليه أنّ لكلّ منهما فسخ المقصد المهمّ من القرض ، وهو الإنتظار ، الذي هو مبنى القرض عرفاً غالباً . ومن هنا قال مالك : «إنّه لا يجوز للمقرض مطالبة المقرض قبل قضاء وطره من العين أو مضي مدّة يمكن فيه ذلك»^(٣) ، فذكر الأصحاب الجواز بالمعنى المزبور بقصد الردّ عليه ؛ ضرورة أنّه وإن كان مبنى القرض ذلك ، إلّا أنّه ليس على وجه يلتزم به شرعاً ، والعوض قد ثبت في الدمّة حالاً ، فله المطالبة في المجلس وغيره ، كما أنّ للمقرض دفع ذلك متى شاء . فالمراد حينئذٍ من الجواز ذلك لا المعنى الموجب لردّ العين ؛ لعدم الدليل الصالح لمعارضة ما سمعت ، بل مقتضاه الفسخ وإن حصل التصرف المغيّر للعين الموجب نقصها ؛ لعدم الدليل على لزومه بذلك على تقدير جوازه ، فيردّ العين جابراً لها بالأرض ، وهو معلوم البطلان ، فتعيّن إرادتهم ما ذكرنا من الجواز . ولعلّه إليه يرجع ما في المسالك وإن لم ينقّحه كما ذكرنا ، قال ما حاصله : «إنّ الأصل والاستصحاب يدلّ على المشهور ، ولا معارض لهما ، إلّا كون العقد جائزاً يوجب فسحه ذلك . وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى المزبور ؛ إذ لا دليل عليه ، وما أطلقوه من كونه جائزاً لا يعنون به ذلك ؛ لأنّه قد عبّر به من ينكر هذا المعنى ، وهو الأكثر ، وإنّما يريدون بجوازه تسلّط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء ، وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح ، وإن كان مغايراً لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه . وحينئذٍ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى ، ولا دليل صالح على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور ، فيبقى الملك وما في الدمّة على حكمها إلى أن يثبت خلافه . وهذا هو الوجه»^(٤) ، وإلا [أي وإن لم يرجع إليه] كان ما ذكرناه أولى ، وكون الحكمة في وجوب المثل أو القيمة ذلك لا يقضي بجواز الرجوع بالعين بعد أن ثبت ملك المقرض للعين ، وثبت في دّمته المثل أو القيمة ، وهو واضح ، كوضوح منع الأولويّة المزبورة ، فظهر حينئذٍ أنّه لا مناص عن المشهور .

نعم يتَّجه القول بوجوب قبول المقرض للعين لو دفعها المقرض في المثلي إذا فرض عدم تغيُّرها ، سواء نقص السعر أو لا [١] .
وكذا القيمي بناءً على ضمانه بالمثل ؛ إذ هو كالمثلي في الحكم ، أما على القول بالقيمة فالمتَّجه عدم وجوب القبول [٢] .

[١] ضرورة كونها أحد أفراد الكلي الذي في ذمته ، بل هي أولى من غيرها .
[٢] لأنها غير الحق الثابت في الذمة ، فلا يجب قبوله ، وليس الواجب أولاً دفع العين فاذا تعدَّرت انتقل إلى القيمة ؛ إذ قد عرفت أنَّ الثابت ابتداءً القيمة بالعقد والقبض ، لكن احتمال بعضهم كالفاضل وغيره وجوب القبول^(١) ، بل في الدروس : أنه الأصح ، ونقل فيه الشيخ الإجماع^(٢) :

١ - بدعوى كون مبنى القرض المشروع للإرفاق على ذلك .
٢ - ولأولوية العين من القيمة والمثل - اللذين كان القصد من اثباتهما في الذمة بدل العين - لغلبة خروجها من يد المقرض .
٣ - ولأنَّ ثبوت القيمة في القيمي لتعدُّر مثله ، فمع فرض ردِّ العين نفسها يتعيَّن القبول .
إلا أنَّ الجميع كما ترى .
وأضعف منه ما احتمله في الدروس من وجوب القبول في المثلي والقيمي إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردِّ ، وإن نقصت فلا^(٣) .

لعدم الدليل له سوى اعتبار لا يصلح لتأسيس حكم شرعي ، فتأمل .
كما أنه قد يتوقَّف فيما ذكره أيضاً من أنه « لو ظهر في العين المقرضة عيب فله ردُّها ولا أَرش ، فإن أمسكها فعليه مثلها أو قيمتها معيبة » .
وهل يجب عليه إعلام المقرض الجاهل بالعيب ؟ عندي نظر ، من اختلاف الأغراض وحسم مادة النزاع ، ومن قضية الأصل .

نعم لو اختلفا في العيب حلف المقرض مع عدم البينة ولو تجدد عنده عيب آخر منع من الردِّ ، إلا أن يرضى به المقرض مجاناً أو بالأرْش «^(٤)» .

فإنه وإن كان جيِّداً إلا أنَّ الحكم الأوَّل لم أعثر على ما يدلُّ عليه .
الهمَّ إلا أن يدعى أنَّ بناء المعاوضة على أصل الصحة ، فالخيار هنا كالخيار في الردِّ بالعيب في البيع ، وإن زاد عليه هناك بالأرْش للنصوص ، والأمر سهل ، والله أعلم .

(١) التذكرة: ١٣: ٤٨ .

(٢) الدروس: ٣: ٣٢٠ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) الدروس: ٣: ٣٢٣ .

[اشتراط التأجيل في القرض] :

المسألة (الثانية : لو شرط التأجيل) للقرض (في) عقد (القرض لم يلزم) [١] .
 [فيجوز للمقرض مطالبة المقرض أي وقت شاء] وحينئذٍ [فالظاهر] [٢] جواز ذلك حتى مع اشتراط التأجيل [٣] . [نعم لو شرط تأجيله في عقد لازم يلزم ذلك تبعاً للآزم] .

[١] على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشاني^(١) .

نعم احتمله في المسالك^(٢) ، بناءً على ما ذكره سابقاً من لزوم هذا العقد ، وعدم كونه من العقود الجائزة بدليل عدم وجوب رد العين إذا أراده المقرض ، فيشملة حينئذٍ قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) . وغيره مما دل على لزوم ما شرط في العقد اللازم . ودعوى أنّ هذا العقد ليس على حدّ الجائزة ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط ، ولا على حدّ اللازمة ليلحقه حكمها . يدفعها أنّ المتّجه بعد التسليم الرجوع حينئذٍ إلى عموم الأدلة الدالة على الالتزام بالشرط والوفاء بالعقد^(٤) ، وبذلك اغترّ جماعة من متأخري المتأخرين الذين لا يبالون باتّفاق الأصحاب ، فضلاً عن شهرتهم حتى جزموا باللزوم ، وشدّدوا التكبير على دعوى كونه من العقود الجائزة .

وقد عرفت البحث في ذلك سابقاً ، وأنّ مرادهم من الجواز عدم الالتزام بما يفهم من القرض من التأجيل في مقابلة المحكي عن مالك^(٥) ، وجوازه بهذا المعنى مسلم ، لا يكاد ينكره أحد من الشيعة ، والنصوص^(٦) واضحة الدلالة عليه ؛ ضرورة ظهورها في رجحان التأخير والإمهال والإنظار والترغيب في ذلك على وجه صريح أو ظاهر في النذب :

- ١ - خصوصاً مثل قوله عليه السلام : « من أقرض أخاه المسلم كان له بكلّ درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء من حسنات ، وإن أرفق به في طلبه تعدّى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب »^(٨) .
- ٢ - وقوله عليه السلام : « من أقرض مؤمناً قرضاً حسناً ينظر ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤدّيه »^(٩) .

٣ - وغيرهما ممّا هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أي وقت شاء ، وآنه محسن لا سبيل عليه .

[٢] [كما هو] مقتضى إطلاق هذه الأدلة .

[٣] الذي هو في الحقيقة التصريح بما بني عليه القرض والمتعارف منه ، والذي ندب إليه وحثّ عليه ، بل قيل : إنّه إذا لم يجب

(١) مفاتيح الشرائع ٣ : ١٢٦ .

(٢) المسالك ٣ : ٤٥٥ .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٤) المائدة : ١ .

(٥) انتهي إلى هنا في المسالك .

(٦) المحلى لابن حزم ٨ : ٧٩ .

(٧) انظر الوسائل ١٨ : ٣٢٩ ، ٣٦٦ ، ب ٢٥ ، من الدين والقرض .

(٨) الوسائل ١٨ : ٣٣١ ، ب ٦ من الدين والقرض ، ح ٥ .

(٩) المصدر السابق : ٣٣٠ ، ح ٢ ، وليس فيه : « حسناً » .

الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمناً. مع أنَّ الأصل لزوم الوفاء به فعدم الوجوب إذا كان مدلولاً عليه بالشرط أولى^(١)، على أنَّ التعارض بين ما دلَّ على لزوم الشرط^(٢) وبين ما دلَّ على استحباب القرض^(٣)، وأنَّ لكلٍّ منهما الرجوع متى شاء! وإن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقرضة من وجه، ولا ريب في أنَّ الترجيح للثاني ولو للشهرة العظيمة، بل الإجماع المحكي الذي يشهد له التتبع. والمناقشة بمنع تعلق الاستحباب بخصوص المدلول، بل بسببه الذي هو إجراء الصيغة وإن كان الوجه في تعلُّقه به هو رجحان العمل بمسبِّبه، فيرجع حاصل الأدلة إلى استحباب الإقدام على القرض، وإيجاد سببه، ولا ينافي وجوب المسبِّب بعده وإن هو إلَّا كالتجارة فقد تظافرت الأدلة باستحبابها^(٤) مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها كدفع البيوع ونحوها وككثير من العبادات المستحبة الواجبة بالشروع فيها، وبالجمله استحباب الشيء ابتداءً غير وجوبه استدماً، فاستحباب الاقتراض ابتداءً لا ينافي وجوب العمل بمقتضى عقده بعد إيجاده. يدفعها ظهور النصوص، التي منها ما ذكرناه في استحبابه استدماً^(٥)، وفي أنَّ للمقرض الوفاء متى شاء^(٦)، كما لا يخفى على من تأملها أدنى تأمل. نعم لو ادعى تقييدها بما إذا لم يشترط الأجل كان الجواب عنه ما عرفت من أنَّه ليس بأولى من تقييد أدلة الشرط بما إذا لم يكن مقتضياً لتأخير القرض، بل هو أولى من وجوه، بل مقتضاه عدم لزوم هذا الشرط ولو كان في عقد لازم غير القرض، إلَّا أنَّ شهرة الأصحاب فيه على اللزوم، فترجَّح أدلة الشرط حينئذٍ عليه، خصوصاً بعد معرفته عدم الخلاف فيه. نعم في الدروس: «ولو شرط تأجيله في عقد لازم قال الفاضل: يلزم تبعاً للآزم ويشكل بأنَّ الشرط في اللزوم، يجعله جائزاً فكيف ينعكس؟!»^(٧). وعن الحواشي أنَّ في ذلك «إشكالاً؛ لأنَّه إن أُريد بلزومه توقُّف العقد المشروط عليه فممنوع، لكنَّه خلاف المتبادر من كونه لازماً، ولا يقتضيه أيضاً، كما هو ظاهر؛ إذ العقود المشروط فيها شروط لا يقتضي لزومها، بل فائدتها تسلُّط من يتعلَّق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها. وإن أُريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى أنَّه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرد، إلَّا أنَّ يفرَّق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع، ويجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتمُّ بهذا. وفيه: أنَّ المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم؛ لأنَّه من جملة مقتضياته وتسلُّط من تعلَّق به غرضه على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط والعقد لازماً من طرف المشتري له عليه، ومن طرف من تعلَّق به غرضه يكون العقد لازماً مع الإتيان بالشرط لا بدونه، وهذا معنى واضح صحيح مستقيم، كما أنَّ ما ذكره من أنَّ الأجل من الشرط الواقع لا بأس به أيضاً، فإنَّ اشتراط تأجيل الحال من قبيل العوض الواقع في ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط، وهذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال في عقد لازم، وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني، بل هو كاشتراط سكنى الدار سنة في البيع، فإنَّ ذلك يصير حقاً له، كاستحقاق العوض»^(٨). كلُّ ذلك، مضافاً إلى ما تسمع من النصوص بالخصوص في تأجيل الحال^(٩)، وإلى ما عرفته سابقاً في بحث الشروط.

(١) الرياض ٨: ٤٨٥. (٢) انظر الوسائل ١٨: ١٦، ب ٦ من الخيار.

(٣) (٥) انظر الوسائل ١٨: ٣٢٩، ب ٦ من الدين والقرض. (٤) انظر الوسائل ١٧: ٩، ب ١ من مقدمات التجارة.

(٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٣٦، ٣٣٧، ب ٨، ٢٥ من الدين والقرض.

(٧) الدروس ٣: ٣٢٤.

(٨) نقله في جامع المقاصد ٥: ٢٥-٢٦. (٩) انظر الوسائل ١٨: ٥٤، ب ٩ من أحكام العقود.

٣٠ جواهر الكلام / ج ١٣

وكيف كان فـ [المختار] [١] أنه لا محيص عمّا عليه الأصحاب من اللزوم في الشرط بعقد لازم، وعدم اللزوم في عقد القرض وإن قلنا بكونه من العقود اللازمة [٢].
(وكذا لو) أجله بعد العقد أو (أجل) غيره من الدين (الحال) بأن يقول مثلاً: أجلتك إلى شهر (لم يتأجل) [٣]. ولكن يستحبّ الوفاء به [٤].
(و) كيف كان فـ [المختار] [٥] أنه لا دليل معتد به على اللزوم [٦] [سوى رواية واحدة] وهي (رواية) مضمرة (مهجورة تحمل على الاستحباب) [٧].

[١] [كما] قد بان لك [ذلك].
[٢] لما عرفت. ولا يعارض الأخير قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١)، بعد عدم ظهوره في القرض المشروط فيه الأجل، وأنه يجب الوفاء به إذا كان بعقد القرض، بل ظاهره عدم إرادة بيان ذلك، كما هو واضح.
والمروي عن ثواب الأعمال: «من أقرض قرضاً وضرب له أجلاً ولم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل مثل صدقة دينار [واحد في] كل يوم»^(٢) ونحوه الرضوي^(٣).
إذا قصصهما الدلالة على صحّة التأجيل، ولا كلام فيه.

وشرتها إنما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل ووجوب بعده، وهو غير لزومه، الذي هو عبارة عن وجوب التأخير إليه، وإنما الكلام فيه، مضافاً إلى قصور الخبرين ولا جابر، بل قد عرفت تحقق الموهن، الذي لأجله اطرح مضمّر الحسين بن سعيد عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أبحلّ مال القارض بعد موت المستقرض منه، أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: «إذا مات فقد حلّ مال القارض»^(٤)، بناءً على إشعلوه بلزوم التأجيل في القرض، كالدين من حيث التقدير والمفهوم، وليس هو كالخبرين السابقين، خصوصاً بعد لفظ يحلّ فيه، الظاهر في عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المدة المضروبة حال حياة المستقرض. نعم قد يقال: إنّ سؤاله لم يكن عن لزوم الأجل في عقد القرض، بل إنّما هو عن الحلول بالموت وعدمه، فأجاب عليه^(٥) على طبق سؤاله، فيمكن أن يريد من القرض الدين، أو القرض المشروط أجله بعقد لازم، أو غير ذلك، فلا يكون منافياً للمطلوب الذي هو عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض.
[٣] للأصل وغيره، بل هو أولى في عدم اللزوم من الأجل في عقد القرض.

[٤] لأنّه وعد.

[٥] [كما] قد بان لك [ذلك].

[٦] بل ليس (فيه) إلّا إشعار رواية الحسين بن سعيد المتقدمة.

[٧] خصوصاً بعد ما عرفت من ضعف إشعارها من الوجه الذي ذكرناه.

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) ثواب الأعمال: ١٣٨. الوسائل ١٨: ٣٣٠، ٦ من الدين والقرض، ح ١، وفيه: «بمثل» بدل «مثل».

(٣) فقه الرضا عليه السلام: ٢٥٧. المستدرک ١٣: ٣٩٦، ٦ من الدين والقرض، ح ٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٤٤، ٢ من الدين والقرض، ح ٢، مع اختلاف.

(و) على كل حال فـ (ملا فرق) [١] في عدم لزوم تأجيل الحال بالتأجيل المزبور (بين أن يكون مهراً أو ثمن مبيع أو غير ذلك) [٢].

(و) كذا (لو أخره) أي الدين الحال (بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجل) بل هو الربا المحرم [٣].
نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة في ثمن مبيع مثلاً وإن لم يساويه قد اشترط في عقده تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن المبيع [٤].

[١] عندنا .

[٢] لاشتراك الجميع في أصالة عدم اللزوم وغيرها مما يدل على ذلك . خلافاً لبعض العامة فذهب إلى لزومه في ثمن المبيع والأجرة والصداق أو عوض الخلع دون القرض وبذل المتلف ، وآخر فالزمه في الجميع^(١) . وهما معاً كما ترى ؛ ضرورة أن المراد من قوله ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم »^(٢) ، ونحوه العقود المشتملة على الشرائط ، لا الشرائط وإن لم تكن في عقود التي يمكن منع تسميتها شروطاً ، كما هو واضح .

[٣] بلا خلاف ولا إشكال .

[٤] كما نطق به النصوص : ١ - ففي موطأ ابن عمار : قلت للرضا ﷺ : الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مئة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت ، قال : « لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، وزعم أنه سأله أبا الحسن ﷺ عنها فقال له : مثل ذلك »^(٣) . ٢ - وفي موطأه الآخر : قلت لأبي الحسن ﷺ : يكون لي على الرجل دراهم فيقول : أخرني [بها] وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بعشرين [ألفاً] وأؤخره بالمال ، قال : « لا بأس »^(٤) . ٣ - وفي مضمهر عبد الملك بن عتبة : سألت عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب متى ما أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة تساوي مئة درهم بألف درهم فأقول : أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : « لا بأس به »^(٥) . إلى غير ذلك من النصوص المفتى بها بين الأصحاب وإن كان حيلة وفراراً ، لكن نعم الفرار من الباطل إلى الحق ، ومنه ينتقل إلى غير ذلك من الحيل الشرعية المنطبقة على أصول المذهب وقواعده . ولا يعارضه خبر الشيباني قلت لأبي عبد الله ﷺ : الرجل يبيع المبيع والبائع يعلم أنه لا يسوي والمشتري يعلم أنه لا يسوي إلا أنه يعلم سريعه فيه ويشتريه منه ، فقال : « يا يونس إن رسول الله ﷺ قال لجابر بن عبد الله : كيف أنت إذا ظهر الجور وأورثتم الذل ، قال : فقال له جابر : لا بقيت إلى ذلك الزمان ، ومتى يكون ذلك بأبي أنت وأمي ؟ قال : إذا ظهر الربا يا يونس ، وهذا الربا فإن لم تشتريه منه ردّه عليك ؟ قال : قلت : نعم قال : فقال : لا تقربته ولا تقربته »^(٦) بعد قصوره عن المقاومة من وجوه ، خصوصاً بعد قوة احتمال إرادة حال عدم قصد البيع منه ، وأنهما لم يوجبا كاحتمال التقية ؛ لما حكي عن العامة من تشديد المنع في هذه الصورة ، وربما حمل على الكراهة أو غير ذلك .

(١) المغني (لابن قدامة) ٤: ٣٥٤.

(٢) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٣) الوسائل ١٨: ٥٥، ب ٩ من أحكام العقود، ح ٦.

(٤) المصدر السابق، ح ٥، مع اختلاف .

(٥) المصدر السابق، ح ٤.

(٦) الوسائل ١٨: ٤٢، ب ٥ من أحكام العقود، مع اختلاف .

وعلى كل حال فـ [المختار] [١] أن تأجيله بزيادة من دون حيلة شرعية غير جائز. (نعم يصح تعجيله) لو كان مؤجلاً (باسقاط بعضه) مع التراضي [٢]. بل [الظاهر] [٣] الاكتفاء بالتراضي من غير حاجة إلى الإبراء أو الصلح [٤]، [لكن قد يقال بعدم الاكتفاء بذلك].

فلا ريب أن الأولى الإتيان بصيغة الصلح أو التصريح بالبراءة أو الإسقاط والعفو. وإن كان الأقوى الاكتفاء بمعاطة الصلح [٥].

[ولا مانع من البيع حالاً والصلح باسقاط البعض، وهو صلح الحطيطة الذي يقوم مقام الإبراء ولا ربا فيه].

[١] [كما] قد ظهر من هذا كله «مما تقدّم».

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، كما تقدّم في بحث النقد والنسيئة؛ للنصوص المستفيضة^(١).

[٣] [كما] ربّما استظهر منها [= من النصوص ذلك].

[٤] ١- ففي مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام: سألت عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي [النصف من حقي] على أن أضع عنك النصف أيجل ذلك لواحد منهما؟ «قال: نعم»^(٢).

٢- وصحيح ابن أبي عمير عن الصادق عليه السلام أيضاً: أنه سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: انقذني كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو يقول: انقذني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك، قال: «لا أرى بأساً، إنّه لم يزد على رأس ماله، قال الله عز وجل شأنه: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾»^(٣)، «واللام» في السؤال بمعنى «على»، كما رواه محمد بن مسلم في الصحيح مغيراً للسؤال: «الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى... إلى آخره»^(٤). لكن قد يقال: إن بناء هذه النصوص على الاكتفاء بمعاطة الصلح أو على إرادة بيان أصل الصحة وإن كان عند الوقوع لابد من صيغة؛ إذ المتعارف في النصوص عدم التعرّض للصيغ لمعلوميتها، أو لغير ذلك.

[٥] وكيف كان فيدلّ على المطلوب، مضافاً إلى النصوص السابقة، وخبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: سألت عن رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم باعها فربح فيها^(٦) فأناه صاحبها بتقاضاه ولم ينقد ماله فقال: صاحب الجارية للذين باعهم: اكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم؟ قال: «لا بأس»^(٧)، الذي هو صحيح الحلبي^(٨)، بناءً على أنه قد باعهم مؤجلاً وإن كان لا مانع أيضاً من بيعهم حالاً، والصلح معهم باسقاط البعض؛ إذ هو صلح الحطيطة الذي يقوم مقام الإبراء، ولا ربا فيه وإن قلنا بعمومه للمعاوضات.

(١) الوسائل ١٨: ٣٧٦، ب ٣٢ من الدين والقرض، ح ١، وانظر ٣٩، ب ٤ من أحكام العقود.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٤٩، ب ٧ من الصلح، ح ٢.

(٣) البقرة: ٢٧٩.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٩، ح ٤، الوسائل ١٨: ٤٤٨، ب ٧ من الصلح، ح ١، مع اختلاف فيهما.

(٥) الفقيه ٣: ٣٣، ح ٣٢٧، الوسائل ١٨: ٣٧٦، ب ٣٢ من الدين والقرض، ح ١، و ٤٤٨، ب ٧ من الصلح، ح ١.

(٦) في المصدر بعدها: وقيل أن ينقذ صاحبها الذي له.

(٧) الوسائل ١٨: ٣٩، ب ٤ من أحكام العقود، ح ١.

(٨) الفقيه ٣: ٢١٩، ح ٣٨١، التهذيب ٧: ٦٨، ح ٢٩٣، الوسائل ١٨: ٣٩، ٤٠، ب ٤ من أحكام العقود، ذيل الحديث ١، ح ٢.

ومن هنا [كان المختار] [١] جوازه بتعجيل البعض باسقاط الباقي من غير فرق بين المجانس والمخالف [٢].

ولو صالح عن ألف حالً بخمسمئة مؤجلة [٣] [فلعله كالعكس، مع أنه يمكن الفرق بينهما، فتأمل].

[١] [كما] أطلق الأصحاب [ذلك].

[٢] بل ظاهر الجميع كونه بالمجانس، على أنه يمكن أن لا يكون إبراء محضاً؛ لأنّ الوضع في مقابلة الأجل، بل يمكن خروجه بذلك عن المجانس، وإن كان ذلك كله لا يخلو من نظر، والأولى الاستناد للنصّ المعتضد بفتوى الأصحاب، بل لم أجد أحداً منهم أوماً إلى احتمال الربا فيه، سوى الفاضل في القواعد وغيرها.

بل ظاهره في صلح الأولي البطلان على تقدير عموم الربا للمعاوضات، قال: «ولو صالح على عين بأخرى في الربويّات، ففي إلحاقه بالبيع نظر، وكذا في الدين بمثله، فإن الحقناه فسد، كما لو صالح في ألف بخمسمئة حالً، ولو صالح من ألف حالً بخمسمئة مؤجل فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل»^(١).

وسوى الشهيد في الدروس، حيث قال: «ولو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالاً صح إذا كان بغير جنسه، وأطلق الأصحاب الجواز، إمّا لأنّ الصلح هنا ليس معاوضة له، أو لأنّ الربا يختصّ البيع، أو لأنّ النقيصة في مقابلة الحلول، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعييه فردّه، فالأقرب أنّ الأجل بحاله وقال ابن الجينيد: سقط»^(٢).
قلت: أقواها الأول؛ إذ الثاني منظور فيه بأنّ الأصحّ عموم الربا، وقد صدر ذلك ممّن يقول بعمومه، وأمّا الثالث ففيه أولاً: أنّه لا يكفي في سقوط الربا، وثانياً: قد عرفت أنّ الأقوى الصّحة في الحالين أيضاً، فله أن يصالح عن الزائد الحال بالناقص كذلك، لقيامه مقام الإبراء بخلاف البيع، فإنّه لا يقوم مقامه.

قال في الدروس أيضاً: «ولو صالح عن غير الربوي بنقيصة صح، ولو كان ربوياً وصالح بجنسه روعي أحكام الربا؛ لأنّها عاقبة في المعاوضات على الأقوى، إلّا أن نقول: الصلح هنا ليس معاوضة، بل هو في معنى الإبراء، وهو الأصحّ؛ لأنّ النبي ﷺ قال لكعب بن مالك: «اترك الشطر واتبعه بيقينته»^(٣)، وروي ذلك عن الصادق عليه السلام^(٤)، وينبغي أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسمئة، فلو قال بهذه الخمسمئة ظهرت المعاوضة، والأقوى جوازه أيضاً؛ لا اشتراكهما في الغاية»^(٥).

قلت: قد يشكل الأخير بأنّه لو صحّ لصحّ في المعنيين مع التفاوت [بأن يقول: صالحتك على هذه الألف بهذه الخمسمئة] على أن يكون الصلح بمعنى هبة الزائد، ولا ريب في عدم جوازه؛ لكونه معاوضة حينئذٍ، اللهم إلا أن يفرّق بينهما، وهو غير بعيد، كما ستعرف.

[٣] ففي التحرير أنّ الوجه الجواز^(٦).

ولعله لأنّه كالعكس، لكن فيه أنه يمكن الفرق بينهما، فتأمل.

(٢) الدروس ٣: ٣٣١.

(١) القواعد ٢: ١٧٣.

(٤) انظر الوسائل ١٨: ٤٤٨، ب ٧ من الصلح، ح ١.

(٣) المستدرک ١٣: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح، ح ٢.

(٦) التحرير ٣: ١٢.

(٥) الدروس ٣: ٣٢٨.

ويأتي في الصلح تمام الكلام إن شاء الله [١] . [ولا يسقط الحق بمطلق الرضى] ، نعم يسقط به مع قبض المال من المستحق ، وحينئذٍ فالمتجّه إسقاط بعض الحق معه إذا وقع بعنوان المعاوضة عن الجميع [٢] ، [لكن في القول بأنه إبراء عن الزائد على الأقلّ قوة فلا يأتي فيه إشكال الربا] . والاحتياط لا ينبغي تركه .
ولقد طال بنا الكلام وكان أصل المقصد بيان عدم لزوم الأجل المشتراط في عقد القرض [٣] .
بل [الظاهر] [٤] عدم لزوم كلّ شرط اقتضى تأخير القرض ، من غير فرق بين الزمان والمكان وغيرهما [٥] .
اللهم إلا أن يقال باللزوم فيه [= شرط المكان] هناك [٦] .
أما الشرط الذي لا يقتضي تأخير القرض فالمتجّه بحسب الضوابط لزومه ، و وجوب الوفاء به [٧] .
ولعلّ منه شرطية الصحاح بدل المكسرة عند من جوزّه .

[١] هذا ، وفي المسالك : أنّه « كما يعتبر التراضي في إسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير إسقاط ؛ لأنّ الأجل أيضاً حقّ لهما : لتعلّق غرض كلّ منهما به ، فإنّ التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق ؛ لحصول ضرر لخوف ونحوه ، وبالنسبة إلى الآخر واضح ، لكن إسقاط الأجل يكفي فيه مجرد الرضا ، أمّا إسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك ، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام الإبراء ، فإنّه كما يظهر من تضاعيف كلامهم أنّه لا يختصّ بلفظ ، وفي كتاب الجنائيات يقع بلفظ « العفو » ونحوه ، فيكون هذا منه ، ويحتمل قوياً توقّف البراءة على لفظ يدلّ عليه صريحاً كالبراءة والإسقاط والعفو والصلح لا مطلق الرضا ؛ لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل شرعاً »^(١) .
وفيه : أنّ مثله يأتي في إسقاط الأجل .

[٢] ضرورة كونه حينئذٍ من معاطاة الصلح ، لكن يأتي فيه حينئذٍ إشكال الربا ؛ إذ هو كالصلح عن الزائد بالأقلّ المعين ، وقد عرفت قوة احتمال المعاوضة ، خلافاً للدروس فألحقه بالأقلّ غير المعين^(٢) الذي لا يكون إلا إبراء .

اللهم إلا أن يقال بصحّة ذلك في المقام من جهة إطلاق النصوص ، ومنه يظهر لك قوة ما سمعته من الدروس .

[٣] وقد ظهر لك الوجه فيه [ممّا تقدّم] .

[٤] [كما] منه يعلم [ذلك] .

[٥] لكن قد سمعت فيما تقدّم أنّ الشهيد في الدروس صرح بلزومه [أي الشرط] بالنسبة إلى المكان^(٣) ، خلافاً للفاضل فجعله دائراً مدار المصلحة^(٤) .

[٦] للنصوص التي يدعى دلالتها على ذلك .

[٧] ١ - لعموم « المؤمنون »^(٥) . ٢ - وغيره ممّا يدلّ على وجوب الوفاء بالعقود اللازمة^(٦) التي لا ريب في أنّ عقد

القرض منها . ٣ - بعد ما عرفت من أنّه ليس لأحدهما فسخه بحيث يردّ العين إلى مالكها ، فأصل لزوم الشرائط فيه .

(١) المسالك ٣: ٤٥٧-٤٥٨ . (٢) الدروس ٣: ٣٢٨ .

(٣) الدروس ٣: ٣٢٠ . (٤) القواعد ٢: ١٠٥ .

(٥) الوسائل ٢١: ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤٤ . (٦) المائدة ١ .

بل الظاهر لزوم الشرط في عقد القرض وإن كان تأخير قرض آخر [١] .

ولا ينافي لزوم الشرط في عقد القرض جواز مطالبة المقرض في كل وقت ، ووفاء المقرض كذلك [٢] .

[فالظاهر] اللزوم في كل شرط في عقد القرض إلا ما جرّ نفعاً للمقرض ، وما اقتضى عدم جواز المطالبة من المقرض والوفاء من المقرض إلا في اشتراط المكان [٣] ، من غير فرق بين ما يرجع إلى القرض من الشرائط كالرهن والإشهاد والكتابة ونحوها ، وما لا يرجع إليه من الأمور الملزمة في عقده .

بل الظاهر أن فائدة الشرط في عقد القرض كفائته في غيره من العقود اللازمة يجب إيجاب من عليه الشرط ، فإن تعدّر تسلّط من له الشرط على فسخ العقد نفسه فيرجع المال حينئذٍ ملكاً إلى مالكه ، وهذا غير مطالبة المقرض

[١] وإن كان لم يفرّق في المسالك بينه وبين أجل القرض المشترط في عقده في عدم لزوم الجميع^(١) ، إلا أنك قد عرفت أن الأصل يقتضي اللزوم خرج عنه في خصوص الثاني ؛ لما عرفت من الدليل ، فيبقى غيره على الأصل .

[٢] إذ ليس ذلك فسخاً لعقد القرض الذي يجب الوفاء به ، وبما تضمّنه من الشرائط التي لا تقتضي وجوب إيقائه ، بل هو مطالبة بالمثل أو بالقيمة اللذين وجبا بعقد القرض ، فالاستناد في دعوى عدم لزوم الشرط في عقد القرض بأنّه من العقود الجائزة بالمعنى المزبور واضح الفساد ؛ ضرورة أن المثمر في عدم لزوم الشرط الجواز بمعنى فسخ العقد ، لا هو بالمعنى المزبور ، هذا .

هذا ، وفي جامع المقاصد : « وهاهنا فائدة : وهي أن الشروط الواقعة في عقد القرض أقسام ، الأول : ما يفسده ، وهو اشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض لمحض الإحسان . الثاني : ما يكون لغواً أو وعداً ، وهو الزيادة للمقرض من غير أن يكون للمقرض زيادة . الثالث : ما يكون مؤكداً كاشتراط رهن به ، وهو صحيح قطعاً . الرابع : ما يكون زيادة للمقرض لكن في غير مال القرض ، وفي صحته تردّد ، والأصح الصحة . الخامس : ما يكون وعداً محضاً كما لو أقرضه وشرط له أن يقرضه شيئاً آخر ، إذا عرفت هذا فلا بدّ من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام ، ففي الأول : معلوم بقاء مال القرض في ملك المقرض ، وفي الثاني إن كان الشرط لغواً فلا بحث ، وإن كان وعداً فمعناه إن وفي به كان حسناً وإلا لم يأنم ، ووجهه أن القرض إحسان إلى المقرض بالقرض وشرط في ذلك الإحسان إحسان آخر لنفعه فقط ، فلا يجب عليه ؛ لانتفاء المقابلة المقتضية للوجوب ، وفي الثالث والرابع : يجب عليه الوفاء ؛ لأنّ المقرض لم يرض بالقرض إلا على ذلك التقدير المشترط ، وقد رضي لمقرض على ذلك الوجه فيجب الوفاء ، فإن لم يفعل أثم ولم يكن له إجباره قطعاً ؛ لأنّ القرض عقد جائز من الطرفين لكلّ منهما فسخه ، فإن لم يفسخه حالاً فهل يتوقّف وجوب الدفع على المطالبة بمال القرض أم يجب دفعه بمجرد المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء ؟ وجهان ، وفي الأول قوّة »^(٢) .

وهو كما ترى لا يرجع إلى ضابطة ، بل هو عند التأمل مخالف للضوابط الشرعية التي قد عرفت اقتضاها [ذلك] .

[٣] للنصوص السابقة^(٣) فيه .

(١) المسالك ٣: ٤٥٤-٤٥٦ .

(٢) جامع المقاصد ٥: ٢٦-٢٧ .

(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٦ ، ب ٦ من الخيار . ١٩٦ ، ب ٤ من الصرف .

بعوض المال في كل وقت حتى يقال : إنه كان حاصلًا بدون الشرط [١] .

[حكم من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة الخبر] :

المسألة (الثالثة : من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة) الخبر (يجب) على المديون البقاء على (أن ينوي قضاءه) [٢] . نعم [الظاهر] [٣] أن عدم نيّة القضاء حال القرض مفسدة لعقده ، فيحرم على المقرض

[١] ومن ذلك يظهر لك النظر فيما في الدروس من أن اشتراط الخيار في عقد القرض لغو^(١) ؛ ضرورة أن اشتراطه يفيد التسلّط على فسخ العقد نفسه بحيث يرجع عين المال إلى مالكة ، وهو أمر غير مطابقة المقرض بالقيمة أو المثل فتأمل جيّدًا . فإنّ المسألة قد وقع فيها اشتباه عظيم وخط وخبط ، نشأ من تخيل كون القرض من العقود الجائزة باعتبار أن المقرض له المطالبة متى شاء ، والمقترض له الوفاء كذلك ، وأنّ الشرائط في العقود الجائزة غير لازمة لتسلّط كلّ منهما على فسخ أصل العقد ، فلا يلزم الشرط فيه ، وهذا كلّهم وهم في وهم ، بل قد يومنّ ما دلّ على بطلان ما جرّ نفعاً^(٢) من الشرائط في عقد القرض إلى لزوم الشرائط فيه ، وإلا كان الشرط فيه وعداً لا يجب الوفاء به ، فلا يتحقق به الربا ؛ لما عرفت ، فتأمل . كما أنّ ذكرهم الصحة في كثير من الشرائط التي لا تجزّ نفعاً للمقرض ظاهر في اللزوم ، لأنّ المراد منها عدم البطلان وإن كان لا يلزم المشروط عليه ؛ إذ صحّة كلّ شيء بحسب حاله ، فصحة الشرط لزومه ، بل قد يشكل صحّة القرض مع اشتراط الأجل ، الذي قلنا بعدم لزومه إذا كان المقرض قد علّق رضاه على تخيل لزوم الأجل ولو جهلاً منه ؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالشرائط الفاسدة التي يبطل العقد معها باعتبار تعلّق الرضا عليها في قول ، والله أعلم .

[٢] إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ؛ للأصل ، وللمناسق من صحيح زرارة : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو ؟ قال : « لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أنّ نيّته الأداء »^(٣) ، وللنصوص الدالة على أنّ « من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق »^(٤) ، الشاملة للغائب وغيره ولحالي الابتداء والاستدامة ، بل قد يتمّ الوجوب من الترغيب في الخبر على نيّة القضاء ، قال فيه : « من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله عزّ وجلّ حافظان يعينانه على الأداء [عن أمانته] فإن قصرت نيّته عن الأداء قصر عنه [من] المعونة بقدر ما قصر من نيّته »^(٥) . ولا ينافي الوجوب ما في الخبر الآخر : « أحبّ الرجل يكون عليه دين ينوي قضاءه »^(٦) ، فإنّ محبّته عليه السلام للرجل إذا كان نواياً قضاءه لا تقضي بجواز عدم النيّة ، بل قد يقال : بناءً على إشعاره ببغض غير النواي أو بعدم محبّته بأنّه دالّ على الوجوب . هذا كلّهم إن لم نقل بوجوب العزم بدلاً عن التعجيل في الواجب الموسّع ؛ لأنّه من أحكام الإيمان ، بمعنى توقّف صدق التبعيّة عرفاً على العزم على امتثال أوامر المتبوع ونواهيّه ، وإلا كان ذلك كافياً في الوجوب هنا .

[٣] [كما] يستفاد من نصوص السرقة^(٧) [ذلك] .

(١) الدروس ٣ : ٣١٨ .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ١٦٠ ، ب ١٨ من الربا . و ٣٦ ، ب ٢٠ من الدين والقرض .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٦٢ ، ب ٢٢ من الدين والقرض ، ح ١ . (٤) الوسائل ١٨ : ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ب ٥ من الدين والقرض ، ح ١ ، ٢ .

(٥) المصدر السابق : ٣٢٨ ، ح ٣ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٣٢١ ، ب ٢ من الدين والقرض ، ح ٤ .

(٧) انظر الوسائل ١٨ : ٣٢٧ ، ب ٥ من الدين والقرض .

التصرف بالمال حينئذ [١] . [هذا في القرض ، وأما الابتياح مع عدم نية الوفاء فلا يقضى بفساد البيع] .
(و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنه يجب أيضاً (أن يعزل ذلك عند وفاته) [٣] .

[١] خصوصاً خبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام : « أئما رجل أتى رجلاً واستقرض منه مالاً وفي نيته أن لا يؤديه فذلك للضرر العادي » ^(١) . لكن لم أجد محرراً في كلامهم ، بل ربما كان فيه ما ينافيه ، كعدم ذكرهم له في الشرائط ، وجعلهم وجوب العزم هنا كالواجب الموسع ، وغير ذلك . وعليه فينبغي الاقتصاد فيه على خصوص القرض ، أما الابتياح مع عدم نية الوفاء فلا يقضى بفساد البيع . [٢] [كما في المتن وغيره .

[٣] بل قد تشعب عبارة المختلف بعدم الخلاف فيه ^(٢) ، كما اعترف به في المسالك ، فقال : « وأما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم ، خصوصاً على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه ، وإلا لأمكن تطرّق القول بعدم الوجوب ؛ لأصالة البراءة مع عدم النص » ^(٣) . وظاهره تحصيل الإجماع عليه . وفي جامع المقاصد : « ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة إجماعي ، ووجهه ظاهر ، فإنه أبعد عن تصرف الورثة فيه وأنفى ؛ للتعليل في أدائه » ^(٤) . قلت : وربما يشعر به خبر هشام بن سالم قال : سألت خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام - وأنا جالس - فقال : إنه كان عند أبي أجبر يعمل عنده بالأجر ففقدناه وبقي له من أجره شيء ولا نعرف له وارثاً ، قال : « فاطلبه ، قال : قد طلبناه ولم نجد ، فقال : « مساكين ، وحرك يديه ، قال : فأعاد عليه ، قال : اطلب واجهد ، فإن قدرت عليه ، وإلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب ، فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه » ^(٥) ، بناءً على أن المراد بقاء شيء من أجره في الذمة ؛ ضرورة اقتضاء الوصية به حينئذ ، بل وجعله كسبيل المال عزله ، وكذا خبره الآخرون المرويان في الفقيه ^(٦) والتهذيب ^(٧) . لكن ومع ذلك كله في الرياض بعد أن حكى عن المسالك وجامع المقاصد ما سمعت ، قال : « وهو كما ترى ، مع أن في السرائر ادّعى إجماع المسلمين على العدم ، وهو أقوى ؛ للأصل وإن كان الأول أحوط وأولى ، وأحوط منه العزل مطلقاً ، فقد حكى في المسالك قولاً ، ولكنه لا يلزم منه انتقال الضمان بالعزل ، بل عليه الضمان مع التلف على الإطلاق ؛ لعدم الدليل على الانتقال » ^(٨) . وفيه : أولاً أن الموجود في السرائر نفي الخلاف بين المسلمين عن عدم العزل قبل الوفاء الذي يظهر من نهاية الشيخ ^(٩) ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ فيها من وجب عليه دين وغاب عنه صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب أن ينوي قضاءه ويعزل ماله عن ملكه ، قال : « هذا غير واجب ، أعني عزل المال بغير خلاف بين المسلمين فضلاً عن طائفتنا » ^(١٠) . ومن هنا نزل في المختلف ما في النهاية على حال الوفاة ^(١١) . وثانياً : أن المحكي في المسالك القول بالعزل مع اليأس ^(١٢) لا مطلقاً . وثالثاً : أنك قد عرفت الدليل على العزل الظاهر في تشخص كونه مالاً للمديون ، ومقتضاه حينئذ عدم الضمان لو تلف بغير تفريط ، اللهم إلا أن يدعى أنه وإن انعزل بالعزل إلا أنه مضمون على المديون حتى يصل إلى المالك ، لكنه كما ترى محتاج إلى الدليل . نعم ينبغي الاقتصاد فيما خالف الأصل من العزل على المتيقن من النص والفتوى ، وهو في حال الوفاة ، والله أعلم .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢٩ ، ب ٥ من الدين والقرض ، ح ٥ .

(٢) (١٢) المسالك ٣ : ٤٥٧ ، ٤٥٨ .

(٣) (٥) الوسائل ٢٦ : ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ب ٦ من ميراث الغنى ، ح ١ .

(٤) (٨) الرياض ٨ : ٤٨٨ .

(٦) (٧) الفقيه ٤ : ٣٣٠ ، ح ٥٧٠ ، التهذيب ٧ : ١٧٧ ، ح ٧٨١ .

(٩) (١٠) النهاية ٣٠٧ : السرائر ٢ : ٣٧ .

(٤) جامع المقاصد ١٥ : ٥ ، وفيه : « وأبقى ، بدل وأنفى » .

[وينبغي الاقتصار على المتيقّن ، وهو العزل في حال الوفاة] .

(و) كيف كان فـ [الظاهر] [١] أنّه يجب على المديون أن (يوصى به ليوصل إلى ربّه أو إلى وارثه إن ثبت

موته) [٢] .

(و) كيف كان فـ (لولا لم يعرفه) أي الوارث (اجتهد في طلبه ، ومع اليأس يتصدّق به عنه على قول) [٣] .

[١] [كما] قد أطلق المصنّف وغيره .

[٢] بل عن الصيمري نفى الخلاف فيه^(١) .

بل في النهاية أوصى به إلى من يثق به^(٢) .

بل في الروضة : « يجب الوصاية به إلى ثقة ؛ لأنّه تسليط على مال الغير ، وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة »^(٣) .

لكن في الدروس أبدل الوصية بالإشهاد^(٤) .

والنصوص التي قد سمعت بعضها^(٥) وتسمع الآخر قد تضمّنت الأوّل .

اللهمّ إلّا أن يحمل على المثال ؛ إذ الظاهر أنّه بعد العزل بصير كباقي الأمانات ، فالواجب إظهارها بحيث لا يخشى عليها التلف ولو بدعوى الورثة الملكية ، تمسكاً بظاهر بد الميت ، خصوصاً في مثل القرض الذي لم يعلم غير المتوفّي بحاله ، فمع ترك الوصية ربّما ذهب المال ، بل في جملة من الأخبار الآتية إن شاء الله في باب الوصية وجوب الوصية بماله وما عليه .

[٣] للشّيخ في النهاية ومن تبعه ، قال فيها : « ومن وجب عليه دين وغاب عنه صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوي قضاءه ويعزل ماله من ملكه ، فإن حضرته الوفاة أوصى به إلى من يثق به ، فإن مات من له الدين سلّمه إلى ورثته ، فإن لم يعرف له وارثاً اجتهد في طلبه ، فإن لم يظفر به تصدّق به عنه وليس عليه شيء »^(٦) ، وهو صريح في كون الصدقة بعد موت المالك وعدم معرفة وارثه بعد الاجتهاد في الطلب ، ووجه الصدقة حينئذ واضح ؛ لكونه مالاً مجهول المالك وحكمه ذلك نصّاً^(٧) وفتوئ .

واحتمال تعيّن كونه للإمام لأصالة عدم الوارث ، يدفعه ، مع أنّه لا يجري بالنسبة إلى بعض الورثة ، ويمكن فرضه فيمن علم أنّ له وارثاً ، إلّا أنّه لم يعرف أنّ الشرط في كونه للإمام العلم بعدم الوارث غيره لا عدم العلم .

ومن ذلك كلّ يظهر لك ما في السرائر قال : « ومن وجب عليه دين وغاب صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب

(١) غاية المرام ٢ : ١٢٦ .

(٢) النهاية : ٣٠٧ .

(٣) الروضة ٤ : ١٨ .

(٤) الدروس ٣ : ٣١١ .

(٥) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٥٠ ، ب ٧ من اللقطة .

(٦) النهاية : ٣٠٧ .

(٧) انظر الوسائل ٢٦ : ٢٩٦ ، ب ٦ من ميراث الخنثى .

عليه أن ينوي على حسب ما قدّمنا، فإن حضرته الوفاة سلّمه إلى من يثق بديانته وجعله وصيّيه في تسليمه إلى صاحبه، فإن مات من له الدين سلّمه إلى ورثته، فإن لم يعلم وارثاً اجتهد في طلبه، فإن لم يجد سلّمه إلى الحاكم، فإن قطع أن لا وارث له كان لإمام المسلمين، وقد روي أنه إذا لم يظفر له بوارث تصدّق به عنه وليس عليه شيء، أو رد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته من طريق الخبر إيراداً لا اعتقاداً؛ لأنّ الصدقة لا دليل عليها في كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، بل الإجماع والأصول مقرّرة لمذهبنا تشهد بأنّ الإمام مستحقّ ميراث من لا وارث له^(١).

إذ فيه أنّ الشيخ لا ينكر انتقاله إلى الإمام عليه السلام بعد العلم بعدم الوارث له، وإنّما أمر بالصدقة مع الجهل؛ لأنّه من مجهول المالك الذي من المعلوم حكمه ذلك فضلاً عنّا أرسله من الخبر وإن كنّا لم نجد في خصوص المقام.

نعم في الفقيه^(٢) بعد أن روى في صحيح معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل كان له على رجل حقّ ففقده ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحّي هو أم ميت، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً، قال: «اطلب»، قال: إنّ ذلك قد طال فاتصدّق به، قال: أطلب^(٣).

قال: وقد روي في هذا خبر آخر: «إن لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدّق به»^(٤).

وليس فيه العلم بموت ذي الحق، وليس في اشتراط عدم الوارث دلالة عليه؛ إذ يمكن اشتراط الصدقة بذلك، وإلّا وجب إبقاؤه حتى يعلم موته ولو بمضيّ مدّة لا يعيش فيها مثله، ثمّ سلّم إلى الوارث بعد ذلك.

وأما خبر هشام بن سالم: سألت حفص الأعمش أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده جالس فقال له: كان لأبي أجبر كان يقوم في رحاه وله عنده دراهم وليس له وارث؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «تدفع إلى المساكين»، ثمّ قال: رأيك فيها، ثمّ أعاد المسألة فقال له: مثل ذلك، فأعاد عليه المسألة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تطلب له وارثاً، فإن وجدت له وارثاً، وإلّا فهو كسبيل مالك، ثمّ قال: ما عسى أن تصنع بها، ثمّ قال: توصي بها، فإن جاء طالها، وإلّا فهي كسبيل مالك^(٥).

وخبر نصر بن حبيب صاحب الخان قال: كتبت إلى العبد الصالح: قد وقعت عندي مئتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق فمات صاحبها ولم أعرف له ورثة فأريك في إعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً؟ فكتب: «اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلاً قليلاً حتى يخرج»^(٦).

فليس في أولهما تصريح بالموت، ولا في ثانيهما الدين، مع اشتماله على العمل بها والصدقة قليلاً قليلاً ولم أجد من أفتى

بهما.

(١) السرائر ٢: ٣٧.

(٢) الفقيه ٤: ٣٣١، ح ٥٧١.

(٣) الوسائل ٢٦: ٢٩٧، ب ٦ من ميراث الخنثى، ح ٢، مع اختلاف فيهما.

(٤) الفقيه ٤: ٣٣١، ح ٥٧١، الوسائل ٢٦: ٣٠١، ب ٦ من ميراث الخنثى، ح ١١.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٦٢، ب ٢٢ من الدين والقرض، ح ٣، مع اختلاف (٦) الوسائل ٢٦: ٢٩٧، ب ٦ من ميراث الخنثى، ح ٣، مع اختلاف.

وعلى كل حال فالمتجه بحسب الضوابط أنه إن لم يعلم موته وجب الإبقاء إلى المدة التي يعيش فيها مثله .
 فتسلّم حينئذٍ إلى الوارث إن علم ومع اليأس فالصدقة ، ومثله ما لو علم موته وجهل وارثه .
 ويمكن جواز الإبقاء أمانة [١] .
 ولعلّ ذلك في خصوص هذا القسم من مجهول المالك [٢] .
 أو يقال بجواز ذلك في جميع أفراد المجهول ، وأمّا التسليم إلى الحاكم فلا ينبغي التأمل في جوازه بعد اليأس ، وأمّا وجوبه فمحلّ منع [٣] .
 [ويظهر من بعض كفاية اليأس من صاحب الدين في الصدقة وفيه إشكال] .
 اللهم إلا أن يقال : إنّ بقاءه مع اليأس من رجوعه غير مجد ، بل هو كمجهول المالك المأيوس من معرفته [٤] [فيتصدّق به مع الضمان] .
 ولعلّ الأولى من ذلك تسليمه إلى الحاكم ؛ لأنّه وليّ الغائب . بل الأولى مراعاة ذلك في تشخيصه من الذمّة [٥] .

[١] لخبر هشام بن سالم المروي في الفقيه ^(١) : سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال : كان لأبي أجير وكان له عنده شيء فهلك الأجير ولم يدع وارثاً ولا قرابة وقد ضقت بذلك فكيف أصنع ؟
 فقال : « رأيت المساكين ، رأيت المساكين .
 قلت : جعلت فداك إني ضقت بذلك فكيف أصنع ؟
 فقال : هو كسبيل مالك ، فإن جاء طالب أعطيته » ^(٢) .
 [٢] باعتبار عدم الجهل به من كلّ وجه ؛ لكون الفرض أنّ صاحب الدين معروف وإن كان قد مات .
 [٣] ١ - للأصل .
 ٢ - وظاهر النصوص ، هذا .

ولكن الذي يظهر من بعض الأصحاب أنّه يكفي في الصدقة به اليأس من صاحب الدين .
 وهو مع وجوب تقييده بعدم معرفة الوارث وإن كان لا يسلمه إليه إلا بعد معرفة موت مالكة لا يخلو من بحث ؛ لأصالة البقاء .

[٤] لاشتراكهما معاً في عدم التمكن من الوصول إلى المالك ، والصدقة مع الضمان إحسان محض ، بل فيها إخراج المال عن التعطيل ، بل ربّما كان المديون محتاجاً إلى فراغ ذمّته ، ولا سبيل غير الصدقة .
 [٥] وقد ظهر بذلك كلّ الخلل في جملة من عبارات الأصحاب في النقل وغيره .
 ففي النافع : « ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه وعزله عند وفاته موصياً به ، ولو لم

(١) الفقيه ٤: ٣٣٠، ح ٥٧٠٨ .

(٢) الوسائل ٢٦: ٣٠١، ب ٦ من ميراث الغنى، ح ١٠٠ .

[حكم المضاربة بالدين قبل قبضه]:

المسألة (الرابعة): الأصل في (الدين) أن (لا يتعين ملكاً لصاحبه إلا قبضه) أو قبض من يقوم مقامه شرعاً بعد دفع المديون أو من يقوم مقامه .

يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل : يتصدق به عنه ^(١) .

وفي الرياض نسبة هذا القول إلى الشيخ والقاضي وجماعة ^(٢) ، وقد سمعت عبارة النهاية ^(٣) .
وفي القواعد :

«ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل إلى مالكه أو وارثه ، ولو جهله اجتهد في طلبه ، فإن أيس منه قيل : يتصدق به عنه ^(٤) .
وفي اللمعة : «ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والإيصاء به لو كان صاحبه غائباً ، ولو ينس منه قيل : يتصدق به عنه ^(٥) .

وفي الدروس : «ولو غاب المدين وجب نية القضاء والعزل عند أمانة الموت .
وأطلق الشيخ وجوب العزل وابن إدريس عدم وجوبه والإشهاد ، ولو ينس منه تصدق به عنه .
وقال ابن ادريس : يدفعه إلى الحاكم ، وإن قطع على موته وانتفاء الوارث كان للإمام ، والحكم الثاني لا شك فيه ، أمّا الأول فالحقّ التخخير بينه وبين إبقائه في يده [أ] والصدقة مع الضمان ^(٦) .
إلى غير ذلك من كلماتهم التي يعرف ما فيها من التأمل فيما ذكرنا .
وأحسنها ما في التنقيح فإنه بعد أن حكى ما في السرائر من كونه للإمام قال :
«وهو الحق لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه ، أمّا إذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه ^(٧) .

وأما النصوص فقد عرفت تشويشها ، خصوصاً متن خبر هشام بن سالم منها ^(٨) .
وأجودها صحيح معاوية ^(٩) الذي أمر فيه بالطلب ، بعد طلب السائل الصدقة لطول الطلب ، فتأمل جيداً ، والله أعلم بحقيقة الحال .

(١) المختصر النافع : ١٦٠ .

(٢) الرياض ٨ : ٤٨٩ .

(٣) تقدّم في ص ٣٨ .

(٤) القواعد ١٠٢ : ٢ .

(٥) اللمعة : ١٢٥ .

(٦) الدروس ٣ : ٣١١ - ٣١٢ .

(٧) التنقيح ٢ : ١٥٧ .

(٨) المتقدم في ص : ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ .

(٩) المصدر السابق : ج ٢ .

بل الظاهر اعتبار نية كونه عن الدين في الدفع ، فلا يجزي الدفع المطلق فضلاً عن المقصود به غير الدين ، بل قد يقال باعتبارها في القبض أيضاً في أحد الوجهين [١] .

ولتفصيل هذه الجملة محل آخر وإنما المراد هنا أنه (١) جعل مضاربة قبل قبضه لم يصح [٢] .

[وكذا لا تصح المضاربة به بالنسبة إلى غير المديون] ، نعم قد يفرق بينهما بكون الربح جميعه للمديون إن ميّزه وأنجز به [٣] .

بخلاف ما لو كانت المضاربة به لغيره فإن الربح جميعه للمالك إذا أجاز [المعاملات التي أوقعها على الدين] [٤] .

[فيبطل متعلق المضاربة خاصة ، ويكون للعامل أجرة المثل] .

والربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين ولو كان الشراء في الذمة فالربح للعامل إن نوى الشراء لنفسه وإلا

[١] ١ - كل ذلك لأصلي عدم حصوله بدون ذلك ، وعدم توقفه على غيره .

٢ - بعد الإجماع .

٣ - والسيرة القطعية .

٤ - وما يستفاد من تدبر النصوص .

٥ - مضافاً إلى صدق تشخص الحق بذلك عرفاً وإن كان هو مشتركاً بين المديون والديان ، ولذا اعتبر الدفع والقبض منهما .

[٢] بلا خلاف أجهده فيه ، بل في ظاهر المختلف (٢) وصريح السرائر (٣) وعن ظاهر التذكرة (٤) الإجماع عليه ،

لا لعدم ملكه ، وإلا لم يجز بيعه مثلاً ، بل لعدم تعيينه المعبر فيها ، كما تعرفه إن شاء الله في بابها .

ولما رواه الباقر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : في رجل يكون له مال على رجل يتقاضاه فلا يكون عنده ما يقضيه فيقول

له : هو عندك مضاربة ، فقال : « لا يصلح حتى يقبضه منه » (٥) ، المنجبر سنداً ودلالة بما عرفت ، المتمم بالنسبة للمضاربة به إلى

غير المديون بالاتفاق على عدم الفرق بينهما في البطلان .

[٣] لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه ؛ إذ لم يجعله وكيلاً في التعيين ، وإنما جعله مضاربة فاسدة .

[٤] لأنه وكيل عنه في قبض الدين ، فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل .

ولا يرد أن فساد المضاربة يستلزم فساد القبض ؛ لأنه تابع لها ؛ لمنع الملازمة ، فإن فساد المضاربة إنما يقتضي فساد لوازمها

وقبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربة وأحكامها ، فيكون بمنزلة الوكيل بالنسبة إلى قبض المال والمضاربة بالنسبة إلى

العمل ، فيبطل متعلق المضاربة خاصة ، كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين فيفسد أحدهما ، فإنه لا يقتضي فساد الآخر ، فيكون

للعامل أجرة المثل ، كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة مع جهله .

(١) في الشرائع : « فلو » . (٢) المختلف ٣٨١ : ٥ .

(٣) السرائر ٣٨ : ٢ .

(٤) التذكرة ١٧ : ٢٥ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٢٣ ، ب ٥ من المضاربة ، ح ١ .

فلا [١] . وكيف كان فالفرق بينهما بما عرفت [٢] .

[بيع الذمي ما لا يصح للمسلم تملكه]:

المسألة (الخامسة): [المختار] [٣] أنَّ (الذمي إذا باع) من مثله (ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير) مع مراعاة شرائط الذمة كالتسّتر ونحوه (جاز دفع الثمن) لهذه المحرّمات (إلى المسلم) عوضاً عن.

[١] كما صرح بذلك كلّهُ في جامع المقاصد^(١)، نعم ظاهره أنَّ العامل يستحق الأجرة إذا حصل الربح للمالك، وإلّا فلا، ولعلّه لعدم ضمان عمله على تقدير صخّة المضاربة، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده . لكنه لا يخلو من إشكال، ويأتي تحقيقه إن شاء الله في باب المضاربة . كما أنَّ الظاهر إرادة الشهيد في الدروس: من إطلاق كون الربح للعامل مع الشراء في الذمة ما إذا نوى الشراء لنفسه لا المالك، وإلّا كان فضولياً في الواقع وإن لزم بالثمن ظاهراً إذا لم يصرح بالغير؛ ضرورة كون الفرق بين العين والذمة ذلك فالشراء بالأولى [أي العين] يقع لمالكها على الأصح وإن نوى به غيره، بخلاف الذمة، كما هو محرّر في محله، فلا بدّ من تنزيل إطلاق الدروس على ذلك، قال فيها: «ولا تصح المضاربة بالدين لا للمديون ولا لغيره، لعدم تعيّنه، فلو ضارب وربح فالربح لصاحب المال، إمّا المديون إن كان هو العامل، أو المدين إن كان غير [ه] العامل، إلّا أن يشتري في الذمة فيكون الربح له وعليه الإثم والضمان»^(٢).

[٢] لم أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له من الفاضل وغيره قال في القواعد: «لا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، وإلّا فللمالك وعليه الأجرة»^(٣). وإن كان محتاجاً إلى التقييد بالنسبة إلى بعض ما عرفت . نعم توقّف فيه في المسالك، فقال: «إنّ المضاربة الفاسدة إن اقتضت وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها، فليكن في المديون كذلك، فإنّ الصيغة إنّما اقتضت المعاملة على الدين الذي في الذمة، وكما لا يمكن للأجنبي العمل به ما دام في الذمة؛ لأنّه حينئذٍ أمر كلي لا وجود له في الخارج فاقتضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة، كذلك نقول في المديون فإنّه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمّته، بل لابدّ من إفرازه والشراء به، كما سيأتي من أنّ العامل لا يصحّ له أن يشتري له إلّا بالعين، وحينئذٍ فالمضاربة الفاسدة إن كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين، وإلّا فلا»^(٤). وقد يدفع بظهور الفرق بينهما عرفاً في استفادة الإذن من المالك في التمييز إذا كان المضارب غير المديون؛ لأنّ المتعارف فيه العمل بعين المضارب فيه، أمّا إذا كان المديون فلا ظهور فيه بالإذن في التمييز؛ لكونه في الحقيقة مقبوضاً له، فربّما يعامل به وهو في ذمّته، بل لعلّ ذلك هو المتعارف فلا يستفاد منه الإذن في التمييز . نعم قد يتوقّف في ذلك من جهة أخرى، وهي منع كون ذلك أمراً خارجاً عن مقتضيات المضاربة، بل هو بعض لوازمها وتوابعها، فينبغي أن يتبعها في الفساد؛ إذ الظاهر تقييد الإذن بالقبض بصخّة المضاربة لا مطلقاً، فمع فرض فسادها سيّما إذا كان العامل عالماً بذلك لا إذن . اللهم إلّا أن يدعى أنّ ذلك من الدواعي لا الشرائط؛ لأنّ الإذن في القبض خارج عن حقيقة المضاربة؛ إذ يمكن قبض المالك أو غيره ثمّ يسلم العامل فالإذن على تقدير استفادتها من عبارة المضاربة غير مقيدة بصخّتها، فتأمل جيّداً، والله أعلم .

[٣] [كما] لا خلاف في [ذلك] .

له) في ذمة الذمي [١] لإقرار شريعتنا له خاصة على ما عنده. (و) من هنا (لو^(١) كان البائع) لها (مسلماً) أو حريئاً أو ذمياً متظاهراً (لم يجر) قبض أثمانها الفساد البيع فيبقى المال على ملك صاحبه، فلا يجوز تناوله عن الحق وغيره [٢].

[١] بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.

[٢] بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال فيه بعد معلومية ذلك من الشريعة، مضافاً إلى:

١ - الصحيحين عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام: في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنازيراً وهو ينظر إليهم فقضاه، فقال: «لا بأس به، أما للمقتضي فحلل، وأما للبائع فحرام»^(٢). ٢ - وصحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يكون

لي عليه الدراهم فيبيع بها خمرأ أو خنزيراً ثم يقضيني منها، فقال: «لا بأس، أو قال: خذها»^(٣). ٣ - وخبر الخثعمي:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضيانه؟ فقال: «لا بأس به ليس عليك من ذلك شيء»^(٤). ٤ - وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرأ أو خنازير يأخذ

ثمنه، قال: «لا بأس»^(٥). ومن المعلوم إرادة الذمي من إطلاق هذه الأخبار: ١ - لمعلومية البطلان بالنسبة إلى غيره.

٢ - وأن أثمانها سحت^(٦). ٣ - ولأنه المتبادر المعهود بيع ذلك في بلاد الإسلام. ٤ - ولذا صرح به في السؤال منصور

بن حازم فقال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنازير وأنا حاضر فيحل لي أخذها، فقال: «إنما

لك عليه دراهم فقضاك دراهمك»^(٧). ومن التعليل يظهر عدم إرادة الفرض من إطلاق ما دلّ على المنع من أكل ثمن الخمر ولعنه

وحرمة^(٨). ومن الغريب ما عن صاحب الكفاية من «أن التقييد بما إذا لم يكن البائع مسلماً منافٍ لإطلاق أخبار

كثيرة، فالحكم به مشكل، إلا أن يكون المقصود المنع بالنسبة إلى البائع»^(٩)، وأيده في الحدائق^(١٠): ١ - بقوله عليه السلام:

«أما للمقتضي فحلل، وأما للبائع فحرام»^(١١). وفيه: أن المراد من البائع الذمي الذي أقره الشارع على ما عنده بالنسبة إلى الأحكام

الظاهرة وإن كان معاقباً باعتبار تكليفه بالفروع. ٢ - وبصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل ترك غلاماً له

في كرم له يبيعه عبداً أو عصيراً فانطلق الغلام فعصر خمرأ ثم باعه، قال: «لا يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلاً من ثقيف أهدى إلى

رسول الله ﷺ راويتين من خمر بعد ما حرمت، فأمر بها رسول الله ﷺ فأهريقنا، وقال: إن الذي حرم شربها حرم ثمنها، ثم

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها»^(١٢). ومثله في الصدقة خبر أبي أيوب^(١٣). وفيه:

أن المتجّه حمل الخبرين على عدم معرفة المشتري فيكون الثمن مجهول المالك فينتصدق به، لا أن الثمن ملك للبائع؛ لأنه قد أعطاه

المشتري إياه باختياره وإن فعلاً حراماً، كما عن بعض المحدثين الذين لا يبالون بما وقع منهم، وإلا فلا ينبغي التأمل في ذلك بعد

استقامة الطريقة، خصوصاً بعد مرسله ابن أبي نجران الصحيحة إليه عن الرضا عليه السلام: عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنازير وعليه

دين هل يبيع خمره وخنازيره ويقضي دينه؟ قال: «لا»^(١٤) الدالّ على حكم المسلم الأصلي بطريق أولى.

(١) في الشرائع: وإن.

(٢) الوسائل ١٧: ٢٢٢، ب ٦٠ مما يكتب به، ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ٤، وفيه: «فيقضينا» بدل «فيقضيانه».

(٣) الوسائل ١٧: ٢٢٣، ب ٦٠ مما يكتب به، ح ٣.

(٥) المصدر السابق: ح ٥، وفيه: «وخنازيره» بدل «أو خنازيره».

(٦) (٨) انظر الوسائل ١٧: ٢٢٣، ب ٥٥ مما يكتب به.

(٧) المصدر السابق: ٢٢٢، ح ١.

(٩) (١٠) كفاية الأحكام ١: ٥٣٤، الحدائق ٢٠: ١٦٨.

(١١) الوسائل ١٧: ٢٣٢، ب ٦٠ مما يكتب به، ح ٢.

(١٢) (١٣) الوسائل ١٧: ٢٢٣، ب ٥٥ مما يكتب به، ح ١.

(١٤) الوسائل ١٧: ٢٢٦، ب ٥٧ مما يكتب به، ح ١.

[والمختار] [١] فيما لو أسلم الذمي قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه فإنه يخرج بذلك عن ملكه [٢]. وكذا لا ينبغي التوقف أيضاً في التقييد بالاستتار الذي هو شرط الإقرار [٣]. و[المختار] [٤] عدم إلحاق الحربي به [٥]. بل قد يقال: إنه ينبغي الاختصار في الذمي أيضاً على ما إذا باع من مثله، أما إذا باع الخمر من مسلم أو حربي فيحرم تناول الثمن منه [٦]. اللهم إلا أن يقال: إن إقراره على مذهبه يقتضي جواز تناوله منه أيضاً بعد أن كان مذهبه الجواز، والحرمة على المسلم والحربي، بل الفساد بالنسبة إليهما لا ينافي ذلك [٧].

[١] [إذ] منه يعلم الحال.

[٢] كما صرح به المشهور، خلافاً للمحكي عن النهاية، فقال: يتولى بيعها له غيره^(١)؛ للخبر: وإن أسلم رجل وله خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين، قال: «يبيع ديانته أو ولي له غير مسلم [خمره و] خنازيره فيقضي دينه، وليس له أن يبيعه وهو حي، ولا يمسه»^(٢). وهو مع كونه مقطوعاً وفي سنده جهالة يمكن حمله على أن له ورثة كفاراً يبيعون ذلك ويقضون ديونه، فلا يخرج به عما دلّ على أن المسلم لا يملك ذلك، ولا يجوز بيعه مباشرة ولا تسيباً، كما هو واضح. [٣] ولا ينافيه ما في هذه النصوص^(٣) من إطلاع المسلم عليه؛ إذ يمكن فرضه على وجه لا ينافي الشرط المذكور. فتوقف المحدث البحراني فيه بل قال: «الأقرب عدم اشتراطه»^(٤)، في غير محله، كما عرفته في شرائط الذمة، وإطلاق الشيخ جلّ تناول ثمن الخمر مثلاً من الذمي محمول على ذلك، كما اعترف به في الدروس^(٥).

على أنه قد يقال: إن إطلاق الأدلة أو عمومها قاض بحرمة تناول أثمان هذه المحرمات وعدم ملكها مطلقاً، فينبغي الاقتصاد في الخروج عنها على المتيقن، وهو الأخذ من الذمي المستتر دون المتجاهر. [٤] [كما] منه يعلم الوجه في [ذلك].

[٥] خصوصاً بعد عدم عموم في النصوص السابقة^(٦)، يشملها، بل قد يدعى انسياق خلافه منها باعتبار عدم معهودية بيعه في بلاد الإسلام، فتأمل جيداً.

[٦] ومن هنا قيده بذلك في التذكرة^(٧)، ولعله مراد من أطلق كالمصنف وغيره؛ للأصل المتقدم.

[٧] إذ هو حكم آخر؛ ضرورة تحقق الفساد واقعاً حتى في بيعه من مثله؛ لإطلاق ما دلّ على أن «ثمن الخمر سحت»^(٨)، الشامل للجميع، وجواز التناول منه لا ينافي كونه كذلك بالنسبة إليه، كما أوماً إليه الخبر السابق بقوله ﷺ: «أنه للمقتضي حلال وعليه حرام»^(٩). وهو جيد جداً، بل له مؤيدات كثيرة تظهر بأدنى تأمل، وإن كان انطباق كلمات الأصحاب عليه لا يخلو من إشكال، فتأمل جيداً.

(١) النهاية: ٤٠٣-٤٠٤.

(٢) الوسائل ١٧: ٢٢٧، ب ٥٧٦ مما يكتسب به، ح ٢.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٢٢٢، ب ٦٠ مما يكتسب به.

(٤) الحدائق ٢٠: ١٦٩.

(٥) الوسائل ١٧: ٢٣٢، ب ٦٠ مما يكتسب به.

(٥) الدروس ٣: ٣١٢.

(٧) التذكرة ١٣: ٢٢.

(٩) الوسائل ١٧: ٢٣٢، ب ٦٠ مما يكتسب به، ح ٢.

(٨) انظر الوسائل ١٧: ٩٢، ب ٥ مما يكتسب به.

[وكيف كان] فـ [سالحكم معلوم] [١] فيما لو اقترض ذمي من ذي خمر أو أسلم أحدهما فإن الظاهر سقوط القرض [٢].

[وإذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض فقد احتملوا فيه لزوم القيمة عند مستحلّيه].
[ولكن] لا ريب في أنّ الأقوى البطلان وأنّ للمشتري أخذ دراهمه [٣]. [والأقوى حصول البراءة بإسلام من عليه الحق الذي كفله ذمي على خمر]. هذا كله إذا اقترض خمرًا، أما إذا اقترض خنزيرًا فالقيمة لازمة مطلقاً، إلا إذا قلنا بأنه يضمن بمثله فيأتي فيه حينئذٍ ما تقدّم في الخمر، والله أعلم.
[حكم ما إذا كان لاثنتين مال في ذمة ثم تقاسما بما في الذمة]:

المسألة (السادسة: إذا كان لاثنتين) فصاعداً (مال في) ذمة أو (ذمم ثم تقاسما بما في) الذمة أو (الذمم) بأن تراضيا على أنّ ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو لآخر لم يصحّ [٤]. وحينئذٍ (فكلّ ما يحصل) من أحدهما (لهما) معاً (وما يتوي) بالبناء المثناة من فوق [بمعنى يهلك] (منهما) [٥].

[١] [لأنّ من ذلك يعلم الحكم في الجملة].

[٢] كما جزم به الفاضل والمحقّق الثاني^(١)، لكن في الدروس: «الأقرب لزوم القيمة بإسلام الغريم»^(٢).

وفيه: أنّه مناف للأصل وغيره ممّا عرفت وإن كان يشهد له ما احتملوه فيما لو أسلم ذمي إلى ذمي في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض من لزوم القيمة عند مستحلّيه، إلا أنّه غير مختصّ بإسلام الغريم، مع أنّ الذي اختاره الفاضل والمحقّق الثاني هو بطلان السلم، وأنّ للمشتري أخذ دراهمه واحتملاً أيضاً السقوط لا إلى بدل^(٣).

[٣] أمّا الأوّل فلعدم ملك المسلم الخمر وعدم مملوكيته عليه، وأمّا الثاني فواضح.

وفي القواعد في باب الكفالة: «إذا كان لذمي خمر على ذمي وكفله آخر مثله وأسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول له على إشكال فيهما»^(٤). لكن في جامع المقاصد: «إن أسلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البراءة، وإن أسلم من عليه الحق بقيت الكفالة»^(٥). ولملّه يخالف ما سمعته منه سابقاً. والأقوى البراءة؛ لما عرفت.

[٤] عند المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عن الشيخ وابن حمزة الإجماع عليه^(٦).

[٥] للأصل السالم عن معارضة إطلاق القسمة بعد انصرافه إلى غيره ولو للشبهة والإجماع السابق، مضافاً إلى:

١ - صحيح سليمان بن خالد: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرّق عنهما فاقسما بالسوية ما كان بأيديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: «نعم ما يذهب بماله»^(٧).

٢ - وموثق ابن سنان: سألت أبا عبد الله عليه السلام أيضاً عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فتوى

(١) القواعد ٢: ١٠٦، جامع المقاصد ٥: ٣٧، (٢) الدروس ٣: ٣٢٤.

(٣) القواعد ٢: ٥٥٠، جامع المقاصد ٤: ٢٤٩-٢٥٠، (٤) (٥) القواعد ٢: ١٧٠، جامع المقاصد ٥: ٤٠٢.

(٦) الخلاف ٣: ٣٣٧، ولم نعر الحكاية عن ابن حمزة ولا في الوسيلة. نعم حكى عن ابن زهرة انظر الفتية ٢٦٥.

(٧) الوسائل ١٨: ٣٧١، ب ٢٩ من الدين والقرض، ح ١، وفيه: «كان في أيديهما» بدل «كان بأيديهما».

الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر يرّد على صاحبه ؟ قال : « نعم ما يذهب بماله »^(١) .
 ٣ - ومرسل أبي حمزة قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كلّ واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر ، قال : « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله »^(٢) .

٤ - ومثله الموثّق عن محمّد بن مسلم^(٣) .

٥ - بل وخبر غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مع زيادة « وما يذهب بينهما » في الأخير^(٤) .

فمن الغريب ما عن الأردبيلي من اقتصاره على خبر غياث دليلاً للمشهور ، ثم قال : « والشهرة ليست بحجة ، وابن ادریس مخالف ، ونقل عن أن لكل واحد ما اقتضى ، كما هو مقتضى القسمة ، والمستند غير معتبر ؛ لوجود غياث كأنه ابن ابراهيم العنبري ، وأدلة لزوم الشرط تقتضيه ، وكذا التسلّط على مال نفسه ، وجواز الأكل مع التراضي والتعيين التام ليس بمعتبر في القسمة ، بل يكفي في الجملة ، كما في المعاضات ، فإنّه يجوز البيع ونحوه ؛ ولأنّ الدين المشترك بمنزلة دينين لشخصين وللمالك أن يخصّ أحدهما دون الآخر ، فلو كان بتخصيص كلّ واحد قبل القسمة لأمكن ذلك أيضاً ، فإنّ الثابت في الذمة أمر كلّی قابل للقسمة ، وإنما يتعيّن بتعيين المالك ، فله أن يعيّن ، ولكن الظاهر أنّه لا قائل به قبل القسمة »^(٥) .

قلت : قد يظهر من ابن ادریس ذلك^(٦) [أي المخالفة لما ذكرنا] فإنّه بعد أن حكى عن خلاف الشيخ ونهايته أنّه إذا كان بين اثنتين شيء فباعا بثمان معلوم كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري^(٧) بحقه ، فإذا سلّمه حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدّمناه ؛ لأنّ المال الذي في ذمة المشتري غير ممّيز ، فكّل ما يحصل من جهته فهو شركة بينهما .

قال : « الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن لكل واحد من الشريكين على المديون قدراً مخصوصاً وحقاً غير حقّ شريكه ، وله هبة الغريم وإبراءه منه ، فمتى أبرأه أحدهما من حقه برأ منه فقط وبقي حقّ الآخر لم يبرأ منه بلا خلاف ، وإذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشارك شريكه الذي وهب أو أبرأ أو صالح منه على شيء بلا خلاف ، فلو كان شريكه بعد في المال الذي في ذمة الغريم لكان في هذه الصور كلّهما يشارك من لم يهب ولم يبرأ فيما يستوفيه منه ويقبضه ثمّ عيّن المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقّ في ذمة الغريم الذي هو المدين عيناً لهما معيّنة ، بل ديناً في ذمته لكل واحد منهما مطالبة بنصيبه ، وإبرأوه منه وهبته ، وإذا أخذه منه وتقاضاه فما أخذ عيناً من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيها ، ولم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته ومن قلّده وتابعه ، بل شيخنا المفيد محمّد بن محمّد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له ولا تصنيف ، وكذلك السيّد المرتضى ولا تعرّضاً للمسألة ولا وضعها أحد من القمّيين ، وإنّما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الآحاد ، ورد بذلك ثلاثة أخبار^(٨) ،

(١) الوسائل ١٩: ١٢-١٣ ، ٦ من الشركة ، ح ٢ . (٢) الوسائل ١٩: ١٢ ، ٦ من الشركة ، ح ١ .

(٣) التهذيب ٧: ١٨٦ ، ح ١٩٤ . (٤) التهذيب ٦: ١٩٥ ، ح ٤٣٠ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٩٣-٩٤ ، وفيه : « البتري ، بدل « العنبري » .

(٦) السرائر ٢: ٤٠٣-٤٠٣ . (٧) الخلاف ٣: ٣٣٦ ، النهاية ٤٢٧ .

(٨) انظر الوسائل ١٩: ١٢ ، ٦ من الشركة .

أحدها مرسل^(١)، وعند من يعمل بأخبار الآحار لا يعمل عليه ولو سلم الخبران تسليم جدل لكان لهما وجه صحيح مستمر على أصول المذهب والاعتبار، وهو أنَّ المال الذي هو الدين كان على رجلين فأخذ أحد الشريكين وتقاضا جميع ما على أحد الغريمين فالواجب عليه هاهنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه؛ لأنَّه أخذ ما يستحقه عليه وما يستحقه شريكه أيضاً عليه؛ لأنَّ جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بانفراده دون شريكه الآخر، فهذا وجه صحيح، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسنَّا الظنَّ براويهما، فليتأمل ذلك وينظر بعين الفكر الصافي فيه غموض^(٢).

وهو كما ترى صريح في استقلال الشريك بأخذ حقه من غير حاجة إلى إذن الشريك الآخر، وأنَّه لا يشاركه فيما أخذه؛ لأنَّ كلّ منهما ديان مستقل، كما إذا باعا صفقتين، بل قد يقال: لا دلالة في كلامه على صحة قسمة الدين ولزومها بحيث لو قبض أحد الشريكين جميع ما على المديون اختصَّ به للقسمة، بل لعلَّ كلامه الأخير الذي حمل عليه الخبرين صريح في خلافه. ومن هنا لم يشر المصنّف وغيره إلى خلافه في المقام، وإنَّما ذكروا كلامه في باب الشركة. نعم قد وقع ذلك من بعض متأخري المتأخّرين كالأردبيلي والمحدّث البحراني وفاضل الرياض^(٣)، وإنَّ كان التحقيق خلافه أيضاً في ذلك المقام [أي في باب الشركة]؛ لما سمعته من النصوص^(٤)، التي لم تفرّق في اشتراك الغريمين بما قبضه أحدهما بين كونه زائداً على حقه أو مساوياً بترك الاستفصال فيها، ولفظ «ما» الواقع في جوابها، بل في المختلف: أنَّ الاعتبار يقضي بذلك؛ لأنَّه بعد أن حكى القولين قال: «وقول الشيخ ليس بعيداً من الصواب، وقياس ابن ادريس القبض على الهبة والإبراء غلط؛ لأنَّ ذلك إسقاط للحقّ بالكتبة، فينتفي حقّ الشريك ضرورة، أمّا في صورة القبض فليس كذلك؛ إذ المال مشترك، فإذا دفع إلى أحدهما فإنَّما دفع عمّا في ذمّته، والدفع إنّما هو للمال المشترك، فلا يختصّ به القابض»^(٥).

قلت: بل قد يقال: إنَّ المتّجه بعد أن وقع البيع صفقة اشتراك الثمن المعيّن بينهما على حسب اشتراك العين الخارجيّة، وكليّته لا ينافي ذلك، فكلّ منهما له نصف منه لا يمكن إفرازه بالقسمة وهو في الذمة، بل لا يتعيّن الثمن ملكاً لهما إلا بقبضهما معاً، فهما معاً حينئذٍ بمنزلة الديان الواحد فقبض كلّ منهما نصف قبض، لا أنّه قبض للنصف؛ لعدم إمكان تعيين النصف من الدافع والمدفوع إليه إذا كان أحدهما. فالأصل حينئذٍ يقتضي بقاء المدفوع على ملك الدافع حتى يقبضه الآخر، أو يجيز قبض الأوّل فيكون حينئذٍ مشتركاً بينهما، لا أنّه قبض أحدهما بملك نصفه ويبقى النصف الآخر موقوفاً على إجازة الشريك فله اختياره، فيكون شريكاً مع شريكه وله مطالبة المديون بنصفه؛ ضرورة كون ذلك مناف لكون الثمن مشتركاً.

وكيف يتعيّن للقابض نصف مع عدم تعيّن كون المدفوع ثمناً؛ لعدم القبض منهما، إلا أنَّ النصوص السابقة^(٦) صريحة أو كالصريحة في ملك القابض نصفه، وأنَّه يشاركه الآخر؟ ولعلَّ حكم المشهور بذلك من جهتها لا للقاعدة، وهي وإنَّ كان موردها

(١) انظر الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة، ح ١. (٢) السرائر ٢: ٤٠٢-٤٠٣.

(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩٢: ٩٣-٩٢، الحدائق ٢٠: ١٧٢، الرياض ٨: ٤٩٤.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة. ١٨: ٣٧١، ب ٢٩ من الدين والقرض، ح ١.

(٥) المختلف ٦: ٢٣٤.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة. ١٨: ٣٧١، ب ٢٩ من الدين والقرض، ح ١.

القسمة وكلام الأصحاب أعم، لكن لما كانت القسمة باطلة فهي كعدمها فيبقى حينئذ قبض أحدا الشريكين من غير إذن صاحبه، وقد حكم فيها بالشركة فيما اقتضاه أحدهما. نعم قد يشكل ذلك بأن الموجود فيها الحكم بالاشتراك، لا أنه موقوف، وليس حينئذ إلا للإذن الحاصل من القسمة التي بطلانها لا ينافي وجود الإذن بالقبض، فيكون الحكم بكونه ملكاً بينهما متجهاً.

بل قد يقال: إن هذه القسمة غير باطلة وإنما هي غير لازمة، فالإذن الحاصل منها غير باطل، ومن هنا حملوا خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الاسناد: سألت عن رجلين اشتراكا في سلم أ يصلح لهما أن يقسما قبل أن يقبضا؟ قال: «لا بأس [به]»^(١)، على إرادة بيان الجواز.

بل قد يقال: إن الإذن بالقبض الحاصل من القسمة ليس من لوازمها وتوابعها حتى يبطل بطلانها، بل هو كالإذن الحاصل بالمضاربة بالدين، كما عرفته سابقاً. أو يقال: إن ما في النصوص مبني على الغالب من حصول رضا الشريك بقبض شريكه بعد فرض هلاك الباقي وعدم إمكان تحصيله من المديون. أو يقال غير ذلك، لكن على بعض هذه الوجوه في النصوص يشكل حينئذ الدليل على ما عند الأصحاب من أن أحد الشريكين إذا قبض مقدار حقه مضى في النصف مثلاً ويبقى الباقي موقوفاً على رضا الشريك، فإن أجاز له، وإلا كان الجميع من حق القابض؛ إذ المتجه بعد فرض عدم النصوص ما عرفت من توقف دخوله في ملكهما على رضاهما معاً، وإلا بقي على ملك الدافع وإن كان هو مضموناً على القابض مع فرض جهل الدافع باعتبار كون يده يد ضمان، ولا ينافي إجازة الشريك تبة الدافع والقابض أنه لخصوص المدفوع إليه بعد أن كانت لغواً، فيكفي حينئذ في صحة الإجازة تبة الدفع عن الدين والقبض كذلك. وبالجمله إفراز حصة الشريك من العين المشتركة بالقبض لا يكون إلا بالقسمة من الشريكين والرضا منهما. ومن هنا ينقدح الإشكال في صحة ضمان حصة أحدهما دون الآخر؛ ضرورة اقتضائه إفرازها عن حصة الآخر، ولذا قال في جامع المقاصد مؤيداً لكلام ابن إدريس: أن صحة الضمان من الدلائل على التمكن من أخذ الحصة منفردة عن الأخرى وكذا جواز تأجيل أحدهما حصته بعقد لازم^(٢)، بل أطال عليه السلام في تأييده حتى مال إليه، كما أن الفاضل في آخر كلامه قد اعترف بقوته^(٣) عكس ثاني الشهيد في المسالك فإنه لم يأل جهداً في تصحيح كلام المشهور وتقريبه للضوابط^(٤)، إلا أنه لم يأت بشيء بعد التأمل. فالتحقيق مع قطع النظر عن النصوص عدم تعيين ما قبضه أحدهما لأحدهما، بل هو على ملك الدافع؛ لأن المشترك بينهما كلي لا يتعين إلا بقبضهما معاً؛ ضرورة تلازم ملك كل منهما بالقبض على ملك الآخر، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الآخر، وإلا لآتجه كلام ابن إدريس. نعم لو تشاخا في توكيل أحدهما عن الآخر في القبض، ولا أمكن قبضهما معاً أقام الحاكم مقامهما شخصاً آخر أو كفى التولية لهما أو غير ذلك. ولتحقيق المسألة مقام آخر، وإنما هذا كلام جاء في البين منشاؤه نسبة جواز قسمة الدين إلى ابن إدريس، وقد عرفت فساد، وأن بحثه في مقام آخر مذكور في باب الشركة، بل المشهور الذين ذهبوا إلى تعيين حصة القابض بما قبضه إن لم يشاركة الآخر، وإلا فنسبة شركته أقرب منه إلى القول بقسمة الدين، فتأمل جيداً.

(١) قرب الإنسان: ٢٦٣، ح ١٠٤. الوسائل ١٨: ٣٧١، ب ٢٩ من الدين والقرض، ح ٢، وفيهما: «السلم» بدل «سلم».

(٢) جامع المقاصد ٨: ٣٩٠-٣٩١.

(٣) المختلف ٦: ٢٣٥.

(٤) المسالك ٤: ٣٣٤-٣٣٧.

وكيف كان فقد ذكر [١] للاحتيال في قسمة الدين الحوالة وذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه الذي في ذمة أحد المديونين و[لكن] فيه أن ذلك وكالة لا حوالة [٢] .
نعم لو أحال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صحَّ .
كما أنه يصحّ الصلح بينهما بجعل أحدهما نصيبه في ذمة أحد المديونين في مقابلة نصيب شريكه في ذمة الآخر [٣] .

ولو قلنا بصحة ضمان حصّة كل منهما أمكن القسمة أيضاً ، بأن يضمن كل منهما حصّة صاحبه التي في ذمة أحد المديونين بإذنه فيتهازرا ويبقى كل من الدينين لكل منهما بلا شركة .
ولو كان الدين المشترك في ذمة واحدة وأراد أحدهما الاختصاص بحصّته من غير إشكال صالح المديون عنها بما يدفعه إليه من مقدارها أو وهبها له بعوضها أو أحال بها لدين عليه أو نحو ذلك ، والله أعلم .
[بيع الدين بأقل منه] :

المسألة (السابعة) [قيل] [٤] : (إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله) اعتماداً (على رواية) [٥] .

٥٠/٣

[١] [ذكره] غير واحد .
[٢] لأنّها من البريء .
بل لم أجد فيها خلافاً سوى ما حكاه الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه من توقّف الفاضل في التذكرة في ذلك ^(١) . ولا ريب في ضعفه .

[٣] وفي الدروس الأقرب الصحة ^(٢) ، وفي جامع المقاصد : أنّه محتمل ^(٣) .
قلت : لم أجد وجهاً للعدم سوى دعوى شمول نصوص ^(٤) عدم قسمة الدين لذلك ؛ إذ لو صحّ الصلح لكان المتّجه حمل ما يقع منهما من دون عقده على معاطاته مع أنّ النصوص قد أطلقت عدم تأثيرها ، مع أنّ في أسئلة بعضها ما يقضي بحمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، على أنّ القسمة من أصلها هي قربية من الصلح إن لم تكن نوعاً منه ، فمع ظهور النصوص في عدم قسمة الدين قد يستفاد منه عدمها أيضاً ولو بالصلح ، إلّا أنّ ذلك كلّهُ كما ترى .
[٤] قال الشيخ ^(٥) ومن تبعه .

[٥] ١ - محدّد بن الفضل قتل للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ثمّ ذهب إلى صاحب الدين فقال له : ادفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه ، فقال : « يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين ، ويرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه » ^(٦) .

(١) التذكرة: ١٣: ٢٣.

(٢) الدروس ٣: ٣١٤.

(٣) جامع المقاصد ٥: ١٩.

(٤) انظر الوسائل ١٨: ٣٧٠، ب ٢٩ من الدين .

(٥) النهاية: ٣١١.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٤٨، ب ١٥ من الدين والقرض ، ح ٣.

[ولعل الأقرب حمل الشراء للمديون نفسه ولو بصيغة الصلح بإذن من المديون أو بإجازة لاحقة ، فيكون من صلح الحطيطة إذا فرض كون العوض من الجنس] .

٢ - ورواية أبي حمزة عن الباقر عليه السلام : سأل عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتري منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال : أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته فكيف يكون القضاء في ذلك ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام : « يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين » ^(١) .
وظاهر الدروس العمل بهما ^(٢) .

إلا أنهما كما ترى ضعيفتان ، ولا جابر لهما ، بل شهرة الأصحاب بقسميها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده ، وليس في ثانيهما أن الثمن أقل ، فيمكن حمله على المساوي ، وإلا فإطلاقه مما لا يقول به أحد كإطلاق سؤال الأول ، فالواجب حينئذ طرحهما أو حملهما . وكلام الشيخ - كما قيل على الضمان ^(٣) - وإن كان فيه عدم معهودية استعمال لفظ « الشراء » فيه ولو مجازاً وأنهما ظاهران في عدم علم المديون بذلك ، فلا رجوع عليه ، وليس في الثاني تصريح بأنه أدى إلى صاحب الدين كي يستحق الرجوع على المديون ، بل فيه أنه اشترى بعرض ، فكيف يجامع الضمان ؟ بل دفع القيمة في الأول ظاهر في العرض ، اللهم إلا أن يراد منها المقدار .

أو يقال : بكون المراد على هذا التقدير تأدية الضامن عروضاً عما ضمنه فكان له المطالبة بالقيمة ، لكن على كل حال لا ريب بعد الحمل المزبور .

وأبعد منه حملهما على الشراء الفاسد وأن صاحب الدين قد أذن للمشتري أن يقبض من المديون مقدار ما أدى ويبقى الباقي لصاحب الدين فيكون المراد من البراءة في الأول بالنسبة إلى المشتري ؛ إذ هو كما ترى .

ولعل الأقرب منهما حملهما على الشراء للمديون نفسه ولو بصيغة الصلح بإذن من المديون أو بإجازة لاحقة ، فيكون من صلح الحطيطة إذا فرض كون العوض من الجنس ، هذا .

وقد أساء الأدب في السرائر في المقام مع الشيخ حتى قال : إن كلامه تضحك منه الثكلى ^(٤) ، حيث إنه فهم من إطلاق كلامه جواز البيع بالأقل وإن كان ربوياً وعدم التقايب في المجلس وإن كان الثمن والمثمن من النقدين .

وفيه : أن إطلاق الشيخ منزل على إحراز شرائط البيع ، وليس في قوله : « أقل » شهادة على ذلك ؛ إذ يمكن فرضه في المتجانسين في غير الربويين بعد تسليم عدم صدق « الأقل » بالنسبة إلى قيمة المدفوع ، على أنك قد سمعت أن مستنده الخبران ، الظاهر أولهما والصريح ثانيهما في كون الثمن من العروض .

ومن هنا قد انتصر الفاضل في المختلف للشيخ حتى استوفى له حقه ^(٥) ، ولا بأس ، فإن المؤمن له ناصر ، والله بعد ذلك هو الغافر ، خصوصاً بعد أن كان هذا كله لإظهار الحق وتدمير الباطل بزعم القائل ، والله أعلم .

(١) المصدر السابق : ٣٤٧ ، ح ٢ .

(٢) الدروس ٣ : ٣١٣ .

(٣) المختلف ٥ : ٣٧٣ - ٣٧٤ .

(٤) السرائر ٢ : ٥٦ .

(٥) المختلف ٥ : ٣٧٢ .

[حكم القرض لو شرط البيع محاباة أو إجارة أو غيرها من العقود]:

المسألة الثامنة: الأقوى حرمة القرض بشرط البيع محاباة أو الإجارة أو غيرها من العقود، فضلاً عن الهبة ونحوها [١].

[١] وفاقاً للأستاذ الأكبر الشيخ جعفر وشيخه الفاضل المتبحر الآقا محمد باقر على ما حكاه عنهما شيخنا في مفتاح الكرامة، قال: «وخالفهما في ذلك استنادنا للإمام العلامة أستاذ الكل في عصره السيد محمد مهدي، بل حكى فيه أيضاً أن الأستاذ الآقا المزبور قد صنف رسالة في تحريم ذلك، مدّعيًا اتفاق الأصحاب وتظافر الروايات»^(١)، وهو وإن كان قد يظهر من المختلف ذلك أيضاً، حيث قال في مسألة البيع بشرط القرض المتنازع فيه: «إباحة البيع بالمحاباة مع اشتراط القرض، لا العكس»^(٢)، بل عن الصيمري حكاية ذلك عنه ساكتاً^(٣).

لكن الإنصاف عدم كون المسألة من الإجماعات؛ إذ في القواعد: «يجوز لو أقرضه أن يقتض منه أو يقرضه أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه»^(٤) ونحوه في التذكرة^(٥).

اللهم إلا أن يريد بيع المقرض لا المقرض فيكون خارجاً عما نحن فيه؛ إذ هو بدون ثمن المثل نفع للمقرض لا المقرض، كما أن قوله في التذكرة^(٦): «يجوز أن يقتض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يتباريان... سواء شرط في إقراضه ما يفعله الآخر أو لا، خلافاً للشافعي»^(٧) يمكن أن يكون المراد منه اشتراط نفس القرض لا الإبراء، مع أنه غير ما نحن فيه، بل ما في الغنية من جواز أن يقرض غيره مالا، على أن يعامله في بيع أو إجارة أو غيرها، بدليل إجماع الطائفة^(٨) يحتمل كون المراد غير ما نحن فيه من المحاباة، كالتهاية والسرائر وجامع الشرائع التي عبر فيها بمثل العبارة المزبورة من دون دعوى الإجماع^(٩) كما قيل، بل لعل ما حكاه في كشف الرموز كما قيل^(١٠) عن الشيخ من الإجماع، على أنه يجوز لمن يقرض مالا أن يبتاع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب الإقراض، وأنه لا يعرف له مخالفاً كذلك أيضاً، وأنه لم يأخذ شرطاً في عقد القرض وإن كان هو السبب فيه، مع أن المحكي عن خلافه أنه قال: «إذا باع داراً على أن يقرض المشتري ألف درهم أو يقرضه البائع ألف درهم فإنه سائع، وليس بمحظور، دليلنا إجماع الفرق»^(١١). إلا أنه ومع ذلك كله فلا يقطع بحصول الإجماع على الحرمة.

(٢) المختلف ٣٠٩:٥-٣١٠.

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٣٨.

(٣) غاية المرام ٢: ١٢٤.

(٤) القواعد ٢: ١٠٤.

(٥) التذكرة ١٣: ٤٣-٤٢.

(٦) التذكرة ١٠: ٢٠٢-٢٠٣.

(٧) التمریز شرح الوجیز ٤: ٧٩. وروضة الطالبين ٣: ٤٩.

(٨) الغنية ٢٣٩.

(٩) التهاية ٣١٢: ٢. السرائر ٢: ٦٢. الجامع للشرائع ٢٨٠-٢٨١.

(١٠) قاله في مفتاح الكرامة ٥: ٣٨-٣٩.

(١١) الخلاف ٣: ١٧٣.

نعم نص عليها الفاضل في التحرير ، فقال : « لو شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو يقرضه مرة أخرى جاز ، أما لو شرط أن يؤجره داره بأقل أو يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم »^(١) . وعن كشف الرموز أنه حكاه عن بعض الأصحاب ، وتردد هو فيه^(٢) .

وقيل : إنه يلوح من صاحب التنقيح^(٣) وعن الأستاذ أنه حكاه عن المصنّف ، وعن أبي طالب الحسيني في رسالته الفارسيّة^(٤) .

وكيف كان فلا ريب في أنه [أي التحريم] الأقوى ؛ لصدق جز النفع به المحرم فتوى وسنة ، ولا يعارضه ما دلّ على أن « خير القرض ما جرّ نفعاً »^(٥) المحمول - كما عرفت - على عدم الشرط ، أو نحو ذلك ممّا تقدّم ، كما أنك قد عرفت الكلام في اشتراط الرهن والكفيل على هذا الدين أو دين آخر ، وفي اشتراط الصحيح بدل الغلّة ، وفي اشتراط الإعطاء في بلد آخر ، أو غير ذلك ممّا هو غير مناف لذلك ، أو أنه دلّ عليه الدليل ، أو أنه لا نقول به ، فلاحظ وتأمل .

بل قد عرفت ما في دعوى المحقّق الثاني من أن المنع اشتراط الزيادة في نفس مال القرض أو صفته^(٦) ، وما في تأمل الأردبيلي في حرمة اشتراط زيادة الصفة^(٧) ، والعبارات السابقة التي بعضها معقد صريح الإجماع أو ظاهره قد عرفت الحال فيها ، وعلى تقدير إطلاقها فالتعارض بينها وبين ذلك من وجه ، ولعلّ الترجيح للمقام ، فلا وجه لدعوى تقييد هذا الإطلاق بها ، كما أنه لا وجه لمعارضته بالإجماعات المحكية على جواز البيع بشرط القرض ، وبغيرها من الأدلة المذكورة لذلك ، فإنه قد أنهاها في المختلف إلى خمسة وعشرين^(٨) ، وإن كان في بعضها ما فيه بعد وضوح الفرق بين المسألتين ، وأنهما ليسا من سنخ واحد ؛ ضرورة عدم الاشتراط في عقد القرض ، وإنما هو شرط في عقد البيع فلا بأس به ، وإن كان محاباة ، وكون ذلك هو السبب في فعل القرض ، وإلا لم يقع من المقرض لا يدرجه تحت أدلة المنع ، كما هو واضح .

ودعوى أن ما دلّ على حرمة جز النفع من الأخبار المرسلة بل قيل العاميّة^(٩) في غاية الفساد ، بعد ما عرفت من اتفاق الفتاوى على مضمونه ، وأنّ في نصوصنا المعتبرة^(١٠) ما هو مثله في الدلالة ، كصحيح محمد بن قيس^(١١) وغيره المتقدمه سابقاً التي هي دليل آخر للمطلوب ، خصوصاً صحيح محمد بن قيس منها ؛ ضرورة أنه مع اشتراط المحاباة في قرض الورق مثلاً قد اشترط زائداً على رة مثلهما ، وقد نهى عنه .

(١) التحرير ٤٥١:٢ .

(٢) كشف الرموز ٥٢٧:٥٣٠ .

(٣) قاله في مفتاح الكرامة ٤٠٥:٤٠٥ . وانظر التنقيح ١٥٤:٢ .

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤٠٥:٤٠٥ .

(٥) الوسائل ١٨:٣٥٤، ٣٥٦، ١٩٦ من الدين والقرض ، ح ٦-٨ .

(٦) جامع المقاصد ٢٦:٢٧ . مجمع الفائدة والبرهان ٦٦:٩ .

(٧) المختلف ٣٠٧-٣٠٠:٣٠٧ .

(٨) انظر الوسائل ١٨:٣٥٢، ١٩٦ من الدين والقرض . و١٦٠، ١٨٦ من الربا .

(٩) الوسائل ٣٥٧١٨، ب ١٩٦ من الدين والقرض ، ح ١١ .

ولا ينافيه خروج اشتراط ما لا نفع فيه عنه ، بعد معلومية كون المراد منه عدم اشتراط الزائد على ذلك ممّا يكون نفعاً للمقرض لا مطلقاً ولو بقرينة ذيله ، والورق فيه لا ريب في إرادة المثال منه لكلّ قرض .
وبالجملة لا ينبغي التأمل في دلالة جميع النصوص السابقة أو أكثرها على حرمة القرض ، ولو أنّ كون الشرط للنفع في عقد آخر مسوّغاً لذلك لجاز اشتراط الهبة والعارية ونحوهما ممّا هو معلوم العدم نصّاً وفتوى .

ولعلّ المسألة من الواضح لا تحتاج إلى إطناب ، بل الداعي إلى هذا القدر من الكلام هو أنّي قد عثرت على تحرير لبعض مشايخنا في هذه المسألة قد ذكر فيه أنّ هذه المسألة من أمّهات المسائل ، بل مهمّاتها ، وأنّه قد كتب هو وغيره فيها رسالة^(١) ، وقد أطنب في المقال مختاراً للحلّ فيها ، بل شدّد التكيّر على القول بالحرمة ، مستنداً إلى :

١ - نصوص : « خير القرض ما جرّ نفعاً »^(٢) .

٢ - ونصوص سلسيل التي قدّمنا شرطاً صالحاً منها في تأجيل المعجل^(٣) .

٣ - وإلى إطلاق العبارات السابقة التي بعضها معاهد الإجماع .

٤ - مضافاً إلى العمومات .

٥ - وإلى ما أورده على ما يقتضي المنع ممّا يعرف جوابه بأدنى تأمل فيما ذكرنا ، كما أنّه يعرف عدم الدلالة في شيء ممّا ذكره من النصوص المزبورة وإن أكثر منها ؛ ضرورة خلّوها عن الاشتراط في عقد القرض ، ولا ريب في أنّه لا بأس به مع عدمه ، والإجماعات السابقة قد عرفت حالها ، والعمومات يجب الخروج عنها ، فليس للجواز حينئذٍ شيء يعتدّ به ، كما أنّه ليس للمنع في شرط القرض بعقد البيع محاباة شيء يعتدّ به ، وإن حكى في المختلف عن بعض من عاصره التوقّف فيه ، بعد أن قال : « المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه إلّا من شدّد أنّه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً »^(٤) .

ولعلّه أراد بـ « من عاصره » المصنّف ، فإنّ المحكي عنه التردّد في ذلك وأنّ له كلاماً واحتجاجاً^(٥) .

وكأنّ ذلك هو الذي دعى الفاضل في المختلف إلى الإطناب في المسألة ، حتى ذكر للجواز خمسة وعشرين دليلاً ، وإن كان جملة منها تكريراً للدليل ، أو لا يرجع إلى حاصل ، وقد اعترف هو بأنّ بعضها ذكرناه للإلزام لا للاحتجاج^(٦) .

والعمدة العمومات في الشرط والبيع ، وإطلاق نصوص الحيلة^(٧) الواردة في حكاية سلسيل وغيرها ، وأنفاق الأصحاب ظاهراً على الجواز ، فإنّ المفيد والمرتضى والشيخ وغيرهم قد نصّوا على ذلك وجعلوا الخلاف فيه للعامة^(٨) ، وأنّه ليس لهم دليلاً

(١) انظر مفتاح الكرامة ٥ : ٣٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ب ١٩ من الدين والقرض ، ج ٤ - ٦ ، ٨ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٥٤ ، ب ٩ من أحكام العقود .

(٤) المختلف ٥ : ٣٠٠ .

(٥) المختلف ٥ : ٣٠٠ - ٣٠٧ .

(٦) حكاية في التفتيح ٤ : ١٥٤ .

(٧) المنتقى ١٠ : ٦١٠ . الانتصار : ٤٤٤ . الخلاف ٣ : ١٧٣ .

(٨) انظر الوسائل ١٨ : ٥٤ ب ٩ من أحكام العقود .

القرض / إذا اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها ٥٥

[إذا اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها]:

المسألة التاسعة: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم

على ذلك، بل نصّ المرتضى والشيخ على الإجماع عليه، بل في المختلف: «أتفاق علماء الإمامية السابقون على الجواز، فإنهم قالوا: لا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك بالنقد والنسيئة، ويشترط أن يسلفه البائع شيئاً في مبيع أو يقرضه شيئاً معلوماً إلى أجل أو يستقرض منه، فيكون حجة؛ لما ثبت من أن إجماع الإمامية حجة»^(١).

وبالجملة كان الإطناب في ذكر كلمات الأصحاب ومعاهد إجماعاتهم وذكر ما يقتضي الجواز من ذلك وغيره خال عن الفائدة؛ لمعلوماته بأدنى ملاحظة، خصوصاً مع عدم ما يقتضي المنع سوى ما ذكره الفاضل في المختلف^(٢) من:

١ - صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم سابقاً^(٣) في مسألة اشتراط النفع في القرض، الذي هو مع خلوّه عن النصّ على المحابة وعن اشتراط ذلك في العقد بلفظ «لا يصح» المشعر بالكراهة.

٢ - وصحيح محمد بن قيس المتقدم^(٤) أيضاً الذي هو مع التأمل دالٌّ على المطلوب لا عكسه، فلا أقلّ من أن يكون خارجاً عنهما.

٣ - وخبر خالد بن حجاج: «جاء الربا من قبل الشروط»^(٥)، وإنما يفسده الشروط الذي هو من القضايا المجملة المفسرة بغيره من النصوص، التي ذكرت في الربا في اشتراط النفع في القرض^(٦)، واشتراط الزيادة في بيع المتساويين^(٧)، ونحو ذلك، وكون البيع محابة نفعاً وهو مشروط في القرض، فيجب أن يكون حراماً، الواضح فسادُه بأنه غير محلّ النزاع؛ إذ الكلام في اشتراط القرض فيه، لا العكس.

ودعوى التلازم بينهما ممنوعة، كوضوح فساد الاستدلال أيضاً بأنه لو جاز اشتراط المحابة في القرض لجاز اشتراط الهبة والعارية؛ لأنّ كلّ واحد منهما عقد لو انفرد لأفاد الحلّ، ومع اشتراطه في القرض يحرم؛ إذ هو أيضاً خارج عن محلّ البحث، وغير ذلك ممّا لا ينبغي صدوره ممّن له أدنى نصيب في العلم. فمن الغريب سطر الفاضل لها في المختلف، وأغرب منها جوابه عن الأخير منها بمنع الملازمة أوّلًا، وبعدم استحالة الثاني ثانياً^(٨).

وخبر محمد بن قيس^(٩) بعد اشتراك روايه بين الثقة وغيره لا يعول عليه؛ ضرورة وضوح فسادُه إن كان المراد التزام جواز ذلك في عقد القرض، وإلا كان خارجاً عمّا نحن فيه، فالتحقيق في الجواب ما عرفت، والله أعلم.

(١) المختلف ٥: ٣٠١.

(٢) المختلف ٥: ٣٠٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٥٦، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ٩، وفيه: «لا يصلح».

(٤) تقدّم في ص ٨.

(٥) الوسائل ١٨: ١٩٠، ١٩١، ب ١٢ من الصرف، ح ١.

(٦) الوسائل ١٨: ١٦٠، ب ١٨ من الربا، ح ١. وانظر ٣٦٠ ب ٢٠ من الدين والقرض.

(٧) انظر الوسائل ١٨: ١٣٧، ١٤٠، ١٥١، ب ٨، و ٩، ١٥ من الربا.

(٨) المختلف ٥: ٣١٠.

(٩) الوسائل ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١١.

الأولى [١] . نعم يمكن ثبوت الخيار في المعاملة بها مع عدم العلم [٢] . وإلا [أي إن علم بذلك] فلا فرق بينهما وبينه بل وبين المضاربة على الأقوى ، فرأس المال الدراهم الساقطة دون الثانية ، وقد يحتمل جبر النقص بالربح ، وإلا أنه ضعيف [٣] . وكيف كان فلو تعدّرت فالقيمة وقت التعذّر أو القرض أو المطالبة أو الأداء أو الأعلى بوجوهه على حسب ما تقدّم سابقاً في تعدّرت المثلي ، لكن ينبغي إعطاء القيمة من غير الجنس حذراً من الربا بناءً على عموم جريانه لمثله ، كما هو واضح ، والله أعلم .

[لو قال المقرض للمقترض : إذا مت فأنت في حل] :

المسألة العاشرة : [قيل] [٤] : لو قال المقرض للمقترض مثلاً : إذا مت فأنت في حل كان وصية ولو قال : إن

مت كان إبراءً باطلاً [٥] .

[١] وفاقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين ؛ لإطلاق الأدلة ، وخصوص الصحيحين ^(١) . وخلافاً للصدوق في المقنع ، فأوجب التي تجوز بين الناس ^(٢) ؛ للصحيح أيضاً : « لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس » ^(٣) ، القاصر عن مقاومة السابقين من وجوه ، فيحمل : ١ - على أخذ ذلك بالتراضي بينهما ولم يكن فيه ربا ، بل قد يرجّح للمستقرض الدفع للإحسان . ٢ - أو على إرادة قيمة الأولى إذا فرض تعدّرها . ٣ - وربّما حمل على مهر الزوجة أو ثمن المبيع ، وفيه مع خروجه عن الظاهر أنّ حكمهما حكم القرض .

[٢] لأنّه كالعيب بالنسبة إلى ذلك .

[٣] لعدم كونه نقصاً في رأس المال ، وإنّما هو نقص في قيمته بسبب من غير التجارة .

[٤] قال الفاضل ^(٤) وغيره .

[٥] تعلّقه على الشرط ، ووافقه على الأولى في الدروس ، ونسب الثاني إلى القليل ، وقال : « الأقرب العمل بقصده » ^(٥) .

ولعل وجه الفرق بين إن وإذا ، أنّ « إذا » ظرف في الأصل وإن عرض لها معنى الشرط ، فكأنّه قال : وقت موتي أنت في حلّ ، وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه ، فلا تعليق فيصحّ ، وإن « حرف شرط مقتض للشكّ في كونه إبراء ، ومتى كان المعلق عليه مشكوكاً فالمعلق أولى ، ولا يضرّ كون الموت بحسب الواقع مقطوعاً ؛ لأنّ الاعتبار في عدمه بالصيغة الواقعة إبراء . فمتى لم تكن واقعة على وجه الجزم لم تكن صحيحة . لكن قد يناقش أولاً : بأنّ الوصيّة قد تقع بلفظ إن ، كما صرح به الفاضل في وصايا الكتاب ^(٦) ، فمع قصد الوصيّة من الفرض لم يكن به بأس . ودعوى أنّ الشارع وضع « إذا » في انشاء الوصايا دون « إن » كما عن حواشي الشهيد ^(٧) غير ثابتة . وثانياً : إنّ المتّجه البطلان مع قصد الإبراء دون الوصيّة ولو بلفظ « إذا » للتعليق الممنوع . ودعوى أنّه مع الجهل بالقصد يحمل الأوّل على الوصيّة ، والثاني على الإبراء المعلق ، أمّا لو علم إرادة الوصيّة منهما صحّ فيهما ، كما أنّه لو علم إرادة الإبراء المعلق فسد فيهما ، يمكن منع شهادة العرف بذلك ، وأنّه لا يفرق بينهما ، كما لا يخفى فتأمّل ، والله أعلم .

(١) الوسائل ١٨ : ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ب ٢٠ من الصرف ، ح ٤ ، ٤ . (٢) المقنع : ٣٧٠ ، القواعد ٢ : ١٠٦ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٠٦ ، ب ٢٠ من الصرف ، ح ١ . (٤) الدروس ٣ : ٣٢٣ .

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٦١ . (٦) الوسائل ١٨ : ٤٤٤ . (٧) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٦١ .

[الصحيح أنه لو قصد الوصية من القرض لم يكن به بأس، سواء كان بلفظ «إن» أو لفظ «إذا»].

[والمستجيب البطلان مع قصد الإبراء دون الوصية ولو بلفظ «إذا»].

[حكم الاقتراض إن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء:]

المسألة الحادية عشر: [الظاهر] [١] جواز الاقتراض وإن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء لو

طوب [٢].

[١] [إذا] الظاهر من النصوص والفتاوى [ذلك].

[٢] خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح فحرمه^(١)، ولعله لموثق سماعة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل متى يكون عنده الشيء يتبخل به وعليه دين أيطعم عياله حتى يأتي الله عز وجل بميسرة فيقضي دينه، أو يستقرض على ظهره في خبث الزمان وشدة المكاسب، أو يقبل الصدقة؟ قال: يقضي بما عنده دينه، ولا يأكل من أموال الناس إلا وعنده ما يؤدي إليهم حقوقهم، إن الله عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، ولا يستقرض على ظهره إلا وعنده وفاء، ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة واللقمين التمرة والتمرتين، إلا أن يكون له ولي يقضي دينه من بعده، ليس ممّا من مَيّت يموت إلا جعل الله له ولياً يقوم في عَدَّتِهِ [ودينه]، فيقضي عَدَّتَهُ ودينه»^(٣). ولكنه مع شهادة ذيله بخلاف قوله في الجملة غير مقاوم للإطلاقات المعتمدة بإطلاق الفتاوى، مضافاً إلى خبر موسى بن بكر قال: قال لي أبو الحسن عليه السلام: «من طلب هذا الرزق من حله ليعود به على نفسه وعياله كان كالمجاهد في سبيل الله عز وجل، وإن غلب عليه فليستدن على الله عز وجل وعلى رسوله ما يقوت به عياله، فإن مات ولم يقضه كان على الإمام قضاؤه، فإن لم يقضه كان عليه وزره، وإن الله عز وجل يقول: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْعَارِمِينَ﴾^(٤) وهو فقير مسكين مغرم»^(٥)، ونحوه غيره.

بل روي أيضاً: «أن من استقرض في حق أجل سنة، فإن اتسع وألا قضى عنه الإمام عليه السلام»^(٦).

وخبر أبيوب بن عطية الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله يقول: «كان رسول الله ﷺ يقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه وإن ترك مالا فلوارث ومن ترك ديناً أو ضياعاً فإني وعلي»^(٧)، والضياع بالفتح العيال، ونحوه غيره.

وخبر أبي موسى قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك يستقرض الرجل ويحب، قال: «نعم، قلت: يستقرض ويتزوج، قال: نعم، إنه ينتظر رزق الله غدوة وعشية»^(٨).

إلى غير ذلك ممّا هو دالٌّ بإطلاقه وغيره على الجواز.

(١) الكافي: ٣٣٠.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) أورد صدره في الوسائل ١٨: ٣٢٥، ب ٤ من الدين والقرض، ح ٣، وذيله في ٣٢١، ب ٢، ح ٥.

(٤) التوبة: ٦٠.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٣٦، ب ٩ من الدين والقرض، ح ٢، وفيه: «فإن غلب» فهو فقير «بدل وإن غلب» وهو فقير.

(٦) الكافي ١: ٤٠٧، ح ٩.

(٧) الوسائل ٢٦: ٢٥١، ب ٣ من ولاء ضمان الجبرية، ح ١٤.

(٨) الوسائل ١٨: ٣٢٣، ب ٣ من الدين والقرض، ح ١.

بل ينبغي القطع به مع علم المقرض بذلك [١] . وعلى كل حال فـ [الظاهر] [٢] الاكتفاء بالولي وإن لم يكن يجب عليه الوفاء [٣]] وتجاوز الاستدانة لغير الواجب من الواجب] .
[دين المملوك]:

(المقصد السادس): من المقاصد التي استدعاها النظر في السلف (في دين المملوك) لكن ينبغي أن يعلم أولاً: أنه (لا يجوز للمملوك) فضلاً عن غيره (أن يتصرف في نفسه بآجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلّا بأذن سيده ولو حكم له بملكه) [٤] . بل لا يبعد عدم جواز التصرف له في نفسه لنفسه بما يزيد على ضروريات تعيشه، وما علم من السيرة وغيرها عدم تسلط المولى على منعه منها من بعض حركات بدنه ونحوها كالعلم بعدم توقّف الرخصة في بعض الأفعال له على إذن السيد . بل الظاهر أنّها رخصة شرعية حتى ينهأ السيد عنها فيجب امتثالها حينئذٍ، لكن المراد بعدم جواز ما في المتن - إذا كان الواقع العقد خاصة - عدم ترتّب الأثر عليه، فهو فضولي حتى لو قلنا بحرمته مباشرة العقد من دون إذن سيده، باعتبار أنّه تصرف في لسانه المملوك للسيد من غير إذنه، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من صلاحية العقد للتأثير مع الإجازة، ومنه يتقدح صحة عقد العبد للغير

[١] فلا بأس حينئذٍ بحمل الخبر المزبور على نوع من الكراهة، أو على الاقتراض مع العزم على عدم الوفاء، أو غير ذلك .

[٢] [كما] هو دالٌّ على [ذلك] .

[٣] كما أفتى به الشيخ في النهاية^(١) . ومن الغريب مناقشة ابن ادریس له بعدم وجوبه عليه^(٢) مع عدم قوله به . اللهم إلّا أن يريد عدم جواز الاقتراض اعتماداً على الولي الذي لا يجب عليه الوفاء، وحينئذٍ يكون اجتهداً في مقابلة النصّ، كقوله بعدم جواز الاستدانة لغير الواجب من الحجّ، الذي قد عرفت تصريح الخبر به . قال في السرائر: « لا يجوز للإنسان أن يستدين ما يصرفه في نفقة الحجّ إلّا بعد أن يكون الحجّ قد وجب عليه لوجود شرائطه، ويكون له مال إذا رجع إليه قضى منه دينه، وما ورد من الأخبار^(٣) في جواز الاستدانة للنفقة في الحجّ محمول على ما ذكرناه وحزّره، لا على من لا يكون الحجّ قد وجب عليه، ولا يكون له مال إذا رجع إليه قضى منه دينه؛ لأنّ هذا لا يجب عليه الحجّ وهو على هذه الصفة، وإذا كان كذلك لا يجب عليه، فلا يجوز أن يستدين ليفعل ما لا يجب عليه . »

ويمكن أن يريد بعدم الجواز الكراهة، خصوصاً مع ذكره قبل ذلك: « أنّ الأولى للمختار أن لا يستدين إلّا إذا كان له ما يرجع إليه فيقضي به دينه، فإن لم يكن له ما يرجع إليه فقد روي^(٤) أنّه إن كان له ولي يعلم أنّه إن مات قضى عنه قام ذلك مقام ما يملك » إلى أن قال: « فإذا خلا من الوجهين فإنّه يكره له الاستدانة، وليس ذلك بمحظور إذا كان عازماً على القضاء منفقاً في الطاعات والمباحات »^(٥)، وهو صريح فيما قلنا، فمن الواجب حمل كلامه على ما ذكرناه، والله أعلم .

[٤] لما عرفته سابقاً من كونه مجبوراً عليه، وآتاه لا يقدر على شيء .

(١) النهاية: ٣٠٤ .

(٢) السرائر ٢: ٣٠-٣١ .

(٣) انظر الوسائل ١١: ١٤٠، ب ٥٠ من وجوب الحجّ .

(٤) الوسائل ١٨: ٣٢١، ب ٢ من الدين والقرض، ح ٥ .

حتى مع نهي السيد له ، فضلاً عن الوقوع بغير إذن [١] ، لكن لا يخلو من تأمل [٢] ، بل لا يخلو المنع في المتن وغيره من تأمل أيضاً ؛ لا بتناؤه على الحجر عليه حتى في الذمة التي يتبع بها بعد العتق ، وإلا لم يتجّه منعه من الضمان التبصري ونحوه الذي لم يتوقف على ملك أو تملك غير صالح للعبد [٣] . لكن يقوى في النظر المنع [٤] . نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذي يقوم مقام العارية له ، بناءً على صحتها له من دون إذنه ، كما هو الظاهر . بل قد يقال بجواز الإباحة المضمونه بالتلف له [٥] .

(وكذا) لا يجوز له التصرف (إذا^(١) أذن له المالك أن يشتري لنفسه) [٦] .

فيعق الشراء له باطلاً ، بل الظاهر بطلانه للسيد أيضاً [٧] . [نعم قد يقال بصحته ووقوعه للسيد] .

[١] إذ أفصاه الإثم في التلطف بذلك ، وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر .

[٢] وعلى تقديره لا تثمر في صحته الإجازة ، كما هو واضح .

[٣] وفي ثبوت دليل له غير الآية^(٢) التي قد سمعت البحث فيها سابقاً لا يخلو من بحث ، ولعلّه لذا كان خيرة الفاضل في التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيد^(٣) .

[٤] لظاهر الفتاوى وغيره .

[٥] للأصل السالم بلا معارض ، وليس ذلك قدرة للعبد ، بل قدرة للحز على ماله ، فتأمل جيداً ، والله أعلم .

[٦] لما عرفته سابقاً من استحالة ملكه شرعاً فإذنه له فيه كعدمها .

[٧] لعدم إذنه بالشراء له . ودعوى أنّ الشراء لنفسه قد تضمن أمرين : الإذن في الشراء وتقييده بكونه لنفسه فإذا بطل المقيد بقي المطلق ؛ لأنّ المطلق جزء المقيد فيقع للمولى ؛ لأنّه إذن في الابتاع في الجملة واضحة البطلان ؛ لأنّ الإذن إنّما تعلّق بأمر واحد ، وهو المقيد المخصوص بالعبد ، فحيث لم يصحّ كان الابتاع باطلاً ؛ لأنّه غير مأذون فلا يثمر ملكاً للمولى ؛ لأنّه يأذن فيه على هذا الوجه . نعم قد يقال : ليس المراد من ذلك تقييد الشراء بكونه للعبد ، بل هو أشبه شيء بالمقارنات الإفتاقية ، وإنّما المراد الشراء ، فنبتّه حينئذٍ لنفسه لا غية ، والفرض أنّ الشراء مأذون فيه وليس غير السيد يقع له ، فهو كما لو قال السيد لعبده : اشتر لي فاشترى العبد لنفسه فإنّ الظاهر عدم تأثير نيّته ، وكقول القائل لوكيله : اشتر لي بعين هذا المال فاشترى به الوكيل نواباً لنفسه فإنّ الظاهر صحة الشراء ولغو النيّة ، فنيّة العبد هنا لنفسه بعد أن كان غير قابل للتمليك من قبيل نيّة الوكيل نفسه ، مع كون الشراء بعين المال ، بل من قبيل نيّة العبد الشراء للدابة ، بل نحن فيه أشبه شيء بما لو قال القائل : اشتر بعين مالي لزيد كذا ، فإنّه لا ريب في صحة الشراء لصاحب المال وإن نوى المشتري أنّه لزيد إلا أنّه بعد أن كان المالك للمال المجهول ثمناً غيره كانت النيّة لاغية فكذا المقام ، فتأمل جيداً . وعلى ذلك فالتردد حينئذٍ في جواز تصرف العبد ينشأ من اقتضاء الإذن في الشراء لنفسه الإذن في التصرفات وإن بطل الأوّل بتعذر ملكية العبد ، ومن أنّ الإذن له في التصرف إنّما كانت تبعيّة لشرائه لنفسه ، أمّا إذا كان غير مالك فلا إذن ؛ إذ يمكن أن لا يرضى المولى بالتصرف مع فرض كونه المالك ، ولا ريب في أنّه الأقوى .

[ولا ريب في أن أقوى عدم حصول الإذن في التصرف بالإذن بالشراء لنفسه]، بل قد يمنع حصول الإذن في التصرف بالإذن بالشراء لنفسه، وإن قلنا بملكيته التي لا يسوغ له التصرف معها باعتبار كونه محجوراً عليه هذا. (و) لكن في المتن (فيه تردد؛ لأنه يملك وطء الأمة المتباعدة مع سقوط التحليل في حقه) (١).

[١] ولا يخفى عليك أن ما ذكره وجهاً لأحد شقي التردد لا ينطبق على ذلك، ولو حمل على كون ذلك من السيد - ولو بقرينة عدم ملكية العبد - لإرادة انتفاع العبد بما يشتره له لم يتجه التردد حينئذ؛ ضرورة وضوح الجواز.

اللهم إلا أن يكون وجه المنع فيه أن الإذن قد وقعت سابقة على الملك فلا تأثير لها، كما أن وجه الجواز فيه أنه يملك وطء الأمة المتباعدة بالإذن المزبورة مع سقوط التحليل في حقه، بناءً على اقتضائه التمليك الممتنع بالنسبة إليه، مع أنه لا معنى لتحليله أمة الغير؛ إذ الفرض عدم وقوع غير الإذن السابقة، فلم يبق مستنداً لجواز الوطء إلا الإذن السابقة، فإذا أثرت فيه ففي غيره بالأولى، لكن هذا مبني على كون جواز الوطء أوضح من غيره حتى يصح جعله دليلاً بالأولوية.

وعلى كل حال فالعبارة كما ترى، لكن ما في التذكرة قد يومئ إلى ما ذكرنا في الجملة قال: «لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صح، والأقرب أنه لا يملكه العبد، فحينئذ يملكه المولى؛ لاستحالة ملك لا مالك له، ولكن للعبد استباحة التصرف والوطء لو كان أمة لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن» (١)، هذا.

وفي المسالك جعل منشأ التردد كون العبد يملك وطء الأمة المتباعدة يحتمل أمرين معترفاً بوضوح فسادهما (٢) معاً، وفي شرح الترددات لأحد تلامذة المصنف على الظاهر: «إذا أذن المولى لمملوكه في الشراء لنفسه هل يملك بذلك؟ تردد فيه المصنف، ومنشأ النظر إلى عموم قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ (٣)، وقد عرفت فيما مضى أن النكرة في سياق النفي، تعم، وفي الاستدلال بهذه الآية تعسف». إلى أن قال: «والى الالتفات إلى أنه يستبيح وطء الأمة المؤذون له في ابتاعها لنفسه، ولا شيء من الأسباب المبيحة للوطء موجودة هنا إلا التملك فيلزم القول به».

أما الأولى فلأن الأسباب المقتضية للاستباحة العقد وهو منتف، والتحلل وهو منتف أيضاً؛ لافتقاره إلى اللفظ الدال عليه، فلم يبق سوى الملك، وأما الثانية: فظاهرة؛ لاستحالة وجود المملوك من حيث هو ملزوم بدون لازمه، ولو قيل بالمنع من الوطء أصلاً إلا مع صريح اللفظ كان وجهاً، ولقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا؛ إذ الإذن في الشراء مستلزم للإذن في الوطء، وهذا إنما يتأتى على قول من لم يجعل للتحليل لفظاً معيناً (٤).

وهو كما ترى من غرائب الكلام، وما كنا لنؤثر أن يقع ذلك ممن له أدنى نصيب في العلم. وفي القواعد: «ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه - أي المولى - إشكال، وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن» (٥).

وفيه تأييد لما قلناه سابقاً في الجملة، والله أعلم.

(٢) المسالك ٣: ٤٦٤.

(٤) ايضاح ترددات الشرائع ١: ٢٩٠.

(١) التذكرة ١٢: ٦١.

(٣) النحل: ٧٥.

(٥) القواعد ٢: ١٤٠.

وكيف كان (فإذا^(١) أذن له المالك في الاستدانة) لنفسه على حسب إذنه في الشراء له جرى فيه البحث السابق [١] .

نعم إن أذن له في الاستدانة له (كان الدين لازماً للمولى) قولاً واحداً [٢] .
ولا فرق بين أن يقصد المقرض العبد أو سيده ، ولا بين أن يقصد العبد نفسه أو سيده ، ولو صرح المولى للعبد بأن المراد شغل ذمته أي العبد للمولى على معنى كون المال المقرض للسيّد والشغل لذمة العبد كان قرضاً فاسداً يتبع به من استولت يده ، ويستقرّ على المباشر لا تلافه [٣] .
وكذا إن كان أذن له في الاستدانة لنفقته الواجبة على المولى بل وغيرها (إن استبقاه أو باعه) [٤] .

[١] الذي منشاؤه عدم ملكية العبد ، المشترك بين المقامين بعد فرض إرادة الإذن له ، بأن يملك بالاستدانة ، واحتمال أن له شغل ذمته بالإذن وإن كان الذي استدانه ملكاً للمولى ، فإذا رضي المقرض يكون العوض في ذمة العبد المأذون ، ستعرف ما فيه .
[٢] كما في المسالك^(٢) ، وبلا خلاف كما في غيرها ، بل ولا إشكال ؛ ضرورة كونه كالوكيل ، بل هو أولى باعتبار عدم مال للعبد يؤذي منه ؛ إذ هو لا يقدر على شيء .
[٣] وإن كان قد يشكل فيما إذا علم المقرض بالحال وأقدم على ذلك وكان المتلف المولى ؛ لأنه هو الذي ضيع ماله ، فيتبع به العبد بعد عتقه ؛ لعموم « على اليد »^(٣) .
ويدفع بأنّه يلتزم بذلك إذا كان صحيحاً ، فمع فرض الفساد يتجه الرجوع على المولى حتى مع العلم بالفساد كما في غيره من العقود الفاسدة .

[٤] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .
بل عن المذهب الإجماع عليه^(٤) :
١ - للتعليل السابق ، الذي لا فرق فيه بين كون المنتفع العبد أو السيّد ، بعد أن كان هو المأذون للعبد الذي لا يقدر على شيء .
٢ - ولصحيح أبي بصير - وغيره الظاهر في أنّ مدار كون دين العبد على المولى إذنه له فيه - قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه ديناً .
فقال : « إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه ، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ، ويستسعى العبد في الدين »^(٥) .

٣ - وفي خبر شريح : قال أمير المؤمنين عليه السلام : في عبد بيع وعليه دين ؟ فقال : « دينه على من أذن له في التجارة وأكمل ثمنه »^(٦) .

(١) في الشرائع : « فإن » . (٢) المسالك ٣: ٤٦٥ .

(٣) المستدرک ١٤: ٨ ، ب ١ من الوديعه ، ح ١٢ .

(٤) حكاة في الرياض ٨: ٤٦٥ . وانظر المذهب البارع ٢: ٤٧٩ ، وفيه : « قولاً واحداً » .

(٥) الوسائل ١٨: ٣٧٣ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ١ ، وفيه : « عليه دين » بدل « عليه ديناً » .

(٦) الوسائل ٢٣: ٩٠-٩١ ، ب ٥٥ من العتق ، ح ٢ .

٤ - وفي الموثق : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات وترك ديناً وترك عبداً له مال في التجارة و ولدأ وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارته فإن الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقة العبد ؟

فقال : « أرى أن ليس للورثة سبيل على رقة العبد ، ولا على ما في يده من المتاع والمال إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثة ، فإن أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يقوم وما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ، فإن عجز قيمة العبد عن أموال الغرماء ، رجعوا على الورثة فيما بقي لهم إن كان الميت ترك شيئاً ، وإن فضل من قيمة العبد وما كان في يده عن دين الغرماء ردّوه على الورثة » ^(١) .

٥ - وفي خبر أشعث عن الحسن عليه السلام : في رجل يموت وعليه دين [و] قد أذن لعبد له في التجارة وعلى العبد دين ، قال : « يبدأ بدين السيد » ^(٢) .

ومن الإجماع على عدم وجوب البداية يعلم عدم إرادة ذلك من الأمر .

٦ - وفي الرياض الاستدلال عليه بخبر ظريف ببيع الأكفان ^(٣) : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع ؟

فوقع عليه : مال للناس وقد أعطيت به مالا كثيراً ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : « إن بعته لزمتك ما عليه ، وإن أعتقته فالمال على الغلام وهو مولاك » ^(٤) .

٧ - وفي آخر : أن ظريف الأكفاني كان أذن لغلام له في البيع والشراء فأفلس ولزمه دين ، فأخذ بذلك الدين الذي عليه وليس بساوي ثمنه ما عليه من الدين فسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال : « إن بعته لزمتك الدين وإن أعتقته لم يلزمتك الدين ، فاعتقه ولم يلزمه شيء » ^(٥) .

ولا يقدر ما فيهما من اشتراط البيع بعد عدم القائل بالفرق بينه وبين الإبقاء .

بل قيل : إنه أولى ^(٦) . كما أن قصور السند فيهما وغيرهما منجبر بما سمعت من الإجماع المعتضد بعدم الخلاف .

نعم هما مع خبر عجلان - عن الصادق عليه السلام : في رجل أعتق عبداً له وعليه دين ، قال : « دينه عليه ولم يزد العتق إلا خيراً » ^(٧) - حجة القول ، الذي أشار إليه المصنف بقوله [الآتي] .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧٥ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ٥ ، مع اختلاف .

(٢) الوسائل ٢٣ : ٩٠ ، ٥٥ من العتق ، ح ١ .

(٣) الرياض ٨ : ٤٦٥ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٣٧٣ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ٢ ، وفيه : « الناس » بدل « للناس » .

(٥) الوسائل ١٨ : ٣٧٤ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ٣ .

(٦) الرياض ٨ : ٤٦٦ .

(٧) الوسائل ٢٣ : ٩٠ ، ب ٥٤ من العتق ، ح ١ .

(وإن أعتقه قيل: يبقى الدين في ذمة العبد) [١]. (وقيل: بل يكون باقياً^(١) في ذمة المولى، وهو أشهر الروايتين) والقولين [٢].

وكيف كان فقد ظهر لك أنَّ دين العبد إذا كان بإذن مولاه كان لازماً (و) حينئذٍ فـ (لو مات المولى كان الدين في

[١] والقائل به الشيخ في النهاية والقاضي وجماعة على ما حكى، بل لعله ظاهر التذكرة^(٢).

[٢] بل هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً؛ لصحيح أبي بصير^(٣) السابق وغيره، القاصر غيره عن معارضته سنداً ولا جابر، بل ودلالة؛ إذ الأولان^(٤) وإن صرح فيهما بالتفصيل بين العتق وغيره ممّا هو قابل لتخصيص صحيح أبي بصير وغيره، إلا أنّهما لا تصريح فيهما بالتفصيل بالإذن وعدمه الذي صرح به في صحيح أبي بصير، والإذن بالبيع والشرء فيهما أعمّ من الإذن بما تضمّناه من الدين الذي لزم العبد، فتخصيصهما بالصحيح المزبور أولى؛ للشهرة بقسميها، ولقاعدة كون العبد بالإذن في الاستدانة كالوكيل وإن أنفقها على نفسه، ولا تصحّاح ضمان المولى، بناء على أنَّ المشغول مع الإذن ذمة المولى، لأنَّ العبد [هو] المشغول والمولى يجب تأديته عنه، وإلا كان الأصل بالعكس.

ومنه ينقدح ضعف آخر للدعوى، وهو أنّه لم يتجدّد سبب صالح للشغل حال العتق، فهو مرجح آخر أيضاً، مضافاً إلى غير ذلك.

ولا ينافي ما فيها^(٥) من كون الدين على المولى إن باع؛ إذ يمكن كما في الحدائق والرياض كون ذلك للحيلولة بينه وبين أصحاب الدين بالبيع^(٦)، لا من حيث إنّ المال لازم بأصل الإذن في التجارة، والحال أنَّ الإذن لم يحصل في الاستدانة. وفيه:

إنّه لا حيلولة بعد فرض عدم الإذن في الاستدانة؛ ضرورة كونه يتبع به العتق فلا يمنع المالك من بيعه، كما هو واضح. على أنَّ هذا الكلام منافي للاستدلال بهما^(٧) سابقاً على المسألة الأولى المبني على وقوع ذلك من المولى، فلا بدّ حينئذٍ من طرحها في مقابلة ما عرفت، أو حملها على ما ستسمع من حمل نصوص الاستسماء^(٨) عليه في مسألة الإذن له في التجارة دون الاستدانة.

وأما خبر عجلان^(٩) فهو - مع ضعف سنده ولا جابر، واحتمال كون مرجع الضمير المجرور بـ «على» فيه إلى المولى، ولا ينافيه الذيل - مطلق، يقيّده صحيح أبي بصير^(١٠).

ولو سلّم كون التعارض بينهما من وجه أيضاً كان الترجيح له بما عرفت سابقاً، فتأمّل جيّداً.

(١) السرائر ٢: ٥٨.

(٢) النهاية ٣١١. نقله عن القاضي المختلف ٥: ٣٨٦، التذكرة ١٣: ٦١.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٧٣، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ١.

(٤) (٥) (٧) المصدر السابق: ٣٧٣، ٣٧٤، ح ٢، ٣.

(٦) الحدائق ٢٠: ٢١٨، الرياض ٨: ٤٦٧.

(٨) الوسائل ١٨: ٣٧٤-٣٧٦، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ٤-٦.

(٩) تقدّم في ص ٦٢.

(١٠) الوسائل ١٨: ٣٧٣، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ١.

تركته ولو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم) [١].

(وإذا أذن له في التجارة اقتصر على موضع الإذن، فلو أذن له بقدر معين) أو زمان أو مكان أو جنس كذلك (لم يزد^(١)) عليه، كما في كلٍّ محجور عليه [٢]. ولو أطلق له التجارة اقتصر على ما يستفاد منها، ولعله مختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، نعم لا يدخل التزويج فيها قطعاً ولا الصدقة، بل [٣] قيل: [٣] ولا إجارة نفسه. وأما إجارة رقيقه ودوابه ففي دخولها نظر [٤]. والمرجع في ذلك كله إلى العرف، ولا يثبت كونه مأذوناً بقوله، بل بالسماح أو البيئة. وقيل: [٥] أو الشباع [٦].

لكن قد يشكل إذا كان المراد منه ما يفيد الظن المتأخم، وأنه يحكم به على المولى إن أنكر [٧].
نعم لا بأس بجواز الإقدام به [= الشباع] على المعاملة وإن كانت الدعوى - لو أنكر السيد - باقية.

[١] كما دلَّ عليه الموثق السابق^(٢)، بل في المسالك: «إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه، وإلا فالجميع غرماء المولى»^(٣)، وإن كان لا يخلو من بحث إلا أن الحكم لا إشكال فيه، وخبر البداية^(٤) - مع قصور سنده جداً - مطرح أو محمول على ما ذكرناه. وربما أول بتعميم دين السيد لدين عبده، والبدأ بالنسبة إلى الإرث والوصايا، وبالحمل على صورة الإذن في التجارة دون الاستدانة، فيخص حينئذ دين السيد بدين نفسه دون عبده، ويجعل الأمر بأداء دين العبد المفهوم بالابتداء بدين السيد للاستحياب، فلا منافاة ولا بأس به وإن كان ما ذكرناه سابقاً أولى، والله أعلم.

[٢] وفي التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٥)، وما عن القاضي من أنه «إذا أذن له يوماً... فهو مأذون أبداً حتى يحجر عليه»^(٦) في غاية الضعف، كقول أبي حنيفة بحصول الإذن من السيد بمجرد عدم نهيهِ، بل قال: «لو أذن له في القاصرة أو الصبي صار مأذوناً في كلِّ تجارة»^(٧)؛ إذ لم تعرف له مستنداً في شيء من ذلك، بل أصول المذهب تقضي بخلافه؛ ضرورة عدم استفادة الإذن من السكوت فيما سكت عنه ولا في غيره.

[٣] [قاله] في الدروس^(٨).

[٤] من عدم انصراف لفظ التجارة إليها، ومن أن التاجر ربما فعلها، واستقر به في الدروس^(٩)، وفي القواعد: «الأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة»^(١٠)، وعن القاضي «أنه يؤجر نفسه ويستأجر غيره ويزارع ويستأجر الأرض»^(١١).

[٥] [قاله] في الدروس^(١٢).

[٦] وفي القواعد: أنه الأقرب^(١٣).

[٧] بعدم الدليل، بل قيل: إنَّه لضعفه لا يثبت به الملك الذي بيد شخص فكيف يحكم به على المولى^(١٤)؟!

(٢) الوسائل ١٨: ٣٧٥، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ٥.

(٤) الوسائل ٢٣: ٩٠، ب ٥٥ من العتق، ح ١.

(٦) نقله في المختلف ٥: ٤٣٥.

(٨) (٩) الدروس ٣: ٣١٦.

(١١) نقله في المختلف ٥: ٤٣٤.

(١٤) جامع المقاصد ٥: ٢١١.

(١) في الشرائع: «لم يزد».

(٣) المسالك ٣: ٤٦٦.

(٥) التذكرة ١٣: ٦٤.

(٧) بدائع الصنائع ٧: ١٣٧.

(١٠) (١٣) القواعد ٢: ١٤٠.

(١٢) الدروس ٣: ٣١٧.

[وهل يكفى بخبر العدل؟] [١] [مقتضى الاحتياط عدم الاكتفاء بذلك].

وكيف كان فيجوز أن يحجر عليه وإن لم يشهد [على حجره] [٢]. إنما الكلام في الحجر عليه بذلك [= بمجرد الحجر] أو إلى أن يبلغ كالوكيل ولو اختلف المولى والمعامل في تقدّم الحجر على المعاملة وتأخره عنها كان القول قول المعامل إذا كان صورة الدعوى أن الحجر قد وقع في غيب المعامل أنكر ذلك.

ولتمام الكلام في ذلك محل آخر. ولو قال: حجر علي السيد لم يعامل [٣].

ويقبل إقرار المأذون في الدين مطلقاً أو للتجارة إذا أقرب به لها، وإن كان لأبيه أو ابنه [٤].

نعم هو كذلك [= يقبل إقراره] لو كان بغير المأذون فيه؛ إذ هو كغير المأذون الذي لا يقبل إقراره على سيده

بمال أو قصاص أو غيرهما.

[وأما تعلقه بذمته] [٥] فالأقوى تبعيته به بعد العتق، كما أن الأقوى قبول إقراره بالجنابة الموجبة قصاصاً أو

[١] بل في جامع المقاصد: «لا يبعد الاكتفاء بخبر العدل؛ إذ الأصل في خبر المسلم الصحة وقد تأكد بالعدالة، بل لو أخبر من أثمر خبره [الظن] أمكن القبول؛ إذ ليس ذلك بأقل من خبر مدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله، وليس بأقل من خبر الصبي بالهدية، ولو أظفر بموافق على هذا لم أعدل عنه»^(١). قلت: بل مقتضى ما ذكره الاكتفاء بدعوى العبد التي لا معارض لها. لكن لا يخفى عليك أن الاحتياط يقضي بخلاف ذلك وإن كانت السيرة بما ذكره.

وفي التذكرة: الأقرب عندي عدم قبول الشيعاء^(٢).

[٢] وعن القاضي: أنه «لابد من إشاعته في سوقه وعلم الأكثر، ولا يكفي علم الواحد، بل للواحد السامع الحجر معاملته؛ لعدم تمام الحجر»^(٣). ولا ريب في بعده.

[٣] بل في الدروس وإن أنكر السيد؛ لأنه المتعاطي للعقد^(٤)، واحتمله في القواعد^(٥).

وفيه نظر؛ لأن الحجر فعل السيد وحق له، والشرط في صحة العقد القصد إليه لا القصد إليه من حيث كونه صحيحاً؛ ولذا جاز المتعة بالمرأة المخالفة وشرائه الغائب ممن لا يرى جوازه من العامة وغير ذلك، ومن هنا قال في التذكرة: مذهبنا الجواز^(٦) [مع انكار السيد الحجر] بعد أن حكى عن أحد وجهي الشافعية خلافه^(٧).

[٤] خلافاً لأبي حنيفة فلم يقبله لهما^(٨)، وما في التذكرة: «من أن المعتمد عدم قبول إقراره بديون المعاملة»^(٩) يمكن أن يريد مع عدم الإذن، وإلا كان واضح الضعف.

[٥] بل في القواعد: «هل يتعلق بذمته؟ نظر»^(١٠)، وإن كان ضعيفاً؛ لمعوم جواز إقرار المعتلاء^(١١).

(١) جامع المقاصد ٥: ٢١١.

(٢) نقله في الدروس ٣: ٣١٧.

(٣) القواعد ٢: ١٤٠.

(٤) المبوط (للرخسي) ٢٥: ٨٠.

(٥) القواعد ٢: ١٤٠.

(٦) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ب ٣ من الأقراء، ح ٢. المستدرک ١٦: ٣١، ب ٢ من الأقراء، ح ١.

(٧) التذكرة ١٣: ٧٤.

(٨) الدروس ٣: ٣١٧.

(٩) روضة الطالبين ٣: ٢٢٥.

(١٠) التذكرة ١٣: ٦٩.

مألو صدقه المولى ، بل ينبغي القطع به [١] . ولو أذن السيد لعبده في المعاملة بمقدار كذا ودفع إليه مالا ليتجر به فعاد ويده أعراض يدعي أنه شراها في ذمته وأن دينها باق ، وأنه قد تلف ما كان بيده وأنكر السيد ذلك [٢] .

[أمكن القبول بعد فرض الإذن بالشراء بالذمة] ، ولو أذن له السيد في التجارة بمقدار كذا ولم يدفع إليه شيئاً فعاد ، ويده أعراض يدعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن ، وأنكر السيد ، فالأقوى قبول إقراره [٣] .

نعم لو أقر العبد المأذون بأن ما في يده ملك لفلان ودعية أو غصباً ونحوهما ففي القبول إشكال [٤] .

ولعل الثاني [أي عدم القبول] لا يخلو من قوة ، ولو اشترى المأذون للتجارة [ففي مطالبتة بالثمن بحث] [٥] . نعم لو طوّل السيد جاز قطعاً . (ولو أذن له السيد في الابتياح انصرف إلى النقد) [٦] .

[١] للعموم المزبور ، ومانعية السيد قد ارتفعت بتصديقه .

[٢] ففي جامع المقاصد : أن قبوله مستبعد جداً^(١) . وفيه : أنه يمكن القبول بعد فرض الإذن بالشراء بالذمة .

[٣] نظراً : ١ - إلى كونه أميناً . ٢ - وإلى شهادة الحال . ٣ - ومقتضى الإذن . ٤ - ولتضرر معاملته إن لم يقبل . واحتمل في جامع المقاصد العدم ؛ لعدم حجية شهادة الحال ، والضرر يدفع بالإشهاد ، قال : « وليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل »^(٢) . وفيه : منع عدم قبول إقرار الوكيل في مثل ذلك .

[٤] كما في جامع المقاصد أيضاً من أنه كالوكيل ، ومن أن ما بيده لمولاه^(٣) .

[٥] ففي الدروس : « طوّل بالثمن وإن علم البائع كونه مأذوناً ، بخلاف الوكيل ... فإنه عرضة للزوال يعزل نفسه »^(٤) . وفيه بحث ، بناءً على ما سمعته سابقاً من المسالك وغيره .

[٦] وإن كان الأمر بالكلّي ليس أمراً بجزيّ معيّن ، بل مقتضاه التخيير ، إلا أن النسبية لما كانت أمراً زائداً على الابتياح - إذ هي إنما تكون بالشرط - لم يكن الإذن فيه إذناً بذلك كغيره من الشرائط ، بخلاف النقد ، فإنه ليس زائداً على طبيعة الابتياح . ولعل هذا أولى مما أجاب به الفاضل - لما أورد عليه قطب الدين الرازي بما سمعت : من اقتضاء الأمر بالكلّي التخيير - من « أن البيع أعم فلا يدل على النسبية باحدى الدلالات الثلاث »^(٥) ؛ إذ فيه أولاً : أنه معارض بالنقد ، وثانياً : بأن عدم دلالة على النسبية بالخصوص لا ينافي التخيير المزبور كما في سائر ألفاظ الكلّي ، وثالثاً : ما أورد عليه القطب من : « أنه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين » . اللهم إلا أن يريد ما ذكرناه سابقاً ، لكن المحكي عنه أنه عدل عن هذا الجواب إلى جواب آخر ، وهو أنه « اختص النقد بواسطة قرائن خارجة عينية ، وهي الإضرار بالمولى في النسبة بثبوت شيء في ذمته ، بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال ، أو لا غرض له فيه »^(٦) . وفيه : منع الإضرار في سائر الأحوال ، وربما يكون له غرض وصلاح ، على أن محل البحث مع التجرد عن القرائن ، وإلا فهي لا ينضبط ، وقد يكون الإذن في الابتياح من دون أن يدفع إليه شيء . وبالجملة لا محيص عما ذكرناه سابقاً ، الذي يؤيده في الجملة موثق الساباطي المروي في كتاب النكاح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من آخر جارية بثمن مسمى ثم افترقا ، قال : « وجب البيع ، وليس له أن يطأها وهي عند صاحبها حتى يقبضها أو يعلم صاحبها ، والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد »^(٧) فتأمل .

والبحث في البيع كالبحث في الإبتاع .

(ولو أطلق له النسبثة كان الثمن في ذمة المولى) [١] ، (و لهذا (لو تلف الثمن) الذي دفعه إليه (لزم) المولى عوضه) [٢] .

وليس المراد الثمن المعتبر ؛ لأنّ تلفه يبطل البيع ، فلا يلزم المولى عوضه ، من غير فرق بين تلفه بتفريط وغيره ، هذا .

(وقيل) [٣] [أنّه لو لم يكن السيّد أذن بالشراء في الذمة فاشتري بها ثمّ تلف الثمن الذي دفعه إليه لم يلزم السيّد بدله] .

(و) كيف كان فـ (إذا أذن له في التجارة لم يكن ذلك إذناً لمملوك المأذون) بناءً على أنّه يملك أو أنّ المراد من

[١] لأنّه كالوكيل عنه .

[٢] لأنّ تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيّد .

[٣] [قاله] في المسالك : « لو لم يكن السيّد أذن بالشراء في الذمة فاشتري بها ثمّ تلف الثمن الذي دفعه إليه لم يلزم السيّد بدله ، وحينئذٍ فإن تبرّع السيّد ودفع ثانياً صحّ العقد له ؛ لأنّ العبد حينئذٍ كالفضولي للسيّد والبيع وقع له ، فإذا دفع الثمن صحّ له ، وإلا ففسخ البائع العقد »^(٢) .

وقد يشكّل بأنّه إن أجاز المولى لم يكن للبائع الفسخ ، وإلا انفسخ البيع لنفسه ، وليس للبائع إبقاء العقد راضياً بكون الثمن في ذمة العبد يتبعه به بعد العقد ؛ إذ ليس للعبد ذمة يشغلها اختياراً بمعاوضة من دون إذن السيّد ، بل ومع إذنه ، لا لأنّ المعاملة سفهية ؛ إذ يمكن اقترانها بما يخرجها عن السفه ، بل لاقتضاء ذلك كون المبيع ملكاً للسيّد ؛ لأنّ العبد لا يملك على الأصحّ والثمن على العبد فيملك المثلّ حينئذٍ من لا يملك عليه الثمن ، وذلك في المعاولات غير جائز .

اللهمّ إلا أنّ يدعى خروج القرض عن هذه القاعدة باعتبار عرضيّة عدم ملك العبد ، وأنّ ذمة العبد للسيّد ، باعتبار تسلّطه على الحجر عليها ، لكن ظاهر أصحابنا عدم ذلك ، من غير فرق بين العبد وغيره .

نعم تستمع ما في التذكرة في خصوص الضمان ، ويمكن أن يكون ما سمعته من المسالك مأخوذاً ممّا في التذكرة ، قال : « لو أسلم إلى عبده ألفاً للتجارة ... فاشتري في الذمة على عزم صرف الألف في الثمن فالأقرب أنّه لا يجب على المولى دفع البدل ؛ لأنّه أذن بالمعاملة بما دفعه ، وهو ينصرف بالشراء بالعين ، لكن السيّد إن دفع ألفاً آخر مضى العقد ، وإلا فللبائع فسخ العقد ، وهو أحد أقوال الشافعية ، والثاني : أنّه يفسخ العقد ، كما لو اشترى بألفين ؛ لأنّ المولى حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف وقد فات محلّ الإذن فبطل البيع ، والثالث : أنّه يجب على السيّد ألف آخر ؛ لأنّ العقد وقع له والثمن غير متعين فعليه الوفاء بإتمامه ، ولا بأس به إن كان السيّد قد أطلق له ذلك ، بل هو المعتبر حينئذٍ ، وإلا فالوجه ما قلناه »^(٣) .

ولعلّ مرادهما بقرينة مقابلة وجوه الشافعية الفضولي ، لا أنّ له الفسخ وعدمه مع فرض عدم إجازة السيّد ، والله أعلم .

هو في خدمته من عبيد السيّد مجازاً، باعتبار صدق الإضافة بأدنى ملابسة .
وعلى التقديرين فليس الإذن له في التجارة إذنأله (لافتقار التصرف في مال الغير إلى صريح الإذن) أو كالصريح [١] . بل ليس للمأذون استنابته ، كما أنه ليس له استنابة غيره [٢] .
نعم قد تقضي القرائن في بعض الأحوال أن المراد من الإذن في التجارة ما يشمل الحاصل منها بالوكالة ، خصوصاً إذا كان الوكيل أحسن نظراً من المأذون ، وربما يؤدي نظر المأذون إلى الاعتماد على نظر بعض الأشخاص ومباشرة الشراء له ، كما هو واضح ، والله أعلم .
(ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة) ناصاً على ذلك أو مقتصرأ في الإذن على ما لا يشملها (فاستدان وتلف المال) في يده (كان لازماً لذمة العبد) يتبع به بعد العتق الذي هو حال التمكن من الأداء [٣] . (و) إن كان قد (قيل) [٤] : إنه (يستسعى) العبد (فيه معجلاً) [٥] .

[١] وليس هذا منه لغة ولا شرعاً ولا عرفاً .

[٢] لأن الإذن في التجارة إنما وقعت له ، وهي لا تقتضي إذنأ في التوكيل الذي لا يدخل تحت اسم التجارة .

فما عن أبي حنيفة من أن للمأذون أن يأذن لعبيده في التجارة^(١) واضح الضعف .

[٣] على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك^(٢) ؛ لوجود سبب الضمان بالنسبة إليه دون سيّده ، فيبقى الباقي على أصالة براءة ذمّته ، بل الظاهر الإجماع على عدم اشتغالها .

[٤] والقائل الشيخ في النهاية^(٣) .

[٥] ١ - للفرور بالإذن بالتجارة الذي من الواضح منعه بحيث يستلزم الرجوع .

٢ - ولصحيح أبي بصير^(٤) المتقدم أنفأ المحمول - كما في الرياض^(٥) :

أ - على علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنه ، الظاهر في حصول الإذن منه له بالفحوى ، ولا كلام فيه .

ب - أو على الاستسعاء برضا المولى ، كما أفصح عنه خبر روح بن عبد الرحيم عن الصادق عليه السلام : في رجل مملوك استجره مولاه فاستهلك مالا كثيراً ، فقال : « ليس على مولاه شيء » ، ولكنّه على العبد ، وليس لهم أن يبيعه ، ولكن يستسعى ، وإن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد^(٦) .

ونحوه خبر أبي بصير لكن سؤاله : رجل استأجر مملوكاً ، وفي ذيله : « وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء » ، ولا على العبد شيء^(٧) بدل قوله في هذا الخبر : « وإن حجر عليه ... إلى آخره » ، بل في الوافي : أنه « يشبه أن يكون الخبران واحداً وقع في أحدهما تصحيف^(٨) » . والأمر سهل .

(١) بدائع الصنائع ٧ : ١٩٧ . (٢) الخلاف ٣ : ١٧٩ - ١٨٠ .

(٣) النهاية : ٣١١ . (٤) الوسائل ١٨ : ٣٧٣ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ١ .

(٥) الرياض ٨ : ٤٦٩ . (٦) الوسائل ١٨ : ٣٧٤ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ٤ .

(٧) الوسائل ١٩ : ١١٤ ، ب ١١ من الإجارة ، ح ٣ .

(٨) الوافي ١٨ : ٨١٢ ، ذيل الحديث ٩ .

جـ - أو على تقييد الاستسعاء بعد العتق .

وإن كان قد يخدش الأول : بأنه مناف لإطلاق الصحيح^(١) المزبور أولاً ، وبأنه لا دليل غير الصحيح على أن حكم إذن الفحوى ذلك واستفادته منه ، بعد عدم الشاهد ، وعدم ظهوره فيه كما ترى ، وموثق وهب عن أبي جعفر عليه السلام : سألته عن مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه ؟ قال : « يستسعى فيما عليه »^(٢) .

إنما هو فيما كان في أصل التجارة ، ولعله لا يقول به الخصم ، فالتوجه حينئذ إلحاقها أي الفحوى بالإذن الفعلية أو العدم ، بل الظاهر الإلحاق فيما فرضه منها من علم المولى وعدم المنع ؛ ضرورة كونه رضاء فعلياً بعد تسليم أنه فحوى ، فلم يفقد إلا التصريح بالمعلوم عدم دوران الحكم مداره .

والثالث : بأنه لا يجب الاستسعاء بعد العتق ؛ إذ هو حينئذ كغيره من افراد المعسر الذي ينتظر إيساره .
والثاني : بإمكان كون المراد من قوله : « وإن حجر ... إلى آخره »^(٣) أنه لا شيء لهم عليه ولا على مولاه إن كان قد أدانوه مع تحجير مولاه عليه .

اللهم إلا أن يدعى أن الظاهر الأول ، ولا ينافيه الاحتمال .
وفيه منع ، بل لعل الظاهر ما ذكرناه [وهو أنه يستسعى العبد لو كانت الإذانة مع عدم الحجر عنها] وإن جزم بالأول في الحقائق^(٤) ، وقيد الصحيح المزبور^(٥) به حينئذ .

لكن في المسالك حمل الصحيح المذكور على الاستدانة للتجارة قال : « ويشكل بأن ذلك [= الدين] يلزم المولى من سعي العبد وغيره ، والأقوى أن استدائنه لضرورة التجارة إنما يلزم ممّا في يده ، فإن قصر استسعى في الباقي ، ولا يلزم المولى من غير ما في يده ، وعليه تحمل الرواية »^(٦) .
وفيه :

أولاً : أن الرواية لا تقبل ذلك بعد تعليق السعي فيها على عدم الإذن .
وثانياً : أنه لا دليل على تقييد ضمان المولى بما في يد العبد مع فرض الإذن ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً موثق زرارة^(٧) منها ، فلا ريب في أن المتجه مع الإذن ضمان السيد مطلقاً .
ولعل الأولى من ذلك كله حمل نصوص الاستسعاء على المأذون إذ لا يراد منها إلا رفع الحجر عنه والإثم عليه ، لا أن المراد منها الإذن التي تشبه الوكالة ، فتأمل جيداً .

(١) (٥) الوسائل ١٨ : ٣٧٣ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٧٦ ، ج ٦ .

(٣) المصدر السابق : ٣٧٤ ، ح ٤ .

(٤) الحدائق ٢٠ : ٢١٩ - ٢٢٠ .

(٦) المسالك ٣ : ٤٦٨ .

(٧) الوسائل ١٨ : ٣٧٥ ، ب ٣١ من الدين والقرض ، ح ٥ .

ثم إن [الظاهر] [١] عدم الفرق بين علم المدين بحاله وعدمه [٢].

نعم لو مات العبد قبل العتق أنتجه الضياع، مع أن الظاهر بقاء حكم المديونية عليه فللتبزع بالوفاء عنه وللاحتساب من الزكاة أو غيرها من الحقوق وجه، فتأمل جيداً [٣].

[١] [كما هو] ظاهر إطلاق المشهور.

[٢] خلافاً لابن حمزة فينتع به بعد العتق في الأول ويستسعى في الثاني، قال في الوسيلة: «المملوك إذا استدان لم يخل من ثلاثة أوجه: مأذون في الاستدانة، أو في التجارة أو غير مأذون، فالأول حكم دينه حكم دين مولاه، والثاني: ضريان: فإن علم المدين أنه غير مأذون فيها بقي في ذمته إلى أن يعتق، فإن لم يعلم استسعى فيه إذا تلف المال، والثالث: يكون المال ضائعاً، إلا إذا بقي المال في يده، أو كان قد دفع إلى سيده»^(١). وهو - مع غرابته بالفرق بين الثالث والأول من الثاني - واضح الضعف؛ إذ لا دليل له في الثاني الذي هو محل الخلاف بينه وبين المشهور، إلا ما سمعته دليلاً للنهاية^(٢)، الذي قد عرفت قصوره عن إفادة ذلك، ولو أنه قال في الأول بالضياح كالثالث لكان له وجه، باعتبار أن المالك هو الذي قد أقدم على إتلاف ماله، وإن كان قد يدفعه منع ذلك بعد فرض أن العبد له ذمة يتبع بها بعد العتق، فأدلة الضمان بحالها.

[٣] وأما ما يحكى عن أبي الصلاح من التفصيل بين المأذون في الاستدانة وعدمه، فالأول على المولى، والثاني يتبع به بعد العتق^(٣) من غير تعرض للتجارة، فمرجه إلى المشهور، كما هو واضح. وكذا ما في المختلف والقواعد وجامع المقاصد من أنه إن استدان لضرورة التجارة كان على المولى وإلا يتبع به بعد العتق^(٤)؛ ضرورة كون المنشأ في ذلك حصول الإذن في الأول، ولو لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وعدمه في الثاني. ومراد المصنف وغيره ممن أطلق التبعية به بعد العتق الاستدانة فيما لا إذن للمولى فيه كغير الضروري للتجارة أو الأعم منهما، بناء على أن وجوده ضروري للتجارة لا الاستدانة له. وعلى كل حال فهو نزاع في موضوع خاص لا أصل المسألة، فإن الجميع متفقون على أن استدانة المأذون في التجارة على المولى إن كان قد أذن له فيها، وإلا فعلى العبد يتبع بها بعد العتق. نعم ما سمعته من المسالك ظاهر في مخالفة إطلاق المتن وغيره، بل لم أجد له موافقاً عدا ما في الدروس في الجملة. فإنه قال تارة: «ولو اجتمع إذن السيد ورضا المستحق فإن كان نكاحاً فسيأتي إن شاء الله، وإن كان غيره، فإن كان بيده مال التجارة تعلق بها؛ لأن موجب الإذن في الالتزام الرضا بالأداء وأقرب ذلك ما في يده، وهل يتعلق بكسبه من اختطاب واحتشاش والتقاط؟ إشكال؛ لعدم تناول الإذن في التجارة إياه، وأنه بالإذن صار الجزء المؤدى من كسبه»^(٥)، وأخرى: «لو ركبته - أي المأذون - الديون لم يزل ملك السيد عمّا في يده فيصرف في الديون، فإن فضل عنه شيء استسعى على قول الشيخ في النهاية لصحبة أبي بصير^(٦). وفي المبسوط يتبع به إذا تحرّر، وفي رواية عجلان إن باعه السيد فعليه، وإن اعتقه فعلى المأذون^(٧)، وقال الفاضل: يلزم المولى»^(٨). وهي كما ترى فيها اضطراب من وجه. والتحقيق: ما أوامناً إليه من حمل نصوص الاستسعاء^(٩) على ما سمعت، وما دل على التزام المولى^(١٠) على ما عرفت، وربما كان في خبري ظريف^(١١) إيماء في الجملة إلى ما ذكرنا؛ ضرورة أنه وجه التزام المولى لو باعه أي المأذون إذناً يراد منها رفع الحجر الحيلولة بين أرباب الدين وبينه، بخلاف ما لو أعتقه، فتأمل جيداً والله أعلم.

(١) (٢) (٣) الوسيلة: ٢٧٤. النهاية: ٦٨. الكافي: ٣٣١-٣٣٢. (٤) المختلف: ٣٨٩: ٢. القواعد: ١٣٩: ٢. جامع المقاصد: ٢٠٤: ٥.

(٥) (٨) الدروس: ٣: ٣١٥، ٣١٦-٣١٧. (٦) (٧) الوسائل: ١٨: ٣٧٣، ٣١ من الدين والقرض، ح ١، ٢. (٩) (١١) الوسائل: ١٨: ٣٧٤، ٣١ من الدين، ح ٤-٦، ٣-٢.

(١٠) الوسائل: ١٨: ٣٧٣-٣٧٤، ٣١ من الدين والقرض، ح ١-٣.

(و) [المختار] [١] فيما (لو لم يأذن له في التجارة ولا الاستدانة،) والحال أنه (استدان قتل^(١) المال) في يده، إذ لا إشكال في كونه إذا (كان) كذلك (لازماً لذمته يتبع به) [٢] (دون المولى) [٣].

[١] [كما] من ذلك ظهر لك الحال .

[٢] لعموم أدلة الضمان .

[٣] للأصل وغيره، بل ولا خلاف فيه، وإن قال الشيخ: «إنه يذهب ضياعاً»^(٢)، لكن فسرّه في السرائر بما في المتن^(٣). نعم ربما يظهر غير ذلك من الضياع في عبارة الوسيلة السابقة^(٤)، مع أنه يمكن حمله عليه، فيرتفع الخلاف حينئذٍ، وعلى تقديره فهو في غاية الضعف؛ لعدائته أدلة الضمان السالمة عن المعارض، هذا. ولكن في الرياض: «أنه لو بادر إلى الاستدانة من دون إذن بالمرّة لزم في ذمته ويتبع به إذا اعتق، ولا يلزم المولى شيء بلا خلاف. للأصل وصحيح أبي بصير^(٥)، وموثق وهب^(٦)»^(٧) ثم قال بعد نقلهما: «إنّ ظاهرهما أنه يتبع به حال الرق بالاستسعاء، وبه أفتى ظاهراً بعض الأصحاب... ويشكل برجوعه إلى ضمان المولى في الجملة فإن كسبه له بالضرورة. ويمكن دفعه بجواز التزامه في صورة علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الراجع إلى الإذن بالفحوى، كما هو ظاهر الموثقة^(٨) والصحيحة^(٩)، وإن كانت [ب] بالإضافة إلى إذن الفحوى مطلقة أو عامة، إلا أنها محتملة للتقييد بالصورة المزبورة، جمعاً بين الأدلة. وبقرق حينئذٍ بين الإذن الصريح والفحوى باستلزام الأول الضمان على السيد مطلقاً مع عجز المملوك عن السعي أصلاً وعدمه، واختصاص الضمان عليه بصورة قدرة العبد على السعي وعدمه مطلقاً مع العجز على الثاني هذا وفي الصحيح: في الرجل يستأجر مملوكاً فيستهلك ما لا كثيراً، فقال: «ليس على مولاه شيء»، وليس لهم أن يبيعوه، ولكن يستسعى، وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء، ولا على العبد شيء»^(١٠) ونحوه الخبر^(١١)، لكن تبديل «عجز عنه» [ب] «حجر عليه مولاه»، وعليه يمكن حمل الخبرين الآمرين بالسعي^(١٢) على صورة رضا السيد، وإلا فينتج به بعد العتق، وهو غير بعيد لو لم يكن في السند قصور، وفي المتن تصحيف هذا، وربما يحمل الاستسعاء على ما بعد العتق فيندفع الإشكال، ولكن يلزم آخر، وهو عدم استسعاء الحرّ فيما عليه إلا أن يكون هذا مستثنى لكتنه فرع ظهور الخبرين في الحمل، وهو محلّ نظر، بل لعلّهما في الاحتمال الأول ظاهران، كما لا يخفى»^(١٣). قلت: إذا أحطت خبراً بجميع ما ذكرنا تعرف أنّ كلامه محلّ للنظر من وجوه. منها: ما قد عرفت من أنه لا إشكال نصّاً ولا فتوى في أنّ غير المأذون في التجارة والاستدانة دينه عليه يتبع به بعد العتق، وموضوع خبر أبي بصير المأذون في التجارة دون الاستدانة الذي قد عرفت البحث فيه. نعم ما ذكره من الوجه في توجيه النصوص جيّد إن كان يرجع إلى ما ذكرنا سابقاً، وإلا فهو محلّ للنظر أيضاً. وبالجمله كلامه في غاية التشويش، وكأنّ المسألة غير محرّرة عنده، ولا غرو بعد ما سمعت من كلام غيره كالشهيد في الدروس وغيره، والله أعلم.

(١) في السرائر: «فاستدان وتلف»، (٢) النهاية: ٣١١، السرائر ٥٧: ٢.

(٣) (٤) الوسائل ١٨: ٣٧٣، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ١.

(٥) (٦) المصدر السابق: ٣٧٦، ح ٦.

(٧) (٨) الوسائل ١٩: ١١٤، ب ١١ من الإجارة، ح ٣، وفيه: «رجل استأجره بدل الرجل يستأجره».

(٩) (١٠) الوسائل ١٨: ٣٧٤، ب ٣١ من الدين والقرض، ح ٤.

(١١) (١٢) المصدر السابق: ٣٧٦، ح ١، ٦.

(١٣) الرياض ٨: ٤٦٤-٤٦٥.

(فرعان) :

[اقتراض العبد بغير إذن سيده] :

قد تقدّم حكم (الأوّل) منهما : وهو ما (إذا اقترض) العبد (أو اشترى بغير إذن) سيده أو إجازته (كان باطلاً) .
(و) حينئذٍ (تستعاد العين) مع بقائها إن شاء المالك ؛ ضرورة أنّ له إباحتها له مضمونة عليه ؛ إذ ليس هو كالطفل لا تصحّ الإباحة له بعوض وأنه متى سلّطه المالك لم يكن له ضمان عليه . والسفّه بالرضا بالضمان - الذي قد يذهب المال معه ضياعاً - يمكن فرض ارتفاعه [١] . وعلى كلّ حال (فإن تلفت) العين في يد العبد (يتبع بها إذا أعتق وأيسر) ولا يلزم المولى شيء [٢] . إلا إذا كان العبد مأذوناً بالتجارة ففيه البحث السابق [٣] .

[حكم إذا اقتراض العبد وأخذه المولى ثمّ تلف في يده] :

الفرع (الثاني) : إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف في يده كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى وبين اتباع المملوك إذا أعتق وأيسر [٤] .

فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد بشيء وإن كان غازاً له [٥] .

[١] ودعوى امتناع كلّ معاملة مع العبد وإن لم تفد تملكياً لا دليل عليها ، إلا نفي القدرة في الآية ^(١) المستفاد منه الحجر مطلقاً ، من غير فرق بين ذمته وغيرها ، وفيه بحث قد تقدّم سابقاً ، وقد صرح في ضمان التذكرة بصحة ضمان العبد من دون إذن سيده ^(٢) ، لكونه تصرفاً في ذمته ، ولا ضرر فيه على السيد .

[٢] بلا خلاف .

[٣] وكأنّ المصنّف أعاد هذا الفرع مع ذكره سابقاً للنصّ على بطلان الشراء والقرض ^(٣) ، خلافاً لبعض الشافعية فصّحه مع القول بأنّ العبد لا يملك ^(٤) ؛ لأنّه تصرف في ذمته على وجه لا يضرّ السيد ، فالعين المشتراة حينئذٍ ملك للسيد ، وكذا المقرضة مع قبضها وإن كان العوض في ذمة العبد ، إلا أنّ المحكي عنه جواز رجوع البائع والمقرض بالعين لإعسار العبد .

وفيه : أنّه لا يتمّ مع العلم بحاله ، وقبض السيد للعين المقرضة ، فأراد المصنّف التنبيه على فساد قوله بالتصريح ببطلان الشراء والقرض للحجر عليه ، ولعدم أهلية العبد للملك ، وأنّه لا معنى لملك المولى بغير عوض أصلاً ، كما أنّه لا معنى له بعوض في ذمته مع عدم رضاه ، بل ولا معنى له والعوض في ذمته العبد ؛ لامتناع حصول ملك المعاوضة لمن لم يكن العوض منه ، وإن كانت المقدّمة الأخيرة لا تخلو من بحث ، كما أنّ دعوى الحجر عليه حتى بالنسبة إلى ذلك كذلك ، والله أعلم .

[٤] لثبوت يد كلّ منهما على المال بغير حق .

[٥] كما قيل ^(٥) ، بل ظاهرهم أنّه مفروغ منه ، من عدم تعلّق ضمان العبد لمولاه ، وثبوت المال له على ماله ، ولا دليل على تجذّده بعد العتق .

(٢) التذكرة ١٤ : ٢٩٧ .

(٤) الحاوي الكبير ٦ : ٥٧٧ .

(١) النحل : ٧٥ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٤١٣ ، ب ٤ من الحجر .

(٥) لم نعر عليه .

نعم لو كان الرجوع عليه بعد عتق العبد والقرض أنه كان مغروراً له واتجه رجوعه عليه [١] .
كما أنه لو رجع على العبد بعد عتقه اتجه له الرجوع على سيده إذا لم يكن قد غره [٢] .
(خاتمة) :

[المختار] [٣] وجوب (أجرة الكيال و وزان المتاع) والعَدَد والذَّرَاع مع توقُّف التسليم عليها (على البائع)
سواء كان المبيع كلياً في الذمة أو جزئياً معلوماً من صبرة مشتملة عليه أو غير ذلك .
(و) [كذا المختار] [٤] وجوب (أجرة ناقد الثمن و وزانه) وكياله وعَدَّاه (على المبتاع) للمقدمة [٥] .
(و) كذا [المختار] [٦] وجوب (أجرة بائع الأمتعة) الناصب نفسه لذلك (على البائع) مع أمره له بل إذنه فيه
وعدم قصد التبرع من العامل [٧] . وإن لم يكن قد استحضر الأمر العوض بل ولا المأمور ، بل [له الأجرة] [٨] وإن
لم يكن ناصباً نفسه لذلك مع كون العمل ممّالاً له أجرة في العادة .
(و) كذا الحال في أجرة (مشتريها) أي الأمتعة فإنها (على المشتري) مع أمره أو إذنه على نحو ما تقدّم في
البائع [٩] . (ولو تبرّع) الدلال أو غيره بأن فعل لا يقصد الأجرة (لم يستحق أجرة) قطعاً [١٠] .

[١] للغرور .

[٢] لاستقرار التلف في يده ، وإشكال الأخير بأن الرجوع وإن كان حال الحرية إلا أنّ ابتداء الثبوت في ذمة السيّد بالتلف في حال
الرّقبة التي لم يكن العبد يستحق معها كإشكال سابقه بأن رجوع السيّد على العبد وإن كان في حال حرّيته ، إلا أنّ ابتداء الثبوت في
حال الرّقبة التي لا يتصور ملك السيّد لها على مملوكه . يدفعهما معاً منع الثبوت قبل الرجوع ، وإن كان لتمام تحقيق ذلك - وتحقيق
الضمان في الأيدي المتعاقبة على معنى مشغول الذمة بحيث يكون ديناً عليه هل هو من كان القرار عليه وغيره إنما يستحق الرجوع
عليه ، لا أنه مشغول الذمة ، أو أنّ الجميع قد اشتغلت ذممهم وإن برأت بدفع البعض أو أنّ الخيار بيد صاحب المال أو غير ذلك -
محلّ آخر ، والله أعلم .

[٣] [كما لا خلاف في ذلك] .

[٤] [كما لا خلاف في ذلك] .

[٥] لكن قد يستشكل في النقد بعدم وجوبه ، اعتماداً على أصالة الصّحة ، ويدفع بأنّه يجوز القبض لها لا أنّه يجب ذلك ؛ للأصل ،
ولأنّ الواجب تسليم الصحيح ، ولأنّه قد يمتنع على القابض إثباته أنّ المعيب من المقبوض .

[٦] [كما لا خلاف فيه] .

[٧] لاحترام عمل المسلم الموجب لذلك شرعاً .

[٨] [كما هو] مقتضى ذلك [= احترام عمل المسلم] .

[٩] وإطلاق المقنعة والوسيلة كون أجرة الدلال على المبتاع والمنادي على البائع^(١) منزّل على ما ذكرنا قطعاً .

[١٠] للأصل .

(ولو أجاز المالك) بيعه .

نعم قد يتجه استحقاق الأجرة إذا كان قد فعل بقصدها فضولاً عن المالك وقد أجاز له [١] .

بل قد يحتمل تأثير الإجازة في الفعل الذي لم يقصد به التبرع ، بناءً على جريانها في العقود والأفعال .

لكن على كل حال لا تلازم مع هذا القصد بين إجازة نفس البيع وإجازة الجعل ، فله الاختصار على الأول دون

الثاني .

(و) قد ظهر من ذلك كله أنه (إذا باع) الدالال أمتعة شخص على حسب ما قدمنا (واشتري) أمتعة أخرى

لآخر (فأجرة ما بيع على الأمر بالبيع^(١) وأجرة الشراء على الأمر بالشراء) [٢] .

نعم (لا يتولاهما الواحد) في السلعة الواحدة بأن يكون سمسيراً لبائعها ، وسمسيراً لمشتريها [٣] .

[ويجوز أخذ الأجرتين على الإيجاب والقبول ، بناءً على صحة الاستتجار على مثله] .

[١] إذ هو كغيره من أفراد الفضولي الذي تؤثر فيه الإجازة اللاحقة .

[٢] إذ لا مانع من تعدد الدالالتين بالجعل في السلتين (و) وإن كان الدالال واحداً .

[٣] لاقضاء سمرة كل منهما مراعاة لمصلحته المنافية لمصلحة الآخر ؛ ضرورة ابتناء البيع على المغالبة والمعاكسة ، فمصلحة كل منهما بعين الأخرى ، فلا يكون اجتماعهما حتى يصح أخذ الجعل للواحد عليهما ، وربما أشكل ذلك بإمكان كون السعر منضبطاً في العادة على وجه لا يزيد ولا ينقص ، فيكون المراد من الدلالة للبائع مثلاً وجود المشتري ومن الشراء وجود البائع أو أنهما اتفقا على سعر مخصوص فيكون المراد إيقاع العقد .

وقد يدفع - مع أن ذلك خلاف الغالب ، بل يمكن منع السمرة فيه ، بل يمكن القطع بعدمها في الثاني - أنه ينبغي أن يعلم أنه

لا تأمل في جواز أخذ الأجرتين على الإيجاب والقبول ، بناءً على صحة الاستتجار على مثله .

خلاقاً للمحكي عن عميد الدين فمنع الإجازة عليه^(٢) ؛ لعدم كونه ممّا يستأجر عليه عادة وضعفه واضح .

فليس المراد حينئذٍ بعدم توليتهما الواحد أنه لا يجوز أخذ الجعلين لواحد على الإيجاب من البائع وعلى القبول من المشتري .

ودعوى أن ذلك عمل واحد فهي إجازة واحدة موزعة عليهما .

يدفعها أن ذلك تغيير لفظي ، لا يليق حمل عبارات أعيان الأصحاب عليه ، مع أنه يمكن منع كونه إجازة واحدة ، بل هما

علان مستقلان قد يختلفان في الجعل ، وقد يتفقان ، وقد يجعل لأحدهما دون الآخر ، بل المراد أنه لا يتولى الجعل على البيع وعلى الشراء الواحد .

ضرورة اقتضاء الجعل على البيع كونه جعلاً على الأثر الحاصل من تمام الإيجاب والقبول ، وهو متحد بالنسبة إلى البائع

والمشتري ، فتحصيل قبول المشتري مستحق على الدالال بالجعل على البيع ، فليس له أن يأخذ جعلاً منه عليه ، وكذلك العكس ، بل

هو كما لو جعل له جعلاً على بيعه من زيد الذي من الواضح عدم جواز أخذ جعل من زيد على شرائه له .

والفرق بينه وبين ما يمكن فيه بالخصوصية وعدمها غير مجد بعد اشتراك علّة المنع .

فـ [لهذا] [١] لا يتولاهما الواحد، أي لا يتولى الواحد الجعل على تمام البيع من البائع والمشتري ولكن لا بأس بتولي الإثنين ذلك، على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على تمام البيع، فيكون فعل كل منهما مقدّمة لتحصيل الأثر للأخر الذي يستحق به الجعل على من جعل له [٢].

ولو فرض أن كلًّا من البائع والمشتري قد جعل له جعلاً فإن كان المراد: الإيجاب والقبول لم يكن إشكال في جواز أخذ الجعلين منهما تقارن أمرهما أو تلاحق، وإن كان المراد: الجعل على تمام البيع فليس له الرجوع إلا على من قصد العمل له والرجوع عليه [٣]. ومع فرض قصدهما معاً احتمل سقوط الأجرة من رأس، وتوزيعها عليهما وتقديم السابق، وقد يحتمل استحقاقهما معاً إذا كان المقصود الجعل من كل منهما على تمام العمل على معنى أنه لم يرض بايقاع العمل إلا بالجعلين فهو كالجعالة الواحدة من شخصين على عمل واحد [٤].

[١] [كما] من هنا قال [له] الأصحاب.

[٢] فتأمل جيداً، فإنه دقيق نافع في عموم المنع لأفراد المسألة، مضافاً إلى ما يشعر به مرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا قال: اشترت لأبي عبد الله عليه السلام جارية فتولاني أربعة دنائير فأبيت، قال: «أما لتأخذتها، فأخذتها، فقال: لا تأخذ من البائع»^(١).

[٣] كما يومئ إليه ما في التحرير «وليس له أن يأخذ عن سلعة واحدة أجرتين من البائع والمشتري، بل يأخذ ممن يكون عاقداً له ووكيلاً»^(٢) فتأمل.

[٤] ولا ينافي ذلك ما قلناه سابقاً المبني على فرض رضاه بكلٍّ من الجعالتين على تمام العمل من دون علم الآخر، لا أنها جعالة واحدة منهما معاً على العمل، فتأمل جيداً.

وقد ظهر من ذلك النظر في جملة من عبارات الأصحاب.

ففي التنقيح: «في بعض نسخ الكتاب -أي النافع- ولا يجمع بينهما الواحد»: أي لا يجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد، فيكون موجِباً قابلاً، والمشهور «لواحد» بغير «ألف»، وله حينئذ تفسيران أحدهما: أنه لا يجمع بين الأجرتين الشخص الواحد، بمعنى أنه لا يأخذ أجرة البيع من الإذن فيه كلها ولا أجرة الشراء من الإذن فيه كلها، بل يأخذ من كل واحد أجرة ما فعل له فيأخذ أجرة الإيجاب من الأذن البيع وأجرة القبول من الأذن في الشراء، وثانيهما: [أنهما] إذا أمراه بالبيع والابتياح فالأجرة على السابق، وإن اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فالأجرة عليهما، وكذا إن تلاحقا وكان الغرض مجرد العقد وإن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل منهما فللواسطة أجرتان على قدر العملين»^(٣).

وفيه نظر من وجوه، وإن كان قد أخذ كثيراً من ذلك من الدروس، فإنه قال: «وأجرة الدلال على أمره، ولو أمراه فالسابق، فإن اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فعليهما، وكذا لو تلاحقا وكان مرادهما مجرد العقد، ولو منعنا من تولية الطرفين امتنع

(١) الوسائل ١٨: ٧٢، ب ١٨ من أحكام العقود، ح ١.

(٢) التحرير ٢: ٤٣٥.

(٣) التنقيح ٢: ١٦٢.

أخذ أجرتين ، وعليه يحمل كلام الأصحاب : أنه لا يجمع بينهما لواحد^(١) .

لكنه كما ترى ، خصوصاً وقد عبّر بذلك من يرى جواز تولّي الطرفين ، على أنّ الكلام في الدّلال الذي هو السمسير لا مجزّد متولّي العقد .

والأصل في تعرّض متأخري الأصحاب لذلك ما في المقنعة والنهاية : « ومن نصب نفسه لبيع الأمتعة كان له أجره البيع على البائع دون المبتاع ، ومن نصب نفسه للشراء كان أجر ذلك على المبتاع ، فإن كان وسيطاً يبتاع للناس ويبيع لهم كان له أجره على ما يبيع من جهة البائع وأجره على ما يشتري من جهة المبتاع^(٢) » ، وفي السرائر : ليس قصد شيخنا في ذلك أن يكون في عقد واحد بانعاً مشتركياً ، بل يكون تارة يبيع وتارة يشتري في عقدين ؛ لأنّ العقد لا يكون إلا بين اثنين^(٣) .

وفي المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « ليس بجيد ؛ لأننا نجوز كون الشخص الواحد وكيلاً للمتماقدين كالأب يبيع على ولده من ولده الآخر ، وحينئذ يستحق أجره البيع على ما أمره وأجره الشراء على ما أمره ، وقوله : العقد لا يكون إلا بين اثنين ، قلنا : مسلم ، وهو هنا كذلك لتعدّد المسبّب كالأب العاقد عن ولديه^(٤) .

قلت : لا ريب في أنّ مراد الشيخ ما ذكره ابن إدريس ، كقوله في الوسيلة : « ومن نصب نفسه للأمرين فأجرته على من عمل له^(٥) » .

وإن لم يكن لما ذكره من العلّة السابقة ، بناءً على أنّ مراده منها ما فهمه منها في المختلف ، كما أنّه لا ريب في ضعف ما في المختلف ، بناءً على إرادته استحقاق الأجرتين في الفرض الذي قد أوضحنا منعه سابقاً ، ويمكن إرادته الأجرة على الإيجاب والأجرة على القبول ، ولا بحث فيها .

لكن في الرياض قد حكى عنه صريحاً والمحكي عن المحقّق الثاني ، وظاهر النهاية القول باستحقاق الأجرتين على تمام البيع ، نظراً إلى أنّ الأمر بالعمل إقدام منه على التزام تمام الأجر بحصول المأمور به ورضائه بذلك ، ولا مدخل لاتحاد العمل^(٦) ، وكأنّه مال إليه ، فقال : « ولعلّه غير بعيد ، سيما مع كون متعلّق الأمرين طرفي الإيجاب والقبول ، وجهل أحدهما بأمر الآخر^(٧) .

وفيه ما عرفته سابقاً ، بل ليس في جامع المقاصد ما أرسله عنه ، بل ظاهره أو صريحه ما قلناه^(٨) كما أنّك قد عرفت كون مراد النهاية^(٩) ذلك أيضاً ، بل هو محتمل المختلف^(١٠) ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي يعرف ما فيها من الإحاطة بما ذكرنا ، والله أعلم .

(١) الدروس ٣: ٢١٤ .

(٢) المقنعة : ٦١٤ . النهاية : ٤٠٦ .

(٣) السرائر ٢: ٣٣٨ .

(٤) (١٠) المختلف ٥: ٣١٣-٣١٤ ، وفيه : « من أمره » بدل « ما أمره » ، في الموضعين .

(٥) الوسيلة : ٢٦١ .

(٦) (٧) الرياض ٨: ٤٩٨ .

(٨) انظر جامع المقاصد ٤: ٣٩٦ .

(٩) تقدم آنفاً .

(و) كيف كان فـ (إذا هلك المتاع في يد الدّال) من غير تفريط (لم يضمنه) [١] .

نعم (لو فَرَطَ ضمن) .

(و) لكن (لو اختلفا في التفريط) وعدمه (كان القول قول الدّال مع يمينه) كما في كلّ أمين (ما لم يكن

بالتفريط بيّنة) فتقدّم حينئذٍ على قوله ، كما هو واضح .

(وكذا لو ثبت التفريط واختلفا في القيمة) كان القول قوله أيضاً [٢] .

ما لم يكن بيّنة فتقدّم على قوله ، وبالجمله حكمه حكم غيره من الأئمة وغيرهم [٣] .

[١] بلا خلاف (و) لا إشكال ؛ لأنّه أمين .

[٢] لأصالة براءة ذمّته من الزائد .

[٣] لكن في المقنعة والنهاية : أنّه إن قال له المالك : « بعه نسيئة بدراهم مسماة فباعه نقداً بدون ذلك كان مخيراً بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه ويطالب الواسطة بتمام المال »^(١) .

وفيه : أنّه ليس له سبيل على الواسطة بالتمام بعد الإجازة ، اللهمّ إلا أن يريد به تمام ما باعه به وكان الواسطة قابضاً ، وقد أجاز البيع والقبض .

وفيهما أيضاً أنّه إن قال له : « بع هذا المتاع ولم يسم له ثمناً فباعه بفضل من قيمته كان البيع ماضياً ... وإن باعه بأقل من قيمته كان ضامناً لتمام العقد حتى يسلمها إلى صاحب المتاع على الكمال »^(٢) .

وهو كما ترى ، ولذا نسبه في التحرير إلى الرداءة^(٣) ، ويمكن تأويلها إلى الضوابط .

وفيهما أيضاً : « أنّه إن اختلف الواسطة وصاحب المتاع في القول بالبيع بكذا كان القول قول صاحب المتاع بيمينه ، وله أن يأخذ المتاع إن وجده بعينه ، فإن كان قد أحدث فيه ما ينقصه أو يستهلكه ضمن الواسطة من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع »^(٤) .

وفيه : أنّه لا وجه لضمان الواسطة ذلك ؛ لما عرفت إلى غير ذلك ممّا في المقنعة والنهاية ممّا لا يوافق الضوابط وكذا الوسيلة^(٥) ، فلاحظ وتأمل ، والله أعلم بحقيقة الحال .



(كتاب الرهن)

الذي هو مصدر رهن أو اسم للشيء المرهون الذي يجمع على رهان كسهام وسهام [١] .

[و] (النظر فيه يستدعي فصولاً) :

تعريفه وحقيقته :

(الأوّل : في الرهن) :

(وهو) لغة الثبات والدوام [٢] [قيل : أو الحبس بأيّ سبب كان وأنه انسب بالمعنى الشرعي] . قلت : ليس له معنى شرعي جديد يحمل عليه لفظه في الكتاب والسنة كما حرّر في محله [٣] . [وعرّفه المصنّف بأنّه] (وثيقة لدين المرتهن) [٤] [والمراد] أنّه حقيقة عند المتشرعة [٥] . فهو حينئذٍ هنا حبس العين باللفظ المخصوص أو

[١] وربما قيل : ورهن ، لكن عن الأخفش أنّه قبيح ؛ لعدم جمع قُعل على قُعل إلا قليلاً ، كسقف ، بل هو جمع الجمع ^(١) (و) على كلّ حال فتمام [النظر فيه ...] .

[٢] وفي المسالك وعن المصباح المنير : «أو الحبس بأيّ سبب كان ، قال الله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾» ^(٢) ، وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أنسب إن افتقر إلى المناسبة ^(٣) .

[٣] وإن طغحت عباراتهم بأنّه شرعاً [وثيقة لدين المرتهن] .

[٤] لكن لا يريدون بذلك أنّه حقيقة شرعية ، بل المراد [ذلك] .

[٥] ولذا نسبته في المحكي عن مجمع البحرين إلى عرف الفقهاء ^(٤) . وتسامحو في تعريفه المقصود منه مجرد التصوير والتمييز ولو بذكر الشرائط فيه ، فلا يناسب الإيراد عليه : ١ - بلزوم الدور فيه بذكر «المرتهن» فيه الذي يمكن تغييره بـ «بصاحب الدين» أو من له الوثيقة . ٢ - وبأنّه غير شامل للرهن على الدرك والأعيان المضمونة ممّا ليس ديناً الذي تسمع البحث في صحة الرهن عليهما وعدمه . ٣ - وبنحو ذلك . بل نوقش في لفظه بعدم المطابقة فيه بين المبتدأ الذي هو لفظ مذكر ، والخبر الذي هو لفظ «الوثيقة» المؤنث ، مع أنّه قد يدفَع بأنّ لفظ «الوثيقة» يستوي فيه التذكير والتأنيث في الاستعمال ، كما صرح به بعضهم فخرجت التاء عن التأنيث ^(٥) ، بل قيل : إنّ التاء فيها للنقل من الوصفية إلى الإسمية ^(٦) . وعلى كلّ حال فلا ينبغي الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً على معناه اللغوي ، وإنّما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه .

(٢) المدّثر : ٣٨ .

(١) الصحاح ٥ : ٢١٨ .

(٤) مجمع البحرين ٢ : ٧٤٠ .

(٣) المسالك ٤ : ٧ . المصباح المنير : ٢٤٢ .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ٤٤ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٢٩ .

الانحباس، أو اللفظ الدالّ على ذلك على حسب ما سمعته في البيع لا نفس الوثيقة التي هي معنى اسمي له، خارج عمّا نحن فيه من البحث عن العقود [١]. والمراد كما ستعرف فيما يأتي من الوثيقة للدين ما يستوفى منها، لا أن المراد يستوفى بسبب حبسها وإن لم يصلح الاستيفاء منها، كأَمّ الولد والعين الموقوفة ونحوهما.

(و) لإشكال في ثبوت أي الرهن في الجملة [٢]، كما لا ريب في أنّه (يفتقر) عقده (إلى الإيجاب والقبول) [٣]. (والتحقيق بناء على ما تقدم في البيع عدم جريان المعاطاة في الرهن).

(و) كيف كان (فـ) بالإيجاب: كلّ لفظ دلّ على الارتهان كقوله: رهنتك، أو هذه وثيقة عندك، أو ما أدى هذا المعنى) كوثقتك وهذا رهن عندك، بل وأرهنّت بناءً على [أنّها لغة قليلة لا ممنوعة] [٤].

[١] فلا بدّ من حمل عبارة المصنّف على إرادة جنس الوثيقة أو نحو ذلك ممّا ينطبق على العقود.

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه، بل علّنه من ضروريّات المذهب أو الدين.

[٣] بل قد يظهر من المتن ومن غير كمبارته توقّف صدقه أو صحّته على ذلك، بل صرح بعضهم بذلك^(١)، ومقتضاه عدم جريان المعاطاة فيه.

لكن صرح في التذكرة بأنّ الخلاف فيها كالخلاف في البيع^(٢).

وأشكله في جامع المقاصد «بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا»^(٣).

وفيه: أنّه يمكن دعوى السيرة عليه هنا أيضاً كالبيع، بل لا بأس بالتزام الفرق بينها وبين العقد بجواز الرهن الحاصل بها بخلافه، وإن كان لا يخلو من تأمل؛ ضرورة صدق الرهن على الحاصل بها، فيشمّله أدلّة اللزوم الذي هو مقتضى السيرة أيضاً، ولعلّهم تركوا التعرّض لها هنا؛ لعدم الفرق بينها وبين العقد في الحكم.

لكن قد عرفت سابقاً أنّ التحقيق عدم كون المعاطاة في البيع وغيره فرداً من مسميّاتها، وعلى تسليمه فهي ليست من الصحيح منه؛ ضرورة اعتبار العقدية في تحقّق مفهومه، كما هو المنساق من نحو المتن أو في صحّته، فلا يجري حينئذ شيء من أحكامه عليها، وإلاّ لزم تعدّد مفهوم البيع ولو من جهة الأحكام، وهو مقطوع بعدمه، بملاحظة الأدلّة الظاهرة في أنّه وحداني، كما هو واضح.

[٤] [كـ] بما في المسالك والتنقيح من أنّها لغة قليلة^(٤)، وزاد في المسالك: «أنّه لا يبلغ شذوذها حدّ المنع، وأنّها أوضح دلالة من كثير ممّا عدّوه». وعن الصحاح والمصباح والقاموس: رهن وأرهن بمعنى^(٥). فما عن المهذّب البارع من أنّه لا يقال: «أرهن»^(٦)، اجتهد في مقابلة النصّ، ونفي لا يعارض الإثبات، مضافاً إلى ما تعرفه من التسامح في عقد الرهن في الجملة، حتى استقرب في التذكرة عدم اشتراط اللفظ العربي فيه^(٧) و وافقه في الدروس^(٨).

(١) جامع المقاصد ٤: ٤٦.

(٢) المسالك ٤: ٨. التنقيح ٢: ١٦٣.

(٣) المسالك ٤: ٨. التنقيح ٢: ١٦٣.

(٤) القاموس المحيط ٤: ٣٢٧.

(٥) المصباح المنير ١: ٢٩٤.

(٦) المهذّب البارع ٢: ٤٩١.

(٧) الدروس ٣: ٣٨٣.

فلا شكَّ حينئذٍ في تناول العقود للعقد بها [١].

[ولا ريب في أنَّ الاحتياط يقضي كون الرهن عقد لازماً، والظنَّ يقوى كونه جائزاً].

إلا أنَّ الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين [٢].

أما الماضوية [٣] [فقد سمعت مدار الأمر في المسألة].

[١] بل في الدروس: «لو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن، ولو قال: أمسكه حتى أعطيك مالك فأراد الرهن جاز، ولو أراد الوديعة أو اشتبهه فليس برهن»^(١).

ولعلَّ ذلك كله - كما في المسالك^(٢) - لأنَّ الرهن ليس على حدِّ العقود اللازمة؛ لأنَّه وإن كان لازماً من طرف الراهن لكنه جائز من طرف المرتهن فتزجيج جانب الزوم، ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجَّح، خصوصاً مع البحث في اعتبار ما ذكره في اللازم، فيبقى حينئذٍ على مقتضى عموم الوفاء بالعقود الشامل لكلِّ ما قصد به عقد الرهن من الألفاظ، من غير اعتبار لفظ مخصوص ولا صيغة خاصة.

لكن فيه: أنَّ ترجيح جانب الجواز أيضاً ترجيح من غير مرجَّح، والأصول تقتضي عدم لحقوق أحكام الرهن. والمراد من العقود المأمور بالوفاء بها المتعارفة نوعاً وصنفاً، فالمعلوم منها ولو بمعونة كلام الأصحاب يجب الوفاء به وما لم يعلم فضلاً عن المعلوم عدمه لا يجب الوفاء به. اللهمَّ إلا أن يمنع ذلك، ويقال: إنَّه إن سَلِمَ إرادة المتعارف منها فالمراد المتعارف نوعها، أي البيع والإجارة والصلح ونحوها، وأما بالنسبة إلى ما ينعقد به كلُّ واحد منها فاللفظ شامل لكلِّ ما قصد به العقد من الألفاظ، إلا ما علم خروجه أو حصل الشكُّ في تناول العام له من شهرة عظيمة ونحوها، كما أدعوه فيما عدا الصيغ الخاصة للعقود اللازمة. وبالجملة مدار المسألة على ذلك، ولا ريب في أنَّ الاحتياط يقتضي الأوَّل، والظنَّ يقوى في الثاني.

[٢] لانصراف الإطلاق إليه، بل في جامع المقاصد: «تمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمي مع القدرة على العربي»^(٣).

[٣] فقد اعتبرها في التذكرة^(٤)، بل ربَّما استظهر ذلك والمقارنة وتقديم الإيجاب على القبول والعربية من المبسوط وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والإرشاد والتبصرة وغيرها ممَّا اقتصر فيه على اعتبار الإيجاب والقبول^(٥)، بدعوى انصرافهما إلى ذلك كله، وإن كان فيه ما فيه، بل ما في التذكرة [من اعتبار الماضوية] لا ينطبق على ما صرح بجوازه فيها^(٦) من «هذا رهن» أو «وثيقة عندك»، ولو قيل: إنَّهما بمعناه أو أدلَّ منه من حيث دلالة الاسمية على الثبوت ردَّ، بأنَّه قد شرط لفظ الماضي لا معناه، وبأنَّ ذلك يستلزم جواز البيع بها، بأن يقول: هذا مبيع لك بكذا وهو لا يقول به. نعم يمكن أن يقال: إنَّه احترز بالماضي عن المستقبل خاصة، كما يشعر به قوله بعده بلا فصل: «فلو قال: أُرهنك كذا أو أنا أقبل لم يعتد به»^(٧) أو هو مع الأمر، وإن كان قد سمعت من الشهيد جوازه، كما أتت سمعت مدار الأمر في المسألة.

(١) الدروس ٣: ٣٨٣. (٢) المسالك ٤: ٩.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٤٦٥. (٤) (٦) (٧) التذكرة ١٣: ٩٢.

(٥) استظهره في مفتاح الكرامة ٥: ٧١. وانظر المبسوط ٢: ١٩٦. فقه القرآن ٢: ٥٨٨. الوسيلة ٥: ٢٦٥. الغنية ٢: ٢٤٢. السرائر ٢: ٤١٦.

الجامع للشرائع: ٢٨٧. المختصر النافع: ١٦١. الارشاد ١: ٣٩١. تبصرة المتعلمين: ١١٢.

(و) كيف كان فـ (لو عجز عن النطق) بالإيجاب ولو لخرس عارضي (كفت الإشارة) المفهمة للمقصود بأي عضوكان [١].

(و) ولو كتب بيده والحال هذه وعرف ذلك من قصده (جاز) أيضاً [٢].

ولا يجوز شيء منهما مع عدم العجز قطعاً [٣].

(و) أمّا (القبول) فـ (هو) كلّ لفظ دلّ على (الرضا بذلك الإيجاب) والكلام فيه كما في الإيجاب [٤].

(و) على كلّ حال فلا ريب في أنّه (يصحّ الارتهان سفراً وحضراً) [٥].

(و) كيف كان فـ (مهل القبض) من المرتهن (شرط في) صحّة (الرهن^(١)) وترتب آثاره عليه؟

[١] بلا خلاف أجده فيه؛ لقيامها حينئذ مقام اللفظ، كما يفهم ذلك ممّا ورد في تلبية الأخرس وتشهده.

[٢] لأنّه من الإشارة، أو أولى منها، أو مساو لها.

[٣] لحصر الشارع المحلّ والمحزّم في الكلام^(٢)، ودليل البدلية خاص بحال العجز.

فمن الغريب دعوى بعض متأخري المتأخرين الجواز فيه [= في حال عدم العجز] أيضاً، مدّعياً عدم الدليل بالخصوص على حال العجز، فليس إلّا الاكتفاء بكلّ ما يدلّ على الرضا، وهو عامّ للحالين^(٣)، وفيه ما لا يخفى.

[٤] بل قد يظهر من المتن وغيره توسعة الأمر فيه أزيد من الإيجاب، حيث جعله هو الرضا من دون اعتبار لفظ دالّ عليه، فضلاً عن أن يكون مخصوصاً.

ولعلّ الفارق بينه وبين الإيجاب أنّ الرهن لازم من قبل الراهن؛ لأنّه يتعلّق بحقّ غيره، فيجوز أن يعتبر في حقّه ما لا يعتبر في حقّ المرتهن، حيث إنّه من قبله جائز؛ لأنّه يتعلّق بحقّه، فيكفي فيه ما يكفي في العقود الجائزة المضمة.

لكن ظاهر الأصحاب اعتبار القبول القولي. نعم قد احتمل الفاضل في التذكرة والقواعد الاكتفاء بالاشتراط في عقد البيع عنه^(٤)، فلو قال: بعتك هذا الكتاب واشترطت عليك أن ترهنني دارك، فقال المشتري: قبلت وأرهنك صحّ حينئذ. مع أنّ التحقيق خلافه أيضاً بعد الإغضاء عن جواز تقديمه على الإيجاب؛ ضرورة عدم حصول إنشاء الرضا بالإيجاب بذلك، وإنّما دلّ الشرط على أنّه يرضى بالارتهان حاله، كما هو واضح بأدنى تأمل في نظرانه، وربما يأتي لذلك تنقّة إن شاء الله.

[٥] بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كما أنّ السنة شاملة بإطلاقها للحالين، والشرط في الآية^(٥) مبنيّ على الغالب، فإنّ عدم الكاتب عادة لا يكون إلّا في السفر، فهو نحو قوله: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾^(٦)، فإن عدم الماء يكون في السفر غالباً.

فما عن بعض العامة من عدم جوازه في الحضر^(٧) للآية في غاية الضعف، خصوصاً بعد اشتغالها على اشتراط عدم الكاتب، وهو غير شرط بموافقة الخصم، وبعد ما ورد عن النبي ﷺ: «أنّه رهن درعه عند يهودي وهو حاضر بالمدينة»^(٨) والله أعلم.

(١) في الشرائع: وفيه بدل: «في الرهن».

(٢) الوسائل ١٨: ٥٠، ب ٨ من أحكام العقود، ح ٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٣٢.

(٤) التذكرة ١٣: ٩١-٩٢، القواعد ١٠٨.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

(٦) النساء: ٤٣، المائدة: ٦.

(٧) المجموع ١٣: ١٧٨.

(٨) المستدرک ١٣: ٤١٨، ب ١ من الرهن، ح ٥.

(قيل) [١] (لا) يشترط [٢] . (وقيل) [٣] : (نعم) يشترط ذلك في صحة الرهن [٤] ، (وهو الأصح) عند

[١] والقاتل الشيخ في أحد قوليهِ وابن ادريس والفاضل و ولده والمحقق الثاني والشهيد الثاني^(١) وغيرهم .
[٢] بل حكى أيضاً عن البشرى والجواهر وتخليص التلخيص والمقتصر وغاية المرام وايضاح النافع^(٢) وغيرها ، بل في السرائر نسبته إلى الأكثر من المحصلين ، وفي كنز العرفان إلى المحققين^(٣) ، فيكفي في الصحة حينئذ الإيجاب والقبول مع اجتماع باقي الشرائط ويتبعها اللزوم ، بل في الغنية^(٤) والسرائر^(٥) لا خلاف في حصول الصحة بدونه ، وأن الخلاف إنما هو في لزومه بدونه ، بل وكذا التذكرة والتحرير والتنقيح والمسالك والروضة وغيرها ، حيث إنهم قد جعلوا الخلاف في ذلك [= اللزوم] دون الصحة^(٦) ، واحتمال إرادتها من اللزوم ، الذي هو محلّ الخلاف في كلامهم بإياه ظاهر كلماتهم ، وصريح الغنية والسرائر والمسالك^(٧) وغيرها ، بل لعلّ احتمال العكس في كلام من جعل الصحة مورداً للنزاع ، كما هو ظاهر كثير ، بل الأكثر أولى ، خصوصاً بعد عدم الثمرة المعتد بها لعلّ قبل اللزوم ، بل عن ايضاح النافع الجزم به^(٨) .
لكن الانصاف عدم خلّوه من البعد كما ستعرف ، فلاحظ وتأمل .

[٣] والقاتل المفيد والشيخ في القول الآخر وبنو الجنيّد وحزمة والبراج والطبرسي^(٩) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .

[٤] بل عن الطبرسي الإجماع عليه^(١٠) .

بل ربّما ظهر من بعضهم ما هو المحكي عن بعض أهل اللغة من عدم تحقّق مسمّى الرهن بدونه^(١١) .
وإن كان هو واضح الضمّ ؛ ضرورة كون لفظ « الرهن » كباقي ألفاظ العقود المعلوم عدم توقّف صدقها على غير العقد من قبض ونحوه وإن اعتبر في ترتّب الأثر كالتقاضى والقبض قبل التفريق في الصرف والسلم والقبض في الهبة ونحو ذلك ، بل لعلّ وصف الرهان بالمقبوضة في الآية^(١٢) ممّا يشهد لذلك ، وحمله على الوصف الكاشف خلاف الأصل في الوصف بلا مقتضى ، بل المقتضي على خلافه متحقّق .

نعم لا بأس بجعل الصحة موقوفة عليه وإن تحقّق الإسم بدونه .

(١) الخلاف ٣: ٢٢٣ . السرائر ٢: ١٤٧ . المختلف ٥: ٣٩٩-٤٠٠ . الايضاح ٢: ٢٥٠ . جامع المقاصد ٥: ٩٤ . المسالك ٤: ١٢ .

(٢) نقله عن البشرى في كشف الرموز ١: ٥٤٠ . جواهر الفقه ٦٥ . نقله عن تخليص التلخيص في مفتاح الكرامة ٥: ١٣٩ . المقتصر ١٩٠ . غاية المرام ٢: ١٣٥ . نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥: ١٣٩ .

(٣) السرائر ٢: ١٤٧ . كنز العرفان ٢: ٦٠ .

(٤) الغنية ٣: ٢٤٣ .

(٥) السرائر ٢: ١٤٧ .

(٦) التذكرة ١٣: ١٨٧ . التحرير ٢: ٤٦٤ . التنقيح ٢: ١٦٤ . المسالك ٤: ١٢-١١ . الروضة ٤: ٥٦-٥٧ .

(٧) الغنية ٣: ٢٤٣ . السرائر ٢: ١٤٧ . المسالك ٤: ١٢-١١ .

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١٣٨ .

(٩) المقنعة ٦٢٢ . النهاية ٤٣١ . نقله عن ابن الجنيّد والطبرسي في المختلف ٥: ٣٩٩ . الوسيلة ٢٦٥ . المهذب ٢: ٤٨ .

(١٠) (١١) مجمع البيان ١: ٤٠٠ . الرياض ٨: ٤٠٥-٥٠٥ .

(١٢) البقرة: ٢٨٣ .

[١] والشهيد^(١) وغيرهما ، تبعاً لمن عرفت ممّن ظاهر كلامه اعتباره في الصحة دون اللزوم .

ففي المقنعة : « ولا يصح الارتهان إلّا بالقبض »^(٢) .

وفي النهاية : « لا يدخل الشيء في أن يكون رهناً إلّا بعد قبض المرتهن له وتمكّنه منه »^(٣) .

وفي الوسيلة : « الرهن إنّما يصح بثلاثة شروط : الإيجاب والقبول والقبض برضا الراهن إلّا إذا اشترط في

العقد »^(٤) .

لكن قد عرفت أنّ محلّ النزاع في الغنية اللزوم ، فيمكن أن يكون قد حمل عبارة الشيخين عليه ، قال فيها :

« شروط صحّته ستّة » .

إلى أن قال بعد ذكرها : « وإذا تكامل هذه الشروط صحّ الرهن بلا خلاف ، وليس على صحّته مع اختلال بعضها

دليل ، وأمّا القبض فهو شرط في لزومه من جهة الراهن دون المرتهن ، ومن أصحابنا من قال : يلزم بالإيجاب

والقبول ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٥) ، والقول الأوّل هو الظاهر من المذهب الذي عليه الإجماع ، وإذا تعيّن

المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه »^(٦) .

وأصرح منها ما في السرائر ، فإنّه أيضاً ذكر أنّ شروط صحّته ستّة ، ثمّ قال : « وإذا تكامل هذه الشروط صحّ

الرهن بلا خلاف ، وليس على صحّته مع اختلال بعضها دليل ، فأما القبض فقد اختلف قول أصحابنا فيه ، هل هو

شرط في لزومه أم لا ؟ فقال بعضهم : إنّ شرط في لزومه من جهة الراهن دون المرتهن ، وقال الاكثرون المحضلون

منهم : يلزم بالإيجاب والقبول ، وهذا هو الصحيح » .

إلى أن قال : « والأوّل مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته وشيخنا في مقنعة ، والثاني مذهب لشيخنا في

مسائل خلافه ، فإنّه رجع عمّا ذهب إليه في نهايته »^(٧) .

إذ هو - كما ترى - صريح في فهمه اللزوم من عبارتي المقنعة^(٨) والنهية^(٩) ، وقد ظهر من ذلك الاضطراب في كلمات

الأصحاب المحرّرين للنزاع . وعلى كلّ حال فالمحضّل أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة ، وإن كان مقتضى جميع المحرّرين للنزاع أو

أكثّهم أنّ المسألة ثنائية الأقوال ، إلّا أن التتبع يقضي بما ذكرنا .

(١) الدروس ٣: ٣٨٣-٣٨٤ .

(٢) المقنعة : ٦٢٢ .

(٣) النهاية : ٤٣١ .

(٤) الوسيلة : ٢٦٥ .

(٥) المائدة : ١ .

(٦) الغنية : ٢٤٣-٢٤٢ .

(٧) السرائر ٢ : ٤١٧ .

(٨) المقنعة : ٦٢٢ .

(٩) النهاية : ٤٣١ .

[والذي يقوى في النظر هو عدم مدخلية القبض في الصحة وال لزوم].

الأول : عدم المدخلية له في الصحة وال لزوم ، وهو خيرة الخلاف^(١) والسرائر^(٢) وغيرهما ممن عرفت .
والثاني : توقف الصحة عليه ، وهو ظاهر المقنعة^(٣) والنهاية^(٤) والوسيلة^(٥) وغيرهم ، بل هو صريح المحكي عن الطبرسي^(٦) .

والثالث : توقف ال لزوم عليه دون الصحة ، وهو خيرة المقنعة^(٧) .

وأما الاحتمالات : فهي أكثر من ذلك .

إذ منها : أنه شرط للصحة على جهة الكشف ، بل هو مقتضى إطلاقهم الشرطية عليه ؛ ضرورة عدم كون المراد منها في المتأخر غير الكشف ، ومن هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادة ذلك على جزء سبب الصحة ، فإطلاق الشرطية عليه حينئذ على ضرب من المجاز ، كما جزم به في جامع المقاصد^(٨) .

ومنها : أنه شرط للزوم كذلك ، بناءً على أن السبب في تأثيره أي ال لزوم العقد ، فشرطه المتأخر حينئذ لا يكون إلا على جهة الكشف ، ومن هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادة ذلك على جزء السبب في ال لزوم ، كما جزم به في المسالك ، وأن إطلاق الشرط عليه مجاز^(٩) .

لكن قد يمنع تسبب العقد ال لزوم ؛ لانفكاكه عنه كبيع خيار المجلس وغيره ، بخلاف الصحة ، فيمكن أن يكون هو [القبض] السبب في ال لزوم وتقدم العقد حينئذ شرطه .

ومنه ينقدح احتمال ثالث وإن كان الفرق بينه وبين القول بأنه جزء سبب في ال لزوم في الثمرة غير ظاهر .

وكيف كان فقد كفيينا مؤونة هذه الاحتمالات وغيرها بإمكان تحصيل الإجماع المركب على نفيها ؛ لما عرفت من انحصار الخلاف قديماً وحديثاً في الأقوال الثلاثة التي يقوى في النظر فيها الأول ؛ للآية وغيرها مما دل على لزوم العقود حتى جعلوه الأصل فيها ، وإليه يرجع أصالة عدم الاشتراط الراجعة إلى ظهور الأدلة في كون العقود هي الأسباب لمدلولاتها من غير حاجة إلى شيء آخر ، ولظهور النصوص^(١٠) في ترتب الأحكام على صدق الرهن ، الذي لا ريب في عدم توقف صدقه على القبض ، بل لا يخفى على من تصفحها على كثرتها ظهور ترتب أحكام الرهن المقبوض على ما تحقق مسماه فيه ، من غير تعرض للقبض وعدمه ، ولو كان معتبراً في صحة أو لزوم وجب التفصيل ، وإلا لزم الإغراء بالجهل ، بل لعل ترك الاستفصال فيه دليل العموم .

(١) الخلاف ٣: ٢٢٣ .

(٢) السرائر ٢: ٤١٧ .

(٣) المقنعة: ٦٢٢ .

(٤) النهاية: ٤٣١ .

(٥) الوسيلة: ٢٦٥ .

(٦) حكاة عنه العلامة في المختلف ٥: ٣٩٩ .

(٨) جامع المقاصد ٥: ٩٣ .

(٩) المسالك ٤: ١٣ .

(١٠) الفقيه ٣: ٢٥٨-٢٦٥ . الوسائل ١٨: ٣٧٩ ، ب ١ من الرهن .

نعم [الظاهر] [١] استحقاق المرتهن على الراهن قبضه [٢].

إذ الأقوى وجوب الإقباض على الراهن إذا طلبه المرتهن وإن لم يكن شرطاً في صحّة أو لزوم [٣].

[١] كما يستفاد منها [= النصوص ذلك] على وجه لا يسع الفقيه إنكاره.

[٢] لأن الأصل في مشروعيته التوثق، ولا يتم غالباً إلا به، بل لا يخفى ظهور النصوص في المفروغية من ذلك، كما يومئ إليه ذكر أحكام المقبوض بمجرد ما قيل في السؤال أنه رهن، وكأنّ هذا هو الذي غرّ القائل بالشرطية، لكنك خبير في أنّه أعمّ منها.

[٣] كما جزم به في التحرير^(١).

ولعلّه لما ذكرنا، بل ولما استسمعه ممّا ذكره دليلاً للشرطية، بل لعلّ مبنى الرهانة على ذلك [= على وجوب الإقباض].

لكن توقّف فيه في القواعد، فقال: «ليس القبض شرطاً على رأي، وهل له المطالبة به؟ اشكال»^(٢).

إذ الظاهر أنّ مراده على تقدير عدم الشرطية، كما اعترف به في جامع المقاصد، موجّهاً للإشكال بنحو ما ذكرنا، وبانتفاء المقضي؛ إذ العقد لا يقتضيه ولا سبب غيره، والإرشاد بالتوثق بالقبض في الآية^(٣) لا يدلّ على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد^(٤).

وممّا ذكرنا يظهر لك أنّ الترجيح للأوّل، هذا.

ولكن في القواعد بعد ذلك: «أنّه لا يجبر الراهن على الإقباض، فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه»^(٥). وقد قيل: «إنّه جزم بعد التردّد»^(٦).

ولعلّ الأولى جعل ذلك منه على تقدير الاشتراط، كما يشهد به التأمل لكلامه أولاً وآخراً، فلاحظ وتأمل.

وقال أيضاً فيها في الفصل السادس: «وإذا لزم الرهن استحقّق المرتهن إدامة اليد»^(٧)، كما أنّ ما عن المبسوط من أنّه إذا جنّ الراهن أو أغني عليه، أو رجع قبل القبض قبض المرتهن؛ لأنّ العقد أوجب القبض^(٨) ينبغي حمله على ما قلناه؛ ضرورة أنّه لا وجه له معتد به على تقدير الشرطية، وإن سمعت في الصرف دعوى مثل ذلك من بعضهم في التقابض فأوجه بالعقد مع توقّف الصحّة عليه، لكنّه مع أنّه لم يدعه أحد هنا فيه ما عرفت، على أنّ المحكي عنه في المبسوط أنّه قال: «والأولى أن نقول: إنّه يلزم بالإيجاب والقبول»^(٩)، فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك.

وعلى كلّ حال فلا تنافي بين وجوب الإقباض وبين القول بعدم الشرطية، الذي قد عرفت قوّته، ويزيده قوّة ضعف دليل المخالف؛ إذ ليس إلا الأصل الذي ليس بأصيل بعد العقد، وما دلّ على لزومه وصدق الرهن، والآية^(١٠) التي ادّعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجّيته في المقام، خصوصاً بعد ظهور التقييد فيه في تمام الإرشاد، أو أنّها إنّما دلّت على مشروعية الرهن المقبوض، فينبغي غيره بالأصل المقطوع بالإطلاقات.

(١) التحرير ٢: ٤٦٤.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) القواعد ٢: ١١٧.

(٤) القواعد ٢: ١٢٥.

(٥) المبسوط ٢: ١٩٩، ١٩٨.

(٦) القواعد ٢: ١١٦.

(٧) جامع المقاصد ٥: ٩٤-٩٥.

(٨) جامع المقاصد ٥: ١٠١.

(٩) المبسوط ٢: ١٩٨.

(١٠) البقرة: ٢٨٣.

وبالجملة دعوى دلالة الآية^(١) على الشرطية في الرهن بعد ظهورها في إرادة الإرشاد كما يؤول إليه التعليق على السفر وعدم الكاتب، وأنه لا قائل بوجوب أخذ الرهن كما يستفاد من الجملة في غاية الفساد، كما هو واضح.

وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - كما في كتب الأصول^(٢) وكثير من كتب الفروع^(٣)، أو الصادق عليه السلام كما في قليل من الأخيرة -: « لا رهن إلا مقبوضاً »^(٤) - المعتضد بما رواه العياشي عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك^(٥)، الذي هو بعد الإغضاء عن سنده، وأنه من قسم الموثق، وإن قال الشهيد وغيره أنه مردود؛ لاشتراكه بين الثقة والضعيف^(٦) - لأن المراد منه هنا البجلي الثقة بقربنة رواية عاصم عنه، بناءً على أنه ابن حميد، وأن ابن سماعه فيه الحسن بن محمد بن سماعه، وأن طريق الشيخ إليه قوي، والإغضاء عن كونه موافقاً لجمهور العامة، ومنهم أبو حنيفة^(٧) والشافعي، وأحمد في إحدى الروايتين^(٨)، خصوصاً مع شدة الثقة في زمانه عليه السلام، والإغضاء عن احتمال إرادة بيان اعتبار كون الرهن ممّا يقبض كما يؤول إليه عدم تخصيص القبض للمرتهن - محتمل لإرادة بيان نفي الاعتداد به في الاستيثاق والطمأنينة لا الشرطية، بل لعل الظاهر منه ذلك بعد أن كان المنفي فيه العين المرهونة لا العقد الذي يوصف بالصحة والبطلان، وبعد أن كان الظاهر منه استدامة القبض للعين المرهونة، باعتبار نفي الرهن بدونها، الظاهر في لزوم أنصافها بذلك لصفة الرهن، والإجماع بقسميه، كما ستعرف على عدم اعتبار الاستدامة.

وبذلك يضاف دلالة الآية أيضاً، ويقوى إرادة الإرشاد منها، بل قد يستفاد منها^(٩) [= الآية] ومن الخبر^(١٠) مشروعية الرهن بغير قبض، كما هو المختار، وإن كان لا يحصل به تمام الاستيثاق في بعض الأحوال.

والإجماع المحكي عن الطبرسي^(١١) المعارض بنفي الخلاف من ابني زهرة وادريس عن الصحة^(١٢) بدونه، كما أن إجماع ابن زهرة على اعتباره في اللزوم معارض بما سمعته من ابن ادريس والمقداد، بل يمكن دعوى تبين خلافه؛ لعدم المصرح باعتباره في اللزوم دون الصحة غيره، على أنه قد اعترف بوجود المخالف، إلا أنه غير قادح؛ لمعروفيته باسمه ونسبه، ولا ريب في قدحه وإن كان كذلك على طريقتنا في الإجماع، كما بين في الأصول محرراً.

فقد بان من ذلك فساد دعوى الشرطية على كل حال وإن كانت هي في اللزوم أوضح فساداً؛ ضرورة عدم دليل للصحة حينئذٍ على وجه يفصلها عن اللزوم غير نفي الخلاف المزبور المعارض بما سمعت.

(١) البقرة: ٢٨٣. (٢) التهذيب ٧: ١٧٦، ح ٧٧. الوسائل ١٨: ٣٨٣، ب ٣ من الرهن، ح ١.

(٣) المختلف ٥: ٤٠٠. الإيضاح الفوائد ٢: ٢٥. غاية المراد ٢: ١٨٣. المهذب البارع ٢: ٤٩٣.

(٤) التنقيح ٢: ١٦٤-١٦٥. المسالك ٤: ١١.

(٥) تفسير العياشي ١: ١٥٦، ح ٥٢٥. الوسائل ١٨: ٣٨٣، ب ٣ من الرهن، ح ٢.

(٦) لم نثر عليه في كتب الشهيد، نعم ضمه الشهيد الثاني في المسالك ٤: ١١.

(٧) المبسوط (للسرخسي) ٢١: ٦٧.

(٨) المجموع ١٣: ١٨٥.

(٩) البقرة: ٢٨٣. (١٠) انظر الوسائل ١٨: ٣٧٩، ب ١ من الرهن.

(١٢) الفتنى ٤٤٣. السرائر ٢: ٤١٧.

(١١) مجمع البيان ١: ٤٠٠.

فلا ريب حينئذٍ في قوة القول بالعدم [أي عدم شرطية القبض] مطلقاً، فتسقط حينئذٍ جميع الفروع التي ذكروها في المقام (و) أظنوا فيها، لكن لا بأس بالتعرض إلى جملة منها بناءً على الشرطية.

فمنها أنه: (لو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد) عقد الرهن ولم يصح بناءً على اعتباره في الصحة [١].

بل الظاهر أنه كذلك لو قلنا بأنه شرط للزوم [٢]. نعم قد يقال بجواز قبضه للمرتهن [٣].

لكن لا يؤثر هذا القبض لزوماً في حق الراهن [٤]، مع احتماله [٥].

وأما على المختار من عدم الاشتراط وأنه يجب على الراهن الإقباض فليس للمالك منع المرتهن من قبضه، بل ولا يتوقف على إذنه [٦]. فهو كما لو شرط الرهانة المشتملة على القبض بعقده لازم أو نذرهما مثلاً، واحتمال وجوب مراعاة الإذن - لكونه باقياً على ملكه وإن كان إذا امتنع أجبره الحاكم، فإن لم يمكن قام مقامه في التسليم - لا يخلو من وجه، إلا أن الأقوى ما ذكرنا [٧].

ومنه تعلم الحال فيما لو اشترط الرهن في عقد لازم فإنه على المختار لا بد من الرهن والقبض، إلا أن الظاهر

[١] بلا خلاف أجده فيه؛ لكونه قبضاً غير مأذون فيه أو منهياً عنه؛ لما عرفت من عدم وجوب الإقباض عليه بالعقد، فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقاءه، بل لا يقطعه إلا حصول المقطوع به من الشرط وهو القبض المأذون فيه.

فدعوى إطلاق دليل الشرطية - الذي لا ينكر انسياقه إلى المأذون فيه خصوصاً بعد استقراء نظائر المقام مآكان القبض فيه من تنمة السبب، وخصوصاً بعد معارضة قاعدة عدم سقوط حق الغير إلا برضاه، وخصوصاً بعد عدم الخلاف فيه - لا يصغي إليها.

كدعوى وجوب الإقباض عليه بالعقد الذي لم يكن سبباً تاماً في حصول مدلوله؛ لأن الفرض توقف الصحة على الإقباض.

[٢] ضرورة عدم اقتضاء العقد الجائز وجوب إلزامه.

[٣] باعتبار تعلق حق الرهانة فيه المقتضية للقبض باعتبار بنائها على التوثق الذي لا يتم غالباً إلا به، فهو وإن كان باقياً على ملك المالك، إلا أنه لا يمنع ذلك من قبضه للمرتهن بعد اقتضاء حق الرهانة ذلك شرعاً.

[٤] للأصل وغيره.

[٥] لإطلاق ما دلّ على اللزوم به فهو كالتصرف في الهبة والمعاطاة المقتضي للزوم من الجانبين، وعدم وجوب الإقباض غير اللزوم بالقبض، ولعلمه لذا حكمي عن الكفاية الإشكال في اعتبار الإذن^(١)، بناءً على كون القبض شرطاً في الصحة دون اللزوم وإن كان الظاهر ما ذكرنا أولاً.

[٦] لتعلق حق الرهانة المقتضي لذلك شرعاً.

[٧] فما عن الكفاية من الجزم بوجوب إذن الراهن على القول بعدم الاشتراط في اللزوم فضلاً عن الصحة^(٢)، واختاره بعض^(٣) مشايخنا بل زاد عليه الجزم باحتياجه على تقدير اشتراطه في اللزوم دون الصحة، واضح الضعف.

ولعلمنا بنينا الأول على عدم وجوب القبض وإن قلنا بعدم شرطيته، لكنك قد عرفت ضعفه سابقاً، فلاحظ وتأمل.

(١) (٢) كفاية الاحكام ١: ٥٥٤، وفيه: «وإن قلنا باشتراط القبض في اللزوم دون الصحة ففيه إشكال».

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ١٤٢: ١٤٣.

كون وجوب القبض من مقتضى الرهانة كما عرفت ، لا من جهة الشرطية التي ليست هي إلا الرهانة المحققة بدونه .
نعم يتجّه ذلك على القول بأنّه شرط في الصّحة [١] .

أمّا لو قلنا بأنّه شرط للزوم [٢] فينبغي التقييد في الاشتراط برهن مقبوض . اللهم إلا أن يدعى دلالة القرائن على ذلك ، بناءً على الاكتفاء بمثلها .

أو يقال : إنّ الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وإن قلنا بكونه شرطاً في الزوم [٣] .
هذا كلّه إذا اشترط الرهن خاصّة ، أمّا إذا اشترط القبض معه فالمتجّه بناءً على ما ذكرنا سابقاً في الشرائط وجوبها على المشتري عليه ، واجباره عليه ، فإن لم يمكن تسلّط على الخيار . نعم على [أنّه يستحق القبض لو كان مشروطاً في العقد] على ما تقدّم [٤] يتجّه [٥] عدم وجوب ذلك عليه ، بل أقصاه تسلّط ذي الشرط على الخيار [٦] . وقد ظهر من ذلك كلّ عدم صحّة الرهن بالقبض من غير إذن بناءً على اعتباره في صحته .

(وكذا لو أذن في قبضه ثم رجع) باذنه (قبل قبضه) [٧] .

بل لو صرح بالإسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلك الإسقاط [٨] .

[١] ضرورة عدم تعلق حق الرهانة بالعين المشروط رهنها بدونه ، فلا يجدي مجرد العقد الذي لم يتعبّقه قبض ؛ إذ هو كالرهن الفاسد . وصحّة إطلاق الرهن على العقد - كما ذكرناه سابقاً - لا ينافي كون المراد هنا الرهن المخصوص .

[٢] ففي المسالك : « ينبغي أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وإن لم يلزم من قبل الراهن ؛ لأنّ ما يجب الوفاء به الرهن الصحيح ، وهو أعمّ من اللازم »^(١) . لكن فيه ؛ أنّه لا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه .

[٣] كما حكاها في المسالك عن الشهيد^(٢) .

ولعله راجع إلى ما ذكرنا من دلالة القرائن على ذلك ، وإلا فليس ما يقتضي استحقاقه بمجرد اشتراطه غيره .

[٤] [ك]ما تقدّم من الشهيد .

[٥] [ك]ما صرح به هنا .

[٦] وهو خيرة الفاضل^(٣) في المقام ، لكن فيه ما عرفت سابقاً ، والله أعلم .

[٧] إذ هو كغير المأذون فيه ؛ ضرورة عدم الزوم عليه بالإذن الذي له الرجوع فيها ؛ للأصل وغيره ، فيتجّه حينئذٍ جميع ما ذكرناه فيه سابقاً . ولا يقال : إنّ الإذن هنا قد أسقطت حقّه من الرجوع بناءً على الشرطية في الزوم ؛ إذ قد عرفت أنّ المسقط له شرعاً إنّما هو القبض لا الإذن فيه .

[٨] لعدم كون الجواز هنا الخيار ، بل هو من الأحكام الشرعية لا الحقوق المالكية التي يتسلّط عليها الإسقاط كلّ ذلك مع عدم الخلاف فيه ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ممّن اعتبر الإذن في القبض ، سواء قلنا ؛ أنّه شرط في الزوم أو الصّحة .

(١) المسالك ٤ : ١٢ ، مع تقديم وتأخير في العبارة .

(٢) المسالك ٤ : ١٢ .

(٣) التذكرة ١٣ : ٢٠٢ .

(وكذا) لا يصح الرهن (لو نطق بالعقد ثم جنّ أو أغمي عليه ، أو مات قبل القبض) مثلاً بناءً على اعتباره في الصّحة [١] . إنّما الكلام في البطلان بذلك على تقدير اعتباره في اللزوم [٢] .

[والمتّجه الصّحة فيقوم من انتقل إليه ولاية التصرف مقامه مرعياً للمصلحة حيث يجب عليه ذلك] [٣] .

بل المتّجه عدم الفرق في ذلك بين الراهن والمرتهن على كلّ من قولي الصّحة واللزوم [٤] .

[ولا اشكال في البطلان ، بناءً على اعتبار القبض في الصّحة] .

[١] بلا خلاف أجدّه ؛ لظهور ما دلّ على شرطية الاختيار إلى تمام سبب الصّحة .

[٢] فرمّا قيل به ؛ لأنّه حينئذٍ من العقود الجائزة المعلوم بطلتها بعروض ذلك . وفيه ؛ أنّه لا دليل على عموم ذلك فيها بحيث يشمل المقام الذي هو يؤوله إلى اللزوم بالقبض ليشبه بيع الخيار ويصلح لقطع الاستصحاب ، وتقييد إطلاق دليل الصّحة ، فيقوم حينئذٍ من انتقل إليه ولاية التصرف مقامه ، مرعياً للمصلحة حيث يجب عليه ذلك .

[٣] ولا منافاة بين انتقال عين المال إلى الوارث أو ولايته إلى الولي وبين تعلّق حقّ الرهانة ، بل أقصاها أنّها جائزة كما كانت ؛ للأصل .

وبذلك يفرق بين المقام وغيره من العقود الجائزة كالوكالة والعارية والوديعة ؛ إذ ليس هو مثلها قطعاً ، بل هو كبيع الخيار وكالهبة بعد القبض قبل التصرف التي يجوز الرجوع فيها للمالك قبله ، ولا مجال لاحتمال البطلان فيهما ، ولعلّه لذا جزم في التذكرة بعدم البطلان في الأوّلين^(١) ، بل كان عليه ذلك بالنسبة إلى الأخير أيضاً إلا أنّه لم يرجّح فيه فيها^(٢) .

[٤] لكن في الدروس اختار البطلان في الثلاثة بالنسبة إلى الراهن ، ثمّ قال : « ولو مات المرتهن انتقل حقّ القبض إلى وارثه والفرق تعلّق حقّ الورثة والديان بعد موت الراهن به فلا يستأثر به أحد بخلاف موت المرتهن ، فإنّ الدين باق فيبقى وثيقة » . وقال أيضاً : « ولو جنّ المرتهن أو أغمي عليه قام وليّه مقامه »^(٣) .

وفيه ما لا يخفى ، بناءً على أنّه شرط في الصّحة ، كما هو ظاهر كلامه في أصل المسألة ، بل وعلى تقدير كونه شرطاً في اللزوم ؛ ضرورة كون المتّجه عليه البطلان مطلقاً أو الصّحة كذلك ؛ لاتّحاد المدرك ، والفرق الذي ذكره بالنسبة إلى الموت غير مجبٍ بعد أن كان للورثة والديانة الفسخ ؛ إذ لا يلزم عليهم القبض المقضي للزوم ، فتجدّد تعلّق حقّ الديانة والوراثة لا يبطل الحق المتعلّق سابقاً ، كما هو واضح .

نعم احتمال الصّحة مع موت المرتهن أوضح منه مع موت الراهن .

وبذلك كلّ تعرف الاضطراب في جملة من كلمات الأصحاب في المقام واحتمالاتهم ، التي منها ما يقضي بكونه معتبراً عندهم في الصّحة ، ومنها ما يقضي باعتباره في اللزوم ، وقد أشكل^(٤) على ثاني الشهيدين الذي جعل النزاع في الأخير المراد من نحو المتن . ولا ريب في ظهوره في الاعتبار في الصّحة ، فلا اشكال فيه من هذه الجهة .

(٢) التذكرة ١٣ : ١٩٩ - ٢٠٠ .

(١) التذكرة ١٣ : ٢٠١ .

(٤) أشكل عليه في مفتاح الكرامة ١٤٣ : ٥ . انظر المسالك ٤ : ١٣ - ١٤ .

(٣) الدروس ٣ : ٣٨٥ .

كما أنه لا إشكال في عدم البطلان بعروض شيء من ذلك للراهن أو المرتهن بناءً على المختار [١].
ثم إنه لا يخفى عليك الحال بعد الإحاطة بما ذكرنا فيما لو كان الرهن مشروطاً في عقد لازم ثم عرض نحو
الأموال الثلاثة قبل الرهن أو بعده قبل الإقباض، والله أعلم.

(و) كيف كان فـ (ليس استدامة القبض شرطاً) بل يكفي تحققه في الصحة أو اللزوم [٢].
(فلو عاد إلى الراهن) وإن لم يكن بعنوان الوكالة عن المرتهن (أو تصرف فيه) تصرفاً لا ينافي كونه رهناً (لم
يخرج عن) حقّ (الرهن) سواء كان ذلك باذن المرتهن أولاً، وإن كان الظاهر تحقق الإثم عليه مع عدم الإذن في
بعض الأحوال، والله أعلم.

(و) منها: أنه (لو رهن ما هو في يد المرتهن لزّم) الرهن على القولين من غير حاجة إلى إذن بالقبض ولا مضي
زمان يمكن فيه تجديد القبض (ولو كان) استيلاء يد المرتهن عليه (غصباً) [٣].

[١] كما صرح به جماعة ممن خيرته ذلك، بل حكاه في الدروس عن المبسوط^(١) معترفاً بأبعاده بعدم الشرطية وإن
كان للمرتهن طلبه للتوثق به^(٢)، وهو مما يرشد إلى موافقته للمختار، كما حكيناه سابقاً.

[٢] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكي منهما مستفيض أو متواتر. وهو الحجة بعد
العمومات التي يمكن إرادتها للشيخ في الاستدلال عليه بأخبار الفرق^(٣)؛ إذ لم نجد المتحد منها الدالّ على ذلك صريحاً فضلاً عن
المتعدد.

نعم ربّما تجسّم دلالة النصوص^(٤) الواردة في منفعة الرهن وعلته المعلوم كونها للراهن التي تتوقّف غالباً على قبضه الرهن،
والأمر سهل، بعد ما عرفت الذي منه يظهر ضعف ما عن أبي حنيفة^(٥) وأحمد^(٦) ومالك^(٧) من اشتراط الاستدامة
كالابتداء؛ للآية التي قد تقدّم البحث فيها.

بل عن الأردبيلي أنّ ظاهر التذكرة ذلك في مسألة منع المرتهن، من التصرف^(٨).

قلت: الموجود فيها هناك: «الرهن وثيقة لدين المرتهن فإن جعلنا القبض شرطاً وكان لازماً استحقّق المرتهن إدامة اليد ولا
يزال يده إلا للانتفاع على خلاف قد سبق»^(٩).

ويمكن أن يريد ولو بقرينة أنّه ممنّ حكى الإجماع على عدم اشتراط الاستدامة قبل ذلك الاستحقاق لا على جهة الشرطية،
ولعله كذلك، لما عرفت من اقتضاء حقّ الرهنه ذلك.

[٣] وفقاً لإطلاق الأكثر.

(١) المبسوط ٢: ١٩٩. (٢) الدروس ٣: ٣٨٥.

(٣) الخلاف ٣: ٢٢٥. (٤) انظر الوسائل ١٨: ٣٩٤، ٣٩٧، ب ١٠، ١٢ من الرهن.

(٥) بدائع الصنائع ٦: ١٤٢. (٦) المعني (الابن قدامة) ٤: ٤٢٠.

(٧) بداية المجتهد ٢: ٢٧٤.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٣٦.

(٩) التذكرة ١٣: ٢٣٨.

لا (لتحقق القبض) الذي هو شرط [١] .

[أو كان مضموناً ببيع فاسد أو سوم أو عارية مضمونة أو نحو ذلك] [٢] .

نعم يقرب ارتفاع الضمان بالإذن من الرهن في استدامة القبض للرهن [٣] .

فهو كما لو تاب الغاصب وطلب من المالك قبض ماله فقال له ليبقى عندك ودیعة ، وكما لو أُرهن المالك

[١] لوضح بطلانه في الأخير المنهي عنه فيكون فاسداً لذلك ؛ إذ النهي وإن كان لا يقتضي الفساد في غير العادة ، إلا أن القبض على تقدير اعتباره ركن ، وعدم اقتضائه الفساد إنما هو بعد تمام الأركان ، وإلا لا تجزئ بالقبض بغير إذن لو لم يكن مقبوضاً ، وقد عرفت بطلانه .

وليس الإرهان إذناً باستدامة القبض قطعاً ، مع أنه لا يتم في التصريح [من الرهن] بحرمة استدامة القبض الأول ، بل لعله باطل في الأول أيضاً ؛ ضرورة ظهور أدلة الشرطية في اعتبار القبض للرهن ، فلا يجزي قبض العارية والوديعة مثلاً والفرض أنه لم يتجدد إذن في استدامة القبض للرهن .

بل لعدم تناول دليل الشرطية لمثل الفرض ؛ ضرورة ظهوره في غير المقبوض ، أما هو فيبقى على أصالة اللزوم في العقد ، فيتحقق رهنه حينئذٍ وهو على القبض الأول ، حتى أنه لو كان مضموناً بفصص أو بيع فاسد أو سوم أو عارية مضمونة أو نحو ذلك بقي عليه .

[٢] كما هو خيرة الأكثر ، بل لا خلاف أجده إلا من الفاضل في القواعد والمحكي عن يحيى بن سعيد^(١) ، ولا تنافي بين رهنيته وضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنية كالتعدي في المرهون .

[٣] وفاقاً لجماعة ، بل عن حواشي الشهيد نفي الخلاف عنه ؛ لانتقاض الحال الأول ، بل هو شبه الوكالة في القبض عنه^(٢) . ودعوى ظهور دليل الضمان في مثل الفصص في عدم ارتفاعه إلا بالتأدية المعلوم انتفاؤها في المقام ، وإن أذن بسبب الضمان الأول لم يرتفع ، وإن أذن في الاستدامة وارتفع الإثم بذلك ، بل لو صرح المالك باسقاط الضمان الذي هو مقتضى السبب الأول لم يسقط ، كما صرح به في القواعد وجامع الشرائع والإيضاح^(٣) وحواشي الشهيد^(٤) وغاية المرام^(٥) وجامع المقاصد^(٦) على ما حكى عن بعضها ؛ إذ هو ترتب شرعي والإسقاط كالإبراء إنما يجدي في الحق الثابت في الذمة مثلاً وليس المقام منه قطعاً ؛ إذ لا شيء في الذمة حينئذٍ ، لكون المراد من الضمان فيه أنه لو تلفت العين ضمن مثلها ، ولا معنى لإسقاطه قبل حصوله ، كما أنه لا معنى لإسقاط سببية السبب الذي جعل الشارع غاية ارتفاعه التأدية المعلوم انتفاؤها في المقام . بدفعها أولاً ؛ منع عدم صدق التأدية على نحو ذلك مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك ، وأنه من تصرفه فيه .

(١) القواعد ٢: ١١٦ . الجامع للشرائع ٢٨٩ .

(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١٤٦ .

(٣) القواعد ٢: ١١٦ . الجامع للشرائع ٢٨٩ . الإيضاح ٢: ٢٨٠ .

(٤) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥: ١٤٩ .

(٥) غاية المرام ٢: ١٥٣ .

(٦) جامع المقاصد ٥: ١٠٩٩ .

مغصوباً عند غير الغاصب وقد أذن للراهن في قبضه منه وقبضه [١] .

[١] ودعوى التزام الضمان في ذلك ونحوه أيضاً كما ترى يمكن أن يقطع بعدمه ، وأنه ظلم واضح ، فلعل المراد من التأدية في خبر الضمان ما يشمل مثل ذلك ، لا أنه القبض الفعلي خاصة .

وثانياً : ظهور كون المراد من الخبر ما إذا بقيت يد الضمان على حالها ، لا ما إذا تغيرت وصارت يد أمانة مثلاً ، فيبقى حينئذ على أصالة البراءة التي لا يعارضها استصحاب الضمان ، بعد ما عرفت من ظهور دليله في غير الفرض ، ومن معلومية كون السبب في الضمان العدوان والفرض زواله بالائتمان ، فلا وجه للاستصحاب .

وعدم ارتفاع الضمان بالإسقاط - مع أن فيه بحثاً ، بل عن الشيخ السقوط لحصول سبب الوجوب ^(١) ، فليس إبراء مآل يجب وتبعه المصنف فيما يأتي والفاضل في التحرير ^(٢) - لا مدخلية له فيما نحن فيه الذي فرض حصول الإذن من الغاصب باستدامة القبض على أنه رهن أو ودعية أو عارية مثلاً ، وأنه بذلك صار أمانة في يده .

ودعوى الفرق بين المقام والودعية التي هي استنابة عن المالك في الحفظ والقبض لمصلحته بخلاف ما نحن فيه بل والعارية والتوكيل على البيع والإعتاق على إشكال غير مسموعة ، فإن دقيق النظر يقضي بعدم الفرق بين الجميع ، كما أنه يقضي بعدم الفرق بين المغصوب وبين غيره - مما هو مضمون كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم أو الشراء الفاسد أو نحو ذلك - فيما ذكرنا من الحكم . ومن ذلك تعرف النظر فيما في القواعد وجامع المقاصد ^(٣) وغيرهما ، وقد يأتي إن شاء الله لذلك تنمة ، فتأمل جيداً .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أن السبب في لزوم الرهن في مفروض المتن ما قلناه لا ما سمعت ، الذي قد عرفت أنه لا يتم في الغصب ؛ ولذلك فصل في المسالك والروضة بين المغصوب وغيره فاعتبر الإذن ومضي الزمان في الأول دون الثاني ^(٤) ، ولا ريب في ضعفه ، بل لم أعرف هذا التفصيل لغيره عدا الفاضل في ظاهر التذكرة ^(٥) ، وإن حكاه في الروضة عن بعض ^(٦) ، ولعله هو مراده ، كما أنه لم أعرف وجهاً معتدلاً به لاعتبار مضي الزمان ، وإن قيل في توجيهه : « أن الإذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضرورياته مضي زمان ، فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام ، ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي ؛ لتعذر المطابقي » ^(٧) ، وهو كما ترى ؛ ضرورة أن اعتبار الزمان من باب المقدمة لحصول القبض ، فلا يعقل اعتباره مع حصول ذي المقدمة ، كما هو واضح .

ولو علل بأن المنساق من القبض في مثله بعد فرض شمول دليل الشرطية له ذلك لكن أولى وإن كان فيه منع واضح أيضاً ؛ خصوصاً بعد عدم تعذر الحقيقة بأن يرجعه إلى صاحبه ثم يقبضه منه أو يتوكل عنه في قبضه وإقباضه ، فيكون كالموجب والقابل . وأما الإذن فبناءً على عدم اعتبار القبض السابق لكون الفرض أنه غصب ، وعلى أنه شرط في مثل الفرض فالمتجه اعتباره ، ليكون استدامة القبض مستندة إليها ، فيتحقق القبض المأذون فيه بعد الرهانة ؛ ضرورة صدقه على الاستدامة ، لكن قد عرفت أن التحقيق عدم اعتبار القبض في مثل الفرض .

(٢) التحرير ٢ : ٤٨٧ .

(١) المبوط ٢ : ٢٠٤ .

(٣) القواعد ٢ : ١١٦ - ١١٧ . جامع المقاصد ٥ : ١٠١ .

(٤) المسالك ٤ : ١٥ - ١٦ . الروضة ٤ : ٦٠ - ٦٤ .

(٦) الروضة ٤ : ٦١ .

(٥) التذكرة ١٣ : ١٩٦ .

(٧) المسالك ٤ : ١٦ .

ومن هنا أتجه القول بال لزوم [في محلّ الفرض] وإن لم يحصل إذن في الاستدامة [١] .

(و) منها: أنه (لو رهن ما هو غائب) عن مجلس العقد منقولاً كان أو غيره غيبة لا يصدق معها القبض لو خلّي بينه وبينه فيما يكفي فيه ذلك لو لا الغيبة (لم يصّر رهناً) صحيحاً بناءً على الاعتبار في الصحة أو لازماً على اعتباره في اللزوم (حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن ويقبضه) بما يصدق معه من تخلية أو نقل [٢] .

[١] كما هو مقتضى إطلاق الأكثر الذين لم يفرّقوا بين الوديعة والعارية والمغضوب في عدم اعتبار الإذن ومضي الزمان ، بل لا خلاف محقق أجده في ذلك في الأولين . نعم حكى في الدروس ^(١) من الشيخ الحكم بأنه لابدّ من مضي زمان يمكن فيه القبض منهما ، ولعله يلزم ذلك في الثالث . إلا أنه لم تتحقّق ما حكاه عنه ، إذا المحكي عنه في المبسوط والخلاف أنه قال : « إذا كان له في يد رجل مال وديعة أو عارية أو إجارة أو غصباً فجعله رهناً عنده بدين له كان الرهن صحيحاً ويكون ذلك قبضاً إذا أذن له الراهن في قبض عين الرهن » ^(٢) ، وزاد في الثاني : « وإذا لم يأذن له لم يكن على كونه قبضاً دليل » ^(٣) ، كما أنه حكى عن الأول في مسألة ما إذا أذن له وجنّ تمّ القبض وصحّ ، وقد قيل : أنه لا يصحّ إلا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه ^(٤) . والجميع كما ترى ليس فيه اشتراط مضي الزمان المعروف نقله عن الشافعي ^(٥) ، وإنما اقتصر على الإذن خاصّة ، من غير فرق بين المغضوب وغيره ، ولعله لتحقّق القبض المعتبر بها ؛ إذ الاستدامة كالاتداء ولا يجدي القبض الأول ، أمّا في المغضوب فواضح . وأمّا في غيره فلا تله ليس قبض رهانة وإن كنّا لم نشترط تعقّب القبض للرهانة . وهو جيّد ، بناءً على اعتبار القبض في مثل الفرض ؛ لعدم تيقّن حصول الشرط بغير ذلك . نعم فيه ما ذكرنا سابقاً من عدم الدليل على اشتراط في هذا الحال ، فيلزم بدونه على تقدير الشرطية ، وإلا فعلى المختار من عدم الشرطية أصلاً ، فلا بحث في اللزوم وسقوط هذا الكلام من أصله ، والله أعلم .

[٢] بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد نسبته إلى نصّ الأصحاب وغيرهم ^(٦) ؛ لعدم حصول الشرط بدون ذلك ، ولا يكفي الإذن مع مضي زمان يمكن فيه القبض وإن كان المرهون غير منقول ؛ لمنع حصول التخلية بذلك ، فضلاً عن حصولها بالإذن خاصّة . نعم قد يقال : لا حاجة إلى الإذن فضلاً عن مضي الزمان لو كان المرهون مقبوضاً للمرتهن سابقاً وإن كان غائباً عنه حال العقد ، استصحاباً لحكم القبض السابق ، مع احتمال عدمه أيضاً ، كما عن أحد وجهي الشافعية حتى مع مضي الزمان ^(٧) ، بل لابدّ من الحضور فعلاً ، بل عن أحد الوجهين عنه أيضاً أنه لابدّ من النقل فعلاً للمنقول مثلاً ، وإن كان فيه ما لا يخفى .

ولعلّ ذلك لا ينافي ما تقدّم سابقاً المفروض فيه وقوع الرهن على المقبوض عنده ، لكن بهذا النوع من القبض ، لا أنه رهنها وهو أي الغاصب ونحوه غائب عنها ، إلا أنّ استدلال بعضهم هناك باستصحاب حكم القبض ^(٨) ينافي ذلك ، وحينئذ فيكون كلامهم شاهداً لما قلنا أوّل الذي يمكن الحيلة بناءً عليه في رهن الغائب إذا لم يكن مقبوضاً للمرتهن ، وكان مقبوضاً للراهن بأن يوكله في القبض عنه فيجعل استدامة قبضه للمرهن ، فيصحّ حينئذ . اللهم إلا أن يمنع صحة الوكالة فيما هو في حكم القبض . ولا يخفى عليك سقوط هذا البحث من أصله على المختار .

(١) (٢) الدروس ٣: ٣٨٤ ، المبسوط ٢: ٢٠٢ . (٣) (٤) الخلاف ٣: ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، المبسوط ٢: ١٩٩ .

(٥) الأمّ ٣: ١٤١ . (٦) جامع المقاصد ٥: ١٠٦ .

(٧) المجموع ١٣: ١٨٤-١٨٥ . (٨) المسالك ٤: ١٥٥ .

[وأما بناءً على المختار من عدم كون القبض شرطاً مطلقاً فلا يخفى سقوط هذا البحث من أصله].

(و) كيف كان ذ. (لو أقرّ الرهن بالإقباض قضى) به (عليه) [١].

لكن (إذا لم يعلم كذبه) فإنّه لا عبرة بإقراره قطعاً [٢].

(ولو رجح) عن إقراره السابق (لم يقبل رجوعه) كما في كل إنكار بعد إقرار، وإلا لم يكن الإقرار جائزاً عليه

على كل حال [٣]. نعم قد (تسمع دعواه لو ادعى المواطأة على) الإقرار (والإشهاد) عليه إقامة لرسم الوثيقة، حذراً من تعدّر ذلك إذا تأخّر إلى أن يتحقق القبض (ويتوجّه) له (اليمين) حينئذٍ (على المرتهن) [٤]. واختاره المصنّف بقوله (على الأشبه) [٥]. إلا أنّه [= عدم السماع] لا يخلو من وجه [٦].

وكذا لو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً، كأن قال: إنّي أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث

يمكن في حقّه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى ما كتبه وكيلى فظهر مزوراً ونحو ذلك [٧].

[١] لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١).

[٢] فلا يشمل الجواز المزبور.

[٣] كما هو مقتضى الخبر السابق. وما عن المبسوط من أنّه قوى القبول في آخر كلامه^(٢) لجريان العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقّق ما فيها، بل استقرّ به في التذكرة^(٣) واضح الضعف، بل كأنّه اجتهد في مقابلة النصّ (و) مخالف لأصالة الصّحّة في قول المسلم وفعله.

[٤] كما صرح به جماعة. ١ - لجريان العادة بذلك ٢ - ولعموم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٤).

[٥] مشعراً بوقوع الخلاف فيه، بل صرح به في شرح التردّدات^(٥) وإن لم يحضرنى الآن نسخه.

[٦] للتكذيب دعواه بظاهر إقراره السابق.

[٧] وإن صرح بالسماع فيه في التذكرة والدروس والمسالك والروضة ومحكي المبسوط^(٦). ولعلّه لأنّه لم يكذب إقراره في الحقيقة، فيشمل العموم المزبور الذي يعارضه عموم الإقرار من وجه فيرجّح عليه بفتوى من عرفت. ولا دليل على عدم قبول الدعوى المكذّبة والبينة كذلك على كلّ حال بحيث يشمل المقام الذي قد عرفت فتوى جملة من الأساطين بالسماع فيه. بل ربّما نقل أنّ الأشبه سماع التأويل الممكن وإن كان الإقرار في مجلس الحكم، لكن في التذكرة نظر فيه ولم يرجّح^(٧)، بل كأنّه مال إلى عدم السماع. وقد تقدّم في أوّل بيع الحيوان ماله نفع في المقام، فلاحظ وتأمل

(١) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ٣ من الإقرار، ج ٢. (٢) المبسوط ٢: ٢٠٣.

(٣) التذكرة: ١٣: ٣٣٧.

(٤) الوسائل ٢٧: ٢٢٣، ٢٣٤، ٣ بكيفية الحكم، ح ٣، ٥. المستدرک ١٧: ٣٦٨، ب ٣ من كيفة الحكم، ح ٤.

(٥) إيضاح ترددات الشرائع ١: ٢٩٠-٢٩١.

(٦) التذكرة: ١٣: ٣٣٧، الدروس ٣: ٣٨٧، المسالك ٤: ١٨، الروضة ٤: ٥٩. المبسوط ٢: ٢٠٣. حكاة في مفتاح الكرامة ٥: ١٥٦.

(٧) التذكرة: ١٣: ٣٣٨.

هذا كله إذا شهد الشاهدان بإقراره أو اعترف هو به .

أمّا لو شهد بنفس الإقباض ومشاهدته لم تسمع دعواه ، ولم يتوجّه له اليمين [١] .

ثم إنّّه لا يخفى عليك تصوير المسألة بالنسبة إلى المرتهن ، وفيما إذا كانت العين في يد الراهن أو المرتهن أو ثالث موجودة أو تالفة ، بأن قال : توأطأنا على الإقرار ، ثمّ أخذه من دون إذن فتلف .

كما أنّه لا يخفى عليك جريانها على القول باعتبار القبض في الصحّة والزوم وعدمه ، والله أعلم .

(و) كيف كان فعلى الشرطيّة وعدمها (لا يجوز تسليم المشاع إلّا برضا شريكه ، سواء كان ممّا ينقل أو لا

ينقل على الأنشبه) [٢] . وعلى كلّ حال فلو سلّمه إياه عدواناً [٣] [ففي الاكتفاء به أشكال] [٤] .

ولو وكلّ المرتهن الشريك على القبض وقد أذن له الراهن جاز [٥] .

[١] بل في التذكرة : « وكذا لو شهدا على إقراره بالاقباض » ^(١) بعد إنكاره الإقرار ، فتأمّل .

[٢] وفقاً لصريح التحرير والدروس وظاهر القواعد واللمعة ^(٢) ؛ لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه ، والمانع الشرعي كالمانع العقلي .

خلافاً للمحكي عن المبسوط فيما قبضه التخلية ^(٣) ؛ لعدم اقتضاها التصرف ، واستجوده في المسالك ^(٤) وغيرها .

لكن قد يناقش بمنع تحقّق التخلية التي يصدق القبض معها بدونه ؛ ضرورة أنّه سلطنة عرفيّة زائدة على السلطنة الشرعيّة المتحقّقة بالعقد في نحو البيع وكونه كالمالك لا يحقّق القبض ؛ إذ يمكن منعه بالنسبة إليه أيضاً ؛ لتوقّف دخوله ونحوه من التصرفات على إذن الشريك ، فليس مقبوضاً له والتخلية التي يتحقق معها القبض هي ما يحصل بها السلطنة على القبض الفعلي بحيث لو أراهه لأوقعه ، فمع فرض المانع عنه كما في المقام ولو شرعياً لم تحصل السلطنة المزبورة .

[٣] ففي القواعد : « في الاكتفاء به - أي على الشرطيّة - نظر ، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدّى في غير الرهن » ^(٥) ، ووافق عليه ولده كما قيل وثاني المحقّقين والشهيد ^(٦) وغيرهم ؛ لأنّ النهي إنّما هو لحق الشريك خاصّة ؛ إذ الفرض حصول الإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً ، وكونه قبضاً واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع ؛ لاختلاف الجهة .

[٤] وقد يشكّل بمنافاته لما حكى من كلامهم في باب الهبة ^(٧) من التصريح بعدم الاكتفاء للنهي المانع ، كما لو وقع بدون إذن الراهن ، وقد تقدّم التحقيق في باب القبض .

[٥] بلا خلاف ولا إشكال ، بل في جامع المقاصد : قوّة الاكتفاء باذن الراهن للشريك والمرتهن في القبض من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك ^(٨) ، بل جزم به في المسالك ^(٩) .

(١) التذكرة ١٣ : ٣٣٨ .

(٢) التحرير ٢ : ٤٧٥ ، الدروس ٣ : ٣٨٤ ، القواعد ٢ : ١١٧ - ١١٨ ، اللمعة ٢٩٩ : ١٢٩ .

(٣) المبسوط ٢ : ٢٠٤ .

(٤) المسالك ٤ : ١٨ ، ١٩ .

(٥) القواعد ٢ : ١١٧ - ١١٨ .

(٦) الإيضاح ٢٩ : ٢٩ ، جامع المقاصد ٥ : ١٠٧ ، الروضة ٤ : ٦٤ - ٦٥ ، المسالك ٤ : ١٨ - ١٩ .

(٧) حكاة في مفتاح الكرامة ٩ : ١٦٧ .

(٨) جامع المقاصد ٥ : ١٠٨ .

نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف ، ولو أذن الراهن للمرتهن في القبض فنازعه الشريك نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما ، فيكون قبضاً عن المرتهن ، كما أنه لو تنازعا في الاستدانة وكان ممّا يؤجر ولم يتهاينا جعله الحاكم على يد عدل يؤجره ويقسم الأجرة على الشريكين [١] .
ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله ، والله أعلم .

[شرائط الرهن] :

الفصل (الثاني في : شرائط الرهن) : أي المرهون صحّة أو لزوماً [٢] .

فقال [المصنّف] : (ومن شرائطه : أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه ويصحّ بيعه سواء كان مشاعاً أو منفرداً) [٣] .

وعلى كلّ حال (فلو رهن ديناً لم ينعقد) الرهن [عند المصنّف] [٤] .

[١] وفي الدروس : « ويتعلّق الرهن بحصّة الراهن من الأجرة ، وليكن مدّة الإجارة لا تزيد عن أجل الحق ، فلو زاد بطل الزائد وتخيّر المستأجر الجاهل ، إلّا أن يجيز المرتهن » ^(١) .

[٢] وقد ذكر المصنّف بعضاً منها .

[٣] وتفصيل البحث فيها أنه لا خلاف أجده في الأوّل منها ، بل ربّما استشعر من عبارتي الغنية والسرائر ذلك ^(٢) أيضاً سوى ما تسمعه من الخلاف في خدمة المدبّر ، وهو الذي حكاه في المختلف ^(٣) ، وإلا فلم نجد خلافاً في غيرها لأحد من العامة فضلاً عن الخاصة .

[٤] على المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل ربّما استشعر من عبارتي السرائر والغنية الإجماع عليه ^(٤) :

١ - وهو الحجّة إن تمّ .

٢ - أو دعوى ظهور الأدلّة ولو بمعونة الشهرة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحّة عقده أو مفهومه ، بل لعلّ الشكّ في الأخير كاف .

لأنّ القبض معتبر في الرهن ، وهو غير ممكن في الدين الذي هو أمر كليّ لا وجود له في الخارج يمكن قبضه ، وما يدفعه المديون ليس عين الدين ، بل هو أحد أفرادها ، فإنّ فساد واضح .

أما أولاً : فلاقتضائه الصحّة ممّن لم يقل بالشرطيّة ، مع أنّه صرح بالمنع في السرائر ^(٥) والقواعد ^(٦) وغيرهما ممّن لا يقول بالشرطيّة .

(١) الدروس ٣ : ٣٨٧ .

(٢) الغنية ٢٤٢ : السرائر ٢ : ٤١٦ - ٤١٧ .

(٣) المختلف ٥ : ٤٣٠ .

(٤) السرائر ٢ : ٤١٦ - ٤١٧ . الغنية ٢٤٢ : ٢٤٣ .

(٥) السرائر ٢ : ٤١٦ .

(٦) القواعد ٢ : ١٠٩ .

وثانياً: لا يتم على تقدير اشتراطه في اللزوم، فإن أقضاء عدم اللزوم لا الصحة، مع أنه صرح في الغنية بالمنع^(١)، مع أنه ممن يقول بكونه شرطاً للزوم دون الصحة.

وثالثاً: معلومية عدم الفرق بين قبض الدين في البيع في الصرف فيه وغيره والهبة وغيرها وبين الرهن، ولا ريب في صحة قبضه بتعيين المديون وصدق قبض الدين على ذلك المدفوع وإن كان هو أحد الأفراد التي يوجد فيها الكلي.

ورابعاً: أنه لا يتم لو كان الدين المرهون على المرتهن؛ لكونه مقبوضاً له، ولذلك صح التصارف بما في الذم وكان ذلك تقابضاً منهما قبل التفريق.

ولا لأن الرهن ليس إلا من حيث عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق في استيفائه بمثله؟ إذ فيه مع كونه غير تام فيما لو قبضه وأبقاه رهناً عنده، بل وغير تام فيما لو كان الدين على المرتهن؛ إن من الواضح اختلاف الناس في سهولة القضاء وعسره، فكم من ديون متيقنة الحصول يصلح الاستيثاق بها على غيرها مما يش من تحصيلها، كما لا يخفى.

بل ولا لما في الرياض صريحاً وغيره ظاهراً من الشك في حصول القبض الذي هو شرط في الرهن بذلك، بدعوى ظهور النصوص في كون المقبوض الرهن نفسه الذي جرى عليه العقد لا فرد، وصدق القبض عرفاً لا يستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدلة^(٢) هنا، بل هو قبض لا يتناول ما عليه في الذمة، بل قد يمنع صدق القبض عليه عرفاً مع بقاءه على ملك الديان وإن أجريناه عليه حكم المقبوض لو انتقل إلى المديون نفسه، فالأصول حينئذ بحالها بعد صرف الإطلاقات إلى ما عرفت من القبض، بل عموم الوفاء بالعقد منصرف إلى إطلاق النصوص في الرهن، فإنه بملاحظتها والنظر فيما ورد في بعضها - مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في أغلب أفراد المفروض - يحصل الظن القوي بل المتأخم للعلم بأن عقد الرهن لا يصح إلا فيما يمكن قبضه بنفسه قبضاً حسيماً، فينزل عموم الوفاء على ذلك؛ إذ هو الصحيح لا غيره، كما استمع ذلك في نظائر المقام مما لا يمكن قبضه وبيعه كالحز وشبهه. ومن ذلك تعرف عدم بناء المنع في رهن الدين على شرطية القبض وإن حكم به الفاضل في التذكرة^(٣)؛ ضرورة كون الحاصل منه اشتراط كون الرهن مما يقبض قبضاً حسيماً، سواء قلنا باشتراط القبض في الصحة أو اللزوم أو لم نقل، كما أن منه يعلم دفع العجب عن العلامة في القواعد^(٤) حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله بعدم الاشتراط كالحلي في السرائر^(٥).

وتصريحه بالبناء في التذكرة لا يقضي بكونه كذلك في القواعد؛ إذ ذلك كله بعد ما عرفت دعوى بل دعاوي خالية عن الشواهد، بل هي بخلافها متحققة؛ ضرورة عدم الفرق بين قبض الرهن وغيره، خصوصاً بعد رهن المشاع الذي هو راجع إلى الكلية أيضاً، بل ورهن الكلي الخارجي ولو بوصية ونحوها قبل قبضه، كضرورة حصول الوثوق برهنه بالطريق الذي ذكرناه.

(١) الغنية: ٢٤٢.

(٢) الرياض ٨: ٥٠٦-٥٠٧.

(٣) التذكرة ١٣: ١٢٧.

(٤) القواعد ٢: ١٠٩، ١١٦.

(٥) السرائر ٢: ٤١٦، ٤١٧.

فلا ريب في كون المتّجه الصّحة [١] بناء على اشتراط القبض في الصّحة فضلاً عن اللزوم وفضلاً عن المختار من عدم الشرطيّة أصلاً [٢] . (وكذا) الكلام (لو رهن منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد) غير المدبّر [٣] .

[١] كما احتمله في الدروس^(١).

[٢] بل كون الرهن ممّا يقبض لو سلّمنا اشتراطه متحقّق كما عرفت ، ولعلّه لذا احتمل في الدروس والروضة الصّحة كهبة ما في الذم^(٢) ، بل جزم به في المسالك والمحكي عن مجمع البرهان^(٣) . نعم قد يحتمل كون المراد من «الدين» في كلام المصنّف وغيره خصوص المؤجّل منه الذي لا يستحق الديان قبضه ، فإنّه قد يتّجه المنع فيه ، بناءً على شرطيّة استحقاق القبض فعلاً ؛ لعدم التمكن من الإقباض والانتظار إلى حلول الأجل لا يجدي في حصول شرط صّحة الرهن ، وهو المنفي لا ذاك ، ولا ما إذا رضي المديون بتعجيل الحق ونحو ذلك ممّا يتصوّر فيه الصّحة ، لكن قد عرفت أنّه لا دليل على الشرطيّة المزبورة على وجه لا يكفي فيها استحقاق القبض المتأخّر عند حلول الأجل . فالعمدة حينئذٍ ما سمعته من الإجماع وإن كان دون تحصيله خراط القتاد . ودعوى ظهور النصوص - ولو بمعونة فتوى المشهور - في اعتبار كون الرهن عيناً لا ديناً في صّحته أو مفهومه على نحو اعتبار العين والمنفعة مثلاً في البيع والإجارة ، ولا ينافية لإطلاق الشرطيّة في كلامهم بعد تعارف إطلاقها عندهم على المقوم ، بل يكفي الشك في الأخير ولو للشهرة وغيرها ؛ لعدم إطلاق يحتجّ به حينئذٍ للنفي ، والأصل الفساد .

[٣] الذي لا أجد فيه خلافاً ، بل في المسالك : أنّه موضع وفاق^(٤) ، بل قيل : «إنّه قد يظهر من جماعة»^(٥) ، ولعلّه الحجة وإن علّل مع ذلك بأن الدين إن كان موجّلاً فالمنافع تلف إلى حلول الأجل ، فلا تحصل فائدة الرهن وإن كان حالاً فيقدّر ما يتأخّر قضاء الدين بتلف جزء من المهرمون ، فلا يحصل الاستيناق ، ولأنّ المنافع لا يصحّ إقباضها إلا بإتلافها ، فكان عدم الصّحة متّجهاً على القول باشتراط الإقباض وبدونه ، بل في المسالك : «أنّ الأمر على ما اختاره المصنّف من الاشتراط واضح»^(٦) . وتبعه في الرياض^(٧) ، لكن تأمّل فيه في حاشيته على الروضة فقال : «إنّ استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه أو عوضه ولو يبيعه قبل الاستيفاء ، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهناً ، وقريب منه القبض ؛ لإمكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضها رهناً ، إلا أن يقال : إنّ ذلك خروج عن المتنازع ؛ إذ رهن الأجرة جائز ، إنّما الكلام في المنفعة نفسها»^(٨) . والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه والمنع عارض . وفيه : أنّه ليس خروجاً بعد أن كان مورد العقد المنفعة لا الأجرة التي لا كلام في جواز رهنها ، والفرق بعروض المانع غير مجد . فالعمدة حينئذٍ الإجماع المؤيد بدعوى ظهور النصوص في كون الرهن عيناً لا منفعة ولو على الوجه الذي سمعته سابقاً ، وألا كان المتّجه الجواز وإن قلنا بالاشتراط ؛ ضرورة إجراء الشارع قبض الأعيان ذوات المنافع مجرى قبض المنافع في الإجارة وغيرها . ودعوى اختصاص ذلك بالإجارة لمكان الحاجة إلى المنافع ، والآ قبض العين ليس قبضاً تاماً في الإجارة ، بخلاف رهن المنافع فإنّه لا حاجة تمسّ إليها واضحة المنع ، وعدم تماميّة القبض لا ينافي إجراءه مجراه ، فلا ريب حينئذٍ في أنّ العمدة ما قلناه ، كما يؤول إليه التصريح بالمنع من القائلين بالشرطيّة وعدمها . وتلف بعض المنافع إلى حلول الأجل أو إلى الاستيفاء غير قاذح ، بعد أن كان الاستيناق في المجموع الذي هو كاف في صّحة الرهن ، سيّما مع التصريح بذلك ، فلا دليل حينئذٍ إلا ما عرفت في دعوى الإجماع هنا أقرب منها في الأوّل ، والله أعلم بحقيقة الحال .

(١) (٥) الدروس ٣: ٣٨٧ ، مفتاح الكرامة ٥: ٧٧ .

(٣) المسالك ٤: ٢٠ ، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٤٢٠ .

(٨) حاشية الروضة ١: ٤٠٨ (الحجرية) .

(٢) الدروس ٣: ٣٨٧ ، الروضة ٤: ٦٦ .

(٤) (٦) (٧) المسالك ٤: ٢١ ، الرياض ٨: ٥٠٦ .

نعم لهم كلام في خصوص رهن خدمة المدبّر ستسمعه إن شاء الله . (و) لكن قبل الكلام في ذلك ينبغي أن يعلم أنّ (في رهن المدبّر) نفسه (تردّد) أو خلاف (والوجه) عند المصنّف [١] (أنّ رهن رقبته إبطال لتدبيره) كبيع وهبته ونحوهما من العقود التي يكون الغرض منها ملك من انتقل إليه أو استيفاء الدين من قيمته [٢] . وكيف كان فلاحتمالات التي بعضها أقوال سنّة أو سبعة وإن أمكن في بعضها إرجاعه إلى آخر :

[١] وغيره من المتأخّرين بل في المسالك نسبته إلى الأكر^(١) .

[٢] إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع في التدبير الذي هو من العقود الجائزة كغيره من الوصيّة فيكون حينئذ قصد شيء منها كافياً في الرجوع للتنافي بينه وبين القصد السابق للتدبير . خلافاً للمحكي عن الشيخ من الصحة ؛ لأنّ الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ، ويجوز فكّه^(٢) ، فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن ، بل بالتصرّف فيه ، لكن الموجود في المحكي عن مبسوطه كالذي في السرائر : « إذا دبّر عبده ورهنه بطل التدبير ؛ لأنّ التدبير وصيّة ورهنه رجوع فيها ، وإن قلنا : إنّ الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً ؛ لأنّه لا دليل على بطلانه »^(٣) . نعم زاد : « فعلى هذا إذا حلّ الأجل في الدين وقضاه المدين من غير الرهن كان جائزاً وإن باعه كان له ذلك »^(٤) . وعن خلافه : « إذا دبّر عبده ثم رهنه بطل التدبير ، وصحّ الرهن إن قصد بذلك فسخ التدبير وإن لم يقصد بذلك ، الفسخ لم يصحّ الرهن » واستدل بعدم الخلاف والإجماع على أنّ التدبير بمنزلة الوصيّة والوصيّة له الرجوع فيها فكذا التدبير ، فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه . إلى أن قال : « وإن قلنا : إنّ الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً »^(٥) .

وهما معاً كما ترى لا تصريح فيهما بذلك ، بل ظاهرهما عدم القول به . نعم يحكي عن الأردبيلي التصريح به مدّعياً عدم المنافاة بينهما^(٦) ، وكأنّه توقّف فيه في المسالك^(٧) . وفي تدبير التحرير : الأقوى أنّ رهن المدبّر ليس إبطالاّ له وعق بعد الموت ، ويؤخذ من التركة قيمته تكون رهناً^(٨) . وعن الكفاية : « أنّ في المسألة أقوالاً ثلاثة : القول بصحة الرهن وأنّ رهن رقبته إبطال لتدبيره ، والقول بعدم الصحة ، والقول بأنّ التدبير مراعى بفكّه فيستقرّ أو يأخذه في الدين فيبطل^(٩) . وأنكر عليه في الحدائق وغيرها القول الثاني^(١٠) ، وفي التذكرة : يصحّ رهن المدبّر عند علمائنا^(١١) ، لكن لعله فهمه من عبارة الخلاف السابقة المقيّد ذلك بعدم قصد الفسخ أو أخذه من الدروس فإنّه حكاها عن النهاية ، قال : « ورهن المدبّر إبطال لتدبيره عند الفاضلين ، وعلى القول بجواز بيع الخدمة يصحّ في خدمته . وفي النهاية : يبطل رهن المدبّر ، وفي المبسوط والخلاف : يصحّ ويبطل تدبيره ثمّ قوى صحتهما ، فإن بيع بطل التدبير ، وإلاّ فهو بحاله ، وتبعه ابن ادريس ، وهو حسن »^(١٢) .

(١) المسالك ٤ : ٢٢ .

(٢) حكاها في المسالك ٤ : ٢٢ .

(٣) (٤) السرائر ٢ : ٤٢٨ . المبسوط ٢ : ٢١٣ .

(٥) الخلاف ٣ : ٢٣٧-٢٣٨ .

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٤٧ .

(٧) المسالك ٤ : ٢٢ .

(٨) التحرير ٤ : ٢١٩ .

(٩) كفاية الأحكام ١ : ٥٥٦ .

(١٠) الحدائق ٢٠ : ٢٤٨ .

(١١) التذكرة ١٣ : ١٦٠ .

(١٢) الدروس ٣ : ٣٩١-٣٩٠ .

أحدها : صحّة الرهن وإبطال التدبير .

ثانيها : الصحّة ومراعاة التدبير .

ثالثها : [١] [صحّة الرهن والتدبير ، لكن ينعقد بعد الموت ويؤخذ من التركة قيمته تكون رهناً] .

رابعها : [٢] [صحّة الرهن وبطلان التدبير إن قصد بذلك فسخ التدبير ، وإن لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح

الرهن] .

خامسها : صحتهما معاً على أن يكون رهناً إلى موت السيد فينعقد وتبطل الرهنية [٣] .

سادسها : [٤] من عدم صحّة الرهن .

سابعها : عدم الصحّة إذا كان المقصود رهنه بحيث يستوفي منه الدين مع قصد عدم الرجوع بالتدبير ، أما إذا

كان مقصوده رهناً باقياً على صفة التدبير فيصحّان معاً والإطلاق منصرف إلى الثاني .

ولعلّ الأقوى الأول إذا كان التدبير مما يجوز له الرجوع فيه [٥] ، فإن لم يكن كذلك بأن كان واجباً عليه بنذر

ونحوه فليس حينئذٍ إلا الخامس أو السادس ، وكأنّ الأول منهما لا يخلو من قوّة ، خصوصاً إذا قلنا بجواز بيعه منزلاً

على الخدمة أولاً إلى موت السيّد [٦] . وقد تلخّص من ذلك أنّه حيث يكون التدبير ممّا يجوز الرجوع فيه الأقوى

الأول ، سواء صرّح بكونه يستوفي منه المال على كلّ حال إذا لم يؤدّ الدين أو أطلق [٧] .

[١] [كما سمعته من التحرير .

[٢] [كما سمعته من الخلاف .

[٣] فيكون كرهن المال الذي فيه الخيار لغير الراهن ، وكرهن العبد المشروط حرّيته بناءً على صحته أو المنذور كذلك في مدة

مخصوصة أو العبد الجاني عمداً أو خطأ والمرتد عن فطرة ، والمريض المأبوس منه ، وكبيع المدبّر على رأي المفيد القائل بأنّه إذا

مات سيّده تحرر ، وليس للمشتري عليه سبيل ^(١) ، ولعلّ هذا هو الذي قوّاه في السرائر ، بل لعلّه المحكي عن الأردبيلي ^(٢) .

[٤] [كما حكاه في الكفاية ^(٣) .

[٥] لإطلاق أدلّة الرهن واجتماع الشرائط حال العقد ، ولأنّ الرهن للتوثق الذي ينفيه ذلك .

[٦] الذي ربّما يرجع إليه ما سمعته من المفيد ، بل هو الذي يقضي به التدبير في كلام الدروس أولاً ^(٤) .

[٧] أمّا صحّة الرهن فلو جود المقتضى وارتفاع المانع ، وأمّا بطلان التدبير فللمنافاة ، وإلا لصحّ تدبيره وهو رهن ، وكون التدبير

عتقاً بصفة فينبغي بطلان الرهن لا بطلانه ليس من مذهبنّا ؛ للإجماع على جواز الرجوع به كالوصيّة ، ولا يحتاج إلى سبق فسخ

التدبير ، بل ولا إلى قصده على أقوى الوجهين أو القولين ، كما تعرفه إن شاء الله في محلّه ، وتقدّم له نظائر في الخيار وغيره ، ويأتي

في الوصايا وغيرها ، فهو حينئذٍ كبيعته وهبته ونحوهما ، بل كبيع المال الموصى به لشخص أو هبته أو رهنه ممّا يحصل به الرجوع

فهرّاً لا قصداً .

نعم لو صرح بكونه رهناً باقياً على تدبيره جاء فيه الوجهان السابقان ، اللذان قد تقدّم قوّة أولهما ، وأنه يكون كرهن الجاني والمنذور عتقه والمريض المأبوس من برئه .
هذا كله مع إرادة رهن رقبته .

(أما لو صرح برهن خدمته مع بقاء التدبير) ففي المتن (قيل : يصح التفاتاً إلى الرواية المتضمنة لجواز بيع خدمته وقيل : لا ؛ لتعذر بيع المنفعة منفردة ، وهو أشبه) [١] .

[١] لكن لم نعرف القائل بالأوّل وإن حكاه غيره أيضاً .

نعم ربّما نسب^(١) إلى الشيخ في النهاية ، إلّا أنّي لم أجده فيها لا في الرهن ولا في التدبير ، ولكن قال : « لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره إلّا أن يعلم المشتري أنّ البيع للخدمة ، وأنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل له عليه »^(٢) ، وفي الدروس : « وتبعه على ذلك جماعة »^(٣) .

فيمكن أن يكون وجه النسبة إليه القاعدة التي ذكرها غير واحد ، وهي كلّ ما جاز بيعه جاز رهنه ، إلّا أنّ ذلك يقتضي القول به لغيره أيضاً ، ولعلّه لذا قال في الدروس : « ولا يجوز رهن المنفعة ؛ لعدم إمكان بيعها ولأنّ المنافع لا بقاء لها ، فلا ينتفع بها المرتهن إلّا خدمة المدبّر ، وفاقاً لجماعة وقد سلف »^(٤) ، والذي سلف له في كتاب التدبير جواز البيع ، قال : « وصريح الرجوع رجعت في تدبيره أو نقضت أو أبطلت وشبهه دون إنكار التدبير ، أمّا لو باعه أو وهبه ولمّا ينقض التدبير فأكثر القدما على أنّه لا ينقض التدبير ، فقال الحسن : يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له .
وقال الصدوق : لا يصحّ بيعه إلّا أن يشترط على المشتري اعتاقه عند موته .
وقال ابن الجنيّد : تباع خدمته مدّة حياة السيّد .

وقال المفيد : إذا باعه ومات تحرّر ، ولا سبيل للمشتري عليه . وقال الشيخ في النهاية : لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره ، إلّا أن يعلم المشتري بأنّ البيع للخدمة ، وتبعه جماعة والحليّون إلّا الشيخ يحيى على بطلان التدبير بمجرد البيع ، وحمل ابن إدريس بيع الخدمة على الصلح مدّة حياته ، والفاضل على الإجارة مدّة فمدة حتى يموت ، وقطع المحقّق ببطلان بيع الخدمة ؛ لأنّها منفعة مجهولة ، والروايات مصرّحة بها ، وأنّ رسول الله ﷺ باع خدمة المدبّر ولم يبع رقبته^(٥) . وعورضت برواية محمّد بن مسلم : « هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه »^(٦) ، وأجيب بحمل « البيع » على الرجوع قبله توفيقاً ، والجهالة في الخدمة غير قادحة ؛ لجواز استثناء هذا ، على أنّ المقصود في البيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير لأمدّه فالعمل على المشهور وتخريجه - على تناول « البيع » الرقبة ويكون كمشروط العتق - باطل بتصرّح الخبر والفتوى بتناول الخدمة دون الرقبة »^(٧) .

(١) (٢) نسبة في إيضاح الفوائد ١١ : ٢ . النهاية ٥٥٢ . (٣) الدروس ٣٣٣ : ٢ .

(٤) الدروس ٣٨٧ : ٣ .

(٥) الوسائل ١٢٠ : ٢٣ ، ب ٣ من التدبير ، ح ٤ .

(٦) الوسائل ١١٥ : ٢٣ ، ب ١ من التدبير ، ح ١ .

(٧) الدروس ٢٣٢ : ٢ - ٢٣٤ .

قلت : قد يظهر من المفيد^(١) خلافه ، بل يمكن تنزيل بعض عبارات غيره عليه ، على أن يكون إطلاقهم بيع الخدمة منزلاً على أنه لا ثمرة معتدّاً بها لهذا البيع إلا الخدمة ، بل يمكن تنزيل الروايات على ذلك محافظة على قاعدة عدم وقوع البيع على المنافع . واحتمال تخصيصها بذلك موقوف على قابليتها ؛ إذ هي :

١ - خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : « باع رسول الله ﷺ خدمة المدبر ولم يبيع رقبته »^(٢) .
٢ - وخبر أبي مريم : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يعتق جارية عن دبر أبطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حياته ؟ فقال : « نعم ، أي ذلك شاء فعل »^(٣) .

٣ - وخبر علي : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته ؟ قال : « إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فإذا مات أعتقت الجارية ، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها »^(٤) .

٤ - وخبر أبي بصير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر ؟ فقال : « لمولاه أن يكاتبه إن شاء ، وليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته ، وله أن يأخذ ماله إن كان له مال »^(٥) . والجميع لا صراحة فيها ، بل هي قابلة للتنزيل على ما ذكرنا ، بل خبر أبي بصير منها كالصريح فيه ، وإن كان لا قائل بما فيه من اشتراط مشيئة العبد ، بل نوقش في أسانيدنا جميعاً بالسكوني وأبان والقاسم بن محمد ، واشترك أبي بصير ، وإن كان يدفعها عمل من عرفت بها ، وسكون الأصحاب إلى أخبار السكوني ، وعدم قبح اشتراك أبي بصير بعد عدالة الجميع ، كما حُزِرَ في محلّه ، بل لعل رواية عاصم عنه هنا يمين أنه « ليث » ، مضافاً إلى رواية الجميع في التهذيب^(٦) والاستبصار^(٧) ، بل خبر أبي مريم وأبي بصير منها قد رواه في الفقيه^(٨) أيضاً ، بل الأول منهما قد أرسله الصدوق في الهداية^(٩) أيضاً .

ومن الغريب ما في الحقائق في المقام « من أيّ لم أقف بعد التتبع على رواية جواز بيع الخدمة والموجود في كلام جملة منهم إنما هو بهذا العنوان من غير نقل مضمونها ، ومنه يظهر قوة القول بالعدم ؛ لما عرفت فيما تقدّم من تعليل عدم صحة بيع المنفعة مع عدم وجود ما يعارضه ويوجب الخروج عنه ، والرواية المذكورة غير معلومة ولعلّها من روايات العامة »^(١٠) .

وأغرب منه ما في مفتاح الكرامة ، حيث ردّه « بأنّ هذه الرواية قد اعترف بها المحقق والعلامة وغيرها ، بل قال الشهيد والروايات مصرّحة بها ، فكان هناك روايات ، وليس ما يحكونه إلا كما يروونه ، وقد روي في الهداية عن الصادق عليه السلام إلى آخر خبر أبي مريم ، ثم قال : فلا تصح إلى ما في الحقائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التتبع »^(١١) . إذ هما معاً كما ترى .

(١) المغنّة : ٥٥١ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ١٢٠ ، ب ٣ من التدبير ، ح ٤ .

(٣) الوسائل ٢٣ : ١١٩ ، ب ٣ من التدبير ، ح ١ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٦٠ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ح ٩٤ ، ٩٦ ، ٩٦٦ .

(٥) الفقيه ٣ : ١٢١ ، ١٢٢ ، ح ٣٤٦٦ ، ٣٤٦٣ .

(٦) الحدائق ٢٠ : ٢٤٩ .

(٧) المصدر السابق : ١٢٠ ، ح ٣ ، ٢ .

(٨) الاستبصار ٤ : ٢٩ ، ح ٩٧ ، ١٠٠ .

(٩) لم نثر عليه في الهداية ، ونقله أيضاً في مفتاح الكرامة ٥ : ٨٠ .

(١٠) مفتاح الكرامة ٥ : ٨٠ .

وكيف كان فبئاء على أن ما جاز بيعه جاز رهنه لا مناص عن العمل بها [١] .

وأما الثاني : وهو اعتبار الملك في [المختار] [٢] اشتراط كونه مئاً يملك .

فلا يصح رهن غير المملوك كالحشرات والخمر والخنزير للمسلم [٣] .

كما أنه [المختار] [٤] اشتراط كونه مملوكاً للراهن أو مأذوناً فيه [٥] .

(و) حينئذٍ في لو رهن ما لا يملك لم يمض و وقف على إجازة المالك [٦] .

بل لا يبعد صحة رهن التبرع كالوفاء والضمان ، فلو رهن مال نفسه على دين رجل آخر من غير إذنه بل مع نهي

صح [٧] .

نعم يتوقف على إذن المديون لو رهنه عنه بعنوان الوكالة مثلاً .

ولو رهنه متبرعاً في أصل الرهنية لكن قصده مع ذلك الرجوع على المديون لو بيع بالدين ، فان أجاز الدينان

ذلك احتمل الإلزام به ، وإلا كان رهنأ ولا رجوع له عليه ، ولعلّ مثله يجري في وفاء الدين .

(وكذا) في التوقف على الإجازة (لو رهن ما يملك وما لا يملك) في عقد واحد ، لكن إذا فعل ذلك (مضى في

[١] إن لم يكن المراد منها ما ذكرنا ، المؤيد بموافقة بيعه مذبراً للضوابط في الجملة ؛ ضرورة عدم خروجه بالتدبير عن الملك المقضي لجواز سائر التصرفات ، وهذا الذي يعبر عنه ببيع الخدمة .

ويمكن تنزيل تلك العبارات أو أكثرها عليه ، ويبقى عدم جواز بيع المنافع على حالها ، الذي لم يخصها أحد منهم في كتاب البيع وغيره ، والله أعلم .

[٢] [كما] لا أجد خلافاً في [ذلك] .

[٣] كما استعرف ؛ لعدم إمكان استيفاء الدين منه .

[٤] [و] لا أجد خلافاً في [ذلك] .

[٥] لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدون ذلك .

[٦] لأن الظاهر جريان الفضولي فيه ، بناءً على موافقته للضوابط ، وأنه أولى من النكاح الوارد فيه ذلك ، أو لأنه ثابت في البيع ، ولم يفرق أحد بينه وبين غيره من العقود .

فتوقف بعض متأخري المتأخرين فيه هنا - وإن قلنا به في البيع -^(١) في غير محله .

واحتمال أنه على غير قياس الفضولي لأنه ليس رهنأ على دين المالك له بغير إذنه ، واضح الضعف ؛ ضرورة عدم الفرق بينهما بعد فرض تأثير الإذن السابقة فيهما معاً ، فليس إلا تأخرها وهو غير قاذح فيهما معاً ، فهو إن لم يكن على قياس الفضولي فحكمه حكمه بلا خلاف أجد بين من تعرض له ، فلا ينبغي التوقف في القسمين [أي البيع والرهن] معاً .

[٧] كما نص عليه التذكرة^(٢) ؛ لإطلاق الأدلة .

ملكه و وقف في حصّة شريكه) إن كان مشتركا بينهما (على إجازته^(١)) وكذا إذا لم يكن مشتركا [١] ولا إشكال في رهن المشاع.

ولعلّ القول بالاتزام [بالقيمة] على كلّ حال أولى [٢].

إلا أنّه قد يقال: يكون الرهن ما قابله من حصّة الراهن لا القيمة كما أنّ الظاهر توقّف صحّة القسمة على إذن المرتهن كباقي التصرفات [٣]. وعلى كلّ حال فـرهن المشاع لا إشكال فيه [٤].

[١] والإشكال في تبعض الصفقة هنا كالبيع واضح الدفع، كما حرّر في محلّه.

كالإشكال في أصل رهن المشاع من أبي حنيفة^(٢)، محتجاً:

١ - بعدم إمكان قبضه وهو خطأ محض.

٢ - وبأنّه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصّة الشريك، وهو مع أنّه أخضّ من الدعوى؛ إذ لا يجري إلّا في رهن الحصّة المشاعة من بعض معيّن في الدار المشتركة مثلاً [فيه احتمالات]:

١ - يمكن أن يكون الحكم فيه بناءً على صحّة إلزام الراهن بالقيمة؛ لأنّه كإتلافه.

٢ - ويمكن أن يكون كالتلف من الله سبحانه، فلا يلزم بشيء.

٣ - ويحتمل بناء الحكم فيه على الاختيار والإجبار، فالأوّل كالإتلاف، والثاني كالتلف.

[٢] لأنّه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه.

[٣] لكنه أطلق في الدروس فقال: «لو رهن نصيبه في بيت معيّن من جملة دار مشتركة صحّ؛ لأنّ رهن المشاع عندنا جائز، فإن استقسم الشريك وظهرت القرعة له على ذلك البيت فهو كإتلاف الراهن يلزمه قيمته، ولا يلحق بالتلف من قبل الله تعالى»^(٣)، ونحوه عن التذكرة^(٤).

[٤] عندنا، بل ولا خلاف.

بل قد عرفت أنّ ظاهر الدروس الإجماع عليه، بل عن صريح الغنية ذلك^(٥)، بل في التذكرة: «يصحّ رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه، وسواء كان ذلك ممّا يقبل القسمة أو لا يقبلها، وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهّن نصف داره أو نصف عبده أو حصّة من الدار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع»^(٦)، فذلك كلّ مع إطلاق الأدلّة الحجّة على أبي حنيفة.

(١) في الشرائع: الإجازة.

(٢) المبوط (للسرخي) ٢١: ٦٩.

(٣) الدروس ٣: ٣٩٥.

(٤) التذكرة ١٣: ١٢٨-١٢٩.

(٥) حيث قال أنفأ: «عندنا جائز». الغنية: ٢٤٤.

(٦) التذكرة ١٣: ١٢٧.

نعم يعتبر في الرهن أصل الملكية [١] .

(و) حينئذ (لو رهن المسلم خمرًا) أو خنزيرًا أو نحوهما مما لا يملكه المسلم (لم يصح) [٢] .

(ولو كان عند ذمي) [٣] .

(ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصح أيضاً ، ولو وضعها على يد ذمي على الأشبه) [٤] .

بل لعله كذلك فيما لو مات الذمي المديون لمسلم أو فلس ولم يكن عنده إلا خمر أو خنزير [٥] .

[١] كما عرفت .

[٢] بلا خلاف أجده فيه .

[٣] ١ - لعدم ملكية الراهن لها .

٢ - وعدم سلطنته على بيعها .

٣ - وفاء دينه منها .

[٤] الأشهر ، بل المشهور شهرة عظيمة ، بل لا خلاف أجده فيه إلا من المحكي عن المبسوط والخلاف في خصوص ما لو وضعه على يد ذمي ، قال : « إذا استقرض ذمي من مسلم مالاً ورهن بذلك خمرًا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محلّ الحق فباعها وأتى بثمنها جاز له أخذه ولا يجبر عليه »^(١) ، وزاد في الأخير : « أنّ له أن يطالب بما لا يكون ثمن محرّم »^(٢) .

وقد يقال : بعدم صراحته في الخلاف خصوصاً الأخير ، بل مراده جواز أخذ الثمن مما جعله الذمي رهناً عند ذمي آخر على هذا الدين وإن كان رهناً فاسداً .

والتعليل - بأنّ الحق في وفاء الدين للذمي فيصح الرهن ، كما لو باعها و فاه ثمنها ؛ لأنّ الرهن لا يملك للمرتهن ، وإنما يصير محبوساً عن تصرف الوارث - لم نجده له ، وكأنّه لغيره ذكره له .

ورده بأنّ يد الذمي الودعي كيد المسلم الذي لا بد من اعتبار تسلّطه على البيع والاستيفاء من الرهن ، وهو هنا ممتنع ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع كون يده يده ؛ ضرورة عدم لزوم كونه وكيلاً عنه ؛ لعدم اشتراط استدامة القبض .

نعم المانع ما أشرنا إليه من عدم صحّة تعلق حقّ المسلم في الخمر على الوجه المزبور ، وهو معتبر في المرتهن .

وعلى كلّ حال فخلافة غير متحقّق ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه ؛ لعدم صحّة تعلق حقّ المسلم في الخمر المنهي عن قربها على وجه يسّطّ هو أو الحاكم على بيعها والاستيفاء منها .

[٥] ولا ينافي ذلك جواز أخذ ثمنها منه لو باعها ؛ إذ ليس هو تعلق بها ، ولذلك ليس له جبره على بيعها ، ولا اشتراط ذلك في عقد لازم ، بل ليس له أن يأمره بذلك لكونه محرّماً على الذمي ؛ إذ هو مخاطب بالفروع .

وكذا لا ريب في ضعف ما سمعته منه من جواز الامتناع عن قبض ثمنه وفاء مع فرض كونه مثل الحق ؛ ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره بعد جواز تناوله منه ، كما هو واضح .

[ويجوز أخذ ثمنها لوباعها ، ولا يجوز الامتناع عن قبض ثمنه وفاءً مع فرض كونه مثل الحق].
 (ولو رهن أرض الخراج) كالمفتوحة عنوة والتي صولح أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج (لم يصح) [١] (لأنها لم تتعين لواحد) من المسلمين .
 (نعم يصح رهن ما بها من أبنية وآلات وشجر) [٢] .
 كما أنه يصح رهنها مع الآثار بناءً على أنها تملك تبعاً لآثار التصرف ، بل لا يبعد حينئذ صحة رهنها نفسها دون الآثار [٣] .

(و) أما الثالث [وهو إمكان قبضه] فلا ريب في اعتباره ، بناءً على اشتراط القبض في الصحة .
 فـ (لو رهن ما لا يصح) ولا يمكن (إقباضه كالطير في الهواء) غير معتاد العود (والسمك في) غير المحصور من (الماء) بحيث يتعدّر قبضه عادة (لم يصح رهنه) بل وعلى عدمه [= عدم اشتراط القبض] [٤] .

[١] عند المصنّف وجماعة .
 [٢] لكونها مملوكة لصاحبها بخلافها هي .
 [٣] لكونها مملوكة ما دامت الآثار ، كما عساه يظهر من الدروس ^(١) خلافاً للمسالك ، فقال : « والأصح جواز رهنها تبعاً لآثار التصرف من بناء وشجر ونحوهما لا منفردة » ^(٢) . إلا أنّ الأمر سهل .
 إنّما الكلام مع العلامة وغيره ممّن جوّز بيعها تبعاً للآثار ومنع من رهنها كذلك ^(٣) ؛ ضرورة أنّ المتّجه له جواز رهنها تبعاً للآثار ، لعدم الفرق . واحتماله باعتبار أنّ الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع الأرض ، أو باعتبار أنّ الأخبار هناك دلّت بظاهرها على جواز بيعها مطلقاً فنزلت على ما إذا تصرف فيها بهما ولم يرد هنا شيء ، كما ترى ، خصوصاً بناءً على قاعدة ما جاز بيعه جاز رهنه ، هذا .

وقد قيّد جماعة البناء بما إذا لم يكن معمولاً من ترابها ، وإلا كان حكمه حكمها .

ويمكن دعوى كون السيرة في الآجر والأواني وغيرها على خلاف ذلك .

[٤] لعدم الاستيثاق بمثل ذلك .

لكن في المسالك : « أنّه يمكن القول بالصحة ؛ لعدم المانع ، وتحيل تعدّر استيفاء الحق من ثمنه - لعدم صحة بيعه - يندفع بإمكان الصلح عليه وكليّة « ما صحّ بيعه صحّ رهنه » ليست منعكسة عكساً لغويّاً ، وقد تقدّم مثله في الدين ^(٤) . وهو لا يخلو من وجه مع فرض إمكان الاستيفاء بصلح ونحو ممّا لا يكون نادراً ، وإلا لم يخل من نظر كما في الرياض : « فإنّ مجرد الإمكان مع الندرة غاية غير محصل للمقصود الذاتي بالرهن وهو الاستيثاق ، ومعه لا يحصل ظنّ بتناول ما دلّ على لزوم العقود لمثله ، ولعلّه لذا اشترط الشرطين من لم يشترط القبض » ^(٥) .

(١) الدروس ٣: ٣٩٠ . (٢) المسالك ٤: ٢٣ .

(٣) انظر التذكرة ١٠: ٣٩ و ١٣: ١٣٢ . القواعد ٢٣، ١٠٩ . (٤) المسالك ٤: ٢٤ .

(٥) الرياض ٨: ٥٠٩-٥١٠ .

[والحكم بالصحة مع فرض إمكان الاستيفاء بصلح ونحوه ممّا لا يكون نادراً لا يخلو من وجه].

وكيف كان فإذا كان معتاد العود والماء محصوراً فالصحة متّجهة على التقديرين [١].

وهل العبرة بإمكان الإقباض عند التسليم؟ أو عند العقد؟ فلو رهن ما لا يمكن إقباضه عند العقد فأتفق القدرة عليه فأقبضه صحّ على الأول وبطل على الثاني. ولو رهن ممكن الإقباض عند العقد فأتفق تعذّره بعده صحّ الرهن إذا تمكّن من إقباضه بعد ذلك على التقديرين [٢]. [وقد يشكّ في أصل شرطية إمكان القبض في صحة الرهن إن لم يكن إجماع حتى على القول باعتبار القبض والأصل عدمها].

(وكذا لو كان ممّا يصحّ إقباضه و) لكن (لم يسلمه) بناءً على اعتباره في الصحة، ولم يلزم بناءً على اعتباره في اللزوم، وصحّ بدون التسليم، بناءً على عدم اعتباره في صحة ولا لزوم، إلّا أنّه ينبغي أن يعلم أنّ المراد من الأول بقاء الصحة مراعاة إلى أن يحصل ما يقتضي الفسخ من قول أو فعل، وإلا فعدم التسليم أعمّ من ذلك [٣].

(وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً) [٤].

(وقيل) [٥]: (يصح) رهنه (ويوضع على يد مسلم وهو أولى) [٦].

فالمتمّجه بناء المسألة على صحة تعلّق حقّ الرهانة للكافر في المسلم والمصحف وعدمها، من غير فرق بين

[١] كما صرح به بعضهم^(١).

[٢] ولعلّ الأمر في المقام على حسب ما تقدّم في البيع بالنسبة إلى اشتراط القدرة على التسليم، التي هي في المقام أولى بالاعتبار، بناءً على اشتراط القبض فيه، وإن كان مقتضى الأصل المستفاد من إطلاق الأدلة عدم شرطية كلّ ما شكّ فيه. فتأمّل جيّداً، فإنّه يمكن الفرق بين البيع وبين المقام باعتبار عدم الغرر في الأول دون الثاني الذي لا سفة أيضاً في إيقاع عقد الرهن عليه مراعى بالقبض، بخلاف المعاوضة، ومن هنا ينقدح الشكّ في أصل الشرطية إن لم يكن إجماع حتى على القول باعتبار القبض، والله العالم.

[٣] ضرورة عدم اشتراط مقارنة التسليم للعقد، كما هو واضح.

[٤] لنفي السبيل في الكتاب العزيز^(٢).

[٥] والقاتل الشيخ في المحكي عن مبسوطه^(٣).

[٦] عند المصنّف والفاضل والشهيد وغيرهم؛ لمنع تحقّق السبيل بذلك^(٤)؛ لأنّه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلّا ببيع المالك أو من أمره بذلك، ومع التعذّر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع ويوفيه، ومثل هذا لا يعدّ سبيلاً؛ لأنّ مثله يتحقّق بالموت والتفليس ونحوهما. وفيه: أنّ ذلك يقتضي جوازه وإن وضع في يده؛ إذ لا تسليط له وإن كان في يده إلّا بالطريق المزبور والقرض أنّه غير سبيل. ولو سلّم وكالته عن الراهن أمكن منع كونها سبيلاً للكافر، بل هي من سبيل المؤمن كإيداعه ونحوه، بل يد المسلم هنا نحو يد الذمي التي قالوا هناك: إنّها لا تجدي في ارتهان المسلم الخمر لكونها يد المرتنن.

الوضع على يد المسلم وعدمه [١].

لكن الإتيان عدم خلو القول بالصحة مطلقاً من قوة إن لم يثبت إجماع على خلافها [٢]. إلا أنه يمكن دعوى تحقق الإجماع مع الوضع في يد الكافر، بخلاف الوضع على يد المسلم، والله أعلم.

(و) أما الرابع [وهو أن يصح بيعه] فلا ريب فيه [٣].

فـ (لو رهن وقفاً لم يصح) [٤].

وكذا لا يصح رهن منذور العتق مطلقاً أو مقيداً بالتعجيل أو بوصف كمجيء وقت أو شرط كعافية مريض، بناءً على عدم جواز بيعه [٥].

[١] ولعلّه لذا أطلق المنع في التذكرة^(١) وغيرها، بل ربّما أدعي أنه معقد محكي الاجماع.

[٢] لمنع كونه سبباً، بل هو أسهل من إجارة المسلم نفسه للكافر، ولا بأس بتعلّق حق الكافر بهما كما في الموت والتفليس، وبه يفرّق بينه وبين تعلّق حق المسلم في الخمر والخنزير.

[٣] لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدونه.

[٤] إذا لا يجوز بيعه وإن كان مملوكاً للموقوف عليه، وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً، فلا يتجّه الاستيفاء منه مطلقاً وما يبايع للحاجة قد يتطرّق إليه في وقت الاحتياج إلى بيعه عدهما، فلا يكون مقصود الراهن حاصلاً، ولعلّه لذلك أطلق من تعرّض له [= لعدم صحّة رهن الوقف]، لكن قد يمنع منافاة هذا الاحتمال للرهن، كما في الجاني والمرتد، هذا. وفي المسالك: «لو قيل: بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه»^(٢) ونحوه في غيرها أيضاً. وحينئذٍ فإطلاق من تعرّض هنا؛ لعدم جواز ذلك عنده، أو لعدم وثوق الراهن؛ إذ يمكن انتقاله قبل بيعه إلى غير الراهن بموت ونحوه مثلاً، بناءً على قدح مثل هذا الإجمال في الرهن. وتحرير المسألة قد تقدّم في كتاب البيع، ونماؤه إنّما يكون رهناً تبعاً، لا أنّ عقد الرهن يكون عليه قبل تحقّقه.

[٥] ومن الغريب أنّ الفاضل في التذكرة مع اشتراطه في الرهن ذلك جَوَوز رهن المعلّق على الوقت أو الوصف، ثمّ قال: «وهل يباع لو حلّ الدين قبل الوصف؟ الأولى: المنع؛ لأنّه وإن لم يخرج عن ملكه بنذر، إلا أنّه قد تعلّق به حق لله تعالى، وبيعه مبطل لذلك الحق»^(٣)، ولعلّه [= جواز رهن المنذور] لا يخلو من وجه في الوصف أي [النذر المعلّق على] الشرط؛ لأصالة عدم حصوله، ولذا خضّ التردد [في جواز رهن المنذور] فيه [= في الوصف] في القواعد والدروس^(٤). ثمّ قال في الأخير: «وعلى الصحة لو وقع الشرط أعتق وخرج عن الرهن ولا يجب إقامة بدله إذا كان المرتهن عالماً بحاله، وإلاّ فالأقرب الوجوب هنا». وفيه: منع كون ذلك الأقرب، كما أنّ الأوجه عدم الصّحة في أصل المسألة؛ لأنّ ذلك لا يسوّغ البيع للمالك، فلا يجدي الراهن، بخلاف احتمال قتل العبد بالجنابة ونحوها فإنّ ذلك لا يمنع البيع للمالك. واحتمال صحّة البيع لعدم حصول الشرط غير كاف في صحّة الرهانة، كما هو واضح، فتأمّل جيّداً.

ثم إنه ينبغي أن يكون المراد من البيع [في اشتراط الرهن بكونه ممّا يصحّ بيعه] مطلق النقل ولو بالصلح، فلو اجتمع فيه الشرائط المزبورة إلا أنه لا يصحّ خصوص بيعه وإن صحّ الصلح عليه صحّ رهنه [١].
وحينئذٍ فلا يجوز رهن كلّ ما لا يجوز للمالك نقله وإن كان عيناً مملوكة له يمكن قبضها، ومنه المكاتب ولو مشروطاً [٢].

وأما أم الولد فتسمع الكلام فيها في آخر المبحث إن شاء الله.

(و) كيف كان فـ (يصحّ الرهن) للمشتري (في زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه) [٣].

قلت: قد تقدّم ممّا في باب الخيار ما يعلم منه تحرير المسألة، ونزيد هنا أنّ الصور ستّة؛ إذ الخيار إمّا للبائع أو للمشتري أو لهما والراهن البائع أو المشتري، فإن كان الأوّل وقد رهنه هو كان فسخاً [٤].
وإن كان المشتري فقد عرفت سابقاً أنّ الاحتمالات في بيعه ثلاثة: نفوذ البيع، ومطالبة ذي الخيار لو فسخ بالمثل أو القيمة، وبطلان البيع وصحّته متزلاً.

فعلى الأوّل: لا ينبغي التوقّف في صحّة الرهانة، كما أنّه لا ينبغي التأمل في البطلان على الثاني.

أما الثالث: ففي الصحّة وعدمها عليه احتمالان، أقواهما الصحّة.

وإن كان الثاني والراهن البائع، فإن أجاز المشتري الخيار والرهانة صحّ، وإن أجازها دونها بطلت، وإن فسخ الخيار ففي صحّة الرهانة وجهان، يشأن من وقوع الرهانة في غير ملك، ومن أولويته من إجازة المالك، وأما إذا كان الراهن المشتري فلا ريب في أنّه إجازة، ولا يأتي فيه الإشكال السابق، ومن ذلك يعلم الحال في باقي الصور.
ورهن الواهب الموهوب الذي يصحّ له الرجوع فيه فسخ للهبة كرهن البائع ذي الخيار المبيع.

[١] ضرورة عدم اختصاص البيع بذلك بعد إمكان الاستيفاء منه.

[٢] لأنّ الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها. واحتمال العجز في الشروط غير مجد.

[٣] خلافاً للشيخ حيث حكم بعدم الانتقال لو كان الخيار للبائع أو لهما إلا بعد مضي زمن الخيار^(١).

وقد تقدّم ما فيه سابقاً.

لكنّه أشكل في المسالك الرهن على الأوّل أيضاً فيما إذا كان الخيار للبائع أو لهما بما فيه من التعرّض لإبطال البائع ومثله بيعه وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك، قال: «وتحرير المسألة يحتاج إلى تطويل، نعم لو كان الخيار له خاصّة فلا إشكال، ويكون الرهن مبطلاً للخيار، وكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما ويكون فسخاً للبائع»^(٢).

[٤] ولا يشكل صحّة الرهن بعدم الملك قبله؛ إذ الظاهر حصوله في مثله في آن ما قبله، بل لعلّ القصد المتعقّب للرهانة كافٍ في الفسخ.

بل وكذا رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها [١] .
 نعم يحتمل جعل المدار على ما دلّ على جواز تصرف ذي الحق .
 فمأنت كونه كذلك وجب القول بتقدير الفسخ في أن ما ، وإلا لم يجز حتى يفسخ [٢] .
 (ويصحّ رهن العبد المرتدّ) لا عن فطرة والأمة والخنثى مطلقاً [٣] .
 بل قد يقوى الجواز (ولو كان عن فطرة) [٤] .
 والحاصل لا ينبغي التأمل في الجواز بناءً على جواز بيعه ، كما أنّه لا ينبغي التأمل في العدم على تقدير العدم .
 ولعلّ الأقوى جوازهما معاً [٥] .

[١] والإنشكال المتقدم سابقاً قد عرفت دفعه .
 [٢] [وذلك] محافظة على الضوابط ، هذا . وفي الدروس : « ولو رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله ، فالأجود المنع ، وأولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسة ، ورهن الموهوب في موضع يصحّ فيه الرجوع كرهن ذي الخيار »^(١) . وقد يريد في الأوّل قبل الفس ، وإلا لم نجد فرقاً بينه وبين رهن الموهوب ، والله أعلم .
 [٣] بلا خلاف صريح أجده فيه ؛ للأصل ، والعمومات في البيع والرهن وغيرهما ، واحتمال عدم التوبة غير مناف لمألته ، كاحتمال عدم براء المريض .
 [٤] لذلك أيضاً ، وفقاً للشيخ ويحيى بن سعيد والفاضلين والفخر في شرح الإرشاد والشهيدين^(٢) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ؛ للأصل ، والعموم السابقين ، بل ربّما ظهر من بعضهم المفروغية من بيعه ، فينبغي أن يكون رهنه كذلك لوجود مقتضي ، وارتفاع المانع . ودعوى أنّه بمنزلة ما لا نفع فيه أو غير المملوك أو المستحقّ للغير أو نحو ذلك ممّا يمنع جواز بيعه أيضاً واضحة البطلان . كدعوى الفرق بين البيع والرهن بامكان الانتفاع به في الأوّل منفعة حالية ، بخلاف الثاني الذي يرد منه الوثوق المفقود في المقام ؛ لاحتمال قتله ؛ إذ يمنع اعتبار الوثوق في الرهن ، بحيث يقدح فيه مثل ذلك ، خصوصاً في مثل هذه الأزمنة المتعدّرة إقامة الحدّ فيها ، بناءً على أنّه وظيفة الإمام وأنّ منه حدّ المرتدّ ، بل لو قلنا بوجود قتله على سائر المكلفين الذين منهم الراهن والمرتهن لم يمنع ذلك تعلّق حقّ الرهانة فيه ما دام غير مقتول .
 [٥] لإطلاق الأدّة ، وعمومها . فما عن أبي علي من عدم جواز رهن المرتدّ^(٣) بل مقتضى إطلاقه : وإن لم يكن فطريراً للخروج عن الملك ، واضح الضعف خصوصاً في غير الفطري ، وإن واقفه الفاضل في التذكرة في الفطري ، واستشكل فيه في القواعد^(٤) ، قيل : « وربّما مال إليه في الإيضاح »^(٥) . ولعلّه لعدم قبول توبته ظاهراً وباطناً ، فيكون من الأعيان التي لم تقبل التطهير ، فلا يجوز بيعه فلا يجوز رهنه ، وإن كان قد يمنع العموم للأعيان النجسة ، بحيث يشمل ذلك المسبوق بالملك وليس نفعه بمباشرة ، فتأمل جيّداً والله أعلم .

(١) الدروس ٣: ٣٩١ .

(٢) المبسوط ٢: ٢١١ . الجامع للشرائع ٢٩٠ . الإرشاد ١: ٣٩٢ . شرح الإرشاد ١٧٦ (مخطوط) . اللزمة ١٣٠ . الروضة ٤: ٧١ .

(٣) نقله في المختلف ٥: ٤٢٢ . (٤) التذكرة ١٣: ١٥٥ . القواعد ٢: ١١٠ .

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٨٩ . الإيضاح ٢: ١٤ .

(و) كذا أي يصحّ رهن (الجاني خطأ) [١] (وفي العمد تردد) [٢].

(و) كيف كان فـ (الأنشبه) [٣] (الجواز) فيهما [٤].

بل قد يقال في مثل الجاني خطأً أنه إذا رهنه المولى التزم بفكّه؛ لأنّ الخيار بيده فيكون ذلك منه اختياراً للفكّ، فلا إشكال حينئذٍ في الصّحة [٥].

وعلى كلّ حال فحقّ الجناية مقدّم على حقّ الرهانة، تقدّم أو تأخّر [٦]، فإن فكّ منها حيث يمكن الفكّ بقي حقّ الرهانة ثابتاً، وبالأبقي الفاضل عن حقّ الجناية رهناً إن لم يكن مستوعباً تمام الرقبة.

ولو أقرّ المرهون بالجناية وصدّقه الراهن والمرتهن فكالجاني، بخلاف ما إذا صدّقه الراهن خاصة.

أما لو كان المصدّق المرتهن فـ [يبيطل الرهن] [٧].

[ويضعف احتمال بقاء الرهن] كضعف احتمال رجوع المجني عليه على الراهن لو بيع الرهن لتكذيب المرتهن وإن كان قد أخذ ثمنه عن دين الراهن الذي لم يقصر في الإقرار وإن كان لم ينفذ على المرتهن، نعم له دفعه إليه على جهة المقاصة. ولو قال الراهن: أعتقته أو غصبته أو جنى على فلان قبل أن أرهنه حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقرّ له للحيلولة.

[١] على المشهور، بل ظاهر تخصيص المصنّف التردّد في العمد عدم الخلاف فيه، وهو كذلك من غير المحكي عن المبسوط^(١)، لكنّه أبطل الرهن فيه وفي العمد، فلا جهة لاختصاصه بالعمد، حيث قال [ذلك].

[٢] بناءً على أنّ المنشأ ذلك.

[٣] بأصول المذهب.

[٤] لحصول مقتضي الذي هو استجماع شرائط الرهن حال الرهانة وعدم المانع؛ إذ لم يثبت مانعية حقّ الجناية عن البيع ونحوه، فضلاً عن الرهانة.

واحتمال القصاص والاسترقاق للكلّ أو البعض غير قاذح، كما إذا جنى وهو رهن؛ إذ لا يعتبر في الاستيثاق نفي سائر الاحتمالات.

[٥] ومنه ينفذ وجه اختصاص المصنّف التردّد في العمد الذي يكون الخيار فيه لغير المولى.

[٦] بلا خلاف بل ولا إشكال؛ لتعلّق حقّ الجناية بالرقبة، بحيث يذهب بذهابها، بخلاف حقّ الدين الذي وضع الرهن بسببه.

[٧] [كما] في الدروس: «بطل الرهن، إلّا أن يعفو المجني عليه أو يفديه أحد، أو يفضل منه فضل عن الجناية، ويحتمل بقاء الرهن؛ لعدم صّحة إقرار المرتهن واعتراف الراهن بالصّحة»^(٢).

قلت: لا ريب في ضعف الاحتمال حيث يكون للجاني الاسترقاق وقد استرق؛ إذ صّحة احتمال الرهن مع علم المرتهن بكونه مال الغير في غاية الضعف.

ولو نكل فالأقرب لإحلاف المقر له ؛ لأن الحق له لا للراهن ؛ لعدم جواز الحلف لإثبات مال الغير .
 فإذا حلف المجني عليه ببيع منه ما قابل الجناية وبقي الفاضل رهناً وإن حلف العبد حكم بحريته ، ولو نكل المقر له احتمل ضمان المولى للحيلولة .

و[احتمل] لعدم للتقصير بالنكول ، والمراد من الضمان للعبد أن يفكّه من الرهن ، فإن لم يفعل وقد بيع وجب فكّه من المشتري ولو بأضعاف قيمته ، بل الظاهر ضمانه منافعه التي استوفاهَا المشتري فضلاً عما استوفاهَا هو قبل الرهانة .

نعم لا يضمن ما فات منها لعدم ضمان منافع الحرّ بالفوات .
 ولو جنى العبد بعد الرهانة فكّه المرتهن على أن يبقى العبد رهناً على مال الفكّ والدين جاز مع رضا المولى ؛ لأن الحق لا يعدوهما وقد اتفقا عليه [١] .

[وسترعف فيما يأتي أنّه لا يشترط في الرهن على الدين الثاني فسخ الرهن على الدين الأول] .
 ولو كانت الجناية على المولى فإن كانت عمداً اقتض منه ، وإن كانت خطأ أو عمداً ولم يرد القصاص لم يكن له أخذ المال من المرتهن [٢] ، فيبقى الرهن حينئذٍ بحاله .
 نعم لو دفع المرتهن له مالاً من نفسه لإسقاط حقّ القصاص محافظة على إبقاء الرهن جاز [٣] ، (وهو المتّجه) .

كما أنّ المتّجه فيما لو جنى على مورث مولاة ثبوت ما كان للمورث من القصاص والافتكاك للمولى [٤] .

[١] بل في الدروس : « أنّه لو شرط في الرهن على الدين الثاني فسخ الأوّل ففي اشتراطه هنا بُعد ؛ لأنّ المشرف على الزوال إذا استدرك كالزائل العائد فالزوال ملحوظ فيه ، فيصحّ الرهن عليه وعلى الدين السالف ، ويحتمل المساواة ؛ لأنّه لما لم يزل فهو كالدائم ، والأصحاب لم يشترطوا الفسخ »^(١) .

وإن كان لا يخفى عليك ضعف الوجه الأوّل ، إلّا أنّ الذي يسهّل الخطب ما سترعه فيما يأتي من أنّه لا يشترط في الرهن على الثاني فسخ الأوّل بلا خلاف .

[٢] لعدم ثبوت مال له على ماله ، وإلّا لزم تحصيل الحاصل .

[٣] إذ ليس هو إثبات مال على ماله .

لكن أطلق في الدروس ، فقال : « لا يجوز أخذ المال من المرتهن في الخطأ والعمد ولا افتكاكه »^(٢) .

ولعلّه لا يريد ما ذكرنا فإنّ المتّجه فيه الجواز .

[٤] على ما صرح به في الدروس^(٣) ؛ لأنّه باسترقاقه يكون بحكم مال المورث الذي يتعلّق به وصاياه وديونه ومنه ينتقل إلى الوارث .

أما لو جنى على عبد مولاة فله القصاص قطعاً إلا أن يكون أباً للمقتول [١] .

وكيف كان فإن كان المرتهن غير عالم بردة العبد أو جنايته ، وقد اشترط رهنه في بيع تخير في فسخ البيع ؛ لأن الشرط اقتضاه سليماً .

نعم لو كان عالماً بهما لم يكن له خيار ، وكذا لو تاب أو فداه مولاة ثم علم ، وإن اختار الإمساك في الأول فليس له المطالبة بأرش يكون رهناً [٢] .

(ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل) ولكن كان يمكن إصلاحه بتجفيف ونحوه صح [٣] .

(ف) يجب حينئذ على الراهن الإصلاح [٤] .

وكذا (إن شرط بيعه جاز) وإن لم يمكن إصلاحه [٥] .

فبيعه الراهن حينئذ ويجعل ثمنه رهناً ، فإن امتنع جبره الحاكم ، فإن تعذر رباعه المرتهن أو الحاكم [٦] .

(و) كذا لو كان مملاً لا يفسد (إلا) بعد الأجل ، بحيث يمكن بيعه قبله أو كان الدين حالاً [٧] .

وأما إن لا يمكن شيء من ذلك وقد شرط الراهن فيما يفسد قبل الأجل عدم البيع قبل الأجل (بطل)

الرهن [٨] .

[١] وفي الدروس : « وليس له العفو على مال إلا أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن المجني عليه أو عنده واختلف الدينان فيجوز نقل ما قابل الجناية بدلاً من المجني عليه إلى مرتهنه »^(١) .

ولا يخلو من نظر ، وتسمع إن شاء الله تمام الكلام في هذه الأحكام عند تعرض المصنف لها .

[٢] للأصل ، كما لو قتل قبل علمه ، والله أعلم .

[٣] بلا خلاف ، بل في المسالك قولاً واحداً^(٢) ، بل ولا إشكال ؛ ضرورة وجود المقتضي وارتفاع المانع .

[٤] لأن ذلك من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان .

[٥] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لحصول المقصود بالرهن بهذا الشرط .

[٦] دفعاً للضرر ، وجمعاً بين الحقين .

[٧] لحصول المقصود بالرهن مع ذلك كله .

[٨] كما صرح به جماعة ، بل لا أجد فيه خلافاً ؛ لمنافاته مقصود الرهن حينئذ ، بل المراد من الشرط الرابع إمكان الاستيفاء من الرهن عند إرادته .

لكن في المسالك احتمال الصحة ، كما لو أطلق ، قال : « وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن ؛ لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك صيانة للمال »^(٣) .

وفيه : أنه لا معنى لحكم الشارع مع صحة الشرط وإن كان باطلاً بطل الرهن المشتراط فيه ، بناءً على بطلان العقد بمثله .

نعم لو أطلق أتجه القول بالصحة [١] فيبيعه المالك عند خوف الفساد ويجعل ثمنه رهناً ، فإن امتنع جبره الحاكم [٢] . ومن ذلك ظهر لك قوة ما أشار إليه المصنف بقوله : (وقيل : يصح ويجبر مالكة على بيعه) في صورة الإطلاق التي هي محلّ هذا القول بحسب الظاهر [٣] . هذا كله في المعلوم فساداً قبل الأجل حال الرهانة .
أما إذا طرأ ما يقتضي فساداً قبل الأجل بعدها فلا ينبغي التأمل في بقاء الصحة حينئذٍ والبيع وجعل الثمن رهناً جمعاً بين الحقيين .

والفرق بينه وبين ما سبق واضح ، بل الظاهر كون الحكم هنا كذلك وإن قلنا بالبطان مع الإطلاق [٤] . ومن ثمّ يتعلّق الرهن بالقيمة لو أتلف الرهن متلف وهي دين ، ولا يجوز رهن الدين ابتداءً ، حينئذٍ يباع ويتعلّق بثمنه ، بل هو كذلك أيضاً وإن كان قد اشترط عليه عدم البيع قبل الأجل على جهة التأكيد ؛ إذ لم يكن المقصود من الشرط ما ينافي الرهانة . نعم لو فرض تصريح المشتري بعدم البيع حتى مع طرق المفسد أمكن القول بالبطان ، فتأمل جيداً .
ثمّ إنّ الظنّ بالفساد الذي ينافي الوثوق عرفاً كالعلم ، بخلاف الاحتمال ، بل والشكّ ، بل وبعض أفراد الظنّ . وكيف كان فما يتفرّع على الشرط الرابع [٥] عدم جواز رهن أم الولد ، فإنّها وإن كانت عيناً مملوكة يمكن قبضها ، لكن لا يجوز بيعها [٦] . [لكنه يحتمل الجواز] .

[١] وفاقاً للفاضل والشهيد والمحقق الثاني^(١) والمحكي عن غيرهم .
[٢] جمعاً بين الحقيين ؛ ولتوقّف صحة الرهانة المحمول عليها فعل المسلم على ذلك . خلافاً للمحكي عن الشيخ وظاهر ابني زهرة^(٢) وإدريس^(٣) ؛ لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل فلا يجبر عليه الراهن . وحينئذٍ فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل ، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه إلى الأجل . وفيه منع عدم اقتضاء عقد الرهن ذلك في مثل الفرض ، كما هو واضح .
[٣] كما عن المبسوط حكايته كذلك^(٤) لا الأعم منها ، ومن صورة الشرط التي قد عرفت قوة البطان فيها .
[٤] ومن هنا قال في الدروس : « وإن طرأ الفساد بعد القبض لم ينفسخ العقد ولو قلنا ببطان رهنه مع عدم شرط البيع ؛ لأنّ الطارئ لا يساوي المقارن »^(٥) .
[٥] ممّا تركه المصنف .

[٦] ومن هنا نسب المنع في المحكي عن الإيضاح وحاوشي الشهيد إلى الأصحاب^(٦) . لكن فيه : أنّ المحكي عن أبي علي الجواز^(٧) ، بل لم يستبعده في المختلف ، وفي جامع المقاصد فيه قوة^(٨) ، بل قيل : « إنّه قد يظهر من موضعين من المبسوط وكذا الغنية »^(٩) . بل هو الأقوى إذا كان في ثمن رقبته مع إعسار مولاها .

(١) القواعد ١: ١١١ ، الملمعة ١٣٠ : ٤ ، الروضة ٧٢ : ٤ ، جامع المقاصد ٥ : ٥٩ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢١٦ ، الغنية ٢٤٥ : ٤١٩ .

(٣) المبسوط ٢ : ٢١٦ ، الدروس ٣ : ٣٩٥ .

(٤) الإيضاح ٢ : ١٢ ، نقله عن الشهيد مفتاح الكرامة ٥ : ٨٤ .

(٥) المختلف ٥ : ٤٢٦ ، جامع المقاصد ٥ : ٥٢ .

(٦) نقله في المختلف ٥ : ٤٢٦ .

(٧) مفتاح الكرامة ٥ : ٨٤ .

[١] بل الأقوى جواز رهن أم الولد إذا كان في ثمن رقبته مع إعسار مولاه [١]. نعم يتجبه المنع مع اليسار [٢]. نعم قد يقال بجواز رهنها في بعض المواضع المستثناة من حرمة بيعها إذا تصوّر إمكان رهنها فيه، لكونه حينئذ رهنًا فيما يجوز بيعها فيه. ثم إنه لا يتوهم اقتضاء الشرط الرابع عدم جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير بناءً على حرمة التفرقة بينها وبينه؛ لعدم كون الرهن تفرقة [٣].

بل الظاهر ذلك وإن قلنا بجواز بيعها منفردة في الرهن؛ لعدم لزوم الرهن للتفرقة فلا يحرم، مع أن الأقوى وجوب بيع الولد معها لو أريد بيعها في الرهن؛ لتوقف صحة البيع الذي اقتضاه الرهن على بيعه معها، فيجب حينئذ مقدّمة [٤].

[فيضم ولدها حينئذٍ معها سواء باعها المالك أو بيعت جبراً عليه] فيباعان حينئذٍ ثم يختص المرتهن بقيمة الأم وإن نقصت بضمه إليها. أمّا لو زادت فقيل: تقسم الزيادة على نسبة ثمن الجارية والولد، فيختص المرتهن على النسبة، فلو قومت مع ولدها بمئة وعشرين ومفردة بمئة وولدها مفرداً بعشرة كان الزائد بالإجماع عشرة فيقسم أحد

[١] وفقاً للتحرير والدروس^(١)، لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

واحتمال يسار المولى قبل حلول الأجل فلا يجوز بيعها فينتفي المقصود من الرهن غير قادح، بعد أن كان الإعسار مستصحباً، مع أنه يمكن القول بأن له الحبس حينئذٍ حتى يفقه المولى، بل قد يتجدد إعساره فلا تنتفي فائدة الرهانة أصلاً، قال في الدروس: «لو رهنها فتجدد له اليسار انفسخ الرهن ووجب الوفاء، ويحتمل بقاؤه حتى يوفي لجواز تجدد إعساره قبل الإيفاء، ولعله أقرب»^(٢). فظهر من ذلك أن الإشكال في رهنها في الفرض كما في القواعد^(٣)، ضعيف.

[٢] إذ احتمال كفاية حبس المال عن المالك في صحة الرهن وإن لم يجز بيعه خلاف المفهوم من الأدلة، وإلا لجاز رهن الوقف ونحوه، كاحتمال الاكتفاء باحتمال تجدد الإعسار المجوز للبيع بعد فرض اقتضاء الأصل عدمه وفقد الشرط حال العقد.

فما في القواعد من احتمال الجواز فيه في غاية الضعف، وأضعف منه احتمال^(٤) في غير ثمن رقبته اكتفاء في الرهن بالحبس المزبور الذي قد عرفت ضعفه.

[٣] ولذا ادّعى الإجماع على جوازه في محكي التذكرة والإيضاح^(٥). وعن التحرير: «يجوز رهن الجارية وإن كان لها ولد صغير إجماعاً»^(٦).

[٤] وما في القواعد من احتمال جواز بيعها منفردة، ويقال: إنها تفرقة اضطرارية^(٧) واضح الضعف؛ ضرورة عدم اقتضاء عقد الرهن بيعها منفردة وإن كانت قد رهنّت كذلك فيضم ولدها حينئذٍ معها، سواء باعها المالك، أو بيعت جبراً عليه، ولذا ترك الاحتمال في الدروس^(٨) وغيرها.

(١) التحرير ٢: ٤٧٣. الدروس ٣: ٣٩٣.

(٢) (٢) الدروس ٣: ٣٩٣.

(٣) (٤) (٧) القواعد ٢: ١١٠.

(٥) التذكرة ١٣: ١٤٩. الايضاح ٢: ١٣.

(٦) التحرير ٢: ٤٧٠.

(٨) الدروس ٣: ٣٩١.

عشر حصّة يختصّ المرتهن منها بعشرة والمالك بواحدة [١]. ثم إن [هـ هل يصحّ رهن المجهول؟] [٢] والقول

[١] وقد يشكل بعدم استحقاق المرتهن هذه الزيادة الحاصلة بانضمام غير المرهون من مال المالك، فينبغي اختصاصه بها أجمع، ولم يكن للمرتهن إلا قيمة الجارية منفردة. ويدفع بإمكان دعوى استحقاق المرتهن الاجتماع بعد فرض تعلّق الرهانة بها وهي ذات ولد، بل قد يحتمل اختصاصه بها، وأتّه ليس للمالك إلا قيمة الولد منفرداً، لكن العدل ملاحظة تساويهما في الزيادة. وفي القواعد: تقوم منفردة ومنضمّة ثم تلاحظ النسبة، فلو قومت منفردة مثلاً بمئة ومنضمّة بمئة وعشرين كان قيمة الولد السدس قال: «ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقلّ قيمته، فإذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد عشر»^(١) لو كانت قيمة الأم مئة. وفي الدروس: «إما أن يقوم جميعاً ثم يقوم الولد وحده أو يقوم الأم وحدها ومع الولد أو كلّ منهما وحده: لأنّ الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه لمكان اشتغالها بالحضانة والولد تنقص قيمته منفرداً لضياعه، وجه تقويم الأم وحدها أنّ الرهن ورد عليها منفردة، وهو قول الشيخ، وكذا لو حملت بعد الارتهان، وقلنا بعدم دخول النماء المتجدّد أو كان قد شرط عدم دخوله»^(٢). قلت: ما ذكره أخيراً يقتضي أنّ الزيادة كلّها للمالك؛ لأنّها في قيمة الولد، والنقصان الذي حصل في الجارية بالضمّ مستحقّ على المرتهن؛ لعدم صحّة بيعها بدونه وقد رضي بها رهناً، وهو على هذا التقدير جيّد، كما أنّه لو فرض زيادة قيمة الجارية به دون قيمة الولد يتّجه اختصاص المرتهن بها، إنّما الكلام لو حصلت الزيادة لهما بالضمّ أو النقصان، وقد عرفت الحال فيه، فتأمّل جيّداً.

[٢] ظاهر المصنّف وغيره ممّن اقتصر كإقتصاره على الشروط الأربعة عدم اشتراط أمر آخر غيرها [فعليه يصحّ رهن المجهول]، لكن في القواعد: «لا يصحّ رهن المجهول»^(٣)، وفي المحكي عن مواضع من المبسوط، بل عن الخلاف نفي الخلاف عن عدم صحّة الرهن فيما في الحق^(٤) [أي من الجهالة]، بل قيل: «ظاهره نفيه بين المسلمين»^(٥). وفي التذكرة: لو كان ما في الحق مجهولاً لم يصحّ الرهن قطعاً في المظروف خاصّة للجهالة على إشكال، ويصحّ الرهن في الحق عندنا، وإن تفرّقت الصفقة إذا كان له قيمة مقصودة^(٦). وفي الدروس: «لا يصحّ رهن أحد العبدین أو العبيد لا بعينه للفر، بل قال: والظاهر أنّه يعتبر علم الراهن والمرتهن بالمرهون مشاهدة أو وصفاً، وهو ظاهر الشيخ حيث منع من رهن الحق بما فيه للجهالة، وجوّزه الفاضل واكتفى بتمييزه عن غيره، والشيخ نقل الإجماع على بطلان رهن ما فيه ويصحّ رهن الحق عنده»^(٧). قلت: إن تمّ هذا الإجماع كان حجّة على خصوص معتقده وما شابهه من المجهول من جميع الوجوه، وإلا فالإطلاقات تقتضي الجواز ونفي الفرر إنّما هو في العقود المبنيّة على المغابنة، لا في مثل الرهن المبني على غيب الراهن للمرتهن، كالأهبة بالنسبة إلى المتّهب، قال في التذكرة في باب بيع الغائب: «الأقرب جواز هبة الغائب غير المرتي ولا الموصوف ورهنه؛ لأنّهما ليسا من عقود المغابنات، بل الراهن والأهبة مغبونان والمرتهن والمتّهب مرتفقان، ولا خيار لهما عند الرؤية، كما إذا أرهنه المال الغائب أو وهبه له؛ لأنّ قضاء الحاجة إليه، ومعلوم أنّه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين، أمّا لو شرط في كلّ من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلاً فظهر بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض»^(٨). وهو جيّد جدّاً.

(١) (٣) القواعد ١١٠: ٢، ١١٢. (٢) الدروس ٣: ٣٩١-٣٩٢.

(٤) المبسوط ٢: ٢٣٣، ٢٤٢، ٢٤٦. الخلاف ٣: ٢٥٥. (٥) مفتاح الكرامة ٥: ١٠٣.

(٦) التذكرة ١٣: ١٠٧، ١٠٨. الدروس ٣: ٣٨٨. (٧) انظر التذكرة ١٠: ٢٣٦. جامع المقاصد ٥: ٧٠.

(٨) (٧) التذكرة ١٣: ١٠٧، ١٠٨. الدروس ٣: ٣٨٨.

بجواز رهن الغائب غير المرثي وهبته وعدم الخيار للمرتهن والمتَّهب عند الرؤية جيّد جداً^(١).

نعم قد يتَّجه البطلان في غير المعين كأحد العبدین أو العبد [١] [قد يقال : المراد بالمجهول الذي لا يصح رهنه المجهول من جميع الوجوه بحيث يمنع توجه القصد إليه ، وما في الحق كالشاة من قطع لا يتوجه القصد إليها] . قلت : يمكن منع عدم توجه القصد إلى ما في الحق بعد القطع بكونه ممّا يرهّن وإن لم يعلم جنسه ولا نوعه [٢] .

نعم هو كذلك في الشاة من القطع بعد إرادة الإيهام [٣] ، بل لا يصحّ رهنها مع إرادة الإطلاق [٤] . ولو فرض أنّه أرهنه شاة ثمّ عيّنها له وقبضها المرتهن لم يبعد الصّحة ، وكذا لو أرهنه صاعاً من صبرة وإن لم يقبضه بعينه ، وفي تنزيله على الإشاعة وعدمها الوجهان ، ولعلّ الأقوى الأوّل ، فتأمّل جيّداً . فـ [المختار] [٥] أنّ ما لا يجوز رهنه من المجهول لا ينفكّ عن فقد أحد الشرائط الأربع ، وغيره لم يثبت عدم جواز رهنه [٦] .

[ولا يعتبر في الرهن إمكان استيفاء تمام الحق منه ، بل يكفي فيه الوثوق باستيفاء بعضه] .

[حق الرهن] :

الفصل (الثالث : في الحق) :

الذي يجوز أخذ الرهن عليه (وهو كلّ دين ثابت في الذمّة) قبل الرهانة أو مقارناً لها في وجه تسمعه إن شاء الله يمكن استيفاؤه من الرهن (كالقرض و ثمن المبيع) والأجرة (و) حنثيذ (فـ) (لا يصحّ) الرهن (فيما لم يحصل سبب

[١] كما جزم به في المختلف^(١) ، وفي حواشي الشهيد^(٢) وجامع المقاصد : « المراد بالمجهول الذي لا يصحّ رهنه المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها ، بحيث يمنع توجه القصد إليه وما في الحق كالشاة من القطع لا يتوجه القصد إليها ، وأمّا المجهول لا كذلك كهذه الصبرة إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به »^(٣) .

[٢] ومن هنا كان ظاهر المختلف جوازه .

[٣] الذي تنتفي معه الشرائط الأربعة .

[٤] لا لأنّ المطلق لا يمكن قبضه إلا بقبض الفرد الذي هو غير مرهون ؛ إذ هو مع أنّه غير تام ، بناءً على عدم اعتبار القبض إلا إذا قلنا باعتبار كونه ممّا يقبض عليه أيضاً ، واضح المنع ؛ ضرورة صدق قبض الكلّي بقبض فرد ، بل لعدم جواز بيعه لو بقي على إطلاقه ، لعدم اشتراط القبض ، أو لأنّه قبض الجميع مقدّمة لقبض الواحد ، واحتمال استحقاق المرتهن على الراهن تعيينه عند إرادة البيع ، فيصحّ حنثيذ لذلك يمكن منعه ؛ للأصل وغيره ، وإن كان ذلك كلّ لا يخلو من نظر ، بل منع .

[٥] [كما] ظهر من ذلك كلّ .

[٦] بل إطلاق الأدلّة يقضي بخلافه . وعدم معرفة مقابلته للحقّ في بعض أحوال الجهل غير قادح ؛ إذ لا يعتبر في الرهن إمكان استيفاء تمام الحق منه ، بل يكفي فيه الوثوق باستيفاء بعضه ، والله أعلم .

وجوبه) أي ليس بثابت حال الرهن [١].

نحو (الرهن على ما يستدينه) منه أ (و على ثمن ما يشتريه) فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهناً [٢].

بل لا يصح الرهن على الأعيان التي ليست بمضمونة على من في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ونحوها [٣].

أما المضمونة كالمغصوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها ف [سقد قيل] [٢] [بعدم صحة الرهن بها].

[١] (ك) ما في القواعد^(١).

[٢] بلا خلاف أجده بنينا، بل في التذكرة وجامع المقاصد الإجماع عليه^(٢)، بل ولا إشكال؛ ضرورة ظهور أدلة المقام في كون الرهن وثيقة على مال المرتهن، ولا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده، فلا يشمل عموم الوفاء بالعقود بعد فرض عدم صدق الرهن عليه، كما هو واضح.

وما عن أبي حنيفة وبعض وجوه الشافعية من الجواز وأنه يصير رهناً بالقرض^(٣) في غاية الضعف، كدليله الذي مقتضاه حينئذٍ تأخر أثر الإنشاء عن سببه الذي هو العقد، وهو معلوم الفساد عندنا.

[٣] بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكي منهما مستفيض، وبه يخرج عن عموم الوفاء بالعقود لو كان مشمولاً لها باعتبار صدق الرهن عليه عرفاً.

[٤] [كما] في الرياض أن الأكثر على عدم صحة الرهن بها^(٤)، ولعله للأصل بعد عدم دليل للصحة؛ لعدم الإجماع بعد استقرار فتوى الأكثر على الخلاف، واختصاص الآية^(٥) وجملة من النصوص^(٦) بالدين، وعدم انصراف إطلاق باقيها بحكم التبادر إلى محلّ الفرض.

والمراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداولة في زمن الشرع، وفي كون محلّ الفرض منها نوع شكّ وغموض وإن علم تداول جنس الرهن، وتسميته رهناً حقيقة في اللغة والعرف غير معلوم، فلم يبق إلّا الأصل المقتضي للفساد.

مضافاً إلى اقتضاء صحة الرهن بها صحته في غير المضمونة؛ ضرورة عدم الفرق بينهما؛ إذ المراد من ضمانها الالتزام بالمثل أو القيمة عند التلف الذي هو غير معلوم الحصول، فزمانها حينئذٍ معلق على شرط، كتعليق ضمان غيرها على التلف بالتفريط الذي لم يعلم حصوله، فهما بالنسبة إلى ذلك سواء، بل كلّ منهما مضمون عند العقد في الجملة، وإن كان في الأولى بمجرد التلف،

(١) القواعد ٢: ١١٥.

(٢) التذكرة ١٣: ١٧٧. جامع المقاصد ٥: ٨٩-٩٠.

(٣) الشرح الكبير ٤: ٣٩٩. روضة الطالبين ٣: ٢٩٦.

(٤) الرياض ٨: ٥١٨.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

(٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٧٩، ب ١ من الرهن.

وفي الثانية به مع التفریط ، وهو غير مجد .

لكن قد يناقش في ذلك كله بانقطاع الأصل بإطلاق أدلة الرهن ، الذي لا ينافيه اختصاص مورد بعضها بالدين ؛ لصدق اسم « الرهن » الذي هو للأعم من الصحيح والفساد عليه في عرف المشتزعة فضلاً عن اللغة الذي هو بمعنى : الحبس ، فيشمله حينئذ إطلاق الأدلة .

ويحكم بصحته مع عدم العلم بالفساد ، كما أنه يحكم باندراجها في عموم الوفاء بالعقود وإن سلم إرادة المتداول منها في ذلك الزمن ، إلا أنه يكفي في إثباته معلومية تداول الجنس ، مع معلومية صدق ذلك الجنس على فرد ، الذي لم يعلم فساد ، وخروج الرهن على غير المضمون بالإجماع غير قاض ، على أنه قد يفرق بينهما بتعلق العهدة فيها بأحد الأمرين عينها أو بدلها ، بخلاف تلك فإنه لا عهدة فيها ؛ لا مكان تلفها بغير تفریط ، فلا حق للمرتهن في بعض أحوالها .

وأما إشكال أصل الرهن عليها بأن المقصود من الرهن استيفاء الحق المرهون عليه منه ، ولا يعقل استيفاء الأعيان الموجودة من الرهن فواضح الدفع ، بأنه يكفي فيه التوثق به لأخذ العوض عند الحيلولة أو التلف الذي هو محل الحاجة ، ولذا جاز أخذ مال الغاصب المساوي لما غصبه أو المخالف مع الامتناع عن رد العين وتمعذر جبره ، على أن إرادة استيفاء نفس الحق من المرهون لا يتم في الدين المجمع على جواز الرهن عليه ؛ ضرورة عدم كون الثمن عين الدين الكلي الذي اشتغل به الذمة ؛ إذ لا ريب في مغايرته لجزئياته ولو في الجملة ، سيما على القول بأن وجوده في الخارج في ضمن الفرد لا عينه .

على أن ذلك كله في الرهن على الدين لا مطلق الرهن المفروض شموله للرهن على العين الذي معناه ما ذكرناه .

وعلى كل حال فإن إشكال من هذه الجهة واضح الفساد .

كل ذلك مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة^(١) المتضمنة لنفي البأس عن الاستيثاق للمال ، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام : سألت عن السلم في الحيوان و [في] الطعام ويؤخذ الرهن ؟ فقال : « نعم استوثق من مالك ما استطعت »^(٢) ، ونحوه غيره الشاملة بإطلاقها لمحل الفرض ؛ ضرورة صدق المائبة عليه فلا بأس بالاستيثاق له .

والمناقشة بأن الاستيثاق بهذا الرهن أول الكلام فإنه لا استيثاق إلا بعد صحته وعدم جواز رجوع الراهن فيه واضحة الفساد ؛ ضرورة إرادة نفس الرهن من الاستيثاق فيها ، فالمراد أنه لا بأس بأخذ الرهن لمالك ، وهو شامل للدين والعين ، فبدل على الصحة ، ويجري عليه جميع أحكام الرهن .

فمن الغريب وقوعها من بعض الأساطين^(٣) كالمنافسة بكون الخارج عن ذلك من الرهن الفاسدة أضعاف الداخل فيخرج عن الحجية ؛ ضرورة فسادها بمنع كونه ممّا يخرج به عن الحجية ، بعد ملاحظة الأنصاف ، خصوصاً إذا كان المعيار الوصول إلى حد الاستهجان .

(١) انظر الوسائل ١٨: ٣٧٩ ، ب ١ من الرهن .

(٢) المصدر السابق : ٣٨٠ ، ح ٤ .

(٣) الرياض ٨: ٥٢٠ .

فلا ريب حينئذٍ [١] في أن الأقوى صحة الرهن عليها [٢].
بل قد يقال: بصحته للمضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع ونحوهما [٣].

[١] بعد ذلك كله .

[٢] وفقاً للفاضل والشهيد والمحقق الثاني^(١) وغيرهم .

[٣] بل ظاهر الدروس وغيرها تلازم الحكم بالصحة فيه للحكم بالصحة في الأعيان المضمونة ، قال : « ويجوز على عهدة الثمن لو خرج مستحقاً ، وكذا المبيع والأجرة وعوض الصلح إن جُوزنا الرهن على الأعيان والضرر بحبس الرهن دائماً مستند إلى الرهن ، ولعلمها إذا أمنا الاستحقاق يتفاسخان »^(٢) . وفي جامع المقاصد بعد أن فرغ من البحث في ضمان الأعيان قال : « ومثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع ، وقد صرح باستوائهما بالحكم المصنف في التحرير وشيخنا في الدروس وإن كان المصنف في التذكرة - مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونة - منع من الرهن بعهدة البيع ، وليس بواضح ، وما علل به من منعه الاتفاق مردود ؛ لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلاً ، والظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذراً من نقصانها كالرهن على المبيع »^(٣) . قلت : الموجود فيما حضرني من التذكرة في المقام : « وأما الأعيان المضمونة في يد الغير إما بحكم العقد كالمبيع أو بحكم ضمان اليد كالمغضوب والمستعار المضمون والمأخوذ على جهة السوم وكل أمانة فُط فيها وبقيت بعينها فالأقوى جواز الرهن عليها »^(٤) . وظاهر أنها مسألة واحدة ، اللهم إلا أن يريد بالمضمون بحكم العقد غير درك المبيع . نعم كلامه في باب الضمان منها كالصريح في جواز الرهن على الدرك^(٥) ، محتجاً عليه بخبر داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام : سألت عن الكفيل والرهن في بيع النسبته ؟ قال : « لا بأس [به] »^(٦) وإن كان في استدلاله ما فيه . لكن في باب الرهن أيضاً في مسألة عدم جواز أخذ الرهن على ما لا يستوفي منه قال : « كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به ، وما لم يجز أخذ الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء : عهدة البيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها ، والكتابة لا يصح الرهن بها على إشكال سبق ، والأقرب صحة الضمان فيها ، وما لا يجب لا يصح أخذ الرهن به ، ويصح ضمانه ؛ لأن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإفراق ، فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهنًا يساوي ألفاً فكأنه ما قبض الثمن ولا ارتفق به ، والمكاتب إذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالأجل ؛ لأنه كان يمكنه بيع الرهن وإمضاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده بخلاف الضمان ، ولأن ضرر الرهن يعم ؛ لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه بخلاف الضمان »^(٧) . فظهر من ذلك كله أن كلامه فيه مختلف . وكيف كان فقد يقال بالفرق بينهما ، باعتبار عدم علم الاستحقاق في عهدة الثمن والمبيع ، واحتماله غير كاف في صحة الرهن وإن كان لو تحقق لظهر انكشافه من أول الأمر ، بخلاف الأعيان المضمونة فإن الاستحقاق لردّها عيناً أو بدلاً معلوم الثبوت ، بل لا يخفى على السارد للنصوص الواردة في الرهن أنه لا تناول في شيء منها لذلك ، حتى النصوص التي ذكرناه آنفاً ؛ ضرورة عدم مال له ظاهراً عند غيره حتى يستوثق له . ومنه ينقدح الشك في صدق الرهن عليه بحيث يندرج في عموم الوفاء بالعقود ، والإطلاق العامي المبني على ضرب من المسامحة لا عبرة به ولا وثوق . فالقول بالمنع فيه وإن قلنا بالجواز هناك لا يخلو من قوة .

(١) التحرير ٢: ٤٧٧-٤٧٨ . الدروس ٣: ٤٠١-٤٠٢ . المسالك ٤: ٢٩ . جامع المقاصد ٥: ٨٨-٨٩ .

(٢) (٣) الدروس ٣: ٤٠٢ . جامع المقاصد ٥: ٨٩ .

(٤) (٦) التذكرة ١٤: ٣٣١ . التهذيب ٦: ٢١٠ ، ح ٤٩١ .

[والقول بالمنع في المضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع ونحوهما لا يخلو من قوة] خصوصاً مع ملاحظة عدم أمده ينتظر غالباً [١] .

نعم لا مانع من التزام صحته لو بان بعد ذلك كون العين في العهدة لفساد البيع على نحو صحته في الدين المحتمل . وكيف كان فقد عرفت أنه لا بد من الثبوت [أي ثبوت الحق] حال الرهن ؛ لعدم تصوّره حقيقة بدون ، بل لا بد من سبق ثبوته على تمام الرهن [٢] .

فلو شرك بين السبب والرهن في عقد ، كما لو قال المشتري : صالحتك عن هذا العبد بألف ورهنت الدار بها فقال : قبلت أو قال : قبلت الصلح ثم قال : قبلت الرهانة لم يصح [٣] ، فضلاً عن رهن العبد نفسه [٤] . كما أنه ليس في عقد الرهن ما يقضي بالفرق بينه وبين غيره من العقود المعلوم تأخر تمام عقودها عما يعتبر في صحته ، فلو أوجب البيع مثلاً على ما لا يصح بيعه ثم انتقل إلى الصحة قبل تمام القبول أو قبل الشروع فيه لم يصح قطعاً [٥] .

[١] والرهن على غير المعلوم من الدين حال الرهن ثم علم إن جوّزناه ؛ لعدم شرطية العلم به ، كما في سائر ما يعتبر في المعاملة لا يقضي بإجراء حكم الرهانة عليه حال عدم العلم ، كما هو المفروض في محلّ البحث . وبذلك يفرق بينه وبين الضمان الذي ليس فيه سوى شغل الذمة ، الذي يعلم بعد حصول الدرك ، كما أومئ إليه فيما سمعته من التذكرة .

[٢] لأنّ الشرط للسبب شرط لأجزائه ، كما في سائر شروط العقود .

[٣] وفقاً لصريح الكركي وظاهر غيره ، بل في الرياض حكايته عن الأكثر^(١) .

[٤] لوقوع إيجاب الرهن على التقديرين الذي معناه التوثيق قبل ثبوت الحق ، بل قيل : إنه غير معقول^(٢) ، وحصوله بعد ذلك لو كان مجزئاً في صحته التي هي بحسب حاله لأجزأ لو تأخر عن الإيجاب والقبول ، خصوصاً إذا كان قبل القبض ، بناءً على أنه من تمام السبب ، فتأمل .

ودعوى كون المعتبر في عقد الرهن أن لا يسبق بتمامه الحق لا بعضه لا شاهد لها ، بل الشواهد بخلافها ؛ ضرورة ظهور الآية^(٣) والنصوص^(٤) بتعقّب الرهن بتمامه للحقّ حتى يصدق أنه استوثق على ماله ، وليس الاستيثاق الذي هو بمعنى الرهن الجزء الأخير من القبول حتى يكون قد تأخر عن ثبوت الحق أو قارنه ، بل هو عبارة عن تمام عقد الرهن .

[٥] بل حكى عن جوّز ما نحن فيه من العامة الاعتراف ببطلان قول المولى لعبده : كاتبك على ألف وبعثك هذا الثوب بكذا فقال العبد : قبلتهما أو قال : قبلت الكتابة والبیع^(٥) ، والفرق بين المقامين صعب .

وأطرف شيء اشتراط الشافعية في الجواز تقدّم إيجاب البيع على إيجاب الرهن^(٦) ؛ إذ تقدّمه بعد عدم تأثيره الحق

(١) جامع المقاصد ٩١: ٥ ، الرياض ٥٢١: ٨ . (٢) مفتاح الكرامة ١٣٤: ٥ .

(٣) البقرة ٢٨٣ . (٤) انظر الوسائل ١٨: ٣٧٩ ، ب ١ من الرهن .

(٥) (٦) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٥٨ . المجموع ١٣: ١٨٢ .

في الذمة غير مجد، فلا فرق بين تقدّم إيجاب البيع عن إيجاب الرهن وتأخره، كما هو واضح .
وبالجملة جواز ذلك غير متجه على أصولنا . فما يحكى عن مالك والشافعي وأحمد^(١) وأصحاب الرأي من الجواز في غاية الضعف . ومن الغريب تردّد بعض الأساطين من أصحابنا فيه .

ففي القواعد : « لو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ، ينشأ من جواز اشتراطه في العقد ، فتشريكه في مثله أكد . أي في الالتزام ؛ لاحتمال عدم الوفاء بالشرط - ومن توقّف الرهن على تمامية الملك ، لكن يقدّم السبب فيقول : بعثك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول : اشتريت ورهنت ، ولو قدّم الارتهان لم يصح »^(٢) .

وفي الدروس : « وهل يجوز مقارنة الرهن للدين ؟ فيه وجهان ، فيقول : بعثك الدار بمئة وارتهنت العبد بها فيقول : قبلتهما أو اشتريت ورهنت ، ولو قدّم الرهن لم يجز »^(٣) .

بل في التذكرة : « لو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين مثل أن يقول : بعثك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، أو قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها دارك فالأقرب الجواز ... لأن الحاجة تدعو إليه فإنه لو لم ينقذ ... لم يتمكن من إلزام المشتري بعقده ... ؛ ولأن شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مزجه بهما ، بل هو أولى ؛ لأن الوثيقة هنا أكد فإن الشرط قد لا يفي به »^(٤) . لكن الجميع كما ترى بعد الإغضاء ، عفا في الأمثلة من تقديم قبول الرهن على إيجابه ؛ إذ الحاجة مع عدم رجوعها إلى الحرج لا تكون دليلاً مثبتاً لحكم شرعي ، واشتراط الرهن لا يشترط فيه شرائط عقد الرهن من ثبوت الحق ونحوه ، فجوازه لا يستلزم جواز ذلك ، بل الظاهر كما قدّمنا في بحث الشرائط من البيع صحة اشتراط رهن المبيع نفسه على معنى رهنه بعقد جديد بعد انتقاله .

بل لو جوّزنا اشتراط نتيجة العقد بدونه وقلنا : إن الشرط يقوم مقامه كقيام الصلح مقام بعض العقود وإن لم يلحقه حكم ذلك العقد أتجهت الصحة حينئذ ؛ لعموم أدلة الشرط السالم عن معارضة ما دلّ على اشتراط ذلك مثلاً في الرهن ؛ لأن المفروض عدم كونه من الرهن وإن حصلت نتيجته بالشرط ، بل لو قلنا بصحة اشتراط النتيجة على وجه يلحقه أحكام الرهن ، على معنى أن للرهن سببين : العقد والشرط أمكن جواز اشتراط كونه رهنًا على دين سابق فضلاً عن اشتراط رهن غيره ممّا هو مملوك للراهن سابقاً ، فينتقل حينئذٍ مقارناً لتعلق حق الرهانة به أو مقدّماً عليه ، كما هو مقتضى الاشتراط الذي يراد منه الرهن بعد ثبوت الحق ، كما قيل . وعلى كلّ حال لا يستلزم الصحة في محل البحث ، بل لو قلنا بصحة اشتراط رهنه على الثمن في العقد على المعنى المزبور لم يستلزم الصحة أيضاً ؛ لإمكان دعوى اشتراط سبق الحق على عقد الرهن ، لا على اشتراطه المقتضي للاقتران أو سبق الحق عليه ، باعتبار بساطته ، بخلاف عقد الرهن الذي هو مركّب من الإيجاب والقبول ، ولا يتصور مقارنتهما لثبوت الحق ، بل أفضاها المقارنة للسبب بالطريق المذكور في كلامهم ، وهو مقتض لوقوع الإيجاب قبل حصول الحق الذي هو شرط فيه ؛ لكونه شرطاً للعقد بتمامه ، فتأمل جيّداً فإنه دقيق ، والله العالم .

(٢) القواعد ٢: ١١٥ .

(١) روضة الطالبين ٣: ٢٩٦ .

(٤) التذكرة ١٣: ١٧٩ .

(٣) الدروس ٣: ٤٠١ .

وكيف كان فليس المراد من «الثابت» [١] اللازم لصحة الرهن على الثمن في مدة الخيار، بناءً على حصول الشغل بالعقد والرهن على غيره مما هو متزلزل [٢] .

بل المراد من «الثابت» «الحاصل في الذمة وإن لم يكن لازماً فلا يصح على ما لم يحصل سبب وجوبه ، بل ولا على ما حصل سبب وجوبه» في الجملة .

(و) لكن (لم يثبت) به في الذمة (كالدية قبل استقرار الجناية) في الخطأ المحض وشبه العمد وقبل انتهاء حالها وإن علم أنها تأتي على النفس الذي هو سبب ثبوت الدية [٣] .

بل (الظاهر) [٤] عدم الفرق في الجناية على ما فيه الدية وغيره [٥] .

ثم من المعلوم أن الدية في الخطأ على العاقلة، وأنها مقسطة على ثلاث سنين . (و) لكن لا (يجوز) الرهن على قسط كل حول (إلا) (بعد حلوله) [٦] .

[١] [الوارد] في المتن وغيره .

[٢] بلا خلاف أجده فيه ؛ لإطلاق الأدلة .

نعم في التذكرة : « لا شك في أنه لا يباع الرهن في الثمن ما لم يمض مدة الخيار »^(١) ، مع أنه لا يخلو من نظر ، بل منع فيما إذا حل الدين قبل أجل الخيار .

[٣] على المشهور نقلاً وتحصيلاً .

[٤] [كما هو] مقتضى الإطلاق .

[٥] ولعله لأن الشارع لم يرتب عليها حكماً قبل انتهاء حالها ، فهو حينئذ تمام السبب فلا ثبوت قبله ، والقطع بأنه يحصل أحد السببين لا يجدي في جواز أخذ الرهن ؛ لعدم ثبوت الحق حينئذ قبل حصول سببه . لكن في المسالك : « ربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقرّ موجبها وإن لم تستقرّ هي كقطع ما يوجب الدية ، فإن غاية الموت ، ولا يوجب أكثر منها ، بخلاف ما دون ذلك ، وليس ببعيد »^(٢) وتبعه غيره .

وفيه : أنه على احتمال سريان الجناية لم يكن لذلك القطع تأثير ولا سببية ، بل المؤثر حينئذ الموت ، ولا معنى للرهن قبل ثبوت الحق . نعم لو كان المؤثر للدية القطع المزبور والموت لا أثر له أتجه حينئذ الرهن ؛ لثبوت الحق ، لكن ظاهر النص والفتوى خلافه . فإطلاق المتن وغيره حينئذ متجه ، وقد عرفت أن القطع يحصل أحد السببين غير الحصول فعلاً ، وكان ذلك هو الذي أُوهم القائل ، مع أنه لو تم لجاز الرهن على المتيقن بثبوته من الدية في الجناية على ما لا يوجبها كقطع اليد مثلاً ، فإن النصف متيقن في ضمن تمام الدية أو مستفكك ، ولا يلتزم به القائل المزبور . والفرق بينهما لا يخلو من تكلف .

[٦] لعدم تعين المستحق عليه منها قبله ، وأن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذي يعقل ، وإن كان فاقداً لها قبله لا غيره ، وإن كان جامعاً لها سابقاً ، واستصحاب الجامعة إلى مضي الحول غير مجد بعد أن كان جزء سبب الثبوت مضي الحول ، فإذا مضى صح الرهن حينئذ من ذلك المتعين الذي قد ثبت في ذمته .

أما الدية في شبهة العمد فيصح الرهن عليها بمجرد حصول سبب ثبوتها ؛ لأنها على الجاني وإن كانت مؤجلة إلى سنتين ، لكن كأجل الدين فلا يمنع من الرهن بها بعد أن كانت متعلقة بدمته وإن مات في تركته .
 اللهم إلا أن يقال : إن الأجل فيها كأجل في دية الخطأ ، بمعنى أن مضيه جزء سبب الاستحقاق ، فينتج حينئذ عدم الرهن بها أيضاً ، وستسمع إن شاء الله في كتاب الديات ما يؤكد ذلك [١] .
 (وكذا) لا يصح الرهن على مال (الجعالة قبل الرد) [٢] .
 بل وقبل تمام العمل وإن شرع فيه [٣] .

[١] وإن كان في بعض العبارات هناك ما يوهم اشتغال الذمة بها قبل الحول ولكن غير مستقر ؛ لاحتمال الموت والإعسار عند الحول ، إلا أنه محمول على ضرب من التوسع .
 ضرورة اقتضاء التدبر في كلامهم هنا وهناك كون المراد بالخطاب بها الحكم التكليفي لا الديني الذي لا يسقط بالموت ولا بالإعسار ، فلاحظ وتأمل .

وقال في الدروس : « ولا يصح الرهن على الدية قبل استقرار الجناية وإن حصل الجرح ، ويجوز بعد الاستقرار في النفس والطرف ، فإن كانت مؤجلة فبعد الحلول على الجاني أو على العاقلة في شبهة العمد والخطأ ، ويجوز على الدين المؤجل ، والفرق تعيين المستحق عليه فيه ، بخلاف العاقلة فإنه لا يعلم المضروب عليه عند الحلول ، ويحتمل قوياً جوازه في الشبيهة على الجاني لتعيينه ، ولو علل بأن الاستحقاق لم يستقر إلا بعد الحلول في الجناية شمل الجاني والعاقلة ، إلا أنه ينتقض بالرهن على الثمن في الخيار فالظاهر جواز أخذ الرهن من الجاني كالدين المؤجل » ^(١) .
 ولعل بناء المسألة على ما ذكرنا أولى بعد الإغضاء عما في بعض كلامه ، ونسأل الله التوفيق لتحقيق ذلك في محله ، فتأمل .
 [٢] لعدم استحقاق المجموع له قبل العمل ، بلا خلاف أجده فيه .

[٣] خلافاً للفاضل في التذكرة فجوزّه بعد الشروع قبل التمام لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ^(٢) ، وأشكله في المسالك بعدم استحقاق شيء وإن عمل الأكثر .

قال : « والفرق بينها وبين الخيار واضح ؛ لأن البيع متى أبقي على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم ، والأصل فيه عدم الفسخ عكس الجعالة ، فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء ، والأصل عدم الإكمال » ^(٣) .
 قلت :

مدار الحكم على الاستحقاق بالشروع وعدمه ، وظاهرهم في الجعالة الثاني ، ولعلها غير الأجرة على العمل التي يملكها بالعقد ، كما هو مقتضى المعاوضة وإن كان لا يستحق تسليمها إلا بالعمل ، بخلاف الجعالة التي مورد العقد فيها أنها عوض العمل لا ملكه على المجموع له ، ولذا كانت جائزة بالنسبة إليه ، وتحقيق الحال في محله إن شاء الله .

(١) الدروس ٣: ٤٠١ .

(٢) التذكرة: ١٣: ١٨٢ .

(٣) المسالك ٤: ٣٠٠ .

(و) كيف كان فلا إشكال في أنه (يجوز) الرهن على مال الجعالة (بعده) أي العمل [١].

ويجوز على مال الكتابة المطلقة [٢].

بل والمشروطة على الأقوى [٣].

[وهي لازمة للمكاتب مطلقاً]، بل لو قلنا بالجواز بالنسبة إليه خاصة أو إلى المولى معه اتجه الصحة

أيضاً [٤]. [وقول المصنف] (وكذا [لا يجوز] مال الكتابة ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه) غير جيد [٥].

(ويبطل الرهن عند فسخ الكتابة المشروطة) ممن له فسخها [٦].

وكيف كان فقد عرفت فيما مضى أنه يعتبر في الحق كونه عهدة أو ديناً في الذمة يمكن استيفاؤه من الرهن

الذي هو بمعنى الوثيقة لصاحب الحق مع التعذر أو لا معه، (و) إلّا لم يكن وثيقة فـ (لا يصحّ على ما لا يمكن

استيفاؤه من الرهن كالإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته) [٧].

[١] بل ولا خلاف، بل في التذكرة الإجماع لحصول الاستحقاق به^(١)، كما هو واضح.

[٢] بلا خلاف على ما في المسالك^(٢)، بل ولا إشكال؛ لثبوت الحق بها ولزومها من الطرفين.

[٣] وفاقاً للمشهور عند المتأخرين؛ لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً عندنا، كما في المختلف^(٣).

[٤] لعدم منافاته لاستحقاق المولى كالثمن في مدة الخيار.

كما أنه لا ينافيها تسلط المولى على رده في الرق؛ إذ قد لا يريده. ومن ذلك يظهر لك ضعف القول بعدم الجواز، كما عن الشيخ^(٤) والقاضي^(٥) والحلي^(٦) وسبطه يحيى بن سعيد^(٧)؛ للأمرين المزبورين اللذين قد عرفت عدم اقتضائهما ذلك بعد تسليم الأوّل منهما.

بل وظهر لك أنّ تأدية المطلوب الذي قد عرفت الحال فيه بقول المصنف [ذلك غير جيد].

[٥] إذ الخلاف - كما عرفت - مختصّ بالمشروطة، بل الخلاف فيها ضعيف جداً؛ لضعف دليله، والأمر سهل.

[٦] لذهاب الاستحقاق به كالفسخ بالخيار، كما هو واضح.

[٧] فإنه مع تعذرها بموت ونحوه بل بعصيان منه تنفسخ الإجارة، فليس للمرتهن استيفاؤها من الرهن، وثبوت أجرة المثل عليه في بعض الأحوال الأجر الخاص، كما لو انتفع بنفسه في مدة الإجارة أو أجر نفسه لغيره ولم يجز المستأجر الأوّل واختار الرجوع على الأجير؛ لأنه هو المتلف لا تسوّغ أخذ الرهن؛ لعدم معلومية تحقّقها فالرهن عليها حينئذٍ رهن على الحق قبل ثبوته، بل على احتمال ثبوته.

(١) التذكرة ١٣: ١٨٢. المسالك ٤: ٣٠٠.

(٣) المختلف ٥: ٤١٦.

(٤) المبسوط ٢: ١٩٧.

(٥) جواهر الفقه ٦٤.

(٦) السرائر ٢: ٤١٧.

(٧) الجامع للشرائع ٢٨٧.

بل كلّ معيّن من ثمن أو أجرة أو نحوها لا يصحّ الرهن عليه [١] . [ولكن قد يشكل فيه] .
فالأولى التوقّف في المسألة أو الحكم بعدم [٢] .

(و) على كلّ فلا إشكال [٣] في أنّه (يصحّ) الرهن (فيما هو ثابت في الذمّة كالعمل المطلق) في الذمّة الذي لا يبطل بالموت [٤] . فمع التّعذر وشبهه يباع الرهن حينئذٍ ويستوفى منه العمل ، كما هو واضح .
(ولو رهن على مالٍ رهناً ثم استدان آخر) ممّن له الدين الأوّل مساوياً له في الجنس والقدر أو مخالفاً (وجعل ذلك الرهن عليهما) معاً مصرحاً بذلك أو اتّفقاً معاً على إرادته (جاز) [٥] .

[١] لعدم إمكان استيفائه من الرهن ، ولذا قال في التذكرة : « لا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمّة كالثمن المعيّن والأجرة المعيّنة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معيّنة مثل إجارة الدار والعبد المعيّن والجمال المعيّن مدّة معلومة أو لحمل شيء معيّن إلى مكان معلوم ؛ لأنّه حقّ يتعلّق بالعين لا بالذمّة ، ولا يمكن استيفاؤه من الرهن ؛ لأنّ منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها ، وتبطل الإجارة بتلف العين » ^(١) .

لكن قد يشكل ذلك كلّه بإطلاق أدلّة الرهن ، والاستيناق للمال التي يكفي فيها الاستيفاء من الرهن في بعض الأحوال ، كما إذا استوفى المنفعة المؤجّر مثلاً أو منعها في مثل الدابة على الأقوى ، فإنّ قيمتها حينئذٍ تثبت في ذمّته ، فيستوفى من الرهن نحو ما سمعته في الأعيان المضمونة .

واحتمال الانفساخ - بموت ونحوه مع أنّ الأصل عدمه - غير مناف ، كما لا ينافي احتمال الفسخ في الخيار ، بل لعلّ الضمان في المقام أولى ممّا ذكره الشهيد في الدروس من أنّه « لو ارتهن المستأجر على مال الإجارة خوفاً من عدم العمل بموت أو شبهه ، فهو كالرهن على الأعيان المضمونة » ^(٢) . وهو صريح في الجواز هنا ، بناءً على الجواز هناك ، مع أنّ المال هنا قد انتقل بالعقد إلى غيره ، فليست الأجرة حينئذٍ له حتى يستوفى لها ، بخلاف المنفعة والأجرة المعيّنة والمبيع المعيّن ونحوها ممّا هي مملوكة له في الظاهر فله أن يستوفى على تسليمها إليه ، وعلى احتمال ضمان من في يده لها ، وقد سمعت ما في التذكرة في الأعيان المضمونة ، وأنّ منها المضمون بحكم العقد ، مع قوله بعدم صحة الرهن على الدرك ، فيمكن أن يريد بالمضمون بحكم العقد ما نحن فيه ، فتأمّل جيّداً . إلّا أنّي لم أجد خلافاً بينهم في عدم جواز الرهن على ذلك ، فالجراة على الجزم به لا تخلو من مخالفة الجزم .
[٢] ولعلّه لما أشرنا إليه سابقاً من عدم تحقّق المهدة كي يتّجه الرهن ، واحتمالها غير كاف في الحكم بالرهن ظاهراً كالدين المحتمل ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

[٣] كما لا خلاف .

[٤] لعدم اشتراط المباشرة فيه .

[٥] بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، ومشغوليته بالدين الأوّل غير فادحة بعد أن لم تكن منافية للثانية ، فهو كما لو رهنه عليهما من أوّل الأمر .

(١) التذكرة ١٣ : ١٨٣ - ١٨٤ .

(٢) الدروس ٣ : ٤٠٢ .

و[المختار] [١] أنه لا حاجة إلى إبطال الرهانة الأولى ثم التجديد لهما [٢] .

بل [المختار] [٣] أنه لا يحكم بطلان الأولى لو أطلق رهانته على الدين الثاني من غير تعرض للأول [٤] .
[الأقوى عدم البطلان مطلقاً فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبي وقد أجاز المرتهن الأول رهانته عنده حتى لو كان الرهن لا يفي إلا بالدين الثاني] [٥] .

[١] [كما] من هنا يعلم [ذلك] .

[٢] كما صرح به غير واحد .

[٣] [كما] يعلم [من هنا ذلك] .

[٤] لما عرفت من عدم التنافي، فالأصل بقاؤها حينئذ . ودعوى ظهور الإطلاق في ذلك ممنوعة .

فتردد الشهيد حينئذ في بطلان الأولى في صورة الإطلاق^(١) في غير محله .

نعم قد احتمله في القواعد فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبي، وقد أجاز المرتهن الأول رهانته عنده، والبطلان في خصوص ما قابل دين الثاني لو فرض زيادته عليهما، والعدم مطلقاً من غير ترجيح لأحد الثلاثة^(٢) كالتهرير والدروس^(٣)، وغيرها، مع أن الأقوى الأخير منها فيه وفاقاً للتذكرة وجامع المقاصد أيضاً؛ لعدم التنافي حتى لو كان الرهن لا يفي إلا بدين الثاني^(٤)؛ لإطلاق الأدلة، ووجوب الوفاء بالعقد .

[٥] ولا يتمتع كون الشيء رهناً بمجموع لا يفي ثمنه بأدائه؛ لأن الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه لا نفسه، وإنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقتله . وتقديم دين شخص في الأداء على الآخر لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن؛ لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده، ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر وإن استويا فيما له المقصود والثمرة، ولأنه لو تضمن عقد واحد رهناً بدينين وتقديم أحدهما على الآخر في الأداء ثم تأدية الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلاً، ففي العقدين المستقلين أولى؛ لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الأول، فلا بد في طرؤ البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة .

ودعوى أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به ليقضي ذلك الدين من ثمنه، واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متناف؛ لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر، وقد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارئ وإجازة المرتهن الأول، فيبطل الأول .

يدفعها منع المنافاة، كما عرفته مفضلاً، وإجازة المرتهن إنما توجب تقديمه عليه، بناءً على اقتضاء العقد ذلك، لا بطلان الأول . وأوضح منها منعاً دعوى كونها موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني؛ لأن المنافاة باعتبار مقصود الراهن مختصة به بخلاف ما زاد؛ إذ الرهن متعلق بالمجموع، فإن اقتضى الاختصاص اقتضاء في المجموع، وإلا لم يقتض في شيء منه، ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة إليه لا تنضبط، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبقى منه بقية بعد الدين الثاني ثم يتجدد النقصان وبالعكس، ويستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له .

(٢) لم نثر عليه بمينه انظر القواعد ١١٣: ٢، ١١٥ .

(١) الدروس ٤٠٢: ٣ .

(٤) التذكرة ١٣: ١٨٥، جامع المقاصد ٥: ٧٧ .

(٣) التهريز ٤٧٨: ٢، الدروس ٤٠٢: ٣ .

وعلى كل حال فيترتب على كل من الاحتمالات الثلاثة حكم إسقاط المرتهن الثاني حقه من الرهن ، فعلى ما اخترناه يبقى رهناً عند الأول ، وعلى الثاني لا حق له وعلى الثالث لا حق له فيما قابل الدين الثاني ، كما هو واضح .
ولو لم يعلم المرتهن الأول برهن الثاني حتى مات الراهن وفك الرهن لم يبطل الرهن ، بناءً على عدم اعتبار القبض ؛ لكونه لازماً من طرف الراهن ، فليس للورثة ولا للغرماء المنع لسبق التعلق ، فإن أجاز الأول قبل الفك ففيه الاحتمالات .

نعم إن كان قد بيع الرهن في دين الأول فقد يقوى بطلانه حينئذ وإن فضل منه شيء [١] .
أما لو بقي من عين الرهن بقية وقد قضى دين الأول أو بقي تمام الرهن لقضاء دينه من غيره فقد يتجه نفوذ الرهن للثاني ويختص به عن الغرماء ، وليس للأول المنع بعد فرض سقوط تعلقه من الرهن ولم يكن قد رد الرهن في حال تعلقه [٢] .

ولكن الإنصاف عدم خلو المسألة بعد من الإشكال ، لإمكان الفرق بين الإجازة والفك باقتضاء الأول تعلق الرهانة من أول الأمر ؛ لأنها كاشفة على الأصح بخلاف الثاني ، ويأتي إن شاء الله تمام الكلام في ذلك ، والله العالم .
ولو زاد في الرهن للدين الواحد جاز [٣] ، من غير حاجة إلى إبطال الأول واستئناف عقد جديد .

والظاهر كون الجميع حينئذ كالرهن الواحد الذي حكمه بقاء الرهنية ما دام شيء من الدين باقياً إن كان قد صرح بكونه رهناً على كل جزء من الدين أو اتفقا على ذلك ، بخلاف ما إذا صرحاً بكونه على التقسيط أو بكون مجموعه رهناً على المجموع أو اتفقا على ذلك ، فإنه ينفك من الرهن في الأول بالنسبة ، وفي الثاني بأداء شيء من

[١] لعدم تناول الرهانة للثمن فلم يبق له موضوع .

[٢] لكون المفروض عدم علمه حتى فك الرهن منه ، كما أنه لا أثر لإجازته ، فلم يبق مانع من النفوذ ؛ لوجود مقتضي وارتفاع المانع .

واحتمال عدم صحة أصل الرهانة حال كونه رهناً عند الأول ، يدفعه أنه لا إشكال في الصحة مع الإجازة التي هي مقدمة لإسقاط مانعية حقه ، فعلم قابلية العقد للتأثير مع ارتفاع المانع بالإجازة أو بالفك ، فإذا فرض عدم علم المرتهن الأول حتى فك منه أتجه نفوذ الثاني .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في عبارة القواعد ، قال بعد ذكر الاحتمالات في المسألة السابقة : « ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال ، ولا حكم لإجازة الأول ، ولا فسخه بعد موت الراهن » (١) .

بل فيها نظر من وجوه أخر أيضاً تظهر بأدنى تأمل .

[٣] بلا خلاف حتى من أبي حنيفة ولا إشكال (٢) ؛ لإطلاق الأدلة .

الحق، وليس للديان الامتناع من قبض البعض مخافة انفكاك الرهن بعد الشرط عليه، والإقدام منه على ذلك [١].
فلا ينفك حينئذٍ بتمامه ولا جزء منه بأداء البعض إلا مع التصريح أو ما يقوم مقامه [٢].
وعلى كل حال فقد ظهر لك أن الرهن المضاف حكمه حكم المضاف إليه بعد ظهور كون المقصود منه رهنه
على حسب الأول [٣]. وقد بان لك أن صور الرهن ثلاثة، وتسمع إن شاء الله تمام الكلام فيها :
الأولى : رهن المجموع على كل جزء من الحق .
الثانية : الرهن عليه لا على كل جزء منه .
الثالثة : رهن الأجزاء المشاعة على الأجزاء كذلك .
وفي الأخيرة ينفك بعضه بأداء بعض ويبقى الباقي، كما أنه كذلك لو استدان رجلان كل منهما ديناً ثم رهنأ
مشتركتاً بينهما ولو بعقد واحد مطلق ثم قضى أحدهما فإن حصته تكون طلقاً [٤].

[١] وإن تردّد فيه الدروس ممّا سمعت، ومن أداته إلى الضرر بالانفصاح^(١)، لكنّه في غير محلّه، كما أنّ تردّده في حمل
الإطلاق على الأول^(٢) كذلك أيضاً؛ ضرورة غلبة تعلّق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، مضافاً إلى ما عن المبسوط
من الإجماع^(٣)، والتقابل بين الأجزاء في المبيع ونحوه من عقود المعاوضة لا يقضي بذلك في الرهن المراد به الاستيثاق بمجموعه على
جميع أجزاء الدين .

[٢] ومن الغريب ما في الدروس حيث إنّه بعد أن ذكر صحّة اشتراط الرهانة على كلّ جزء جزء، فيبقى مجموعه
رهنأ ببقاء شيء من الدين واشتراط رهنه عليه لا على كلّ جزء منه، وينفسخ حينئذٍ بأداء شيء من الدين، قال :
« وإن أطلق ففي حمله على المعنى الثاني أو الأول نظر، من التقابل بين الأجزاء في المبيع فكذا في الرهن، ومن النظر
إلى غالب الوثائق فإنّ الأغلب تعلّق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، وهذا قوي، وقال في المبسوط إنّه
إجماع »^(٤).

وهو كما ترى، مع أنّه لا ينطبق تعليله الأول على الوجه الثاني، وإنّما هو صالح للتوزيع الذي لم يذكره هو، وتسمع فيما يأتي
إن شاء الله تمام الكلام في المسألة .

[٣] وما عن أبي حنيفة من أنّه يكون رهنأ بالنسبة على معنى قسمة الدين على قيمة المضاف إليه الرهن يوم قبضه
على المضاف يوم قبضه، فلو كانت قيمة الأول ألفاً مثلاً وقيمة الثاني خمسمئة والدين ألف مثلاً قسّم أثلاثاً : ثلثان في
المضاف إليه وثلث في المضاف^(٥)، لا شاهد له، بل الشواهد على خلافه .

[٤] لانصراف رهن كلّ منهما إلى ملكه على دينه إن لم يشترط المرتهن رهنه على كلّ جزء من الدين، وإلا اتبع الشرط الذي لا
يقدر فيه عدم ملكيّة كلّ منهما للجميع بعد فرض رضا كلّ منهما بذلك والمال غير خارج عنهما .

(١) (٢) الدروس ٤٠٢:٣ .

(٣) المبسوط ٢٠٢:٢ .

(٤) الدروس ٤٠٢:٣-٤٠٣ .

(٥) بدائع الصانع ١٥٨:٦ .

ولو تعدّد المرتهن واتّحد العقد من الواحد فكلّ منهما مرتهن للنصف مع تساوي الدين ، وأما مع اختلافه فربّما احتمل ذلك أيضاً [١] . إلّا أنّ الأظهر التقسيط على مقدار الدين [٢] ، فإن وفي فلا بحث ، وإلّا قسّط عليهما بحسبهما ، كما هو واضح .

نعم هذا كلّهُ في التعدّد ابتداءً دون التعدّد في الأثناء ، فإنّه لا عبرة به على الظاهر ، سواء كان في الرهن أو المرتهن ، كما في ورثة كلّ منهما لو تعدّدوا . فلو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بأداء حصّته من الدين ، كما أنّه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين لم ينفك بمقداره من الرهن [٣] .

[حكم الراهن] :

الفصل (الرابع في الراهن) :

(ويشترط فيه) بالنسبة إلى صحّة الرهن له ولغيره كباقي العقود (كمال العقل) فلا يصحّ من الصبي ولا المجنون ولو مع الإجازة لسلب العبارة .

(و) [يشترط] في لزومه (جواز التصرف) فلا يلزم من السفيه والمملوك ونحوهما إلّا مع إذن الولي ، لكن بالنسبة إلى عقودهم ، أمّا لو عقدا للغير وكالة أو فضولاً فكجائزي التصرف في اللزوم .

(و) كذا يعتبر في لزومه أيضاً الاختيار ، ف (لا ينقصد مع الإكراه) الذي لم يخرج عن قصد اللفظ والمعنى فإنّه إذا تعقّب الرضا بعد ذلك لزم على الأقوى ، أمّا إذا كان إكراهاً مخرجاً له عن القصد المزبور فلا يصحّ وإن تعقّبهُ القصد والرضا بعد ذلك ، كما حرّر في محلّه . ويعتبر فيه أيضاً إذا كان الرهن لنفسه أن يكون مالكاً أو بحكم المالك كالمستعير الذي يأتي تمام الكلام فيه عند تعرّض المصنّف لبعض أحكامه .

(و) حينئذٍ ف (يجوز لوليّ الطفل) مثلاً وإن لم يكن إجبارياً (رهن ماله إذا افتقر إلى) ذلك لـ (لاستئذانه) ونحوها [٤] .

[١] لأنّه الأصل في التشريك .

[٢] كما هو الأصل في اجتماع الأسباب المعتبر سببية كلّ منهما ، ولأنّ مقتضى الرهن قضاء الدين كلّهُ من ثمن المرهون إذا وفي به ، فالزائد من أحد الدينين إن استحقّ قضاؤه من الرهن اقتضى تعلّق ذلك الزائد بالرهن ، فيكون تعلّق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من تعلّق الآخر وإن لم يستحقّ قضاؤه منه امتنع كونه رهناً بالمجموع ، وقد فرض كونه كذلك ، فظهر أنّ التقسيط أولى .

[٣] وذلك لأنّه قد تعلّق الدين بكلّ جزء منه في حياة الموروث وقد انتقل إلى الورثة على هذا الحال .

فلا يتوهم أنّه كتعلّق حقّ الغرماء بالتركة ، التي لا ريب في انفكاك نصيب أحد الورثة بمقدار ما يخصّه من الدين ، وإن قلنا : إنّ التعلّق كتعلّق حقّ الرهانة لا كآرض الجناية ، لكن لما لم يكن ذلك سابقاً على الموت وأما هو بعده كان تعدّد الورثة بمنزلة تعدّد الراهن ، فتأمل جيّداً ، والله أعلم .

[٤] بلا خلاف أجدّه فيما بيننا ، وإنّما حكى [الخلاف] عن بعض الشافعية ^(١) ، ولا ريب في فساده .

لكن (مع مراعاة المصلحة) التي هي الأحسن ، الذي نهى الله ^(١) عن القرب إلى ماله بدونه (كأن يستهدم عقاره فيروم رمه) وإصلاحه (أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص فيهرن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود) له أي للطفل من يبعها إذا لم يمكن البيع أو غير ذلك من المصالح التي لا تنضبط ؛ لاختلافه باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال . فالضابط فيه الميزان المزبور التي تقتضي أيضاً غالباً وضع الرهن على يد عدل يجوز إيداعه منه أو من يطمئن به عليه من التلف ونحوه .

بل قد تقتضي صحة رهن ماله فيما إذا اشترى له بمئة نسيئة ما يساوي مئتين ورهن من ماله ما يساوي مئة فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطة الظاهرة ، وإن عرض فلا ضرر أيضاً ، بل قد يقال بالجواز فيما إذا لم يرض إلا برهن تزيد قيمته عن المئة إذا كان ممّا لا يخشى تلفه كالعقار ونحوه [١] .

وبالجملة : الأمر في ذلك غير منضبط ، ومع فرض تعدّد أفراد المصلحة ولا ترجيح تخير [ويجوز لولي المجنون والسفيه أيضاً حيث يجوز لولي الطفل] [٢] .

[حكم المرتهن] :

الفصل (الخامس : في المرتهن) :

(ويشترط فيه) ما يشترط في الراهن من (كمال العقل وجواز التصرف) والاختيار على حسب ماسمعه في ذلك كله .

لكن الظاهر أنّه لا بأس بقبول السفيه والمفلس الارتهان الذي ليس بمستحقّ على المديون بشرط ونحوه إذا كان الدين من غيره أو منه قبل الحجر [٣] .

(و) على كلّ فلا ريب في أنّه (يجوز لوليّ اليتيم) مثلاً (أخذ الرهن له) على ذلك [٤] .

بل قد يجب عليه ذلك فيما لو توقّف « الأحسن » المعتبر في الآية ^(٢) الكريمة في التصرف في ماله عليه ، كما لو باع ماله نسيئة لغير ذي ملاءة وثاقة .

[١] بل عن التذكرة قوة جوازه إذا كان على يد من يجوز إيداعه ^(٣) .

[٢] والطفل في المتن وغيره من باب المثال ؛ ضرورة الجواز أيضاً لولي المجنون والسفيه أيضاً ، والمسألة غير مخصوصة بالرهن ، بل هو كغيره من التصرفات لهم المحرّر جملة من أحكامها في غير المقام ، والله أعلم .

[٣] لأنّه ليس تصرفاً مالياً ولا مناف له ، بل فيه مصلحة للمال ، ولعلّ المراد من عبارة المصنّف ونحوها مالا يشمل هذا الفرد من الارتهان ، والأمر سهل .

[٤] كما نصّ عليه غير واحد بلفظ « الجواز » ؛ لإطلاق ولايته الشاملة لذلك ، وقبول الاتّهاب والوقف له ونحوها .

(١) الأنعام: ١٥٢.

(٢) الأنعام: ١٥٢.

(٣) التذكرة: ١٣: ١٠٩.

بل الظاهر كفاية الثاني في لزوم أخذ الرهن [١] .

أما لو كان ثقة غير ملي فقد يقوى الجواز ، والأحوط أخذ الرهن ، وليس المراد من « الأحسن » في الآية الفرد الأعلى الذي لا أحسن منه على معنى النهي عن التصرف بأموالهم إلا به [٢] ، بل المراد مطلق الأحسن من عدم القرب ، إلا أن مقتضاه حينئذٍ التخيير في الأفراد وإن تفاوتت ، مع أن في الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسر الفرد الأعلى مطلقاً إشكالاً إن لم يكن منعاً ، خصوصاً لو فرض أحسنية إقراض مال الطفل من إيقانه لغرق و حرق ونحوهما .
وفرض وجود الطالب الثقة الملي والرهن والكفيل فإنه لا إشكال في وجوب إقراضه منه وحرمة إقراضه من الفاسق المجرد عن الملاءة والرهن والكفيل ونحوها [٣] .

[١] قال في التذكرة : « لو كان المشتري موسراً لم يكتف الولي به ، بل لابد من الارتهان بالثمن » ، نعم قال أيضاً : « لو لم يحصل أو حسن الظن ببساره وأمانته أمكن البيع نسيئة بغير رهن ، كما يجوز إبطاع ماله »^(١) . وفيه : أن المتجه عدم البيع مع عدم الحصول ؛ إذا اكتفاء باليسار مع عدم الوثاقة لا يخلو من إشكال ، بل منع ، خصوصاً في الفاسق الذي لم يعرف منه الوفاء ، فضلاً عن المعروف بعدمه ؛ ضرورة كون إبقاء المال أو بيعه لغيره بدون ثمنه أحسن من ذلك ، ويمكن أن يريد معنى « الواو » من « أو » أو أن ذلك من غلط النسخ ، فيكون الجواز بغير رهن مع حسن الظن ببساره وأمانته ، كما استعرف ذلك إن شاء الله .
[٢] ضرورة اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل ؛ إذ ما من حسن إلا وهناك أحسن منه .

[٣] وإن كان إقراضه مع انحصار الأمر فيه أحسن من الإبقاء . اللهم إلا أن يقال : إن مثله لا يعد أحسن ، وإنما أوجبناه مع الانحصار ؛ لأنه أقل قبحاً من الإبقاء المؤدي لتلف المال وضياعه ، وإلا فهو لا حسن فيه ، مع اتفاق غيره معن فرض .
وقد يقال : إن المراد بالأحسن من غيره من الأفراد الموجودة ، فيجب حينئذٍ تقديم الفرد الأعلى مع وجوده ، ولكن لا يجب تطلبه مع وجود الفرد الأدنى ، فيكفي حينئذٍ في نفيه أصالة عدم حصوله ، كما أنه يصدق على الفرد المتيسر أنه أحسن من غيره ؛ لعدم وجود فرد آخر ؛ إذ غيره مما هو أعلى منه لو حصل كان فرداً ، فهو فرض فرد لا فرد فعلاً ، فلا ينقدح كونه أحسن ، إلا أنه ومع ذلك فالأحوط والأولى عدم المبادرة إلى المتيسر ، مع مظنة حصول فرد آخر أعلى منه أو الاحتمال المعتد به ، اكتفاء بأصالة عدمه ، إلا أن يكون في المبادرة صلاح يرجح على المصلحة التي في الانتظار ، بل قد يقال برجوع ذلك إلى الأول ؛ ضرورة كون الأحسن في الفرض المزبور الإبقاء منتظراً للفرد الأعلى المظنون ، أو المحتمل احتمالاً معتدّاً به ، كما أن الأحسن مع فرض كون المبادرة أصلح الفرد المتيسر . وبالجمله الميزان ما ذكرناه ، وهو جيد جداً .

أو يقال : إن المراد به ما يعد حسناً عند العقلاء ، فلا يراد من « الأحسن » معنى التفضيل ، بل المقصود الرخصة في القرب لأموالهم بما يعده أهل المعرفة حسناً وأن فاعله من المحسنين .

لكن قد يقال : إنه بعد التأمل راجع إلى الأول أو الثاني في الثمرة ، كما أن احتمال إرادة الإطلاق من الآية من دون تقدير مفضل عليه مخصوص من القرب أو الغير ، بدعى أن لها مصاديق يتقنها العرف نحو ما قيل في « الوجدان » المنفي في آية التيمم^(٢) ، وأنه لا حاجة إلى تقدير متعلقه من الأماكن القريبة أو غيرها كذلك أيضاً .

وقد بان لك من ذلك كله المدار في المسألة [١] .

كما أنه بان لك أيضاً أنه (لا يجوز أن يسلف ماله إلّا مع ظهور الغبطة له ، كأن يبيع بزيادة عن الثمن إلى أجل) وأنها ربما توقفت على كونه من ثقة ملي برهن أو كفيل [٢] [وقال المصنف : (لا يجوز له إقراض ماله ؛ إذ لا غبطة ، نعم لو خشي على المال من غرق أو حرق أو نهب وما شاكله جاز إقراضه وأخذ الرهن) [٣] . وقال المصنف : (ولو تعذر) أي الرهن (اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً) [٤] .

[ولا بد من الرجوع إلى الميزان الذي ذكرناه سابقاً الذي منه يعرف الحال فيما لو تعذر الثقة والارتهان والملاءة ونحو ذلك وكان الخوف من الغرق ونحوه حاصلًا ؛ إذ لا ريب في أنه في بعض الأحوال يكون الأحسن إقراضه ولو من الفاسق المعسر [٥] .

[١] الذي على الفقيه تحريره ، وإلا فالخصوصيات غير منضبطة ، تختلف باختلاف الأحوال ، فليس على الفقيه حصرها ، ولا تعليق الحكم عليها . (و) إن وقع ذلك من بعض الأصحاب ^(١) ، فالمراد به الغلبة .

[٢] بل أطلق في المسالك إنه حيث يجوز يجب كون المديون ثقة ملياً ويرتهن على الحق ما يفي بقيمته مع الإمكان ، بل قال سابقاً : « إنه يعتبر في الرهن كونه مساوياً للحق أو زائداً عليه ليتمكن استيفاءه منه وكونه بيد الولي أو يد عدل ليتم التوثق والإشهاد ، ولو أحل ببعض هذه ضمن » ^(٢) . وإن كان فيه : أن ذلك كله ينبغي تقييده بتوقف التي هي أحسن عليه ، وأن الإبقاء بدون شيء من ذلك هو الأحسن ، كالمحكي عن حجر التذكرة من أنه يرتهن به رهناً وافياً ، فإن لم يفعل ضمن ^(٣) . (و) على ذلك بنى قول المصنف [لا يجوز له إقراض ...] .

[٣] بل في المسالك هنا أيضاً : يقرضه من الثقة الملي ويرهن عليه ويشهد ، كما مر ، وقال أيضاً : « من مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه بتسويس الحنطة وشبهها فيقرضها من الثقة الملي مع الإمكان بالرهن ؛ لإمكان جحوده وتعذر الإيفاء » ^(٤) .

[٤] وظاهره - كما في المسالك ^(٥) - أن مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة ولا ملياً ؛ لانضباط الدين بالرهن ، كالمحكي عن الإرشاد واللعة ورهن التذكرة وحجر القواعد ^(٦) ، بل عن بعضهم التصريح بذلك ^(٧) ، وفي التذكرة اعتبار الرهن والملاءة والثقة جميعاً مع الإمكان ، وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه ^(٨) ، وعن المبسوط : لا يجوز القرض إلّا في موضع الضرورة كالخوف من نهب أو حرق أو غرق ، فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملي يقدر على قضائه ^(٩) إلى غير ذلك من كلماتهم التي لا بد من إرجاعها إلى الميزان الذي ذكرناه سابقاً .

[٥] لأنه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٥١: ٩ . (٢) المسالك ٣٤: ٤ .

(٣) التذكرة ٢٤٩: ١٤ . (٤) المسالك ٣٥: ٥ .

(٦) الإرشاد ٣٩٢: ١٣ . التذكرة ١١١: ١٣ . القواعد ١٣٦: ٢ .

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٥١: ٩ . (٨) التذكرة ٢٥٢: ١٤ .

(٩) المبسوط ٢٠١: ٢ .

وفي بعضها الأحسن إيقاؤه باعتبار ضعف احتمال التلف بالنسبة إلى الإقراض من الفاسق المعسر، خصوصاً بعد ملاحظة كون التالف ظلماً يعوّضه الله جلّ شأنه على صاحبه في الدنيا والآخرة. وعلى كلّ حال فالأولى إيكال الأمر إلى الضابط المذكور الذي هو مختلف باختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة بل معرفة الأولياء فيه مختلفة، ومن ذلك يعلم عدم اعتبار العدالة الشرعية، فإنه ربّما يكون السبيل الأحسن في غيرها [١]. ويمكن أن يكون المراد من «الثقة» غالباً من تطمئن به النفس بالنسبة إلى الوفاء، بل لا يعتبر في ذلك العلم للعسر، بل يكفي فيه التنبّع لأغلب أحواله المفيداً طمئناناً، كما هو المعتاد، والأمر في ذلك كلّ سهل بعد ما عرفت.

إنّما الكلام في أنّه - أي الضابط المزبور - معتبر في تصرف الولي لنفسه أو يكفي فيه عدم الضرر على الطفل [٢]، فلا ينبغي التأمل في جواز العمل بمال اليتيم على سبيل القرض أو القراض للولي في الجملة، وإنّما

[١] لكن قد يظهر من جمع اللمعة - الثقة والعدل - اعتبارها^(١)، وفي المسالك «المراد بقولهم: «الثقة غالباً» الثقة في ظاهر الحال، يعني الاكتفاء بظاهر أمره، ولا يشترط العلم بذلك لتعذّره، فعبروا عن الظاهر بالغالب، نظراً إلى أنّ الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة، لا أنّ المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل؛ لأنّ ذلك غير كاف»^(٢).
قلت: قد عرفت أنّ المدار على غير ذلك.

[٢] فعن النهاية والوسيلة: أنّه يجوز للولي إقتراض مال الطفل إذا كان متمكناً من قضائه^(٣). وعن حجر التذكرة: «لا يحتاج الأب إذا باع مال ولده عن نفسه نسيئة أن يرتهن له من نفسه... وكذا لو اشترى له سلماً مع الغيبة بذلك»^(٤)، وعنه وعن جامع الشرائع اشتراط الملاءة والمصلحة للطفل^(٥)، بل عن السرائر: «لا يجوز له بحال، لأنّه أمين، والأمين لا يجوز له أن يتصرّف في أمانته»^(٦).

وإن كان هو واضح الضعف؛ لمخالفته الآية والرواية. ففي صحيح أبي الربيع أنّه: سئل الصادق عليه السلام عن رجل ولي يتيماً فاستقرض منه؟ فقال: «إنّ علي بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك»^(٧).

وفي خبر ابن أسباط: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»^(٨). ونحوه خبره الآخر^(٩) وخبر غيره^(١٠) ممّا تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القرض أو القراض، فلا ينبغي التأمل في جواز ذلك للولي في الجملة.

(١) اللمعة: ١٣٠. (٢) المسالك ٤: ٣٦.

(٣) النهاية: ٣٦١، الوسيلة: ٢٧٩. حكاها عنهما في مفتاح الكرامة ٥: ١١٢.

(٤) التذكرة: ١٤: ٢٥٠.

(٥) التذكرة: ١٤: ٢٥٢. الجامع للشرائع: ٢٨١.

(٦) السرائر ٢: ٢١٢.

(٧) الكافي ٥: ١٣٢، ح ٨. الوسائل ١٧: ٢٥٩، ب ٧٦ ممّا يكتسب به، ح ١ وذيله.

(٨) الوسائل ١٧: ٢٥٧، ب ٧٥ ممّا يكتسب به، ح ١، وفيه: أسباط بن سالم، ومثله خبره الآخر.

(٩) المصدر السابق: ٢٥٨، ح ٤.

(١٠) الوسائل ١٧: ٢٥٩، ب ٧٦ ممّا يكتسب به، ح ١.

البحث في اشتراط ذلك بما اشترط به التصرف بالنسبة إلى الغير من كونه الأحسن أو لا [١] .
 فلاحوط الاختصار في تصرفهم [الأولياء] على ذلك [= الأحسن] ، خصوصاً غير الأب والجَد منهم فإِنَّه قد
 يحتمل فيها الاكتفاء بعدم الضرر ، وتام الكلام في ذلك في غير المقام ، والله أعلم .
 (و) كيف كان فـ (إذا اشترط^(١) المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين)
 صح [٢] .
 بل و (لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة) [٣] .
 [وقال المصنف :] (على تردد) [٤] .

[١] مقتضى إطلاق الآية الأول ، بل لعلها في تصرف الأولياء لأنفسهم أظهر ، كما أَنَّها أقوى من إطلاق بعض الأخبار وترجح
 عليه . وإن كان التعارض بينهما من وجه .
 [٢] بلا خلاف ، بل عن الغنية الإجماع عليه^(٢) ؛ لمعوم « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) و ﴿ أَوْفُوا ﴾^(٤) ، وخصوص ما دلَّ
 على الرهن الشامل لهذا الفرد .
 [٣] وفقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف^(٥) مشعراً
 بعدمه بيننا ، ولعله كذلك فَإِنِّي لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة^(٦) ، بناءً منه على ما سمعته من مذهبه من عدم اللزوم في
 نحوه من الشروط في العقود اللازمة ، وقد عرفت ضعفه .
 نعم عن المبسوط أَنَّهُ حكى الخلاف في ذلك بلفظ القيل^(٧) ، ويمكن أن يريد الشافعي^(٨) كما يشهد له ما يظهر
 من السرائر^(٩) .
 فمن الغريب قول المصنّف فيه [على تردد] .
 [٤] وإن ذكروا وجهه :

١ - كون الوكالة من العقود الجائزة التي من شأنها تسلّط كلّ منهما على الفسخ ، واشتراطها لا يقتضي لزومها ، وإلا لم تبطل
 بالموت .
 ٢ - أو عدم لزوم الشرط وإن كانت في عقد لازم وإنما أفصاها التسليط على الفسخ .

(١) في الشرائع : « شرط » .

(٢) الغنية : ٢٤٤ .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٤) المائدة : ١ .

(٥) السرائر ٢ : ٤٢٨ .

(٦) اللمعة : ١٣٠ - ١٣١ .

(٧) المبسوط ٢ : ٢١٧ .

(٨) المجموع ١٣ : ٢٢٣ - ٢٢٤ .

(٩) السرائر ٢ : ٤٢٨ .

٣ - أو أنّ الرهن وإن كان لازماً من طرف الراهن إلا أنّه جائز من طرف المرتهن ، وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح ، والأصل براءة الدّمة من اللزوم ، فيكون كالشروط في العقود الجائزة .

والجميع كما ترى ؛ إذ في الأوّل : أنّ الوكالة وإن كانت من العقود الجائزة بالذات ، لكن لا بأس بلزومها من جهة العارض ، كالشرط ونحوه .

ودعوى أنّه غير مقتض لذلك ، يدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة ، فهو كما لو صرّح باشتراط عدم العزل ، لأنّ المراد مطلق الوصف بها وإن عزل بعد ذلك .

واحتمال أنّ التصريح بعدم العزل لا يقتضي عدم ترتّب الأثر لو وقع بل أقصاه الإثم ، يدفعه أنّه مناف لكون المؤمن عند شروطه .

وبالطلان بالموت لانتهاء الموضوع ضرورة كونها استنباطية تذهب بذهاب المنوب عنه لا يقتضي جواز العزل .
وفي الثاني : ما تقدّم سابقاً من منافاته لما دلّ على لزوم الشروط والوفاء بالعقود ، على أنّ التسلّط للفسخ هنا لا فائدة فيه ، بل يزيده ضرراً ؛ إذ الفرض أنّه شرط في عقد الرهن لنفسه ففسخه يزيده ضرراً ؛ ومن هنا جزم في الدروس في المقام باللزوم^(١) ، ولعلّه لما عرف وإن لم يقل بل في غيره ، بل في المسالك : « أنّ الوكالة هنا ممّا العقد كاف في تحقّقه ، فلا يحتاج بعده إلى صيغة أخرى لها ؛ لأنّ الغرض منها مجرّد الإذن بأيّ لفظ اتّفق ، وقد تقدّم أنّ ما العقد كاف في تحقّقه كجزء من الإيجاب والقبول ، فحيث يكون لازماً يلزم وإن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحقّقه »^(٢) ، وقد أشار بذلك إلى تفصيل قد حكيناه سابقاً عن الشهيد في الشرائط بين ما يحتاج إلى أمر آخر غير العقد المشترط فيه وبين ما لا يحتاج إلى ذلك ، بل كان العقد كافياً في لزومها ، وهو وإن كان فيه ما فيه أيضاً ، إلا أنّه قد يناقش في كون الوكالة هنا من القسم الثاني ، بل وفي حصول الإذن بعد أن كان المراد من الشرط إيقاع الوكالة بعد عقد الرهن ؛ إذ لا معنى لإنشائها بلفظ الشرط المعلوم عدم صلاحيّته لذلك ، فتأمّل .

اللهمّ إلا أن يقال : إنّ المراد من اشتراط الوكالة هو ما أشرنا إليه سابقاً من البيع عنه ، وليس المراد نفس الوكالة ، وحينئذٍ لا يحتاج إلى أمر آخر غير الشرط في العقد الذي قد استحقّ به - بمقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) - عليه البيع عنه ، وانحلال ذلك إلى الوكالة لا يقتضي كون المراد اشتراطها على وجه تحتاج إلى صيغة بعد العقد .

أو أنّ المراد اشتراط أثر عقد الوكالة أو نحو ذلك . فتأمّل جيّداً ، فإنّه دقيق نافع في وجه إطلاق الأصحاب لزوم الوكالة متى اشترط في عقد لازم ، والله أعلم .

وفي الثالث : أنّ الشرط على الراهن فيكون لازماً ؛ لأنّ الفرض لزوم العقد من جهته ، نعم لو وقع شرط على المرتهن أمكن عدم لزومه عليه باعتبار أنّه لم يفسخ العقد المشروط فيه .

(١) الدروس ٣: ٣٩٩ .

(٢) المسالك ٤: ٣٧ .

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(و) كيف كان فلا إشكال [١] في أنها أي الوكالة المشترط (تبطل بموته^(١)) أي الراهن كبطانها بموت الوكيل، سواء كان المرتهن أو غيره [٢]. نعم تبطل هي خاصّة (دون الرهانة) [٣].

(و) قد ظهر ممّا ذكرنا أنّه (لومات المرتهن) المشروط وكالته (لم تنقل إلى الوارث) وكالته [٤] (إلا إن يشترطه) [٥] (وكذا إن كان الوكيل غيره) أي المرتهن [٦]. نعم لا يلحق ذلك شيء من أحكام الوكالة الثابتة لها من

[١] بل ولا خلاف.

[٢] لما عرفت من أنّ لزومها الحاصل من الاشتراط ما دام محلّها باقياً، لا إذا خرج عن قابليّة النيابة والاستنابة، اللذين هما من مقومات الوكالة.

[٣] لعدم الارتباط بينهما؛ ضرورة تبعيّة الرهانة للدين الذي لم يختلف في حالي موت كلّ منهما وحياته، ومن هنا حكى الشهيد عن إملاء فخر الإسلام أنّه نقل الإجماع على انتقال حقّ الارتهان إلى المشتري لو باعه المرتهن - وهو في ذمّة الراهن - من شخص^(٢) فتغيّر مالك الدين - كتغيّر مالك العين المرهونة بموت الراهن والمرتهن - غير قاذح في انتقال حقّ الرهانة، فضلاً عن تبين كون الدين لغير المرتهن بإقرار أو بينة على أنّه كان وكيلاً في الدين والارتهان، كما هو واضح.

[٤] لكن ذكر المصنف وغيره [ذلك].

[٥] بل لم يعرف فيه خلاف بينهم.

[٦] وربما اشكل بأنّه لا معنى لاشتراط انتقال الوكالة التي تبطل بالموت، وبأنّه لا معنى لاشتراط وكالة الوارث على معنى حصولها بنفس الشرط في العقد على حسب حال المورث، وربما يكون غير موجود حال الاشتراط فضلاً عن كونه غير قابل. ويدفع بأنّ المراد بالاشتراط ما عرفت من البيع عنه للمرتهن أو لوارثه، فالشرط عليه هو البيع عنه، وهو صحيح بالنسبة إلى المرتهن ووارثه والأجنبي والوكالة فيه تبعيّة لأصليّة، أو يراد اشتراط التوكيل عليه بصيغة جديدة للوارث، إلّا أنّ الأول أولى وأدقّ، كما أنّ اشتراطها على الراهن بعد موته لابدّ من تنزيهه على الوصيّة؛ ضرورة عدم صحّة الوكالة بعد الموت، والله أعلم. وقد تلخّص من ذلك وممّا ذكرناه في غير المقام أنّ المراد بقول الأصحاب تلزم الوكالة إذا اشترطت في عقد لازم أحد أمرين: الأوّل: إرادة الوكالة العقديّة، وهذه لا ريب في عدم تحقّقها بالشرط الذي هو في الحقيقة معنى مباين لإيجابها، فلا يتحقّق عقدها بذلك. ولا يقال: إنهما عقدان بل هو عقد واحد مشتمل على شرط مفيد للإلزام بحصولها فيحتاج في الوفاء به إلى إيجاد عقدها ولزومها، إمّا لكون المراد ولو من القرينة إرادة عدم العزل، وإمّا لكون المراد البيع وكيلاً عنه من حين إيجاد صيغة التوكيل إلى حصولها البيع، فلو عزله في الأثناء لم يؤثر لكونه منافياً للشرط الذي هو البيع عنه وكيلاً من حين التوكيل. نعم لا ريب في جريان باقي أحكام الوكالة عليها كالفسخ بالموت والجنون والإغماء، ونحو ذلك ممّا كان دليلاً شاملاً للوكالة المشروطة في عقد لازم وغيرها، لكون كلّ منهما وكالة ولم يفد الشرط، إلّا كونها لازمة على المشروط عليه بمعنى عدم جواز فسخها منه باعتبار وجوب الوفاء بالشرط لا غير ذلك من أحكام الوكالة. ولعلّ هذا هو الموافق لكلمات الأصحاب، خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرناه في وجه الاستدلال على انفساخها بالموت، وخصوصاً مع ملاحظة إطلاق اسم الوكالة عليها، وهي عندهم عبارة عن العقد المخصوص، ولا ينافي ذلك قولهم: إنّها لا تنتقل بموت المرتهن مثلاً إلى وارثه إلّا مع الشرط؛ ضرورة صلاحية إلزام تحصيلها بعقدها على الراهن مثلاً بالنسبة إلى وارث

حيث كونها وكالة [١]. أمّا الانفساخ بالموت والجنون والإغماء فقد يقال بشبوتها ، باعتبار لحوقها للمعنى النيابة المفروض تحقّقها في المعنى الشرطي [٢]. وبالجملة كلّ حكم ثبت للوكالة من حيث معنى النيابة يلحق المستفاد من الشرط [٣] دون غيره من الأحكام الثابتة للوكالة باعتبار مفهومها المفروض عدمه في المعنى الشرطي ، وأمّا اشتراط هذا المعنى بالنسبة إلى الوارث أو الأجنبي فلا بأس به [٤]. وهذا جيّد ، وينطبق عليه اللزوم مع الاشتراط في عقد لازم [٥]. (ولو مات المهرتن ولم يعلم) أنّ (الرهن) في تركته لم يحكم به في ذمّته [٦] ، ولا في ماله [٧]. وحينئذٍ فلو (كان) الرهن فيها في الواقع فهو (كسبيل ماله) في الظاهر [٨] ، (حتى يعلم بعينه) بقيام بيّنة ونحوها ، وإن اشتبّه بنظائره فيها فإنّ المرجح فيه حينئذٍ إلى الصلح ونحوه [٩].

المهرتن وغيره ؛ لعموم أدلة الشرط ، لأنّ المراد انتقال الوكالة من دون عقدها إلى الوارث بالشرط ، كما هو واضح . والثاني : أن يراد بالوكالة المصدق الموافق لمصادقتها مع عدم التقييد بكونها وكالة نحو ملك العين بعوض معلوم وإن لم يكن بيعاً ، وقد ذكرنا سابقاً صخّة اشتراط ذلك بعد عدم دليل على انحصار مفاده في عقد الوكالة التي أقصاها أنّها تفيد ، لا أنّه لا يكون إلّا بها ، فيبقى عموم الشرط حينئذٍ بحاله .

[١] لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادها .

[٢] إذ لا يعقل نيابته وهو ميت أو مجنون أو مغمى عليه كما لا يعقل نيابته عنهم .

[٣] ضرورة كونه نيابة وإن لم يكن وكالة .

[٤] لعموم «المؤمنون»^(١) وغيرها ، وليس هو من الوكالة المحتاجة إلى عقد .

[٥] إلّا أنّه بعيد عن كلمات الأصحاب ، والله العالم .

[٦] لأصالة البراءة ، ولعلّه تلف منه بغير تفريط .

[٧] لأصالة عدمه فيما هو في ملكه بمقتضى ظاهر يده المحكوم شرعاً بأنّه لورثته بمقتضى عموم «ما تركه الميت»^(٢) .

[٨] كما في السرائر والقواعد والتحرير^(٣) وغيرها .

[٩] لأنّ المراد حتى يعلم بشخصه وخصوصه ؛ ضرورة عدم خروج المال عن ملك صاحبه بالاشتباه ، بل الظاهر تقديمه على الغرام لكونه كالشريك في الأعيان ، وإن كان قد يحتمل مساواتهم لهم باعتبار كون الاشتباه كالتلف في الرجوع إلى الضمان ، ولعلّه لذا قال المصنّف في باب الدويعة : «إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها قيل : تخرج من أصل تركته ، ولو كان له غراماء فضاقت التركة حاضهم المستودع على تردّد»^(٤) ، وإن كان هو واضح الضعف . وكيف كان فلا بدّ من حمل العبارة [حتى يعلم بعينه] على ما ذكرناه وإن كانت لا تخلو من إيهام ، ولذا تركها في القواعد^(٥) وغيرها ، والأمر في ذلك سهل . نعم قد يشكل أصل الحكم بذلك . وإن كان ظاهرهم الجزم به هنا ، كما اعترف به في المسالك^(٦) ، - بأنّ الأصل بقاؤه في المال الذي كان في زمن الحياة ملك

(١) الوسائل ٢١: ٣٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٢) الوسائل ٢٦: ٢٤٨ ، ب ٢٥١ ، ٣ من ولاء ضمان الجريرة ، ح ٤ ، ١٤ .

(٣) السرائر ٢: ٤٢٣ . القواعد ٢: ١٢٣ . التحرير ٢: ٥٠٤ .

(٤) الشرائع ٢: ١٦٨ .

(٥) (٦) القواعد ٢: ١٢٣ . المسالك ٤: ٣٨ .

ورهن فلا قضاء لليد بالملك بعد العلم بأنها كانت أعم، والأصل عدم التلف، كما أنَّ الأصل عدم تركه له غير الموجود، فينحصر الرهن حينئذٍ في التركة الموجودة بمقتضى الأصل الشرعي، الذي هو بعد فرض حجتيه كالبيّنة ونحوها، وأصالة عدم كونها من التركة الموجودة لا أصل بها؛ إذ ليس لها حالة سابقة كان خارجاً عنها حتى تستصحب.

وما في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد^(١) في الجملة - من أنه «يمكن أن يقال: لا تعارض بين الأصليين فأصالة بقاء المال يمكن أن يجمع أصالة البراءة؛ لأنَّ المال بيد المرتها غير مضمون، بل هو أمانة يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضموناً، وحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(٢) لا بدّ من تخصيصه بالأمانات ولم يعلم هنا ما يزيل الأمانة، فيبقى أصالة براءة الذمة رافعة لاستحقاق الراهن في المال والذمة؛ لعدم التعارض فيتمّ ما أطلقوه حيث يشبه الحال»^(٣) واضح الضعف، بعد ما عرفت من اقتضاء أصالة بقاء المال وأصل عدم التلف وأصل عدم تركه له غير الموجود كونه في المال.

وليس هذا من ضمان المال حتى يقال: إنَّ الأمانة خرجت من عموم «على اليد»^(٤)، وفي مضاربة القواعد: «ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار [ثانياً في ذمته وصاحبه] أسوة الغرماء على إشكال»^(٥)، وستنع ما فيها، وفي التذكرة في الوديعة: نعم قد يتّجه ما ذكره فيما لو علم بالرهن ولم يوجد في التركة قطعاً، كما إذا كان سيفاً مثلاً ولا سيف فيها، مع أنه قد يقال: بالضمان فيه أيضاً؛ لأصالة البقاء وعموم «على اليد»^(٦)، المسلم استثناء تلف الأمانة منه بغير تفريط الثابت بالبيّنة أو يمين لا سائر أحوال الأمانة، فالتلف الذي لم يدع الأمين كونه بغير تفريط ولا علم كونه كذلك على قاعدة الضمان، بل لو سلم أنَّ المستثنى تلف الأمانة مطلقاً حتى يكون الأصل في تلفها عدم الضمان إلا بأن يعلم كونه بتفريط فهو بعد إحراز التلف، أما إذا لم يكن معلوماً بل الأصل يقتضي عدمه فلا، وعدم الوجود في التركة أعمّ منه قطعاً؛ إذ يمكن جعله في حرز لا يعلم به إلا هو، فعموم على اليد بحاله، بل في الحقيقة ليس ذلك تضييماً، بل هو ردّ للأمانة المحكوم ببقائها بمقتضى الأصل، الذي لا فرق بين الأمين وغيره في الخطاب به.

قال في القواعد: «ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والديون سواء على إشكال - أي في كيفية الضمان لا في أصله - هذا إن أقرَّ أنَّ عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنَّه مات وعنده وديعة، أمّا لو كانت عنده في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال»^(٧). وعن شرح الإرشاد نسبة الضمان إلى نصّ الأصحاب^(٨)، وفي التذكرة: «قد بينا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعة ولم توجد في تركته فإنّ الذي يقتضيه النظر عدم الضمان، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منّا، ومن الشافعية الضمان»^(٩).

(١) جامع المقاصد ١٢٩: ٥.

(٢) (٤) (٦) عوالي اللآلي ٣: ٢٤٦، ح ٢. المستدرک ١٧: ٨٨، ب ١ من الفصّب، ح ٤، وفيه: «تؤدّيه» بدل «تؤدّي».

(٣) المسالك ٣٩: ٤.

(٥) القواعد ٣٤٦: ٥.

(٦) القواعد ١٩٠: ٢.

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١٧٧.

(٩) التذكرة ١٦: ١٧٩.

و[الظاهر] [١] أن الصور ستّة :

الأولى : علم الرهن في جملة التركة .

الثانية : أن يعلم أنه كان عند الميت ولم يعلم كونه في التركة أو لا ، تلف بغير تفريط أو لا .

الثالثة : أن يعلم كونه عنده كذلك ، ولكن ليس في التركة قطعاً .

الرابعة : أن يعلم تلفه في يده ولم يعلم كونه بتفريط أو لا .

الخامسة : أن يعلم كونه عنده إلى أن مات وأنه لم يتلف منه ، إلا أنه لم يوجد في التركة .

السادسة : كذلك ، إلا أنها مع احتمال التلف بعد الموت .

كل ذلك مع عدم التقصير منه بترك الوصية والإشهاد .

وحكم الأولى واضح ، كحكم ما لو علم الرهن بعينه ، أمّا ما عداها فقد يقوى الضمان في غير الرابعة التي قد

عرفت احتمالها فيها .

إلا أن الأقوى خلافه ، كما أن الأقوى في بعض صور الضمان التقديم على باقي الغرماء ، بل لعله محتمل في

جميعها [٢] .

أمّا إذا لم يعلم أن في التركة رهناً ؛ لعدم العلم بأصل الرهانة فلا إشكال في كون الحكم في الجميع كسبيل مال

الميت [٣] .

بل لعله كذلك في العلم بأصل الرهانة في الجملة إلا أنه لم يعلم الفك وعدمه ، وإن كان قد يحتمل الحكم بها

لأصالتها ، خصوصاً إذا كانت العين مشخصة وقد علم أنها كانت رهناً عند الميت ثم لم يعلم أنها قد خرجت عنه

ودخلت في ملك الميت ، أو أنها باقية على الحال الأول ، فتأمل [٤] .

(ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن) من الراهن أو من يقوم مقامه قطعاً ، ومن نفسه إذا كان وكيلاً عنه وكالة شاملة

[١] [كما] قد بان لك من ذلك كله .

[٢] لما عرفت من أنه في الحقيقة ردّ للأمانة نفسها لا ضمان لها .

[٣] عملاً بظاهر اليد ، وأصالة عدم الرهن ، ويمكن حمل عبارة المصنّف وغيره عليه .

[٤] واحتمال خروج الرهن عن حكم الوديعة والمضاربة ؛ لخبر عمر بن رباح القلاء : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك وترك

صندوقاً فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها وبكم هو رهن وبعضها لا يدري لمن هو ولا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا

يعرف صاحبه ؟ فقال : « هو كماله »^(١) .

يدفعه : معلومية عدم العمل بظاهر الخبر فيما نحن بصدده ، بل يكون ذلك كمجهول المالك ، أو يحمل على عدم معرفة كونه

رهناً ، أو نحو ذلك ممّا لا يخالف الضوابط ، فتأمل جيّداً ، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم ، بل لعلّ المغروس في الذهن عدم

الضمان في كثير من صورها ، والله أعلم .

له بالتصريح أو العموم الذي هو مثله ، بل ومع إطلاق الوكالة [١] .

(والمرتهن أحق باستيفاء دينه) من الرهن (من غيره من) باقي (الغرماء سواء كان الراهن حياً) وقد حجب عليه للفلس (أو ميتاً على الأشهر) [٢] .

نعم لو زاد الرهن عن الدين اختص الغرماء بالزائد ، (و) أما (لو أعوز) الرهن عن وفاء الدين وقصر (ضرب)

[١] على المشهور ، بل في المختلف : « من غير كراهة » ^(١) ؛ لتحقق الموكّل عليه بالبيع منه ؛ ضرورة صدقه عليه ، خصوصاً مع إشعار عدم التعرّض للخصوصيّة بالغائها ، وأنّ المراد بيعه بشئ من أي مشتري كان .
ودعوى ظهور الوكالة في عدم بيعه عليه أو في البيع على غيره من غير تعرّض له فيحتجّ لا يجوز إلا بالإذن أو وجود قرينة تدلّ عليه كما اختاره في جامع المقاصد ^(٢) هنا لا شاهد لها .

ولو سلّم الانسباق فهو انسباق أظهرية لبعض الأفراد ، لا أنّ ذلك هو المراد ، وهذا المبحث لا يخضّ المقام ، بل هو جار في غيره ، وتمام الكلام فيه هناك ، إلا أنّ ظاهر المصنّف فيما تقدّم عدم بيعه من نفسه في إطلاق الوكالة ، وعن أبي علي : « لو وكّل المرتهن في بيعه لم اختر له بيع ذلك خاصّة إذا كان الرهن ممّا يحتاج إلى استيفاء أو وزن أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده وشريكه أو ما يجري مجراها » ^(٣) ، وظاهره الكراهة وإن حكى عنه المنع ^(٤) ، والله أعلم .

[٢] بل المشهور ، بل لا خلاف فيه في الأوّل ، بل والثاني ، عدا ما عساه يظهر من الصدوق ، حيث إنّه روى الرواية الدالة على الاشتراك ^(٥) التي رماها في السرائر بالشذوذ ، وفي الدروس بالهجر ^(٦) ، وهو في معنى الإجماع ، بل في الأوّل دعواه صريحاً ، ولعله كذلك ؛ إذ خلاف الصدوق - مع أنّه غير متحقّق لدولته عمّا ذكره في أوّل كتابه من أنّه لا يذكر فيه إلا ما يفتي به ^(٧) - غير قاذح ، فهو الحقّة حينئذ .

مضافاً إلى ما دلّ من النصوص ^(٨) وغيرها على كون الرهن وثيقة للدين وفانتهادها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها . وخير عبد الله بن الحكم - الضعيف المرتفع القول عن الصادق عليه السلام : عن رجل أفلس وعليه الدين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين ، فقال : « يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص » ^(٩) - محمول على الرهانة بعد الفلس أو مطرح ، كمكاتبة سليمان بن حفص - الذي لم ينصّ علماء الرجال على توثيقه ، بل ولا مدحه - إلى أبي الحسن عليه السلام : في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء ؟ فكتب : « جميع الديان في ذلك سواء يتوزّعونه بينهم بالحصص » ^(١٠) .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخّرين في الحكم المزبور ^(١١) لهما ، ولا غرابة بعد اختلال الطريقة .

(١) المختلف ٤٢٨: ٥ . (٢) جامع المقاصد ١٣٠: ٥ .

(٣) نقله في المختلف ٤٢٨: ٥ .

(٤) نقله في الرياض ٥٢٩: ٨ .

(٥) (٧) انظر الفقيه ٣: ٣٠٧ ، ح ٤١٠ ، و ٣: ١ . (٦) السرائر ٢: ٢٤٤ ، الدروس ٣: ٤٠٤-٤٠٥ .

(٨) الوسائل ١٨: ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ب ١ من الرهن ، ح ١ ، ٣ ، ٨ .

(٩) الوسائل ١٨: ٤٠٥ ، ١٩ ب من الرهن ، ح ١ . (١٠) المصدر السابق ح ٢ .

(١١) الحدائق ٢٠: ٢٦٠ .

صاحب الدين (مع الغرماء بالفاضل) [١].

(و) كيف كان فـ (الرهن أمانة في يده لا يضمنه لو تلف) عنده بغير تفريط [٢].

[١] بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّ دينه في الذمة لا محصور بالرهن، كما هو واضح.

[٢] بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ظاهر كشف الحق وغيره الإجماع عليه، بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح دعواه صريحاً^(١).

فمن الغريب نسبته في الدروس إلى الأشهر^(٢) مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا، نعم هو معروف بين العامة.

فمن أبي حنيفة أنّه مضمون^(٣)، وعن شريح والنخعي والحسن البصري أنّه مضمون بجميع الدين وإن كان أكثر من قيمته^(٤)؛ لأنّ الرهانة تذهب بما فيها، وربّما حكى عنهم أنّه مضمون بجميع قيمته فيترادّان الفضل حينئذٍ بينهما، وعن الثوري وأصحاب الرأي أنّه يضمنه بأقلّ الأمرين من قيمته أو قدر الدين^(٥)، فإن كان قيمته أقلّ سقط من الدين بقدر قيمته، وإلا سقط الدين ولا يضمن الزيادة.

وقال الصادق عليه السلام في صحيح جميل: عن رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن «فهو من مال الراهن ويرتجع المرتهن بما له عليه»^(٦).

وفي صحيح إسحاق بن عمار الصيرفي في الثقة: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرتهن العبد فيصبيه عوراً وينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: «على مولاه»، قال: إن الناس يقولون: إن رهن العبد فمضى أو انفقت عنه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: أرايت لو أنّ العبد قتل قتيلاً على من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه^(٧).

وفي خبره الآخر عنه أيضاً، قلت له: الرجل يرهّن الغلام أو الدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال: «على مولاه»، ثم قال: أرايت لو قتل قتيلاً على من كان يكون؟ قلت: هو في عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب عن مال هذا ثم قال: أرايت لو كان ثمنه مئة دينار فزاد وبلغ مئتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: وكذلك يكون عليه ما يكون له^(٨).

إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على المجمع عليه بين الأصحاب المشتملة على بيان الوجه رداً على العامة العمياء، المستفاد منها الدلالة بما دلّ من النصوص^(٩) على أنّ منفعة الرهن للمالك بضميمة قاعدة «أنّ من كان النفع له كان النقصان عليه»، كما تضمنه الخبر النبوي المشهور الذي استدللّ به هنا غير واحد من الأصحاب: «لا يغلّق الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه»^(١٠)، أي

(١) نهج الحق: ٤٨٩، الخلاف: ٣: ٢٤٥، الغنية: ٢: ١٩٤، التذكرة: ١٣: ٢٤٧، مفاتيح الشرائع: ٣: ١٣٩.

(٢) الدروس: ٣: ٤٠٥.

(٣) حلية العلماء: ٤: ٤٥٩.

(٤) الوسائل: ١٨: ٣٨٥، ب ٥ من الرهن، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ٣٨٧، ح ٦.

(٦) المصدر السابق: ٣٨٧، ح ٦.

(٧) انظر الوسائل: ١٨: ٣٩٤، ب ١٠ من الرهن.

(٨) انظر الوسائل: ١٨: ٣٩٤، ب ١٠ من الرهن، ح ٣، مع اختلاف.

لا يملكه المرتهن بالارتهان ، وفي الآخر : « الخراج بالضمان »^(١) ، فإذا كان خراجه للراهن بلا خلاف كان ضمانه عليه . فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور^(٢) لأخبار معلومة الطرح بين الأصحاب ، وأنها خرجت مخرج التفتية ، أو محمولة على التفريط ، أو نحو ذلك . كخبر محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام عن أبي جعفر عليه السلام : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن ، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء »^(٣) .

وموثق ابن بكير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن ؟ فقال : « إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن ، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله ، وإن كان سواء فليس عليه شيء »^(٤) .

وخبّر أبي حمزة : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام في الرهن يترادان الفضل ؟ قال : « كان علي عليه السلام يقول ذلك ، قلت : كيف يترادان الفضل ؟ فقال : إذا كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب يرد المرتهن بالفضل على صاحبه وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن ، قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك »^(٥) .

وخبّر عبد الله بن الحكم : سألت الصادق عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهنًا على ألف درهم والرهن يساوي ألفين فضاع ؟ فقال : « يرجع عليه بفضل ما رهنه ، وإن كان أنقص مما رهنه عليه [رجع على الراهن بالفضل وإن كان الرهن يساوي ما رهنه عليه] فالرهن بما فيه »^(٦) .

وخبّر إسحاق بن عمار : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمئة درهم وهو يساوي ثلاثمئة درهم فهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مئتي درهم ؟ قال : « نعم ؛ لأنه أخذ رهنًا فيه فضل وضيعة ، قلت : فهلك نصف الرهن ، فقال : على حساب ذلك ، قلت : فيترادان الفضل ، قال : نعم »^(٧) .

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن حملها على صورة التفريط ، كما يشعر به قوله في الأخير : « ضيعة » ، بل أوضح منه مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرهن : « إذا ضاع [من] عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه ، فإن استهلكه ترادأ الفضل فيما بينهما »^(٨) ، بل هو كالصریح في أن مراد علي مما رواه عنه عليه السلام : من ترادأ الفضل فيما بينهما في صورة الاستهلاك لا ما فهمه بعض العامة .

وعلى كلّ حال فالمسألة من الواضحات .

(١) الخلاف ٣: ١٠٧ ، المبسوط ٢: ١٢٦ . السرائر ٢: ٤٢٠ . المستدرک ١٣: ٣٠٢ ، ب ٧ ، من الخيار ، ح ٣ .

(٢) الحدائق ٢٠: ٢٣٦-٢٣٩ .

(٣) الوسائل ١٨: ٣٩٢ ، ب ٧ من الرهن ، ح ٤ .

(٤) المصدر السابق: ٣٩١ ، ح ٣ .

(٥) المصدر السابق: ٣٩٠ ، ح ١ ، مع اختلاف .

(٦) المصدر السابق: ٣٩٢ ، ح ٥ ، مع اختلاف .

(٧) المصدر السابق: ٣٩١ ، ح ٢ .

(٨) الوسائل ١٨: ٣٨٧ ، ب ٥ من الرهن ، ح ٧ ، وليس فيه : « فيما » .

وحينئذٍ فهو [= الرهن] أمانة يجري عليه حكمها الذي منه تصديقه في دعوى التلف، من غير فرق بين ذهابه وحده أو مع جملة من ماله [١].

(و) [المختار] [٢] أنه (لا يسقط من حقه) أي المرتهن (شيء^(١) ما لم يتلف) في يده (بتفريطه) فأما إذا كان بتفريط حصل التهاثر فهرأ مع حصول شرائطه، وإلا كان كل منهما مديوناً للآخر [٣].

(و) على كل حال فـ [المختار] [٤] عدم جواز تصرف المرتهن في الرهن من دون إذن الراهن، فـ (سلو تصرف) (المرتهن حينئذٍ) (فيه) أي في الرهن (بركوب أو سكني) مثلاً (أو إجارة) من دون إذن الراهن أتم (و ضمن) العين لو تلفت بقيمتها يوم الهلاك أو يوم التعدي أو يوم المطالبة أو أعلى القيم على البحث السابق والآتي في

[١] لكن في مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام: سأله كيف يكون الرهن بما فيه إن كان حيواناً أو دابةً أو ذهباً أو فضةً أو متاعاً فأصابته جائحة حريق أو لص فهلك ماله أو بعض متاعه وليس له على مصيبته بئنة؟ قال: «إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه، وإن قال: ذهب من بين مالي وله مال فلا يصدق»^(٢)، وبه أفتى ابن الجنييد، قال فيما حكى عنه: «والمرتهن يصدق في ضياع الرهن إذا كان جائحة ظاهرة أو إذا ذهب متاعه والمرهون، فإن ادعى ذهاب الرهن وحده لم يصدق»^(٣)، ولم أجد له موافقاً متاً.

نعم حكى عن مالك أنه إن كان تلفه أي الرهن بأمر ظاهر كان من ضمان الراهن وإن ادعى تلفه بأمر خفي ضمنه المرتهن^(٤). كما أنه لم أجد موافقاً للصدوق فيما حكى عنه من عدم ضمان المرتهن لو ترك تعاهد الرهن ونشره مع حاجته إليهما لتلف بذلك^(٥)، عملاً بما أرسله في الفقيه في رجل رهن عند رجل مملوكاً فحذم أو رهن عنده متاعاً فلم ينشر ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فأكل - يعني أكله السوس - هل ينقصه من ماله بقدر ذلك؟ قال: «لا»^(٦).

ويمكن حمله على عدم علم المرتهن باحتياجه أو على اشتراطه التعاهد على الراهن أو غير ذلك كما، أنه يمكن حمل الأول على إرادة حصول التهمة الموجبة لليمين عليه، فلا ريب في أن العمل فيهما على المشهور.

[٢] [كما] قد ظهر من ذلك [أي ممّا تقدّم] كله [ذلك].

[٣] واحتمال التهاثر على كل حال - الظاهر ما سمعته من النصوص المحمولة على ذلك أو الظاهرة فيه - بعيد؛ لقصورها عن الجراءة بها على مخالفة الضوابط، خصوصاً بعد احتمال جريانها على الغالب من المساواة، واحتمال إرادة شبه التهاثر منها أو غير ذلك. فما عساه يوهمه عبارة المصنف وغيرها لا بدّ من تقييده بما ذكرنا.

[٤] [كما هو] المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخّرين.

(١) في الشرائع: «ولا يسقط به شيء من حقه» بدل «ولا يسقط من حقه شيء».

(٢) الفقيه ٣: ٣١٠-٣١١، ح ٤١١. الوسائل ١٨: ٣٩٤، ب ٩ من الرهن، ذيل الحديث ١، مع اختلاف فيهما.

(٣) نقله في المختلف ٥: ٤٢٨، وفيه: «والرهون» بدل «والمرهون».

(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٧٧.

(٥) المغنع ٣٨٣-٣٨٤.

(٦) الفقيه ٣: ٣٠٩، ح ٤١٠. الوسائل ١٨: ٣٨٩، ب ٥ من الرهن ح ٩ وذيله.

الغاصب ونحوه (ولزمه) ^(١) اجرة المثل في الأولين [١] .

و (الأجرة) المسماة في الثالث إذا كان قد قبضها المستأجر وأجاز المالك عقد الإجارة والقبض ، فإن لم يجز القبض رجع بها على المستأجر إذا كانت في الذمة ، ولّا تختير بين الرجوع عليه والرجوع على المرتهن ، وإن لم يجز العقد ولم تمض مدة تصلح لاستيفاء ما يقابل بأجرة عادة فضلاً عن المنفعة المقصودة بالإجارة لم يكن له شيء عندهما ، أمّا إذا أسلمها وقد مضت إحدى المديتين كان له أجرة المثل على المستأجر بغوات منفعة ماله في يده التي هي يد ضمان ، بل قد يقال بأنّ له الرجوع على المرتهن ؛ لأنّه بإجارته صار غاصباً ، فيتخير المالك في الرجوع على من شاء منهما . ومنه يتقدح ضمانه أي المرتهن كلّ منفعة للرهن تفوت عنده إذا كان قد تعدّى فيه وإن لم يستوفها . بل يتقدح ضمانه في الفرض وإن لم يتسلّم المستأجر العين بناءً على أنّ عقده عليها وبذلها للمستأجر تعدّ [٢] ، وإن لم يتسلّمها منه . نعم لو كان مجرد عقد فصولاً ولم يسلمها إيّاه ولا بذلها له لم يكن تعدّياً .

وكيف كان فلا فرق في عدم جواز تصرف المرتهن بين كونه قد أنفق على الرهن بوجه شرعي أو لم ينفق [٣] .
(و) حينئذٍ ف (إن كان للرهن مؤنة كالدابة أنفق عليها) ولو كان قد تصرف فيها بركوب ونحوه ظلماً (وتقاصاً) [٤] . أي تهاوناً قهراً مع اجتماع الشرائط من التساوي في النوع والصفة . (وقيل) [٥] : (إذا أنفق عليها كان له ركوها أو يرجع على الراهن بما أنفق) [٦] .

[١] على المشهور ، بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه ^(٢) ؛ لأنّه انتفاع بمال الغير بغير إذنه ، والحسن كالصحيح عن أبي جعفر عليه السلام : « أن أمير المؤمنين عليه السلام قال : في الأرض البور يرتتها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وأنفق عليها من ماله أنّه يحسب له نفقته وعمله خالصاً ، ثم ينظر نصيب الأرض فيحسب من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفي ماله ، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها » ^(٣) ، ولغير ذلك .

[٢] كما صرح به في المسالك ^(٤) .

[٣] لفتح التصرف في مال الغير على كلّ حال .

[٤] كما في النافع والقواعد والتحرير والإرشاد والكتاب واللمعة وغيرها ، بل في الدروس عليه المتأخرون ^(٥) .

[٥] [كما] إنّ الشيخ في نهايته والحلي وابني حمزة وسعيد قالوا [ذلك] .

[٦] قال في النهاية : « إذا كان الرهن الدابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه ، وكذلك إذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقتها ، وإذا كان عند إنسان دابة أو حيوان أو رقيق رهناً فإنّ نفقتها على الراهن دون المرتهن ، فإن أنفق المرتهن عليها كان له ركوها والانتفاع بها أو الرجوع على الراهن بما أنفق » ^(٦) . وقال أبو الصلاح : « يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيواناً فيتكفل مؤنته أن ينتفع بظهوره أو خدمته أو صوفه أو لبنه وإن لم يتراضيا ولا يحل شيء من

(١) في الشرائع : «ولزمته» . (٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩ .

(٣) الوسائل ١٨: ٣٩٥ ، ب ١٠ من الرهن ، ج ٢ . (٤) المسالك ٤: ٤٠ .

(٥) المختصر النافع: ١٦٢ ، القواعد ٢: ١٢٣ ، التحرير ٢: ٥٠٤ ، الإرشاد ١: ٣٩٣ ، اللمعة ١٣١: الدروس ٣: ٣٩٤ .

(٦) النهاية ٤٣٥ .

ذلك من غير تكفل مؤنة ولا مراضاة، والأولى أن يصرف قيمة منافعه في مؤنته^(١). وفي الوسيلة: « وإن رهن حيواناً كان نفقته على الراهن فإن أنفق عليه المهرتين كان له الرجوع على صاحبه ما لم ينتفع به، فإن انتفع به ولم ينفق ردّ قدر ما انتفع به^(٢) ». ونحو [ه] ما في جامع الشرائع كما قيل^(٣). إلا أن الأخيرين - كما ترى - لا صراحة فيهما بالخلاف، بل يمكن إرجاع كلامهما إلى ما عليه الأصحاب، فأنحصر الخلاف حينئذٍ في النهاية - التي هي متون - أخبار، وليست كتاب فتوى وفي أبي الصلاح الذي نقل لنا كلامه، وليس النقل كالعيان. وعلى كل حال فمستندهما في ذلك صحيح أبي ولاد: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهناً بماله أله أن يركبه؟ فقال: « إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه^(٤) ». وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال: « قال رسول الله ﷺ: الظاهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب نفقته، والدّر يشرب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته^(٥) »، اللذين يمكن حملهما على مساواة الحقيين والإذن ولو للعادة، أو لأن رهنه مع عدم الإنفاق قرينة على ذلك، ولا سيما إذا كان عدم الركوب والحلب مما يفسده، أو على غير ذلك. بل لا بأس بطرحهما بعد إعراض معظم الأصحاب عنهما، بل في التذكرة: « ليس للمهرتين الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بلا خلاف^(٦) »، وفي السرائر: « لا يجوز للمهرتين التصرف في الرهن على حال: للإجماع على أن الراهن والمهرتين ممنوعان من التصرف في الرهن^(٧) »، ومخالفتهما لقاعدة « عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه »، وقاعدة الضمان لما يتلفه المتلف والرجوع بما غرمه على الوجه الشرعي، مضافاً إلى عدم صراحتهما في المقابلة ولا في منع المقاصة. فمن الغريب بعد ذلك كله ما في الدروس من أن المشهور جواز الانتفاع، قال: « ونفقة الرهن على الراهن لا على المهرتين، فإن أنفق متبرعاً فلا رجوع، وإن كان باذن الراهن أو الحاكم عند تعذره أو أشهد عند تعذر الحاكم رجع بها على الراهن. ولو كان له منفعة كالركوب والدّر، فالمشهور جواز الانتفاع بهما ويكون بإزاء النفقة، وهو في رواية أبي ولاد والسكوني وفي النهاية: إن انتفع وإلا رجع بالنفقة. ومنع ابن ادريس من الانتفاع فإن انتفع تقاضاً وعليه المتأخرون، والروايتان ليستا بصريحتين في المقابلة ولا مانعتين من المقاصة، نعم تدلّان على جواز ذلك، وهو حسن لثلا تضع المنفعة على المالك، نعم يجب استثنائه إن أمكن، وإلا فالحاكم^(٨) ». وفيه مضافاً إلى ما عرفت أن ضياع المنفعة على المالك إن لم يستوفها لا يجوز الاستيفاء؛ لأنه أعم من الإذن من المالك، والاستناد فيه إلى الخبرين يقضي بالعمل بما فيهما من المقابلة أو المقاصة التي إن لم تكن صريحهما في ظاهرهما، وهو حجة كالصريح. فلا مناص حينئذٍ عن طرح الخبرين بالنسبة إلى ذلك كله في مقابلة ما عرفت، أو حملهما على الإذن ونحوه، أو على توقف الحفظ على الانتفاع المزبور، فإن بعض الدواب يفسده عدم الركوب، وعدم الحلب وشرب اللبن؛ لأنه ممّا يفسده البقاء فضمّانه بالقيمة كبيعته من غيره من الإحسان في حفظ الأمانة والغرض أن حمل خبرين على ذلك ونحوه أولى من العمل بهما، ومع فرض عدم قبولهما لشيء من ذلك فطرحهما متّجه، كما هو واضح.

(٢) الوسيلة: ٢٦٦.

(١) الكافي: ٣٣٤.

(٣) قاله في مفتاح الكرامة ١٨٣: ٥، انظر الجامع الشرائع: ٢٩١.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٩٧، ب ١٢ من الرهن، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ٣٩٨، ح ٢، وفيه: « يركبه، بدل يركب ».

(٦) التذكرة: ١٣: ٢٨٧.

(٧) السرائر ٢: ٤٢٥.

(٨) الدروس ٣: ٣٩٤.

نَمْ [إنهم أطلقوا] [١] جواز الإنفاق ، ولابدّ من تقييده بعدم التمكن من إنفاق المالك لامتناع وعدم إمكان جبر ولا توصل إلى ماله أو لغية كذلك [٢] .

بل [الظاهر] [٣] تقييده أيضاً بعدم التمكن من الحاكم وإلاّ وجب الرجوع إليه والاستئذان منه ، وهو في محله [٤] .

بل [الظاهر] [٥] اعتبار الإشهاد في الرجوع بما أنفقه عند تعذر المالك والحاكم [٦] [والصحيح أنّه لا يعتبر ذلك] ، فهو مصدّق بمقدار ما أنفقه وفي دعوى نيّة الرجوع ؛ لأنّه أمين شرعي على ذلك ومع التهمة عليه اليمين [٧] .

[١] [كما] أنّ المصنّف وغيره قد أطلق [ذلك] .

[٢] ضرورة كون النفقة عليه لا على المرتن .

[٣] [كما] قد يظهر من جماعة .

[٤] لأنّه ولي الممتنع والغائب في نحو ذلك .

[٥] [كما] ربّما ظهر من بعضهم ^(١) [ذلك] .

[٦] وإن كان واضح المنع ؛ ضرورة تعسره أو تعذّره .

[٧] بل ربّما ظهر من بعض هنا عدم اعتبار الحاكم ، بل يشهد له بعض كلماتهم في باب الوديعة واللقطة ، بل عن المهذب البارع : أنّ من عدا الشهيد لم يشترطه قال : « اشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة إذن المالك أو الحاكم فإن تعذر فالإشهاد ، ولم يشترط الباقي إذن الحاكم ، وهو أولى » ^(٢) وإن كان فيه أنّه اشترطه الفاضل في التذكرة ^(٣) ، بل هو في معقد ما تسمعه من شهرة المسالك وغيرها . وعلى كلّ حال فلعّل وجه عدم اشتراط الحاكم أنّ المرتن باستئمان المالك قائم مقامه عند تعذّره أو امتناعه ، فلا حاجة إلى رجوعه إلى الحاكم ، خصوصاً مع اندراجهم في المحسنين وتعلّق غرضه بالإنفاق ، باعتبار توقّف بقاء الرهن الموضوع وثيقة له على دينه عليه . بل قد يقال لذلك بالاكْتفاء في جواز رجوعه بما أنفقه عدم إنفاق المالك ، لا امتناعه مع عدم إمكان جبره أو غيبته أو نحوهما وإن كان ينفيه ظاهر كلامهم ، وأصالة براءة الذمّة ، وأصالة عدم قيام الغير مقامه في شغل ذمّته من غير إذنه ، بل لا يبعد اندراجهم في هذا الحال في سلك المتبرّعين الذين لا حرمة لأموالهم . ولا يكفي نيّة الرجوع بعد أن كان الخطاب بالإنفاق لغيره ، الذي يمكن أن يكون عدم بذل النفقة منه لغفلة أو نسيان أو ظنّ وجودها أو نحو ذلك ، فلا بدّ من مطالبته بها أولاً ، فإن بذل وإلاّ أجبر ، فإن لم يمكن أنفق باذن الحاكم أو بدونه على البحث السابق .

وفي المسالك وغيرها : « أنّ المرتن إن أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم وإلاّ استأذنه ، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع وأشهد عليه ليثبت له استحقاقه » ^(٤) .

وكيف كان فلا بدّ من تقييد إطلاق المصنّف الإنفاق بما عرفت .

كما أنه لا بد من تقييده المقاصة باجتماع شرائطها [١].

(و) [المختار] [٢] أنه (يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه ممّا في يده) وإن لم يكن وصيّاً عن الراهن على البيع إن علم بل وإن ظنّ، بل و(إن خاف جحود الوارث) للدين أو للرهانة وكانت التركة قاصرة (مع اعترافه) بالرهن ولم تكن عنده بينة مقبولة [٣].

(أمّا لو اعترف بالرهن وادّعى ديناً لم يحكم له وكلف البينة وله إحلاف الوارث إن ادّعى عليه العلم) [٤]. بل [الظاهر] [٥] توجه اليمين عليهم بمجرد الدعوى بالدين وإن كان يمينهم على نفي العلم [٦]. و[المختار] [٧]

[١] ويمكن قراءة عبارة المصنف أو تقاضا بالضاد المعجمة، كما عن بعض النسخ، إلا أنه يبعده وقوع هذه اللفظة في غيرها من عبارات الأصحاب، والأمر سهل بعد وضوح المقصود، والله أعلم.

[٢] و[ذلك] المشهور بين الأصحاب، بل لم أجد فيه خلافاً بينهم.

[٣] وفي الرياض: «قد صرح به الأصحاب من غير خلاف يعرف»^(١).

بل عن شرح الإرشاد: «الإجماع على أن للمرتهن الاستيفاء من الرهن وإن لم يكن وكيلاً في البيع أو انفسخت وكالته بموت الراهن إن خاف جحود الراهن أو الورثة للحق ولم يمكن إثباته عند الحاكم؛ لعدم البينة أو غيره من العوارض»^(٢).

وعن مجمع البرهان: «الإجماع أيضاً إن لم تكن له بينة مقبولة أو لم يمكن إثباته عند الحاكم»^(٣).

والأصل في ذلك - مضافاً إلى الحرج والضرر وما دلّ على المقاصة وفائدة الرهن وغير ذلك - مكاتبة المروزي لأبي الحسن عليه السلام: في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالاً وأنّ عنده رهناً، فكتب عليه السلام: «إن كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله ممّا في يده ويرد الباقي على ورثته، ومتى أقرّ بما عنده أخذ به وطولب بالبينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين، ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقاً»^(٤).

والمناقشة في سندها بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها، كما أنّ منها يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله: [أمّا لو اعترف...].

[٤] بل لم يشترط في الخبر دعوى العلم.

[٥] [إذ] ظاهره [= ذلك].

[٦] لأنّه لنفي فعل الغير. وعلى كلّ حال فالخبر ظاهر في الحكم المزبور، وشموله لصورة عدم خوف الجحود غير قاذح، بعد معلومية عدم إرادتها؛ لوجوب الاختصار فيما خالف أصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه على المتيقّن.

[٧] [كما] منه يعلم الوجه في [ذلك].

(١) الرياض ٨: ٥٣٠.

(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١٨٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٦١.

(٤) الوسائل ١٨: ٤٠٦، ب ٢٠ من الرهن، ح ١.

اعتبار عدم البيّنة كما ذكرناه [١] . [ولا مناص عن إلحاق خوف جحود الراهن بخوف جحود الوارث] ، بل بأس بإلحاق خوف عدم قبول البيّنة أو جرحها أو نحو ذلك . وعلى كلّ حال فالمعتبر في الجواز الخوف [٢] .

(ولو وطأ المرتهن الأمة مكراً) لها على ذلك من غير إذن الراهن (كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر) . (وقيل : عليه مهر أمثالها^(١)) ، ولو طأعته لم يكن عليه شيء) كما تقدّم تحقيق ذلك كلّ ، وتحقيق أرش البكارة في بيع الحيوان ، فلاحظ وتأمل ؛ إذ المسألة من وادٍ واحد ، ولا خصوصيّة للمرتهن عن غيره ، وهذا . وقد عرفت فيما تقدّم صحّة اشتراط وضع الرهن ابتداءً واستدامةً أو استدامةً خاصّةً على يد عدلٍ فصاعداً مطلقاً أو معيّن أو غيرهما مطلقاً أو معيّن وإن لم يكن عدلاً أو نحو ذلك من الشرائط السانعة ، التي تلزم بعموم «المؤمنون» ﴿وَأَوْفُوا﴾ [٣] . [ولا بأس بتراضيهما على وضعه في يد صبي خصوصاً إذا كان مأموناً رشيداً ، وكذا المكاتب إذا كان بجعلٍ ولم يأذن المولى ، وإن أذن له لم يعتبر الجعل] . والظاهر عدم اعتبار تعيين الموضوع عنده [= من موضوع

[١] ونصّ عليه في الخبر ، وفاقاً لجماعة وإن أطلق المصنّف ، بل وغيره ، بل عن مجمع البرهان التصريح بأنّه «لا يشترط عدم البيّنة ولا عدم إمكان الإثبات عند الحاكم» ، بل قال : «والرواية غير صريحة بالاشتراط ، وإنّما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب»^(٢) . وإن كان فيه ما لا يخفى ، بعد ما عرفت الذي منه يعلم ضعف ما عن بعضهم من إلحاق الحاجة إلى اليمين بخوف الجحود^(٣) ، ولذا نفى الاعتماد عنه في المسالك^(٤) وغيرها ، بل لولا ظهور إلغاء الخصوصية ولو بضميمة ما سمعته من الإجماع من شرح الإرشاد لأمكن التوقّف في إلحاق خوف جحود الراهن ؛ لما عرفت من عدم كون الحكم على القاعدة ؛ ضرورة أنّه ليس من المقاضاة المشروطة بامتناع من عليه الحق ، ولا يكفي فيها الخوف ، إلّا أنّه لا مناص عن إلحاقه بعد الإجماع المزبور المعتضد بتصريح جماعة ، وبظهور عدم الخصوصية للوارث .

[٢] لإطلاق الخبر المزبور ، وما في القواعد من اعتبار العلم^(٥) لا يخلو من نظر ، كاعتبار غيره الظنّ ، والله أعلم .

[٣] من غير خلاف أجده فيه بيننا ، بل عن التذكرة نسبة اشتراط وضع الرهن على يد عدلٍ إلى علمائنا^(٦) ، بل عن الخلاف دعوى الإجماع عليه صريحاً ، بل قال : «منا ومن جميع الفقهاء إلّا ابن أبي ليلى»^(٧) . نعم في القواعد : «يشترط فيه كونه معن يجوز توكيله ، وهو الجائز التصرف وإن كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن بجعل لا صبيّاً ولا عبداً إلّا بأذن مولاه»^(٨) . ولعلّه لأنّه وكيل عن المرتهن نائباً عنه في القبض ، كما عن التذكرة^(٩) ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع الوكالة . ثمّ إذا كان المشتراط من الوضع استدامته التي لا مدخلية لها في صحّة الرهن ولا لزومه بل وفي الابتداء بناءً على أنّه كذلك فلا بأس حينئذٍ بتراضيهما على وضعه في يد صبي ، خصوصاً إذا كان مأموناً رشيداً ، وكان اعتبار الجعل في المكاتب لحجر التصرف عليه في منفعه بغير الاكتساب ، بل اعتبر بعضهم فيه كونه بأجرة المثل فصاعداً^(١٠) . نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يأذن مولاه ، وإلا فلا يعتبر الجعل ؛ لأنّ الحقّ لهما فلا بأس إذا أسقطاه .

(١) المبسوط ٢: ٢٠٨ ، ٣: ٦٥-٦٦ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٦٢ ، وليس فيه : «والرواية غير صريحة» ، نعم قالها في مفتاح الكرامة ٥: ١٨٤ .

(٣) (٤) المسالك ٤: ٤١ . (٥) (٧) القواعد ٣: ١٢٣ . الخلاف ٢: ٢٤٣-٢٤٤ .

(٦) (٩) التذكرة ١٣: ٢٦٥ . (٨) (١٠) القواعد ٢: ١١٨-١١٩ . جامع المقاصد ٥: ١١١ .

عنده الرهن] في صحّة الشرط [١]. فان اتّفقا حينئذٍ عليه فلا بأس، ولأقطع نزاعهما الحاكم بالتعيين، كما إذا لم يشترطاً، وليس لأحدهما ولا للحاكم عزله من دون داع بعد تعيينه في العقد أو الإتفاق عليه بعد اشتراط كليه فيه الذي يكون بالإتفاق كمشترط الخصوصية. نعم لو كان الشرط العدل فخرج عن العدالة فطلب أحدهما نقله أجيب إليه، فان اتّفقا على غيره، ولأ وضعه الحاكم عند ثقة، وكذا لو تغيّر حاله بمرض أو كبر أو نحوهما بحيث لا يقدر على الحفظ معه بل وكذا لو حدث له عداوة دنيويّة مع أحدهما وإن لم يخرج بها عن العدالة؛ إذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل التي يترتّب عليها الضرر، ولذا لم يأمن العدوّ عدوّه، فهو حينئذٍ غير مراد من الشرط، كما أنّهما إذا اتّفقا على عزله جاز أيضاً وإن لم يغيّر حاله؛ لأنّ الحقّ لهما ولو اختلفا في التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث. ولو مات العدل نقلاه إلى من يتّفقان عليه، فان اختلفا نقله الحاكم. ولو كان الوضع على يد عدل بالإتفاق من دون الشرط فأراد أحدهما عزله دون الآخر رجع الأمر إلى الحاكم في إقراره أو نقله. هذا كلّ مع القول بعدم استحقاق المرتهن استدامة القبض حال الإطلاق، ولأ أتجه قبض المرتهن له في بعض هذه الأحوال، والله العالم.

(و) كيف كان فـ (إذا وضعاه على يد عدل) مثلاً (فللعدل) المتطوّع (ردّه عليهما) قطعاً [٢].
(أو تسليمه إلى من يرضيانه) [٣].

(ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما) وعدم معلوميّة امتناعهما (إلى الحاكم) الذي لا ولاية له عليهما في هذا الحال [٤].

(ولا إلى أمين) غير الحاكم (وغيرهما من غير إذنهما) [٥].

(و) حينئذٍ فـ (لو سلّمه) إلى من لا يجوز تسليمه (ضمن) هو ومن تسلّمه وإن كان له الرجوع على العدل مع الغرور [٦].

[١] لعموم الدليل، وعدم إفشاء جهالته هنا إلى الجهالة فيما يشترط عدمها في صحّته كالبيع والإجارة.

[٢] لعدم لزوم ذلك عليه.

[٣] لما عرفت من أنّ الحقّ لهما.

[٤] للأصل وغيره.

[٥] لعدم جواز الإيداع للودعي من غير إذن.

[٦] وفي القواعد: «لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن، ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً لانتفاء ولايته عن غير الممتنع ويضمن القايض»^(١). لكن ينبغي تقييد ضمان الحاكم إذا كان مراداً من الضمير [في قوله «ضمن»] بما إذا كان عامداً، وإلا كان من الخطأ. فتأمل فإنّه قد يمنع ضمان الحاكم ابتداء وإن رجع عليه، قال في جامع المقاصد: «أي ضمن الدافع وإن اغتبر بآذن الحاكم، لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد، وإلا فهو من خطأ الحكام»^(٢) انتهى. وإن كان لا يخلو من بحث في الجملة، والله العالم.

وكذا يضمن العدل لو سلمه إلى أحدهما من دون إذن الآخر، هو ومن تسلمه حتى لو كان الراهن على معنى أنه لو تلف في يده تعلّق الرهن بقيمته أو مثله [١] .

(ولو استترا) عن قبضه من العدل بعد أن طلب ذلك منهما (أقبضه الحاكم) الذي هو ولي الممتنع (ولو كانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم أو عدل آخر من غير ضرورة لم يجز ويضمن لو سلم) هو ومن تسلمه (وكذا لو كان أحدهما غائباً) [٢] . نعم (إن كان هناك عذر) كسفرٍ ومرضى ونحوهما (سلمه إلى الحاكم) أو من يأذن له لثبوت ولايته حينئذٍ. (و) من هنا (لو دفعه إلى غيره) حينئذٍ (من غير إذن الحاكم ضمن) (ولو كان ثقة. أمّا لو تعدّر الحاكم واقتصر إلى الإبداع أودع من ثقة وأشهد ولا ضمان، والظاهر جواز دفعه من أحدهما في هذا الحال إذا كان ثقة، بل لعله أولى [٣] .

(ولو وضعه^(١) على يد عدلين) جاز [٤] . لكن (لم ينفرد به أحدهما) عن الآخر (ولو أذن له الآخر) إذا كانا قد صرّحا لهما بإرادة الاجتماع أو أطلاقاً، بناءً على انصرافه إلى ذلك [٥] .

[١] وما عن الأردبيلي من جواز تسليمه إلى الراهن؛ لأنّه مالك ولا ستصحاب جواز تسلمه^(٢) غريب؛ ضرورة عدم اقتضائهما ذلك، بعد تعلّق حق المرتهن الذي هو أولى منه في ذلك، ولذا قيل: «إنّه لو احتمل جواز التسليم إليه كان له وجه»^(٣)، وإن كان فيه أنّه لو سلم اقتضاء إطلاق الرهانة التسليم إلى المرتهن، إلّا أنّ مفروض المقام اشتراط وضعه على يد عدل الظاهر في عدم ذلك. نعم لو كان وضعه على يده اتفاقاً منهما من غير شرط أتجه ذلك، بناءً على الاقتضاء المزبور [أي اقتضاء إطلاق الرهانة التسليم إلى المرتهن]، لكن الذي يظهر من ثاني الشهيدين في المسالك عدم اقتضاء عقد الرهانة مع الإطلاق ذلك^(٤)، بل يظهر منه أنّه مفروض منه، وهو إن لم يكن إجماعياً محلّ نظر. وقد ذكرنا في مبحث القبض ما يستفاد منه عدم الإجماع، وما يستفاد منه استحقاق المرتهن الوضع عنده، إلّا أن يشترط خلافه، فلاحظ وتأمل .

[٢] لوجوب الصبر عليه إلى الحضور من الغيبة التي لا تقصير معها، والأصل عدم ولاية الحاكم في مثل ذلك، وإطلاق ولايته عن الغائب في بعض المقامات إنّما يراد منه مع الحاجة والمصلحة ونحوهما لا نحو ذلك؛ ضرورة عدم جواز استيلاء الحاكم على أموال الغائبين بمجرد غيبتهم، بل في المسالك: «أنّ من القواعد المقرّرة في بابها أنّ الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان المالك ولا مع غيبته إلّا مع الضرورة، وما نحن فيه من ذلك»^(٥)، وبه بان الفرق بين ولاية المالك (و) الحاكم .

[٣] لكن في القواعد: «لو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل من الحاجة وتعدّر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن، والفرق أنّ العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه»^(٦). وفيه: أنّ العدالة تنفي ذلك، فتأمل، والله أعلم .

[٤] إجماعاً محكياً عن التذكرة إن لم يكن محصلاً^(٧) .

[٥] باعتبار ظهور اختيار الاثنين في عدم الاكتفاء بحفظ أحدهما .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٥٤: ٩ .

(٤) (٥) المسالك ٤٣: ٤ .

(٧) التذكرة ١٣: ٢٧١ .

(١) في الشرائع: «وضعه» .

(٣) مفتاح الكرامة ١٦٣: ٥ .

(٦) القواعد ١٢٠: ٢ .

نعم لو حصلت قرينة على عدم إرادة الاجتماع كان لأحدهما الانفراد بحفظه، كما أنَّ له تسليمه إليهما من دون إذن الآخر في حالي اعتبار الاجتماع وعدمه؛ ضرورة كون المراد الاجتماع في الحفظ وإلا فالمال لهما، فإذا أرادا تسليمه وجب فوراً على كلٍّ منهما [١]. وكيف كان فلو سلّم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كلٍّ منهما الكلَّ [٢]. فللمالك الرجوع على كلٍّ منهما الواجب عليه حفظه جميعه منضمّاً مع الآخر [٣]. والظاهر أنَّ قرار الضمان على من ضمّنه المالك منهما لو تلف بأفة سماوية [٤].

- [١] فما عن بعضهم من عدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع إلا بإذن الآخر^(١) واضح الفساد.
- [٢] لحصول سببه من كلٍّ منهما بالتفريط من الدافع، والتعدي باستقلال اليد من المتسلّم.
- [٣] والتساوي في ثبوت سبب الضمان مع اتحاد العوض المضمون لا يقتضي التقسيط بعد أن كان كلٍّ منهما سبباً، فهو كالأيدي المتعاقبة المعلوم عدم التقسيط فيها وإن تساوت في ذلك واتحد العوض.
- ودعوى أنّهما بمنزلة أمين واحد ممنوعة؛ ضرورة أنَّ كلَّ واحد أمين مستقلٌّ على الجميع، غاية ما في الباب أنّه قد شرط عليه انضمام الآخر إليه، فما عساه يظهر من الفاضل^(٢) من الميل إلى التخصيف، فيه ما لا يخفى.
- [٤] [هذا] إن لم يثبت إجماع على قاعدة «قرار الضمان على من تلف في يده المال»، كما عساه يظهر منهم في باب الغضب، لكن في المقام حكى عن فخر المحققين وابن المتوجَّه أنَّ الأصحَّ استقراره على من ضمّنه المالك^(٣)، واحتمله في المسالك^(٤)، واستشكل فيه القواعد^(٥)، وهو يومئ إلى عدم الإجماع المزبور بحيث يشمل المقام، وحينئذٍ يتّجه ما قلناه؛ ضرورة عدم الدليل على رجوعه على الآخر بعد أن كان رجوع المالك عليه بحقٍ ولم يكن منه غرور له. ودعوى أنَّ المتعدي أقوى من المفترط فيساوي المباشر حينئذٍ - كما أنَّ الثاني يساوي السبب فيكون أولى في قرار الضمان - لا ترجع إلى محضل يعتمد عليه شرعاً. وأضعف منها التعليل بأنَّ الضمان وإثبات اليد وجوديان، وتارك^(٦) الحفظ عديمي، وسببتي الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببتي العدمي، وبأنَّ اليد العادية سبب بسببتي التضمن بالتسليم، مع كونها علّة تامّة في التضمن، فكانت أقوى وأولى، مع أنَّ مقتضى ذلك، خصوصاً الأوّلين عدم جواز رجوع المالك على الدافع أصلاً لأنَّ القرار خاصّة على المتسلّم، كما أنَّ مقتضى تعليل رجوع المالك على الدافع بأنّه مضيق بتسليمه والمتسلّم حافظ قد عمل بمقتضى الاستئمان عدم جواز الرجوع على المتسلّم أصلاً فضلاً عن كون القرار على الدافع. والجميع كما ترى، خصوصاً بعد جزم من تعرّض لهذا الفرع بجواز رجوع المالك على من شاء منهما، وأنما الكلام في قرار الضمان. فالتحقيق فيه أنّه على من ضمّنه المالك إن لم يثبت الإجماع المزبور. فتأمّل فإنَّ المقام ربّما حصل فيه خبط من بعضهم، لكن ستمع في كتاب الغضب ما يقتضي جريان قولهم: - قرار الضمان على من تلف المال في يده - على القواعد الشاملة للمقام إن لم يكن هو من موضوع ما ذكروه في كتاب الغضب. وحينئذٍ يتّجه القرار على الآخر الذي تلف المال في يده دون العكس، فلا حظ وتأمّل، والله أعلم.

(٢) (٥) (٦) القواعد ٢: ١١٩.

(١) نقله في مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥٥.

(٣) الإيضاح ٢: ٣٢. نقله عن ابن المتوجَّه مفتاح الكرامة ٥: ١٦١.

(٤) المسالك ٤: ٤٤.

(ولو باع المرتهن الرهن) حيث يجوز له ذلك (أو العدل ودفع الثمن إلى المرتهن) وفاءً أو وثيقة إذا كان له ذلك (ثم ظهر فيه) أي المبيع (غيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن) الذي قبض الثمن المملوك للمرهن وفاءً أو وثيقة؛ إذ الفسخ بالعيب إنما هو من حينه [١].

[والمتمّجه بقاء الرهانة لو ردّ المشتري بالعيب].

ولا بأس بالتزام تعيّن الأرض فيما فرضناه نحن من حصول العيب بالثمن [٢].

نعم قد يتّجه عود المبيع رهناً فيما لو فرض كون البيع لحفظ الرهن باعتبار عروض فساد له قبل الأجل فإنّ رهن الثمن حينئذٍ يثبت كون المبيع رهناً، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانة تحقيقاً لمعنى البدليّة، كما هو واضح بأدنى تأمل، والله العالم.

[١] بلا خلاف أجمده بين من تعرّض له.

لكن قد يشكل إذا كان وثيقة بأنّ رهانته فرع رهانة المبيع والفرض ردّه بالعيب فتردّ وصف الرهانة معه فتبطل بإبدالها؛ لعدم اجتماع البذل والمبدل منه.

ويدفع أولاً: بمنع فرعية رهانيته عليه؛ ضرورة عدم انتقاله رهناً، بل لابتدأ من استحقاق رهن الثمن من سبب جديد من اشتراط ونحو فضلاً عن الارتهاان الجديد.

وثانياً: بعد التسليم بمنع اقتضاء الردّ بالعيب رجوع وصف الرهانة التي بطلت في المبيع بالبيع وانتقل إلى الثمن بمجرد دخوله في ملك الراهن، فلا يبطله الفسخ الطارئ.

لكن قد يقال: مقتضى ذلك أنّه لو كان العيب بالثمن إمّا أن لا يكون للمرهن الردّ من دون إذن المرتهن، وإمّا يتعيّن له الأرض لتعلّق وصف الرهانة به فيكون كالتصرّف المسقط له، أو أنّ له ذلك ولا تعود الرهانة؛ لعدم رجوعها بالردّ بالعيب. وكلاهما محلّ بحث؛ لعدم صدق التصرّف على التعلّق المزبور حتى يتعيّن الأرض، كعدم عود الرهانة؛ إذ لا أقلّ من أن يكون الفسخ بالعيب كالإتلاف المقتضي تعلّق الرهانة بالقيمة التي هي بدله.

وقد يقال في الفرض: أنّ له ردّ المبيع بالعيب في الثمن من دون ردّ الثمن نفسه، باعتبار تعلّق حقّ الرهانة به المانع من ردّه وإن لم يصدق عليه أنّه تصرّف منه كي يتعيّن له الأرض، فبرّد حينئذٍ عوض الثمن نحو ما احتمل فيما لو اشترى من ينعق عليه فبان أنّه معيب.

أمّا إذا ردّ الثمن باذن المرتهن فلا إشكال في عود الرهانة في المبيع بناءً على ظهور إذنه في عود المبيع رهناً، وحينئذٍ لم يثبت إجماع على عدم فسخ الرهانة في الثمن برّد المشتري المبيع كأن فيه نوع تأمل، بناءً على اقتضاء أدلّة الفسخ رجوع كلّ ملك إلى صاحبه.

لكن قد يقال بتعارض أدلّة الفسخ مع ما دلّ على لزوم الرهن من الاستصحاب وغيره وترجيحها عليه محلّ منع، بل العكس هو المتمّجه، كما في نظائره، ولعلّه لذا لم يتوقّف أحد من الأصحاب في بقاء الرهانة لو ردّ المشتري المبيع.

[٢] وتسمع في الإذن في بيع الرهن زيادة تحقيق لذلك، فلا محيص عنه، خصوصاً بعد اتفاق الأصحاب ظاهراً عليه.

وكذا ليس له الرجوع على العدل مع العلم بوكالته حال البيع أو حال الإقباض للثمن ، أو بعدهما .
 أمّا إذا أنكر العلم بذلك ولا يبيّن استحقّ الرجوع عليه إن اعترف بالعيب أو قامت به بيّنة ويرجع هو على
 الراهن إن اعترف بالعيب أو كان ثابتاً بالبيّنة ، فإن أنكره ولا يبيّن وكان قد اعترف به العدل فالقول قول الراهن [١] .
 وإن أنكر العدل العيب على المشتري الذي لم يعترف بوكالته كان القول قوله بيمينه ، فإن نكل فحلف
 المشتري رجوع على العدل ، ولا يرجع العدل على الراهن لا اعترافه بالظلم ، ولكن يأخذ المبيع مقاصّة ، فإن زاد دسّه
 في مال المشتري وألّا قاصّه من غيره مع الإمكان . هذا كله في العيب .

(أمّا لو استحقّ الرهن) لغصب ونحوه (استعاد المشتري الثمن منه) أي المرتهن ، بل ومن العدل مع بقاء عينه
 في يده ، بل من كلّ من كان عين ماله في يده ، من غير فرق بين الراهن والعدل والمرتهن . ولو تعدّر عليه المرتهن أو
 العدل كان له الرجوع على الراهن وإن لم يكن في يده فعلاً ؛ لأنّه البائع حقيقة وقبض العدل أو المرتهن إنّما كان عنه .
 ولو تعدّر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد قرض كون المال في يد غيره فعلاً وإن استولت عليه
 سابقاً إذا كان عالماً بوكالته حال البيع ولم يكن العدل عالماً باستحقاق المبيع [٢] .

بل الظاهر أنّ الحكم كذلك لو لم يكن عالماً بوكالته حال البيع ، ولكنّه علمها حال الدفع [٣] .
 نعم لو علمها بعد البيع والدفع أمكن حينئذٍ القول بجواز الرجوع عليه [٤] فيرجع عليه ، وهو يرجع على من
 غره .

ولو تعدّر عليه العدل والراهن كان له الرجوع على المرتهن مع استيلاء يده عليه وإن لم يكن هو فيها حال
 الرجوع [٥] .

[١] كما في ظاهر جامع المقاصد ، وصريح المحكي عن التحرير ^(١) ؛ لأنّه منكر ، وكالة العدل عنه لا تقتضي تصديقه في
 إقراره .

[٢] لأنّه حينئذٍ قد اشتراه منه على أنّه نائب عن غيره وأنّ يده يد غيره ، فقبضه للثمن قبض للراهن ، وإنّما هو واسطة كناقذ الثمن
 للمشتري عند إرادة دفعه إلى البائع ، ويعلمه بوكالته أنّه قد أذن له في تسليمه إلى غيره ، وتخلّيه صحّة الوكالة ليس تقييداً للإذن ، بل
 هو داع فلا يشمله حينئذٍ عموم « على اليد » ^(٢) .

[٣] لاتحاد المدرك . وإن كان قد يظهر من جامع المقاصد عدم تأثير العلم في غير حال البيع ^(٣) .

[٤] لعدم الإذن ، وقد سلّمه الثمن بعنوان كونه مضموناً عليه بالبيع فلم يسلم له ، فيشمله عموم « على اليد » ، والوكالة قد تبين
 فساده في الواقع .

[٥] لعموم « على اليد » .

(١) جامع المقاصد ٥ : ١٢٣ . التحرير ٢ : ٤٨٣ .

(٢) حوالى اللآلي ٣ : ٢٤٦ ، ح ٢ . المستدرك ١٧ : ٨٨ ، ب ١ من الغصب ، ح ٤ .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ١٢١ .

ويرجع هو على من غره .

نعم لو كان قد دفعه المشتري إليه مع العلم بأنه وكيل عن الراهن وأن يده أو اشترا منه على ذلك ، فقد يقال بعدم الرجوع عليه [١] .

[وقد يمنع الرجوع على المالك الراهن فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن مع عدم استيلائه عليه وظهور فساد الوكالة] .

نعم للمرتهن والعدل الرجوع عليه حال الغرور خاصة .

كما أنه يمكن القول بالرجوع على العدل والمرتهن حتى مع العلم بالوكالة حال البيع [٢] .

وعلى كل حال فلا إشكال في رجوع المرتهن على الراهن إذا لم يكن عالماً بالاستحقاق [٣] .

(وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث) وإن كان وضعه في يد المرتهن بشرط في

[١] لما سمعته في العدل ، إلا أن كلامهم في التلف ينفيه ، فإنه قد صرح الشيخ في مبسوطه والفاضل والشهيدان ويحيى بن سعيد والمحقق الثاني فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن بأنه لا يرجع على العدل مع العلم بوكالته^(١) ، كما في كل وكيل في بيع مال غيره ، فإن المشتري يرجع على الموكل لا الوكيل .

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة وخلاف الشيخ من الرجوع على الوكيل ، وهو يرجع على الموكل^(٢) ولا شاهد له ، بل الشواهد على خلافه ، إلا في الصورة السابقة ، وصرح بعض هؤلاء وغيره بالرجوع على المرتهن^(٣) ، ومقتضاه الفرق بينه وبين العدالة ، كما هو ظاهر جماعة ، لكنه غير واضح الوجه .

اللهم إلا أن يقال : إن المرتهن وإن كان وكلياً عن الراهن في القبض ، لكن له يد من حيث الرهانة ، فلعل الرجوع عليه من هذه الحيثية ، وبه يتم الفرق بينه وبين العدل .

لكن فيه منع استقلال يد له ؛ إذ لا يد للمرتهن من حيث الرهانة على الراهن ، فليس هو في يده إلا وديعة وإن كان تعلق به الرهانة الذي لا يتوقف على كونه في يد المرتهن ، فتأمل جيداً ، فإن المقام بعد لا يخلو من بحث فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن ، فإنه قد يمنع الرجوع على المالك الرهن مع عدم استيلاء يده عليه ، وظهور فساد الوكالة .

[٢] لعموم « على اليد » ، وظهور فساد الوكالة ، فيكون من مسألة تعاقب الأيدي ، فتأمل جيداً .

[٣] لكن في المسالك : « هل يغرمه المرتهن أو يرجع على الرهن ؟ نظر ، ومقتضى قواعد النصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن بالاستحقاق لغروره ، والكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر مستحقاً »^(٤) .

وفيه : أنه لا ينبغي التوقف في ذلك ؛ إذ حكمه حكم النصب قطعاً ، بل الظاهر عدم اعتبار علم الراهن بالاستحقاق ؛ لتحقق الغرور بفعله وإن كان جاهلاً كما هو واضح في نظائر المسألة ، فلا حظ وتأمل .

(١) المبسوط ٢: ٢٩١ ، القواعد ٢: ١٢١ ، الدروس ٣: ٤٠٠ ، المسالك ٤: ٤٤٠-٤٤١ ، الجامع للشرائع ٢٩٠ ، جامع المقاصد ٥: ١٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ٦: ١٤٩ ، الخلاف ٣: ٢٤٦ .

(٣) التحرير ٢: ٤٨٣ ، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٦٢ .

(٤) المسالك ٤: ٤٥٠ .

عقد [١] . فلو أطلقها لم يستحق المرتهن استدامة الوضع عنده ، بل يتفقان هو والراهن على من يضعه عنده وإن اختلفا قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل ونحوه [إن كان عليه اجماع] [٢] .

وعلى الأول فمن الواضح أن له [= للراهن] الامتناع ، كما أن لورثته الامتناع من بقائه في يد المرتهن لو مات الراهن وحيث (فإن اتفقا على أمين ، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه) .

(و) كذا (لو خان العدل) الموضوع عنده (نقله الحاكم إلى أمين غيره إن اختلف المرتهن والمالك) فطلب أحدهما نقله منه وإلا بقي عنده ؛ لأن الحق لهما ، فإذا رضي ببقائه لم يكن لأحد الاعتراض عليهما . ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد فمات أحدهما ضم الحاكم إلى الآخر عدلاً للحفظ ، إلا إذا رضي الراهن بالبقاء في يد الباقي منفرداً ، إلى غير ذلك مما يعرف مما هنا وما قلناه سابقاً ، فلا حاجة إلى الإطناب . ولو تلف العبد مثلاً في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن أو بعده رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري [٣] . ولكن يستقر الضمان على المشتري مع علمه [٤] .

أما مع الجهل فـ [قد قيل :] [٥] أنه يستقر الضمان على الغاصب . وهو لا يخلو من إشكال إن أراد به ما يشمل مقدار الثمن الذي قد أقدم على بذله ولم يدخل عليه ضرر بظهور كون المالك غير البائع بالنسبة إليه .

نعم هو متجه في الزائد عليه [٦] .

مع أنه ربما قيل بالعدم فيه أيضاً ؛ لأقدامه على كون العين مضمونة في يده [٧] .

[١] ضرورة رجوعه إلى اشتراط الاستيداع الذي يفسخ بموت الودعي .

نعم لو قلنا : إن الوضع في يد المرتهن من توابع حق الرهانة أمكن حينئذ القول بانتقاله إلى الوارث حينئذ بانتقال حق الرهانة إليه ، إلا أن الذي يظهر من بعضهم بل هو صريح المسالك هنا عدم اقتضاء الرهانة ذلك ^(١) .

[٢] وإن لم يثبت إجماع عليه كان للنظر فيه مجال وإن لم يكن استدامة القبض من شرائط صحة الرهانة أو لزومها ، إلا أن ظاهر أدلة الرهن خصوصاً الآية استحقاق استدامة القبض عنده ، بل هو معنى الاستيثاق ، إلا أن يشترط عليه وضعه على غير يده ، كما أومأنا إليه في بحث القبض ، بل لعل ما تقدم منهم أنفاً من تضمين المرتهن دون العدل مبنًى على أن قبض المرتهن ليس بالوكالة عن الراهن ، بل قبضه من حيث حق الرهانة ، فيصح حينئذ الرجوع عليه ، بخلاف العدل الذي هو وكيل قطعاً ، فتأمل جيداً .

[٣] لعموم « على اليد » .

[٤] لأن التلف في يده التي هي يد ضمان .

[٥] [قاله] في القواعد ^(٢) .

[٦] لقاعدة الغرور .

[٧] كما تقدم تحقيق ذلك وغيره في محله ، فإن ما هنا أحد جزئياته ، ولا خصوصية له ، فلاحظ وتأمل .

ولو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله في حق الراهن إذا كان وكيلاً عنه في ذلك [١] .
نعم لا يقبل في حق المرتهن ؛ لأنه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره ، كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين [٢] .
فعلى هذا لو حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه .
وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم ، وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته أو ببينة غابت أو ماتت ؛ لعدم التفريط في القضاء حينئذٍ ولا رجع [٣] .
ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه [٤] .
[لوائح الرهن]:

الفصل (السادس) من الفصول التي استعدها كتاب الرهن : (في اللوائح) :

(وفيه مقاصد) :

[ما يتعلق بالراهن] :

(الأول : في أحكام متعلقة بالراهن لا يجوز لـه أي (الراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى ولا إجارة) ولا بيع ولا غير ذلك من التصرفات الناقل للعين أو المنفعة أو المستوفى لها [٥] .

[١] لكن في القواعد على إشكال^(١) . ولعله للأصل ، ولا ريب في ضعفه .

[٢] وفي القواعد : « يحتمل قبوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره »^(٢) .

[٣] وفي القواعد : « على إشكال ، منشؤه التفريط ، وكونه أميناً له اليمين عليه إن كذبه »^(٣) .

وفيه ما لا يخفى ، فتأمل جيداً .

[٤] لأنه قد أتى إلى من يده يد المالك ، وهو واضح ، كوضوح غيره من الفروع التي ذكرها في القواعد ، وأطنب فيها شراحها تبعاً لها ، مع أن جملة منها لا تخص المقام ، كما أومأنا إلى بعضها فيما تقدم ، والله أعلم .

[٥] بلا خلاف أجده فيه ، كما في الرياض ، بل ولا شك فيه ، كما عن غاية المرام^(٤) ، بل في السرائر والمفاتيح الإجماع على أن ليس لأحدهما التصرف^(٥) مستثنياً الأخير منهما ما يعود نفعه إليه ، وعن الخلاف الإجماع على أنه ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره^(٦) ، وعن المبسوط : « ليس له استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض وسكنى الدار أن ذلك كله غير جائز عندنا ، ويجوز عند المخالفين »^(٧) .

وفي المحكي عنهما معاً : « الإجماع على أنه لا يجوز له وطء الأمة المرهونة »^(٨) . وعن الجواهر : « لا خلاف

(٣) القواعد ١٢٢:٢-١٢٣.

(١) (٢) القواعد ١٢٢:٢.

(٥) السرائر ٤٢٥:٢ . مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩.

(٤) الرياض ٨: ٥٢٢ . غاية المرام ٢: ١٥١.

(٧) المبسوط ٢: ٢٠٦.

(٦) الخلاف ٣: ٢٥٢-٢٥٣.

(٨) المبسوط ٢: ٢٠٦ . الخلاف ٣: ٢٣١.

فيه^(١)، وفي كشف الرموز: «أنّ العمل متعقد على خلاف الرواية الدالة على الجواز»^(٢). وفي النافع والدروس: «متروكة»^(٣)، وفي التنقيح ومحكي إيضاح النافع: «هجرها الأصحاب»^(٤)، إلى غير ذلك من كلمات الأصحاب، الصريحة في الإجماع المزبور، والظاهرة فيه، والشعرة به، بل لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع.

مضافاً إلى النبوي- الذي استدله غير واحد من الأصحاب^(٥)، بل عن إيضاح النافع: «أنّه مشهور النقل»^(٦)، بل عن صريح التنقيح^(٧) أو ظاهره الاعتماد عليه -: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(٨)، وإلى ما يمكن استفادته من مفهوم «الرهن» الذي قد عرفت أنّه الحبس الذي به يتم معنى الاستيثاق الذي استفاضت به النصوص^(٩)، وإليه أوماً في الدروس في تعليقه المنع: بأنّ الغرض من الرهن الوثيقة، ولا وثيقة مع تسلّط المالك على البيع والوطء أو غيره من المنافع الموجبة للنقص أو الإلتلاف^(١٠)، كما أنّ إليه يرجع ما في التذكرة والمسالک من أنّه: «لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن إمّا في عينه أو بدله لم يتم الوثيقة إلّا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرّك إلى الأداء»، وفي الأخير «فمن ثمّ منع الراهن من التصرف في الرهن، سواء أزال الملك كالبيع، أم المنفعة كالإجارة، أم انتقص المرهون وقُلل الرغبة فيه كالتزويج، أم زاحم المرتهن في مقصوده كالرهن لغيره، أم أوجب انتفاعاً وإن لم يضّر بالرهن كالاستخدام والسكنى»^(١١)، إلى غير ذلك من تعليلاتهم التي مرجعها إلى ما ذكرناه.

لكن ومع ذلك كلّه قد وسوس بعض متأخري المتأخّرين في بعض أفراد التصرف^(١٢)، خصوصاً ما تضمّنه حسن الحلبي: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن جارياً عند قوم أيحلّ له أن يطأها؟ قال: «إنّ الذين ارتهنوها يحيلون بينه وبينها، قلت: أ رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم لا أرى هذا عليه حراماً»^(١٣). وصحیح محدّد بن مسلم^(١٤) الذي هو مثله.

وكذا ما لا ضرر فيه على المرتهن من التصرف كتقبيّل الجارية والاستخدام ولبس الثوب ومسكن الدار وركوب الدابة ونحو ذلك إذا كان بحيث لا ضرر فيه بنقص للمرهون ونحوه. ولا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت، بل هو كأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ، والخبر وإن صحّ سندهما إلّا أنّك قد سمعت دعوى هجرهما وتركهما من غير واحد من الأصحاب على وجه يلحقهما بالشاذّ، الذي قد أمرنا بالإعراض عنه، مضافاً إلى موافقتهما للعامة التي جعل الله الرشد في خلافها، بل لعلّ في عدم ملاءمة قوله: «إنّ الذين ارتهنوها... إلى آخره» للسؤال عن الجواب إيماء إلى ذلك، بل يمكن حملهما على إرادة عدم الحرمة الموجبة لحذّ الزنا، وعلى غيره ممّا لا بأس به في نحو المقام، فالحكم حينئذٍ من الواضحات.

(١) جواهر الفقه: ٦٦. (٢) كشف الرموز ٥٤٣: ٥٤٤.

(٣) المختصر النافع: ١٦١، وفيه: «مهجورة». الدروس ٣: ٣٩٧.

(٤) التنقيح ٢: ١٧٠. نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١١٥.

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١١٥.

(٦) التنقيح ٢: ١٧٠.

(٧) المستدرک ١٣: ٤٢٦، ١٧ من الرهن، ج ٦.

(٨) المستدرک ٣: ٣٩٨.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٦٤.

(١٠) الكافي ٥: ٢٣٥، ١٥٥. الوسائل ١٨: ٣٩٧، ١١ من الرهن، ج ٢.

(١١) الوسائل ١٨: ٣٩٦، ١١ من الرهن، ج ١.

(١٢) المختلف ٥: ٤٢١. المسالک ١: ٥٤. الرياض ٨: ٥٢٢.

(١٣) التنقيح ٢: ١٧٠.

(١٤) انظر الوسائل ١٨: ٣٩٧، ١ من الرهن.

(١٥) التذكرة ١٣: ٢٠٩. المسالک ٤: ٤٧.

بل [الظاهر] [١] التأمل في جواز ما فيه نفع للرهن من التصرف كمدواة المريض ولو بما لا خطر عليه فيه ورعي الحيوان وتأثير النخل وخفض الجارية وختن العبد والفصد والحجامة ونحو ذلك [٢].
لكن فيه أن [الظاهر] [٣] الجواز [٤].

بل لا ينبغي التأمل في سقي الأشجار ورعي الدواب وعلفها ونحو ذلك مما يكون سبباً لحفظ المال، بل قد يشك في إرادة مطلق التصرف منه وإن لم يتضمن انتفاعاً بحيث يكون كمال الغير الذي يحرم لمسه وحمله ونحوهما [٥].

بل [قيل] [٦]: «إذا زوج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونة كان تزويجه صحيحاً وقيل: يصح له العقد دون التمكين والتسليم إلا بعد الفك». قلت: هو كذلك [٧].

[١] [كما] قد يظهر من بعض الأفاضل ^(١) [في ذلك].

[٢] وإن صرح به الفاضل والشهيدان وغيرهم من المتأخرين، بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثة الأخيرة ^(٢) أيضاً؛ لإطلاق دليل المنع، ودعوى حصول الإذن في ذلك خروج عن المبحث.

[٣] [كما هو] مقتضى الأصول.

[٤] ولا يعارضها الإطلاق المزبور بعد الشك في إرادة ذلك منه، خصوصاً بعد فتوى الجماعة به، بل لعل المناسق منه غيره.
[٥] نعم عن التحرير: لا يجوز ضرب الجارية للتأديب ^(٣)، كما أن في القواعد وغيره منعه من قطع السلع ^(٤).

ولعل المراد ما لا يؤمن السلامة معه منهما، وإلا كان محكماً للنظر.

[٦] [كما] في المحكي عن الخلاف: «إذا زوج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونة كان تزويجه صحيحاً» ^(٥)، كالمحكي عن المبسوط، إلا أنه قال: لا يسلم إلى الزوجة إلا بعد الفك ^(٦)، وفي الدروس وهو قريب ^(٧)، وفي المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز، قال: «لو قيل: له العقد دون التمكين والتسليم كان وجهاً» ^(٨).

[٧] لا لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى﴾ ^(٩) إلى آخره المعارض بما سمعت مما هو مقيد له؛ ضرورة كون المراد من إطلاق الآية الأمر بالنكاح من حيث هو نكاح لا الشامل لما تعلق به حق الغير. ومنه يظهر عدم كون المعارضة من وجه بحيث يحتاج إلى مرجح، وإلا لجرى في غير النكاح من خصوص كل تصرف، ولا لأن محل الرهن غير محل التزويج؛ لما عرفت من المنع من الانتفاع بالرهن المستلزم للتصرف فيه، بل للشك في إرادة مثل هذا التصرف الذي لم يناف حق الرهانة بوجه، ولا فيه تصرف فعلاً بالعين وانتفاع بها؛ إذ الفرض عدم التسليم إلا بعد الفك.

(١) مفتاح الكرامة ٥: ١١٦.

(٢) التلخيص ١٣: ٢٦٢. الدروس ٣: ٣٩٩. المسالك ٤: ٤٧. المبسوط ٢: ٢٣٩.

(٣) التحرير ٢: ٤٨٩.

(٤) القواعد ٢: ١٢٥.

(٥) الخلاف ٣: ٢٥٣.

(٦) المبسوط ٢: ٢٣٨. الدروس ٣: ٣٩٩.

(٧) النور: ٣٢.

(٨) المختلف ٥: ٤٢٠-٤٢١.

و[المختار] [١] حينئذٍ صحّة تدبير العبد المرهون [٢] .
 بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصيّة [٣] .
 بل [قيل] [٤] [ب] جواز إنزاع الحيوان المرهون والإنزاع عليه .
 ولكن جُزِمَ بعدمه [٥] ، وهو الأولى [٦] .
 كما أنّه جُزِمَ بأنّه ليس له غرس الأرض ؛ لأنّه ينقصها ، بل [قيل] [٧] [و] الزرع وإن لم ينقص الأرض وهو
 كذلك [٨] .

- [١] [كما] منه يتقدح [ذلك] .
 [٢] كما جزم به في المختلف خلافاً^(١) للشيخ^(٢) ؛ لأنّه وصيّة لا تنفذ إلّا بعد وفاء الدين .
 [٣] [ذلك] = لما ذكر ، كما يشهد له في الجملة ما صرح به الفاضل والكركي في المفلس الممنوع من التصرف في المال^(٣) ، إلّا
 أنّه غير ممنوع منها لذلك .
 اللهم إلّا أن يفرّق بينهما بتعلّق حقّ الراهن في خصوص العين المرهونة ، بخلاف دين المفلس المتعلّق بمقدار ما يقابله من
 الأعيان دون الزائد ، فتنفذ الوصيّة حينئذٍ بالموصى به حال الموت ، مع فرض زيادته عن الدين بخلاف الرهن ، فتأمل جيّداً .
 [٤] [كما] عن الشيخ^(٤) .
 [٥] [كما] في الدروس^(٥) .
 [٦] للإطلاق .
 [٧] [كما] قال [في الدروس] : « ليس له الزرع وإن لم ينقص الأرض حسماً للمادّة »^(٦) .
 [٨] إذ هو كسكنى الدار أو إيجارها مدّة تنقضي قبل حلول الدين من غير حصول نقص في العين .
 ثمّ قال : « فلو فعل قلعا عند الحاجة إلى البيع ولو حمل السيل نوى مباحاً فنبت فليس له إلزامه بإزالته قبل
 حلول الدين ؛ لعدم تعدّيه ، فلو احتيج إلى البيع قلع إن التمسه المرتهن » .
 وكأنّه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط : من أنّه لو رهن أرضاً بيضاء فسال إليها نوى ونبت أو أنبت الراهن فيها
 نخلاً أو شجراً لم يجبر الراهن على إزالته^(٧) . وفي المختلف : « الوجه الوجوب لتعلّق حقّ المرتهن بأرض
 بيضاء »^(٨) .

(١) المختلف ٥ : ٤١٤ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢١٣ .

(٣) القواعد ٢ : ١٤٣ . جامع المقاصد ٥ : ٢٢٧ .

(٤) المبسوط ٢ : ٢٣٨ .

(٥) الدروس ٣ : ٣٩٨ .

(٦) الدروس ٣ : ٣٩٩ .

(٧) المبسوط ٢ : ٢١٦ .

(٨) المختلف ٥ : ٤٣٠ .

[ولورهن أرضاً بيضاء فسأل إليها نوى ونبت أو أنبت الراهن فيها نخلاً أو شجراً هل يجبر الراهن على إزالته ؟]
 قلت : قد يفرق بين ما كان من فعله وعدمه بالنسبة إلى إلزامه وعدمه .
 بل قد يتأمل في أصل جواز القلع للمرتهن ، بل قد يقال في غرس الراهن : إنه يلزم بالأجرة رهناً ، وإن كان الأقوى إلزامه بذلك [١] .
 وكيف كان فلو بادر الراهن إلى التصرف من غير إذن المرتهن فإن كان بانتفاع منه أو ممن سلطه ولو بعقد لم تتعقبه إجازة لم يصحّ وفعل محرماً .
 بل [قيل :] [٢] [إن قلنا : إن النماء المتجدد يتبع الرهن ثبت أجرة المثل إن كان مما له أجرة عادة وكانت رهناً ، وإلا يلزمه شيء عن مثله] .
 قلت : قد يقال بذلك على الأول أيضاً ، بناءً على تخصيص النماء التابع في الرهنية بما يكون يصحّ رهنها ، كالصوف والثمرة والشعر ونحوها لا مثل ذلك الذي هو معدوم في الحقيقة [٣] .
 [ويأثم الراهن في استيفائه الانتفاع من حيث استلزامه التصرف في العين ، وإلا فلو فرض إمكان الانتفاع من دون تصرف في العين لم يبعد القول بجوازه] [٤] .
 (و) إن كان التصرف مجرد عقد لم يكن أثماً في ذلك [٥] .
 نعم (لو باع أو وهب) مثلاً (وقف على إجازة المرتهن) فإن حصلت حكم بصحته وإلا فلا [٦] .

[١] لإندراجه في قوله : « لا حق لعرق ظالم » ^(١) .

[٢] [كما] في المسالك : « إن قلنا : إن النماء المتجدد يتبع الرهن ثبت أجرة المثل إن كان مما له أجرة عادة وكانت رهناً ، وإلا لم يلزمه شيء عن مثله » ^(٢) .

[٣] والأجرة فيه عوض عن الانتفاع الذي لا يعقل ارتهانه والإثم على الراهن في استيفائه ، لا من حيث كونه رهناً ، بل لاستلزامه التصرف في العين ، وإلا فلو فرض إمكان انتفاع من دون تصرف في العين لم يبعد القول بجوازه .

[٤] وفي المسالك قد حكى عن الشيخ أنه أطلق : لو أجره فالأجرة له ^(٣) .

ويمكن إرجاعه إلى ما ذكرنا [= الانتفاع على وجه لا يستلزم التصرف في العين] ، وإن كان فيه تكلف ، كما أنه يمكن تأييده بقوله ^(٤) : « له غنمه وعليه غرمه » ^(٤) ، فتأمل .

[٥] لعدم النهي عن مثله في الأجنبي فضلاً عنه .

[٦] إذ هو إن لم يكن فضولياً فمثله في ذلك ، ومن هنا بنى الكركي ^(٥) الكلام هنا في كون الإجازة فيه كاشفة أو ناقلة عليه هناك ،

(١) المستدرک ١٧ : ١١١ . ب ١ من إحياء الموات ، ح ١ ، مع اختلاف .

(٢) المسالك ٤ : ٤٧ - ٤٨ .

(٣) المسالك ٤ : ٤٨ .

(٤) المستدرک ١٣ : ٤٢٢ ، ب ١٠ من الرهن ، ح ٣ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٧٥ .

لكن في حواشي الشهيدي على القواعد في شرح قول الفاضل في مفروض المتن لم يكن باطلاً بل موقوفاً، قال: الفرق بين المراجعة والموقوف أنَّ الأول يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الأمر، والثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة فيكون جزء سبب^(١)، وظاهره أنه قد فهم منه الثاني هنا حيث عبر بالوقف كالمتن، فيكون حينئذٍ مخالفاً للفضولي، بناءً على الكشف فيه من هذه الحيثية.

وربما يؤيد أنَّ الإجازة من المرتهن الذي هو غير مالك ليست إلا على معنى إسقاط حق الرهانة الذي له فسخه، وهو غير متصور في الزمن السابق الذي تحقّق فيه الحق ومضى، فإسقاطه لا معنى له، بل مختصّ بالزمن الحال، فلا تكون الإجازة فيه كاشفة. ولعلّ الفرق بينه وبين إجازة المالك تصوّر رضا الثاني الآن دخول ملكه في ملك غيره في الزمن السابق، بخلاف الأول. لكن فيه: مع أنه مخالف لما يظهر منهم من أنَّ الإجازة كإجازة الفضولي، بل هو صريح جامع المقاصد يمكن منع عدم تصوّر ذلك؛ ضرورة كون السقوط بعقد البيع، فمع فرض إجازة المرتهن يترتب عليه أثره من حيث وقوعه، وهو انتقال الملك للمقتضي لسقوط الرهانة.

ودعوى أنَّ إجازة المرتهن ليست للعقد؛ لعدم كونه مالكا، وإنّما له إسقاط حق رهانته، فيؤثّر العقد حينئذٍ أثره؛ لارتفاع المانع، والمقتضي تامّ الاقتضاء.

يدفعها ظهور كلمات الأصحاب، بل هو صريح بعضهم كالفاضل في التحرير^(٢) وثاني الشهيدين^(٣) وغيرهم في أنَّ للمرتهن إجازة العقد وله فسخه، وأنّ الشارع قد جعل له هذه السلطنة بارتهانه، لا أنَّ المنع من التصرف فيه شرعي بحث بحيث لا مدخلية للمرتهن في ذلك، وإنّما له إسقاط حقه من الرهانة خاصة، والآ لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له؛ ضرورة عدم السلطنة له على ذلك، وأنّ الشارع قد جعل الارتهان مانعاً من نفوذ التصرف، فمتى ارتفع هذا المانع بإسقاط من المرتهن أو بفكّ للرهن، كما ستعرف أثر المقتضي أثره.

وليس ذا من التعليق الممنوع، بل هو من قبيل اعتبار الشارع التقابض في تأثير عقد الصرف والقبض في عقد الهبة والقبض في المجلس في عقد السلم، مع أنَّ كلامهم صريح في خلافه، وأنّ له الردّ، كما أنَّ له الإجازة، ويرشد إليه في الجملة اعتبار إذنه في الانتفاع بالرهن على وجه لا تنتقل عنه، كركوب الدابة وسكنى الدار ونحوهما ممّا لا يقتضي الإذن فيه بإبطال الرهانة، مع أنها معتبرة، ولا يجوز التصرف بدونهما، وهو يومئذٍ إلى أنَّ له سلطنة على ذلك، لا أنها مخصوصة بإسقاط حق الرهانة والآ فالمنع شرعي وإن كان لا يخلو من وجه، بل ظاهرهم في حجر المفلّس ذلك، بناءً على صحة تصرفاته، وأنها تكون موقوفة وإن لم يرض الغرماء بها، كما تسمعه في محله.

اللهم! إلا أن يفرّق بين تعلق حق الرهانة وتعلق حق الغرماء بالتحجير، كما هو ظاهر الأصحاب في المقام، إلا أنه لا يخلو من بحث.

وعلى كل حال فـ [المختار] [١] أن إجازته [= المرتن] تكون على حسب إجازة المالك إنما هي للعقد نفسه، فيؤثر حينئذ أثره، وليس هذا من إسقاط حق الرهانة أولاً وبالذات في الزمن السابق [٢]، بل هو من آثار العقد الذي أجازته ومن مقتضياته.

فلا بأس حينئذ بدعوى الكشف هنا عن بطلان الرهانة في الزمن السابق، بناءً عليه في الفضولي، فتأمل جيداً، فإن المسألة غير محزنة في كلامهم. نعم قد يشكل دعوى الكشف في تعقب الفك للعقد الذي لم يردّه المرتن بناءً على صحة العقد ولزومه بذلك [٣].
[والوجه صحة العقد ولزومه لو تعقبه الفك، من غير حاجة إلى تجدد رضاً من المالك].

[١] [كما] ظهر من ذلك كله [ذلك].

[٢] كي يقال: إنه غير متصور.

[٣] كما جزم ثاني المحققين والشهيد، بل هو المحكي عن فخر المحققين^(١) والشهيد الأول في حواشيه^(٢)، وفي القواعد: «لو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر»^(٣). ومقتضاه المفروغية من الصحة، وإنما الكلام في اللزوم، ويمكن أن يريدها منه وإن كان من لوازمها هنا اللزوم، كما ستعرف.

وعلى كل حال فوجه الأول وجود المقتضي الذي هو العقد من المالك، وإنما كان له مانع من النفوذ وهو حق المرتن، وقد زال، فيؤثر المقتضي أثره من غير حاجة إلى تجدد رضاً من المالك؛ لعدم تجدد شيء له، وإنما ذهب حق الارتهان، لا أنه انتقل إليه.

ومنه يعلم الفرق بينه وبين ما إذا باع مال غيره فضولاً ثم ورثه أو اشتراه وكيله، الذي قالوا فيه بالبطلان. لعدم المقتضي للصحة. حال العقد؛ لعدم الإجازة من المالك، وعدم كون العاقد مالكاً، أو بالتوقف على إجازة المالك الجديد؛ لأنها أولى من تأثير إجازة الأول أو مساوية لها؛ ضرورة عدم تأتي الوجهين فيما نحن فيه. ويقرب من ذلك ما في جامع المقاصد من بيان وضوح الفرق بينهما: «بأن مال الغير غير مملوك للمتصرف فالمقتضي للصحة منتف؛ لانحصاره في وقت العقد بالمالك الذي لم يحصل منه إجازة، ومجرد الصيغة لاتمد مقتضياً، بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر في الرهن، والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود، غاية الأمر أن حق المرتن مانع، فإذا انتفى عمل المقتضي عمله»^(٤).

هذا كله مضافاً إلى أنه لا سبيل إلى اعتبار إجازة المرتن بعد انقطاع علاقته، ولا إلى بطلان تصرف الرهن المالك؛ إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه، فكيف بعده الذي مقتضى إطلاق الأدلة وعمومها صحته، خصوصاً بعد لزوم العقد من طرف الرهن؛ لاندراجها في عموم الوفاء بالعقود، ولم يتجدد إلا ما يؤكد ذلك من ارتفاع المانع، فيستمر حينئذ خطاب الوفاء له.
ودعوى أن شرط الصحة في العقد الواقع حال الرهانة إذن المرتن، وقد فاتت بفك الرهانة الذي لا وجه بعده لمراعاتها، فيتعين البطلان حينئذ؛ لفوات الشرط، بل هو أولى بذلك من بيع مال الغير فضولاً ثم انتقل إلى البائع، كدعوى أن الصحة مع الفك إن

(١) جامع المقاصد ٥: ٧٥. المسالك ٤: ٤٨. الايضاح ٢: ١٩. نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١١٨.

(٢) القواعد ٢: ١١٣. (٣) جامع المقاصد ٥: ٧٥. (٤)

كانت على الكشف اقتضى نفوذ التصرف في الرهن وهو رهن؛ ضرورة عدم سقوط الرهانة قبله وإن كانت على النقل اقتضى ذلك تعليق أثر العقد الظاهر في السببية حين وقوعه. هذا، مضافاً إلى استصحاب حال العقد قبل الفك من عدم التأثير.

يدفعها: وضوح عدم دليل يدل على اشتراط إذن المرتهن في الصحة؛ إذ ليس في الأدلة إلا منع الراهن والمرتهن من التصرف على معنى النفوذ، لا العقد الذي ليس هو تصرفاً قطعاً، وإنما تثبت الصحة باذن المرتهن باعتبار دوران الحق عليهما، فمع رضاهما تتعين الصحة، وهذا أعم من الشرطية المزبورة قطعاً.

ومنه ظهر الفرق بينه وبين المثال [أي بيع مال الغير فضولاً ثم انتقل إلى البائع]، كما أوضحناه سابقاً.

كما يدفع الثانية احتمال أن يقال: إنه لا بأس بالكشف، والتزام عدم قبح الرهانة التي يتعقبها الفك، والفاضل في القواعد فيما لو أنلف الرهن متلف وانتقل الرهانة إلى القيمة، قال: «فإن عفى الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال - أي من الجاني - لحق المرتهن، فإن انفك ظهر صحة العفو، وإلا فلا»^(١).

ولا وجه له إلا ما ذكرنا [أي التزام عدم قبح الرهانة التي يتعقبها في تأثير السبب أثره]؛ ضرورة اقتضاء ذلك نفوذ العفو فيه، وهو رهن، فلا محيص عن التزام عدم قبح الرهانة المتعقبة بالفك في تأثير السبب أثره، ولعله إليه يرجع ما عن فخر المحققين من الاستدلال عليه - بعد كونه جمعاً بين الحقيين - «بأنه لا مانع إلا حق المرتهن، فإذا انفك انتفى المانع» ثم بين وجه قول والده: «ظهر صحة العفو» «بأن الأمور العدمية لا توصف بأنها موقوفة، بل تكون مراعاة، وما يدل على صحتها كاشف، والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة، وأما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعني علة الصحة»^(٢).

لكن ضعفه في جامع المقاصد: «بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجاني إلى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتهن، ومانعية المرتهن من صحة العفو تقتضي بطلانه وقت انشائه فكيف تنكشف بعد صحتها في حال وجود المانع؟! إلى أن قال: «العفو إما أن يكون سبباً تاماً أو لا، فإن كان الأول لزم إما تأثيره مع وجود المانع أو بطلانه، وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً»^(٣).

وفيه: أنه يمكن أن يريد ما ذكرنا من عدم مانعية الرهانة التي يتعقبها الفك الذي هو طريق لمعرفة كونها كذلك، وإلا فالعفو سبب تام في التأثير، فتأمل جيداً، فإنه لا يتم في نحو العتق والوقف ونحوهما ممّا لا يمكن التزام كونه حرّاً مرهوناً أو وفقاً كذلك، مضافاً إلى ما في دعوى رهنية ملك الغير في المثال السابق من دون اشتراط عليه والرهن السابق كان متعلقاً به من حيث كونه ملكاً للبايع لا مع انتقاله عنه بالبيع، كما هو واضح.

وقد يدفعها: أنه لا بأس بالتزام النقل تحقيقاً للمانعية، بل لعله الأقوى، وليس هذا من التعليق الممنوع قطعاً؛ ضرورة كون التعليق من العاقد، لا الشرعي، كما هو واضح. ومن الغريب التمسك بالاستصحاب بعد تغيير الموضوع وخروج العين عن الرهانة إلى الطلق، فلا وجه لجعل ذلك وجه النظر في اللزوم في عبارة القواعد.

(١) القواعد ٢: ١٢٦.

(٢) الايضاح ٢: ٣٩.

(٣) جامع المقاصد ٥: ١٤٥ - ١٤٦.

[و] ينفذ [١] العتق الذي يتعقبه الفك [٢].

ومثله لو أعتق المحجور عليه لفسه أو فلس فزال الحجر [٣].

[و] كذا ينفذ [٤] الوقف وإن قلنا باعتبار النية فيه، وكونه كالإيقاع في عدم الحاجة إلى القبول [٥].

ثم إن الظاهر سقوط حق المرتهن فيما لو أذن بالمسقط ابتداءً يكون بوقوعه من حيث إنه مناف لحق الرهانة لا بمجرد الإذن [٦].

فله الرجوع فيها حينئذ قبل التصرف بعد علم المأذون وقبلة، بل وبعد إيقاع الصيغة منه قبل الإقباض في مثل الهبة التي يتوقف الملك بها عليه [٧].

نعم لو حصل النقل عن الراهن سقط، ولو كان له الخيار للمجلس أو غيره فسخ خياره أو لا [٨].

[١] [كما] من ذلك كله يعلم الحال فيه [هـ].

[٢] وفاقاً لما عن أكثر المتأخرين من النفوذ، خلافاً للشهيد في الدروس وغيره فلا ينفذ؛ لأنه لا يقع معلقاً^(١)، وفيه: منع إن أراد به ما يشمل الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع، مع أنه قد يدعى عدم التعليق، بناءً على التقرير الذي قد ذكرناه سابقاً.

[٣] لكن في التذكرة عن الشيخ البطلان في الأخير، وجعله أقوى، ثم حكى القول ببقائه موقوفاً ونفى البأس عنه^(٢). ويمكن أن يكون مخاره في المقام البطلان؛ لأنه هنا جعله كالحجر بالفلس^(٣)، وقد سمعت أن الأقوى البطلان عنده فيه، وفي التحرير في المقام في نفوذ العتق لو فك إشكال^(٤).

واحتمال أن المنع في العتق لا اعتبار نية القربة فيه التي لا تقبل التعليق، يدفعه بعد تسليم اعتبارها فيه منع منافاة حصولها بإيجاد سببه فيما يتوقف على ارتفاع مانع شرعي أو شرط كذلك.

[٤] [كما] من ذلك يعلم الحال فيه [هـ].

[٥] اللهم إلا أن يدعى فيها مطلقاً أو في خصوص العتق منها بظهور أدلتها في عدم كونها موقوفة ولو على شرط شرعي، ولذا بني العتق منها على التغليب، وقد يأتي إن شاء الله التعرض لتحقيق ذلك في أبوابها.

[٦] للأصل وغيره.

[٧] لكن في القواعد الإشكال فيه^(٥).

ولعله لأن الإذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط، ولأن التصرف الناقل لا يجامع الرهن، فلا بد من الحكم بالسقوط قبله. وفيه: أن المنافي للرهن هو مقتضي السقوط لا الرضا به، ولا مانع من حصول السقوط بتمام سبب النقل، وإن أبيت فليقدر لتصححه، كما في نظائره قبله بأن ما لا بالإذن.

[٨] لحصول السقوط بمجرد الانتقال، ولا دليل على عوده بالفسخ الذي هو من حينه كالإقالة.

ولو رجع المرتهن باذنه قبل التصرف ألاّ أنّه لم يعلم الراهن بذلك إلّا بعده أمكن القول بالفساد [١].
نعم لو انعكس الفرض بأنّ أذن الراهن للمرتهن في البيع ورجع كذلك أمكن القول بعدم البطلان؛ لأنّه من الوكالة، كما هو واضح.
ولو كان قد باع أي المرتهن بخيار مثلاً ففسخه الراهن لأنّ له ذلك قطعاً لم تعد الرهانة [٢].
لكن [قد يقال: [٣] إنّّه إذا اشترى المرتهن عيناً من الراهن بدينه أنّه يصحّ ويبطل الرهن، فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن [٤]. [وهو لا يخلو من وجه] [٥].
ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة فالظاهر أنّه إجازة [٦]. والظاهر عدم بطلان الشفعة معه [٧].

[١] كما عن المبسوط الجزم به^(١)؛ لبطلان مقتضى الصحة في الواقع وخروج الوكيل عن ذلك لو رجع الموكل ولما يعلم إلّا بعد التصرف لدليل مخصوص لا يقاس عليه، ودعوى أنّ الفرض من الوكالة واضحة الفساد.
[٢] للأصل السالم.
[٣] [كما] عن المبسوط^(٢).
[٤] ولعلّه بناء على أنّ التلف قبل القبض فاسخ من الأصل، لا من الحين، وإلّا كان عود الرهانة بعد سقوطها ببراءة ذمّة الراهن محكماً للنظر، وإن كان لا يخلو من وجه.
[٥] وأوّل منه بالنظر قوله فيه أيضاً: «وكذا لو أقبضه ثمّ تقابلا عاد الدين والرهن، كالعصير يصير خمرأ ثمّ يعود خكاً»^(٣)، وتعرف إن شاء الله فيما يأتي الفرق بين المقامين.
[٦] ضرورة توقّف صحتها على بيع صحيح، وهو فرع رضا المرتهن، فحمل طلبه حينئذٍ على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك. اللهم إلّا أن يعلم غفلته عن الرهانة، فلا يدلّ الطلب حينئذٍ على الإسقاط، مع إمكان دعوى كون الطلب إجازة قهراً، لا دالاً على الرضا الذي تحصل به الإجازة نحو ما سمعته في التصرف المسقط لحق الخيار.
وأما دعوى أنّ الشفعة كالفسخ في إزالة الملك لا يتوقّف على إسقاط حق الارتهاق واضحة الفساد؛ ضرورة أنّ الشفعة من المرتهن إزالة ملك عن المشتري بعد ثبوته ونقله إليه، بخلاف الفسخ فيه الذي يرجع إلى عدم إجازة البيع. فظهر من ذلك أنّه لا محيص عن القول بلزوم الطلب للإجازة.
[٧] لعدم التلازم بين الرضى باللزوم من حيث الرهانة، وبينه من حيث الشفعة، فيسقط وتصحّ الشفعة، كما لو صرح بذلك.
لكن في القواعد: «ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال، فإن قلنا به فلا شفعة». وهو غريب، خصوصاً بعد قوله متصلاً بذلك: «ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم المقد»^(٤)، بعد الإغضاء، عمّا في قوله: «إن قلنا بلزوم المقد» ممّا لا محضّل له معتدّ به، كما أنّه لا محضّل للمحكي عن ولده^(٥) في توجيه العبارة، فلاحظ وتأمل، والله أعلم.

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] (في صحّة العتق) من الراهن (مع تعقّب الإجازة) من المرتهن ، وإن قال المصنف فيه (تردّد) [٢] إلاّ أنّه لا ريب في كون (الوجه الجواز) [٣] .
هذا كلّه في الرهن .

(وكذا) لا يجوز لـ (لمرتهن) التصرف في الرهن بانتفاع ونحوه لحرمة التصرف في مال الغير ولا يمضي تصرفه فيه بعقد ونحوه إلاّ باذن الراهن [٤] .

(و) لكن ينبغي أن يعلم أنّ (في عتقه مع إجازة الراهن تردّد) بل في المتن (والوجه المنع لعدم الملك ما لم

[١] [إذ] قد ظهر لك من ذلك كلّ أنّه لا إشكال عندنا [في ذلك] .

[٢] ممّا ذكرنا .

(و) من أنّ العتق لا يقع معقلاً ؛ لا اعتباريّة القرية فيه أو لغير ذلك ممّا سمعت .

[٣] لما قد مرّ مفضلاً ، خلافاً لما عن المبسوط والمراسم^(١) والوسيلة والغنية^(٢) ، بل والدروس^(٣) ، بناءً على عدم الفرق بين ما صرح به من الفك وبين الإجازة ، خصوصاً مع كون المنع من بعضهم بناءً منه على عدم جواز الفضولي فيندر الخلاف حينئذٍ في خصوص المقام ، بل يمكن كون مراد الجميع مع عدم تعقّب الإجازة ، فلا يكون خلاف حينئذٍ فيه أصلاً .

وأما احتمال عدم الجواز فيه - وإن قلنا بالفضولي في غيره لعدم عموم في العتق يشمل مثل ذلك بخلاف غيره من العقود - فهو في غاية الضعف من وجوه ، خصوصاً في دعوى عدم العموم ، فإنّ « من أعتق »^(٤) ونحوه كاف فيه ، بل لعكس أولى من ذلك ، فيقال بالصحة حينئذٍ هنا وإن منعنا الفضولي في غيره ؛ لكون المعتق المالك وتعلّق حقّ المرتهن مانع ، فمتى زال بإجازة أو فكّ عمل المقتضي عمله ، كما أوضحناه سابقاً في الفك الذي لا ريب في أنّ الإجازة أولى منه بالصحة كما عرفت ، فلاحظ وتأمل .

والإيه يرجع ما في المسالك هنا ، حيث قال : « منشأ التردّد في الصحة من كون العتق إيقاعاً فلا يكون موقوفاً ؛ لا اعتبار التنجّز فيه ، ومن أنّ المانع حقّ المرتهن وقد زال بإجازته ، وهو أقوى .

ونمنع منافية التوقّف المذكور للتنجّز ، كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضاً ، فإنّ التوقّف المذكور المنع هو توقّف المقتضي على شرط ، لا على زوال مانع ، وعلى هذا لو لم يطله المرتهن إلى أن أفتك الرهن لزم »^(٥) .

إذ مراده الشرط الذي يكون من العائد لا الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع ، ومنه الرضا المعلوم كونه شرطاً في العقود والتقابض في عقد الصرف وغير ذلك ، والله أعلم .

[٤] إذ هو فضولي فيجري عليه حكمه ، كما هو واضح ، مع أنّه قد تقدّم شرط صالح من الكلام فيه آنفاً في الفصل الخامس ، فلاحظ .

(١) المبسوط ٢ : ٢٠٠ . المراسم : ١٩٢ .

(٢) الوسيلة : ٢٦٦ . الغنية : ٢٤٣ .

(٣) الدروس ٣ : ٣٩٨ .

(٤) الوسائل ٢٣ : ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ب ١ من العتق ، ج ٤ ، ٤ ، ٧ ، ٨ .

(٥) المسالك ٤ : ٤٨ .

يسبق الإذن [١] . [ولعلّ العتق يقع باطلاً ما لم يسبق الإذن إذا كان العتق من المرتهن] . أمّا إذا كان العتق عن الراهن أو مطلقاً فالمتجه - بناءً على الفضولي وأنه على القاعدة - الجواز حتى على القول باعتبار نية القرية فيه [٢] .
 إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّ جميع ذلك كلّ من الإشكال [٣] . نعم لو سبق إذن الراهن للمرتهن في العتق مطلقاً أو عن الراهن لم يكن إشكال في الصّحة ؛ لأنّ المرتهن حينئذٍ وكيل عن المالك [٤] .

[١] وفقاً للقواعد ومحكي التحرير والإرشاد والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وشرح الإرشاد للفخر والروضة والمسالك^(١) ، بل في الأخير : « أنّ كثيراً من الأصحاب لم يتوقّف في الحكم ؛ لأنّ المرتهن غير مالك ولا عتق إلّا في ملك ، فيكون كالفضولي لا يصحّ عتقه الإجازة » . بل عن سابقه . « أنّ العتق يقع باطلاً قطعاً ما لم تسبق الإذن ؛ إذ لا عتق إلّا في ملك » ، بل عن سابقهما : « قد اتّفق الكل على إضمار الصّحة في قوله **عَلَيْهِ** : لا عتق إلّا في ملك » . قلت : لعلّه كذلك فيما إذا كان العتق من المرتهن للخبر المزبور الذي لا يشكل بأن مقتضاه البطلان وإن سبق الإذن ؛ ضرورة عدم حصول الملك للمرتهن معها ؛ لاندفاعه بما يأتي إن شاء الله في باب العتق من أنّ المأذون والمأمر بعتق عبده عن غيره يصحّ عتقه وينتقل إلى ملك الأمر والمأذون له قبل إيقاع الصيغة أنّاً ما ، والتزام نحوه في الإذن اللاحقة - على معنى حصول الكشف بها عن دخوله في ملكه أنّاً ما قبل العتق ، كما لو وهبه من نفسه فضولاً ثمّ أعتقه فأجاز المالك الهبة ، فإنّه ينكشف حينئذٍ وقوع العتق في الملك - غير جائز بدون دليل عليه ؛ ضرورة مخالفة مثل ذلك للضوابط الشرعيّة التي ينبغي الاقتصاد في الخروج عنها على المتيقّن ، وليس في غير الإذن السابقة ولو بمعونة كلام الأصحاب .
 [٢] بناءً على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك كدفع الزكاة والخمس ونحوهما عن الغير ، فيجيز من عليه الحق .
 [٣] خصوصاً مع ملاحظة كلام الأصحاب .

[٤] بل في المسالك : « لو حملت عبارة المتن على ذلك كان أولى ، واسترحنا من ذلك الإشكال المتوقّف زواله على أمور خفيّة »^(٢) . قلت : لكن مقتضاه حينئذٍ ما استوجه المصنّف فيه المنع من عتق المرتهن عن الراهن مع الإجازة ، وقد عرفت ما فيه من الإشكال ، مضافاً إلى عدم انطباق التعليل ، وأنّ الأقوى الجواز فيه ، بناءً على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك وإن قلنا باعتبار نية القرية التي يكفي في إيجادها مشروعيّة الفضولي مثل التوكيل والتبرّع . ومرجع الجميع إمّا إلى مشروعيّة إيجاد صورة الفعل العبادي عن الغير - على وجه يسقط التكليف عنه ، لا أنّ المراد توجّه أمر إلى الفاعل النائب بقصد امتثاله ، كما في الأصل ؛ ضرورة عدمه في الوكيل مثلاً فضلاً عن غيره حتى الإجازة التي يؤمّر بأدائها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاءً بالعقد لا أمر عبادة - أو إلى أنّ الغير مأمر بإيقاع الصلاة عن الغير ولو ندباً على نحو أمر الولد بالقضاء عن والده ، فتكون نية القرية فيه حينئذٍ باعتبار كونه مأموراً بذلك ، بل هو معنى المشروعيّة تبرّعاً أو وكالة ، وجواز أخذ الأجرة عليه - مع أنّه عبادة محضه للأجير كالتأفلة - للدليل الوارد في الحجّ وغيره ، ولعلّه باعتبار صمته وصول منفعة للغير ، خصوصاً إسقاط ما في ذمّته ، وكان هذا أقوى من الأوّل ، سيّما بعد معلوميّة كون صلاة النيابة وحجّ النيابة صنفان من العبادة ، بل هي نوع مقابل للعبادة الأصليّة . نعم قد يفرّق بين التوكيل وغيره ، والله أعلم ، والكلام في الوقت يعرف ممّا قدّمناه سابقاً وذكرناه لاحقاً ، فلاحظ وتأمل .

(١) القواعد ٢ : ١١٣ . التحرير ٢ : ٤٨٩ . الارشاد ١ : ٣٩٣ . الدروس ٣ : ٣٩٨ . اللمعة ١٣١ . غاية المراد ٢ : ١٨٦ . التنقيح ٢ : ١٧١ .

شرح الارشاد : ١٧٨ (مخطوط) . الروضة ٤ : ٨٤ . المسالك ٤ : ٤٨ .

(٢) المسالك ٤ : ٤٩ .

- (و) كيف كان ذـ (لوطاً الراهن) باذن أو بدونها (فأحبها صارت أم ولده) شرعاً [١].
- (و) كذا [المختار] [٢] أنه (لا يبطل الرهن) المستصحب بذلك وإن كان باذن [٣].
- قلت: قد يقال بالبطان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، بناءً على منع البيع مطلقاً أو مع اليسار [٤].
- (و) كيف كان ذـ (هل تباع قيل: لا مادام الولد حيّاً) [٥].

[١] بلا خلاف، بل في التذكرة نسبته إلى مذهبن^(١) مشعراً بالإجماع عليه، ولا ينافي ما تسمعه من جواز بيعها عند جماعة من الأصحاب؛ لعدم انحصار حكمها في عدم جواز البيع؛ إذ قد لا تباع فتعتق من نصيب ولدها مثلاً.

[٢] [كما] لا خلاف فيه [هـ].

[٣] بل في المسالك: لا شبهة فيه^(٢)، بل ظاهر قوله في التذكرة: «عندنا»^(٣) الإجماع عليه، وعلمه في جامع المقاصد «بأن الرهن بعد تمامه ولزومه إنما يبطل بمنافيه، والإحبال وإن وقع بالإذن غير مناف وإن صارت أم ولد؛ إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً على الاستيلاء، إما مطلقاً أو مع الإعسار، ومع الإيسار يجب بذل القيمة لتكون رهناً، وذلك أثر بقاء الرهانة لا محالة، فلا منافاة حينئذٍ»^(٤)، بل في المسالك: «لا تخرج به عنه وإن منعنا من بيعها لإمكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله»^(٥).

[٤] لما عرفت سابقاً من أنه يشترط في صحة الرهن كونه ممّا يباع حتى يتم الاستيثاق به، بدعوى ظهور كون ذلك شرطاً في الابتداء والاستدامة، كما هو الأصل في الشرائط، خصوصاً في المقام الذي هذا الشرط فيه كأنه من مقومات الرهانة، وبذل القيمة على القول بالمنع مع اليسار إنما هو لبطلان الرهانة في العين، لا لبقائها فيها حتى تكون ذلك من آثارها.

ومن هنا أورد في جامع المقاصد على هذا القائل بأن الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين، وإلا فلا تعلق لها بالقيمة^(٦) وإن كان قد يدفع بالتزام الثاني والتعلق بالقيمة؛ لكونه السبب في إتلاف الرهن حتى لو أذن له بالوطء الذي لم يستلزم الإحبال، فالإذن فيه ليس إذناً بالإتلاف حتى يتوجّه إليه عدم استحقاق القيمة رهناً باذنه، ولعلّ هذا القائل كسابقه يلتزم عدم عودها رهناً بموت الولد، أو انكشاف عدم بطلان رهانتها الذي حكم به ظاهراً؛ لاستصحاب بقاء الولد أو غيره.

[٥] ترجيحاً لدليل منع بيع أمهات الأولاد، الظاهر في قوة الاستيلاء بحيث يضاهي العتق، بل ربما كان أقوى؛ لأنه ينفذ فيما لا ينفذ فيه كاستيلاء المجنون والمجور عليه، ولأن استيلاء المريض يكون من الأصل، بخلاف عتقه، بناءً على أنّ منجزاته من الثلث.

لكن لم نعرف القائل به قبل المصنّف، بل ولا بعده غير الفاضل في التحرير وثاني الشهيدين في ظاهر الروضة^(٧)، نعم عن الشهيد في غاية المراد حكايته عن المبسوط^(٨)، وفي جامع المقاصد: «الظاهر أنه وهم»، وحكى عنه الجواز مطلقاً^(٩).

(١) (٣) التذكرة ١٣: ٢١٩، ٢٢٨.

(٢) (٥) المسالك ٤: ٥٠.

(٣) (٩) (٦) جامع المقاصد ٥: ٨٠.

(٧) التحرير ٢: ٤٨٨. الروضة ٤: ٨٥.

(٨) غاية المراد ٢: ١٨٨. انظر المبسوط ٦: ٩٣.

(وقيل) [١]: (نعم) يجوز مطلقاً [٢] (لأنَّ حقَّ المرتهن أسبق) [٣] [وفي المسألة قولان آخران] (و) لا ريب أنَّ الثاني لا (الأوَّل) ولا الأخيرين (أشبهه) [٤]، خصوصاً إذا كان الوطء بغير الإذن [٥]، [و] أنَّه (لو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطء) [٦].

وعلى كلِّ حال فلا حدَّ على المالك وإن كان بغير إذن، وإنَّما يعزُّرو ولده حرّاً، ولا يغرم قيمته رهناً وإن قلنا

[١] والقائل الشيخ - كما عرفت - والحلي والفاضل في المختلف والكركي والشهيدان في اللمعة والمسالك^(١).

[٢] للأصل ولذلك].

[٣] ولأولوية أو مساواة بيعها في الدين المتعلِّق بها للبيع في ثمن رقبته.

وبذلك كلّه وغيره يرجَّح دليل بيع الرهن على دليل منع بيع أمهات الأولاد ولو سلّم التعارض مع عدم الترجيح، فالأصل جواز البيع.

وقيل - والقائل الشيخ في الخلاف وابن زهرة والفاضل في التذكرة والشهيد في الحواشي على ما حكى عنهم -: تباع مع إعسار الراهن وتبدل قيمتها رهناً^(٢)، جمعاً بين الحقيين مع يساره، بل في الغنية الإجماع عليه، وكان وجهه بعد كونه جمعاً بين الدليلين مساواته في الأوَّل لثمن رقبته، بخلاف الثاني، لكن في السرائر: أنَّه مخالف لأصول المذهب^(٣).

وقيل - والقائل الشهيد في بعض حواشيه -: يجوز بيعها مع وطئه بغير إذنه، ولا يجوز مع الوطء بالإذن^(٤)، ومال إليه بعض مشايخنا؛ لموافقته للأصول والاعتبار إن لم يكن خرقاً للإجماع^(٥).

[٤] بأصول المذهب.

[٥] لما عرفت من ترجيح دليل الرهن بما سمعت الذي منه الشهرة.

بل قد عرفت أنَّ الأصل يقتضي الجواز. بعد الإغضاء عن الترجيح (و) خصوصاً بعد اعتراف المصنّف بل الجميع بـ [ذلك].

[٦] كالإذن في غيره من الانتفاعات التي لا تستلزم بطلان الرهانة في العين وإن أذن له في نقلها إلى غيره بعقد فضلاً عن استيفائها بنفسه أو بغيره، بل قد عرفت جزم الأصحاب بعدم خروجها بذلك عنه، وإن ترتّب عليه الإحبال حتى على القول بعدم جواز البيع، هذا. وفي الدروس في تحرير أصل المسألة، قال: «وفي بيعها أو وجوب إقامة بدلها تردّد من سبق حقَّ المرتهن وعموم النهي عن بيعها فيقام بدلها أو يتوقَّع قضاء الدين أو موت ولدها ولو كانت مرهونة في ثمن رقبتهافيبيعها أوجه»^(٦).

وفيه: أنَّه لا إشكال فيه مع الإعسار، ومع اليسار من المسألة، كما أنَّ القائل بعدم جواز بيعها لا يوجب إقامة بدلها، بل ليس له إلا توقُّع قضاء الدين أو موت الولد، بناءً على أنَّها باقية رهناً، كما عرفت، والأمر سهل.

(١) المبسوط ٢: ٢١٧. السرائر ٢: ٤١٨. المختلف ٥: ٤٣٠. جامع المقاصد ٥: ٨٠-٨١. اللمعة ١٣١: ٤٩.

(٢) الخلاف ٣: ٢٢٩-٢٣٠. الغنية ٢٤٤: ٢٤٤. التذكرة ١٣: ٢١٩. نقله عن الحواشي مفتاح الكرامة ٥: ١٢٤.

(٣) السرائر ٢: ٤١٨.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ١٢٤.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ١٢٤.

(٦) الدروس ٣: ٣٩٧-٣٩٨.

بتبعية النماء، كما أنه ليس عليه عوض الوطء كذلك. نعم لا يبعد وجوب أرش البكارة عليه رهناً إذا كان بغير إذن؛ لأنه عوض جزء ألتفه، وكذا تفاوت قيمتها لو كان بالوطء والإحبال أو الولادة، بل لو ماتت بالطلق وجب بذل قيمتها رهناً [١]. وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة فضلاً عن غيرها فماتت بالطلق بخلاف زوجته المأذون في وطئها والمزني بها الحرة المختارة التي لا تدخل تحت اليد بالاستيلاء الذي هو إثبات يد في الأمة، وأما المكروهة الحرة [٢] [فـ] لأقوى القيمة عند التلف لا الإحبال ولا الأعلى منه إلى يوم التلف.

هذا كله في وطء الراهن، أما المرتهن فكالأجنبي في الأحكام المتقدمة في بيع الحيوان [٣].
(و) كيف كان (فـ) لو أذن المرتهن (له) أي الراهن (في بيع الرهن^(١)) جارية كان أو غيرها قبل حلول أجل الدين (فباع بطل الرهن) فيه [٤].
(ولا يجب جعل الثمن رهناً) إذا لم يشترطه [٥].

[١] كما في القواعد^(٢) وغيرها.
[٢] ففي جامع المقاصد: يضمنها لو ماتت بالطلق، كما صرح به في التذكرة؛ لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره فيضمن دينها التي تجب على العاقلة^(٣).
وفيه ما لا يخفى، بل لا يخلو السابق [أي ضمان قيمة أمة غيره لو وطئها لشبهة] أيضاً من نظر.
[٣] لكن عن الشيخ في المبسوط هنا: «إذا وطئها بإذن الراهن، فإن لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زناً»^(٤) والخلاف: «إذا وطأ بجارية المهرونة بإذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر»^(٥)، ومثله عن الغنية نافياً للخلاف فيه^(٦). والظاهر إرادتهم عدم الاكتفاء بمطلق الإذن، بل لابتدئ من عقد التحليل، إلا أنه لا وجه لنفي المهر عنه. وحكى عنه في الدروس أنه قال: «لو أذن له الراهن فلا مهر عليه ولا قيمة للولد، ثم قال: وهو بعيد، إلا أن يحمل على التحليل، لكن كلام الشيخ ينفيه»^(٧)، وهو كذلك كما سمعت، بل المتجه على ما سمعت من كلامه كون الولد رقاً رهناً، بناءً على التبعية؛ لأنه يبدل قيمته رهناً أيضاً. ومن الغريب ما يحكى عنهما أيضاً وعن التحرير من أنها تصير أم ولد له لو اشتراها بعد ذلك^(٨)، مع أن الظاهر من الأدلة اعتبار التوحد من وطء المالك في ذلك.
[٤] بلا خلاف ولا إشكال.

[٥] بلا خلاف أيضاً بيننا إلا ما تسمعه من الشيخ في بعض أفرادها؛ للأصل السالم عن المعارض بعد بطلان الرهانة في المبيع بالإذن التي تعقبها البيع. اللهم إلا أن يدعى كون المراد الإذن في بيعه مرهوناً على معنى كون الثمن مقابلاً له في الملك وحق الرهانة، فننتقل الرهانة حينئذ إلى الثمن قهراً، لكن ظاهر الأصحاب في المقام سقوط حق الرهانة؛ لعدم تعقل بقائها في المبيع حتى تقابل بالثمن، وأنه فرق بين البيع والتلف وعليه، وإن كان فيه نوع تأمل يتجه حينئذ لهم ما سمعت.

(١) في الشرائع: «بيعها» بدل «بيع الرهن».

(٢) قواعد ١١٣: ٢.

(٣) جامع المقاصد ٨٢: ٥. التذكرة ١٣: ٢٢٢.

(٤) المبسوط ٢٠٩: ٢.

(٥) الخلاف ٢٣٢: ٣.

(٦) الغنية ٢٤٤.

(٧) الدروس ٣: ٣٩٨.

(٨) الخلاف ٣: ٢٣٢. المبسوط ٢٠٩: ٢. التحرير ٢: ٤٩١.

و[المختار] (١) أنّ السقوط بالبيع لا بالإذن فيه، فله حينئذ الرجوع بها قبل البيع لعدم بطلان حقّه بذلك ولو ادّعى الرجوع حلف الراهن إن ادّعى علمه.

ولو صدّقه على الرجوع وادّعى كونه بعد البيع وقال المرتهن قبله، فإن اتّفقا على تعيين وقت أحدهما واختلف في الآخر حلف مدّعي التأخير عن ذلك الوقت؛ لأنّه منكر بناءً على أصالة تأخّر مجهول التاريخ عن معلومه، وإن أطلقا الدعوى أو عيّنا وقتاً واحداً حلف المرتهن؛ لتكافؤ الدعويين، فيتساقطان ويبقى استصحاب الرهن سليماً عن المعارض، فتأمّل جيّداً.

أمّا إذا كان البيع المأذون فيه بعد حلول الحق أو كان الحق حالاً من أصله (٢) [فالظاهر أنّه كالأول في بطلان الرهن وفي لزوم تعلّق الرهن بالثمن لو صرّح باشتراطه في الاجازة أو الإذن السابقة خلاف].

[١] [كما] منه [= مما تقدم] يعلم [ذلك].

[٢] ففقتضى اطلاق المصنّف وغيره كونه كالأول، بل في المسالك، أنّه المشهور^(١)؛ لما عرفت، لكن عن المبسوط لو أذن له في البيع بعد محلّ الحق فباع صحّ البيع وكان ثمنه مكانه حتى يقضي منه أو من غيره^(٢)، واختاره في التحرير^(٣)، بل والدروس؛ معللاً له بأنّه قضية عقد الرهن^(٤).

لكنّه كما ترى، كدعوى انصراف الإذن في هذا الحال إلى اشتراط كونه رهناً كونه محلّ البيع، بخلاف ما قبل الأجل بعد الإغضاء عن لزوم مثل هذا الشرط لو صرّح به في الاجازة، أو الإذن السابقة، وإن كان لا خلاف فيه على الظاهر بيننا، بل في التذكرة صحّ عندنا^(٥)، مشعراً بالإجماع عليه، كقولهم في المسالك قطعاً^(٦) محتجّين عليه بعموم «المؤمنون»^(٧)، وفي الدروس: «أنّه قريب من نقل الوثيقة إلى عين أخرى»^(٨).

لكن قد يقال: إنّه ليس في ضمن عقد حتى يلزم بلزومه، ونقل الوثيقة إنمّا يكون بفسخ من المرتهن للأولى وإيجاب للرهن في الثانية. على أنّ ظاهره في الدروس سابقاً اختصاص النقل بالذي يخاف فساد، قال: «لو اتّفق المتراهنان على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز؛ لأنّ الحق لا يعدوهما ويجري مجرى بيعه وجعل ثمنه رهناً، ويحتمل المنع؛ لأنّ النقل لا يشعر بفسخ الأول، ويمتنع البذل مع بقاء الأول، فإن قلنا بجواز النقل هنا فهل يجوز في رهن قائم لم يعرض له نقص؟ وجهان مرتبان، وأوّل بالمنع؛ لأنّ المعرض للفساد يجب بيعه، فهو في حكم الفائت، ونقل الحق إلى بدل الفائت معهود، ولا فوات هنا»^(٩). وهو كما ترى ظاهره الميل إلى العدم في غير ما يخاف فساد، فقرب الشرط منه غير مجدي في صحّته ولزومه، على أنّ المتّجه بناءً على عدم مشروعية نتائج العقود بالشروط اعتبار رهانة جديدة للثمن، وظاهرهم خلافه، والاكتفاء بصيرورته رهناً بذلك، ولعلّه مبنيّ على ما ستسمعه إن شاء الله.

(١) المسالك ٤: ٥٠. (٢) المبسوط ٢: ٢١٠.

(٣) التحرير ٢: ٤٩٢. (٤) الدروس ٣: ٤٠٩.

(٥) التذكرة ١٣: ٢٣٣. (٦) المسالك ٤: ٥١.

(٧) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤. (٨) الدروس ٣: ٤٠٨.

(٩) الدروس ٣: ٣٩٥.

وعلى كل حال فالحكم بلزوم الشرط هنا لا يخلو من إشكال .
 اللهم إلا أن يقال : إن الشرط في الإذن في العقد كالشرط في العقد في اللزوم ، بل قد ينحل هذا الشرط إلى كونه شرطاً على البائع في الإيجاب المعتبر رضاها معاً في صحته .
 وعلى كل حال فمنه حينئذ يعلم اللزوم لو اشترط تعجيل الحق في الإذن [١] .
 ولو اختلفا في اشتراط رهن الثمن ؟ [٢] [حلف الراهن] .
 ولو اختلفا في النية لم يلتفت إلى المرتهن [٣] .
 [وقد يحتمل تقديم قول المرتهن في الاختلاف في اشتراط رهن الثمن] [٤] .
 ولعل التحقيق اختلاف التعبير في الدعوى ، والأمر سهل ، والله أعلم .
 هذا كله في إذن المرتهن للراهن (و) أما (لو) انعكس الفرض بأن (أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل) فـ [المختار] [٥] [أنه] (لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن) على معنى كونه رهناً عنده عوض المبيع [٦] .

- [١] كما صرح به غير واحد ، بل لا أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ فلم يسقط الأجل بهذا الشرط ، بل ظاهر الدروس حكاية كون الثمن رهناً عنده في هذا الفرض ^(١) ، وفيه ما لا يخفى .
 [٢] ففي الدروس وجامع المقاصد حلف الراهن ^(٢) .
 [٣] لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ .
 نعم قد يناقش في الأول بأن القول قول المرتهن في أصل الإذن فكذا صفتها .
 [٤] كما عن التذكرة الجزم به في خصوص الفرض ^(٣) ، بل عن المبسوط : لو قال : « أذنت بشرط أن تعطيني حقّي فقال الراهن : بل مطلقاً فالقول قول المرتهن ؛ لأن القول قوله في أصل الإذن ، فكذا في صفته » ^(٤) .
 وأجمل الفاضل في القواعد فقال : « حلف المنكر » ^(٥) من غير بيان أنه الراهن أو المرتهن .
 [٥] [كما] في المتن وغيره بل لم يعرف نقل الخلاف فيه فضلاً عن وقوعه .
 [٦] كما صرح به في الروضة ^(٦) ، بل ربما قيل : إنه لا خلاف فيه سوى ما حكاه في الجامع بلفظ القيل من أنه لا يكون رهناً ^(٧) .

لكن في الرياض سوى بين إذن الراهن والمرتهن في بطلان الرهن وعدم جعل الثمن رهناً ، قال : « ولو باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن وقف على الإجازة وصح بعدها على الأشهر الأقوى من جواز الفضولي وبطل الرهن ، كما لو أذن ابتداءً أو باع هو باذن المرتهن مطلقاً لزوال متعلّقه ، ولا يجب جعل الثمن رهناً إلا مع اشتراطه » ^(٨) ، بل ربما ظهر منه الميل إلى عدم صيرورة القيمة في التلف رهناً ؛ لأنه قال متصلاً بالكلام السابق : « قيل : أما إذا أتلّفه

(١) الخلاف ٣ : ٢٣٣ . الدروس ٣ : ٤٠٩ .
 (٢) التذكرة ١٣ : ٢٣٥ .
 (٣) القواعد ٢ : ١١٤ .
 (٤) المبسوط ٢ : ٢١٠ .
 (٥) الروضة ٤ : ٨٣ .
 (٦) الرياض ٨ : ٥٣٧ .
 (٧) الجامع للشرائع : ٢٨٩ .
 (٨) الجامع المقاصد ٥ : ٨٣ .

[والقول بعدم كون الثمن رهناً أو ترجيح عدم كلاهما لا يخلو من نظر].

متلف اتلافاً يقتضي العوض كان العوض رهناً لإمكان الاستيثاق به ، وعدم خروجه عن العوض^(١) ، لكنّه تبطل وكالة المرتهن في الحفظ والبيع إن كانت لاختلاف الأغراض في ذلك باختلاف الأموال انتهى .

وفي الفرق وتعليل قيام العوض مقام المتلف رهناً نظر ، يظهر وجهه لمن تدبّر^(٢) .

قلت : قد عرفت اتفاق الأصحاب ظاهراً على كون الثمن رهناً في صورة إذن الراهن ، إلا ما حكاه في الجامع بلفظ القيل^(٣) ، ولا ريب في ضعفه ، وإن كان وجهه ما سمعت سابقاً من اقتضاء البيع بطلان الرهانة السابقة ؛ لعدم تعقّل بقائها في المبيع ، بل وفي ثمنه إلا مع الشرط ، وليس هنا ؛ إذ الفرض عدم وقوع غير الإذن من الراهن للمرتهن في البيع ، وهو أعمّ من ذلك ، فيكون إذن الراهن كإذن المرتهن في ذلك ، بعد فرض استناد البطلان إلى البيع المنافي للرّهانة في المبيع ، وليس ما يقتضي رهن غيره من شرط ونحوه ، وهو مشترك بينهما .

لكن فيه أولاً : أنّه لا يتمّ بناءً على أنّ الثمن للمبيع كعوض التالف تتعلّق به الرهانة من حيث كونه عوض مرهون ؛ إذ من الواضح حينئذٍ تماميّة ما ذكره الأصحاب . نعم هنا مقتضى ذلك كونه رهناً أيضاً في إذن المرتهن للراهن ، لا العكس خاصّة ، وهم لا يقولون به إذا لم يشترط .

اللهمّ إلا أن يدعى ظهور الإذن منه في الإسقاط بالبيع مطلقاً أو في خصوص البيع قبل الأجل باعتبار عدم اقتضاء الرهن بيعه حينئذٍ ، والشرط إنّما هو لرفع الظهور المستفاد من الإذن وإبقاء رهنيّة الثمن على حسب اقتضاء تعلّق الحقّ بالعين أو بما يقوم مقامها ، بخلاف المقام الذي لم يحصل منه إذن في البيع ؛ إذ الإذن من الراهن وإنما حصل منه البيع ، وهو لا يقتضي إسقاط حقّه من الرهانة ، وربّما يؤيّد عدم ذكرهم اعتبار القبض في رهنيّة الثمن المشتراط فضلاً عن تجديد الإرهان .

وثانياً : أنّه لو قلنا باقتضاء البيع سقوط الرهانة في المبيع على وجه لا يقتضي رهانة الثمن إلا باتّفاق جديد منهما . لكن قد يقال بظهور كون البائع المرتهن وأنّ الإذن من الراهن له من حيث حقّ رهانته ، لا أنّها وكالة كوكالة الأجنبي في إرادة بقاء الإرهان الذي لا موضوع له بعد البيع ، إلا في الثمن فهو كاتّفاقهما على ذلك ، بل مبنى العقد ظاهراً عليه حتى يصحّ بخلافه ، وهذا واضح بأدنى تأمل . ومن ذلك كلّيه يظهر لك ما في الرياض من «النظر»^(٤) من وجوه بل وما في الحدايق ، فإنّه قال فيما لو أذن الراهن للمرتهن : « هل يكون الثمن رهناً فلا يجوز للراهن طلبه أم لا ؟ إشكال ، ولم يحضرنى الآن تصريح أحد منهم بالحكم المذكور ، ويمكن ترجيح عدمه ؛ لأنّ حقّ المرتهن إنّما تعلّق بالعين ، فلا يتعدّى إلى الثمن إلاّ بدليل ، وليس فليس»^(٥) .

إذ قد عرفت التصريح بذلك ، وأنّه المراد من قولهم : لا يجوز التصرف فيه إلا بعد الحلول بعد التأمل ، وقد عرفت الوجه في ذلك أيضاً ، فكلامه أيضاً لا يخلو من نظر من وجوه .

(١) في المصدر : «الفرض» .

(٢) الرياض : ٨ : ٥٣٧ .

(٣) الجامع للشرائع : ٢٨٩ .

(٤) الرياض : ٨ : ٥٣٧ .

(٥) الحدايق : ٢٠ : ٢٧٦ .

كما أنَّ قول المصنّف: (إلا بعد حلوله) لا يخلو من نظر أيضاً [١]. فلا يجوز للمرتهن التصرف في الثمن حتى بعد الحلول إلا باذن الراهن أو الحاكم] [٢] بل وكذا قوله [٣]: (ولو كان) أي الإذن بالبيع (بعد حلوله صح) التصرف فيه لا يخلو من نظر إذا لم تقتزن بما يدل على الإذن في الاستيفاء منه ولو بمعاوضة جديدة أو قبض كذلك كمطالبة من المرتهن ونحوها [٤]. و[قد شرط] [٥] جواز التصرف المزبور بالإذن فيه وفي الاستيفاء، وهو جيد [٦]. نعم لو فرض أنَّ المرتهن قد اشتراه باذن من الراهن في الذمة بمساوي حقّه جنساً وصفاً أمكن حينئذ دعوى التهاثر القهري [٧]. (و) كيف كان فـ (إإذا حلَّ الأجل) وأراد المرتهن حقّه طالب الراهن بالوفاء ولو ببيع الرهن، أو التوكيل في بيعه. و[قيل] [٨] ليس للمرتهن تكليف الراهن بأداء الحق من غير الرهن وإن قدر عليه الراهن [٩]. [كما لا يجوز البيع له لو بذل له الراهن الدين]. (و) لو (تعدّز الأداء) المزبور لامتناع من الراهن مثلاً (كان للمرتهن البيع) والاستيفاء (إن كان وكيلاً). بل له ذلك من غير مراجعة له مع إطلاق وكالته (وإلا) يكن وكيلاً ولم يتمكّن من إجباره (رفع أمره إلى الحاكم) إذا كانت له بيّنة ثبت بها حقّه (يلزمه البيع)^(١) بالقول أو الفعل بضرب أو حبس أو نحوهما ممّا يتوقّف تحصيل الحق عليه إلى منتهى مراتب ذلك. وليس للمرتهن البيع قبل رفع أمره إلى الحاكم [١٠]. فإن امتنع على الحاكم إلزامه - ولو لعدم بسط يده - باعه عليه بنفسه أو بوكيله ولو المرتهن إذا كان

[١] ضرورة اقتضائه جواز التصرف في الثمن بعد الحلول، وهو واضح البطلان؛ إذ ليس الثمن إلا رهناً فيجري فيه ما يجري في الرهن من عدم جواز التصرف فيه بعد الحلول إلا باذن الراهن أو الحاكم أو المرتهن.

[٢] على التفصيل الذي ستمعه.

[٣] كغيره من الأصحاب.

[٤] ضرورة عدم اقتضاء الإذن في البيع ذلك.

[٥] [كما] من هنا شرط بعضهم^(٢) [ذلك].

[٦] بخلاف ما في المسالك من تنزيل العبارة على مساواة الثمن للحقّ جنساً وصفاً^(٣)؛ إذ هو مع عدم إشعار في عبارة المصنّف وغيرها به غير تامّ؛ إذ التساوي لا يقتضي الإذن في الاستيفاء، والتفاضل القهري في نحوه إنّما هو في خصوص ما في الذم، لا في الرهن المساوي للحقّ، كما هو واضح.

[٧] وتنزيل العبارة عليه، كما ترى. وأضعف منه الاحتجاج لإطلاقها بما دلّ على المقاصة من خبر المروزي المتقدم سابقاً في خوف جحود الوارث وغيره الذي لافرق فيه بين مجانس الحق ومخالفه؛ ضرورة عدم جواز المقاصة قبل حصول شروطها من الامتناع وغيره، كما هو واضح. فالتحقيق مراعاة الضوابط إن لم يقدّم إجماع على خلافها في المقام، ودنه خرط القتاد، والله أعلم.

[٨] [قاله] في الدروس^(٤).

[٩] ولعلّه لتعلّق حقّه في العين برضاه، ولا ينافي ذلك شغل ذمة الراهن، كما لا ينافيه عدم جواز البيع له لو بذل له الراهن الدين.

[١٠] بلا خلاف أجده فيه؛ للأصل وغيره بعد عدم انحصار حقّه في ذلك، وبعد نصب الحاكم لقطع الخصومات وإعانة المظلومين.

جامعاً لشروط الوكالة في مثله . وليس للمرتهن هنا أيضاً البيع بدون ذلك ؛ لتمكّنه من الولي الشرعي له الذي هو قائم مقامه ، فلا تسقط حرمة ماله حينئذٍ [١] . لكن في المتن [٢] أنّه (إن امتنع) أي الراهن بعد إلزام الحاكم له (كان له حبسه وله أن يبيع عليه) [٣] . وهو لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد مراعاة الاقتصار في ولاية الحاكم على المتيقّن الذي هو حال انتهاء مراتب الإجبار على الحق [٤] .

[١] إذ هو كالتمكن من المالك ، والاستيثاق لا يقتضي مباشرة الاستيفاء (ف) لا ينافي كون كفيّته ما ذكرنا كي يعارض ما دُلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه أو إذن وليه .

[٢] وغيره .

[٣] ومقتضاه التخيير بين الأمرين ، وأن ولاية الحاكم تثبت في أوّل مراتب الامتناع عليه .

[٤] بل ربّما كان في خبر سماعة عن الصادق عليه السلام ظهور في خلافه في الجملة ، قال : «كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا كان النوى على غرمانه ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص ، فإن أبي باعه فقسّمه فيهم يعني ماله» ^(١) . فتأمل . والأمر في ذلك سهل ، كسهولة اختلاف عبارة الأصحاب في المقام بالنسبة إلى الإطلاق والتقييد ، المبني على ظهور الحال في هذا الحكم ، لا على الاختلاف في المسألة ، والتفصيل ما ذكرنا . وليس في نصوص المقام ما ينفيه سوى ما في موقّ إسحاق بن عمار من جواز البيع من دون مراجعة الحاكم ، قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس ؟ فقال : «لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه ، قلت : لا يدري لمن هو من الناس ، فقال : فيه فضل أو نقصان ، فقلت : إن كان فيه فضل أو نقصان ، فقال : إن كان فيه نقصان فهو أهون يبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله ، وإن كان فيه فضل فهو أشدهما عليه ، يبيعه ويمسك فضله حتى يجيء صاحبه» ^(٢) . إلّا أنّي لم أجد عاملاً به عدا ما يحكي عن ظاهر أبي الصلاح حيث أطلق جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن ، وأنّه ليس له إلّا مقدار قيمته لو نقصت عن الحق مع البيع بغير الإذن ^(٣) . ولعلّه لهذا الخبر الذي يمكن حمله على ما إذا لم يمكن إثبات حقّه ورهائنه عند الحاكم ، أو على إرادة بيان مطلق البيع الذي يجامع الاستئذان من الحاكم مع التمكن أو على غير ذلك . كما أنّه ينبغي حمل موقّ عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام : في رجل رهن رهناً إلى غير وقت موقت ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه ، قال : «لا ، حتى يجيء» ^(٤) على الكراهية ، أو على الغيبة التي لا ضرر على الديان بانتظارها لقربها وتوقّع مجيء الراهن ، أو غير ذلك ممّا يحمل عليه موقّ ابن بكير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن رهناً ثم انطلق فلا يقدر عليه أبياع الرهن ؟ قال : «لا ، حتى يجيء صاحبه» ^(٥) . أو يطرحا لإعراض الأصحاب عن إطلاقهما . وأمّا خبر إبراهيم بن عثمان : قلت للصادق عليه السلام : رجل لي عليه دراهم وكانت داره رهناً فأردت أن أبيعهما ، فقال : «أعذك بالله أن تخرجه من ظلّ رأسه» ^(٦) . فلا ريب في إرادة الكراهة لبيع الدار منه ، كما أنّ المراد من بيعه [هو بيعه] على حسب حال بيع الرهن من الرجوع إلى الراهن أو لا ثم إلى الحاكم مع التمكن على التفصيل المتقدم ، لا أنّ المراد تولّي بيعه بنفسه من أوّل الأمر الذي يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه ، بل المفهوم في خبر المروزي المتقدم ^(٧) في مسألة خوف جحود الوارث ظاهر في نفيه أيضاً فضلاً عن الموقّعين السابقين .

(١) التهذيب ٦ : ١٩١ ، ح ٤١٢ ، وفيه : «صار» بدر سماعة . (٢) الوسائل ١٨ : ٣٨٤ ، ب ٤ من الرهن ، ح ٢ ، ١ .

(٣) الكافي : ٣٣٥ .

(٤) المصدر السابق : ٣٨٥ ، ح ٣ .

(٥) تقدّم في ص ١٥١ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٣٤١ ، ب ١١ من الدين ، ح ٤ .

(٧) تقدّم في ص ١٥١ .

ثم إن [الظاهر] [١] هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم [في بيع الرهن لاستيفاء الحق] مع تعذره [٢]؛ إذ الظاهر عدم التوقف في مباشرة المرتهن حينئذٍ للبيع واستيفاء حقه [٣].

كما أن الظاهر إرادة من ألحق غيبة الراهن بالامتناع الغيبة التي يتضرر المرتهن بانتظار مجيئه منها، لا مطلق الغيبة وإن قصر زمانها، بل ربما كانت أقصر زماناً من استثنائه وهو في البلد في بعض الأحوال نعم.

[القول باعتبار إذن الحاكم إذا لم يكن للمرتهن بيّنة إن تمكن من استثنائه ولو على وجه العموم لا يخلو من قوة] [٤].

كما أنه [الظاهر:] [٥] [جواز] بيع تمام الرهن وإن وفي بعضه بالحق فيبقى الباقي حينئذٍ أمانة [في يده]، وهو جيد إذا توقف الحق عليه أو حصل ضرر بالتبعض على المالك.

أما إذا لم يكن كذلك فالمتجه مراعاة حق الراهن بالاعتصاف على بيع مقدار الحق وإبقاء عين المال أمانة. ولو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن كان للحاكم إلزام المرتهن بالإذن، فإن امتنع تولى أمره الحاكم [٦]. وقد عرفت فيما تقدم أنه لا بد من الإذن في الاستيفاء.

[١] [كما هو ظاهر الأصحاب].

[٢] نعم في جامع المقاصد: «لو لم يكن الحاكم موجوداً باع بنفسه، ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى»^(١). وهو مع ظهوره في عدم الوجوب لم يعتبر إذنهما في البيع للولاية، كما أن الظاهر عدم إرادة من أنهى الأمر إلى الحاكم من غير تعرض للحكم إذا لم يكن موجوداً تعطيل المال لو فرض تعذر الوصول إليه.

[٣] كما هو مقتضى ما دلّ على المقاصة والموثق المزبور المعتضد بنفي الضرر والحرج، بل أطلق في التذكرة: «أنه إذا لم يكن له بيّنة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بيّنة له يبيعه، ويأخذ حقه»^(٢). وإن كان الظاهر إرادته بحيث يشق الوصول إليه لا مطلق عدم كونه في البلد.

[٤] [لكن] قد يظهر من كلمات الأصحاب في المقام عدم اعتبار إذن الحاكم إذا لم يكن للمرتهن بيّنة وإن تمكن من استثنائه على وجه العموم بحيث يندرج الرهن المخصوص فيه في الواقع من دون تعرض له بخصوصه. إلا أن الاعتبار مراعاة لإذن الولي لا يخلو من قوة.

[٥] [كما] قد يظهر منها [= كلمات الأصحاب] ومن الموثق المزبور [ذلك].

[٦] وإليه أشار في التذكرة فقال: وإنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله باذن المرتهن، فلو لم يأذن وأراد الراهن بيعه قال له الحاكم: إذن في بيعه وخذ حقه من ثمنه أو أبرئه، ولو قال الراهن للمرتهن: بيعه لنفسك لم يصح البيع؛ لأن غير المالك لا يبيع لنفسه، خلافاً للشافعي في أحد الوجهين، بل يقول: بيعه لي أو بيعه مطلقاً على الأقوى حملاً على الصحيح، خلافاً للشافعي في أحد وجهه أيضاً فمنعه^(٣).

فإن قال : استوفه لي ثم استوفه لنفسك صحّ [١] . [وهل يكتفي بدوام اليد عليه أو يحدث فعلاً جديداً من كيل أو وزن أو نقل ؟ لا ريب في قوّة الاكتفاء بدوام اليد] . وكذا الكلام لو قال : اقبضه لي ثمّ لنفسك أو أمسكه لنفسك [٢] .

أمّا لو قال : به لي واستوف لنفسك أو اقبضه أو أمسكه كذلك فقد يشكل صحّته فيما لو كان الثمن في الذمّة بعدم تعيّن للمديون بغير قبض منه أو معنّ يقوم مقامه مع عدم الحوالة [٣] . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ القبض وإن كان لنفسه يقوم مقام قبض الدّيان فيقدّر له أنّا ماكما في أعتق عبدك عنيّ ، فتأمّل جيّداً ، هذا . وقد تقدّم تمام التحقيق في كثير من هذه المسائل في المباحث السابقة في كتاب البيع ، والله أعلم .

[ما يتعلّق بالرهن] :

المقصد (الثاني : في أحكام متعلّقه بالرهن) : (الرهن لازم من جهة الراهن) جائز من جهة المرتهن [٤] . نعم هو جائز من طرف الراهن قبله [= القبض] بناءً على أنّه شرط في اللزوم ، كما مرّ تحقيق ذلك ، والمراد هنا بيان حكمه من جهة الراهن والمرتهن بعد تمام ما هو معتبر في صحّته ولزومه [٥] .

[١] كما في التذكرة ، وعلى الأقوى في الدروس ، وفيهما معاً : « أنّه يحدث فعلاً جديداً من كيل أو وزن أو نقل ؛ لدلالة اللفظ عليه »^(١) . نعم احتمال في ثانيهما الاكتفاء بدوام اليد كقبض الرهن أو الهبة من المودّع والغاصب والمستعير ، ولا ريب في قوته ؛ لأنّ استدامة القبض كالقبض الجديد ، كما أوّمانا إليه سابقاً .

[٢] ودعوى ظهور قوله : ثمّ استوف لنفسك في إحداث فعل على وجه لا يشمل تجدّد اليد واضحة المنع .

[٣] لكن في الدروس الأقرب الجواز وإن لم يقبضه للراهن وإن كان مكيفاً أو موزوناً أو طعاماً ، بل قال : « لو كان الثمن غير مقدّر بهما فالظاهر أنّه لا إشكال فيه لصحّة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف »^(٢) . وفيه : أنّ الإشكال ممّا ذكرنا لا من ذلك [= من البيع قبل القبض] . نعم في التذكرة : « الوجه الصحّة ؛ لأنّ قوله إستوف لنفسك يتضمّن التوكيل »^(٣) .

وهو جيّد ، بناءً على كون المراد إقبضه لي ثمّ لنفسك باعتبار توقّف الثاني على الأوّل ، إنّما الكلام على تقدير عدم إرادته ، وقد عرفت أنّه مشكل ، بل جزم الشافعي بعدم صحّته كالفاضل في القواعد ، وإن ترتّب الضمان على هذا القبض الفاسد^(٤) .

[٤] بلا خلاف أجدّه فيه ، بل في التذكرة والمحكي عن غيرها الإجماع عليه^(٥) . وهو كذلك ، بناءً على عدم مدخلية القبض في صحّته ولا لزومه ، بل وعلى تقدير مدخليته مع حصوله .

[٥] فالإجماع حينئذٍ بحاله ، مضافاً إلى ما دلّ على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقود وغيره الذي لا يجري في المرتهن قطعاً بعد أن كان الحق له ، فهو مسلّط على إسقاطه كغيره من الحقوق .

(١) التذكرة ١٣ : ٢٤٥ . الدروس ٣ : ٤٠٩ - ٤١٠ .

(٢) الدروس ٣ : ٤١٠ .

(٣) التذكرة ١٣ : ٢٤٦ .

(٤) التذكرة ١٣ : ٨٩ .

(٥) روضة الطالبين ٣ : ٣٢٩ . القواعد ٢ : ١٢٧ .

بل الظاهر عدم صحّة اشتراط الخيار للراهن [١]. وعلى كلّ حال فلا ريب في لزوم الرهن من جهة الراهن .
نعم قد يقال : بجوازه لو كان قد وقع منه ؛ لأنّه شرط عليه في بيع قد زعم صحّته فبان عدمها بعد وقوع الرهانة
منه [٢] .

و[قد قيل :] [٣] ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظنّ اللزوم فلهن فلا رجوع ، وهو لا يخلو من قوّة ، فتأمل
جديداً .

وكيف كان فـ (ليس له) أيّ الراهن (انتزاعه) من المرتهن بدون رضاه (إلّا مع) سقوط الارتهان ببراءة ذمّة
الراهن من الدين الذي قد رهن به الرهن بالـ (إقباض) من المالك أو المتبرّع أو الضمان أو الحوالة أو الإقالة المسقطّة

[١] لمنافاته الاستيثاق والحبس الذي هو مقتضى عقد الرهن ، وفرق بينه وبين ارتهان العبد الجاني - ونحوه ممّا لا وثوق للمرتهن
ببقائه من غير الراهن الذي يكون شرط الخيار منه كاشتراط التوقيت - في المنافاة .

لكن مع ذلك كلّه قد استشكل فيه في التذكّرة ، فقال : « وأما الشرط الفاسد فهو ما ينافي مقتضى عقد الرهن مثل
أن يشترط أن لا يسلمه إليه على إشكال أو لا يبيعه عند محلّ الحق ، أو لا يبيعه إلّا بما يرضى به الراهن أو بما
يرضى به رجل آخر أو تكون المنافع للمرتهن أو لا يستوفي الدين من ثمنه فإنّها شروط نافت مقتضى العقد ففسدت ،
وكذا إن شرط الخيار للراهن على إشكال ، أو أن لا يكون العقد لازماً في صفة أو يوقّت الرهن ، أو أن يكون الرهن
يوماً ويوماً لا يكون رهناً »^(١) .

إلّا أنّه لا ريب في ضعفه ؛ لما عرفت ، كضعف احتمال الفساد في اشتراط عدم التسليم إذا كان المراد منه استمرار بقاء اليد ،
بل وإن لم يد منه ذلك إذا كان المراد منه مالا يشمل الوكالة ، أو قلنا بعدم اعتبار التسليم فيه ، فإنّ دعوى احتمال عود ذلك على العقد
بالنقض كما ترى .

وكذا الكلام في نحو اشتراط المنافع للمرتن ، والله العالم .

[٢] كما جزم به في القواعد^(٢) ؛ لنفي الضرر والضرار ؛ ولأنّ الشرط في البيع كجزء من الثمن أو المثلن اللذين لا ريب في
رجوعهما إلى مالهما بظهور البطلان ، بل مقتضى ذلك بطلان الرهن قهراً ، إلّا أنّه لما كان قد وقع بعقد محكوم بصحّته ؛ لإطلاق
الأدلة روعي الجمع بين ذلك وبين حقّ الراهن بالخيار ، والمسألة سيّالة في غير المقام ، كاشتراط البيع والإجارة ونحوهما في عقد قد
ظهر فساد بعد وقوعهما ، مع أنّه قد يقال : بعدم الرجوع في الجميع ؛ لأنّ تحيّل الصحّة من الدواعي ، فالعقد الصادر باق على مقتضى
ما دلّ على صحّته ولزومه ؛ إذ هو حينئذٍ كما لو أبرأت الزوجة الذمّة بظنّ صحّة الطلاق أو في خصوص المقام ، الذي لا مجال للقول
بالبطلان فيه ، باعتبار منافاته لإطلاق ما دلّ على الصحّة ، ولا الخيار ؛ لعدم قابليّة خصوص هذا العقد للخيار ، فهو حينئذٍ كالإبراء
المشترط في عقد قد ظهر فساد بعد وقوعه والنكاح والطلاق والعتق ونحوها .

[٣] [كما] عن بعض نسخ القواعد^(٣) .

(١) التذكّرة ١٣ : ٢٥٤ .

(٢) القواعد ٢ : ١٠٩ .

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٧٥ .

للثمن المرهون به أو الإبراء من ذي الدين^(١) (أو) بـ (تصريح المرتهن بإسقاط حقّه من الارتهان) أو ما هو كالتصريح [١] . ولو برأت دَمَتَه من بعض الحق فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما يبقى من الدين وإن قلّ إذ لم يكن قد اشترط التوزيع أو كونه رهناً على المجموع المتفتي صدقه بذهاب البعض [٢] . أما إذا اشترط فـ [المختار] [٣]

[١] بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال .

[٢] وفقاً لصريح جماعة ، بل عن الشيخ الإجماع عليه ؛ لظهور الارتهان في الاستيثاق لجميع أجزاء الدين^(٢) ، وكون الغرض استيفاءه بتمامه منه أجمع ، كما يشعر به ما في النصوص^(٣) من نفي البأس عن الاستيثاق للمال الصادق على الكلّ والبعض جواباً للسؤال عن أخذ الرهن . لكن في المسالك عن الفاضل في القواعد : أنّه اختار فيها كونه رهناً على مجموع الدين الذي ينتفي صدقه ببراءة الدَمَة من بعضه وإن قلّ فيبقى الباقي من غير رهن بعد أن احتمله هو^(٤) ، والذي فيها : « ولو أدّى بعض الدين بقي كلّ المرهون رهناً بالباقي على إشكال أقرب ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين وعلى كلّ جزء منه »^(٥) . ولا صراحة فيه فيما ذكره ؛ ضرورة أعميّة مفهوم الشرط فيها من ذلك . بل في جامع المقاصد في شرحها : أنّه « قد يتوهم عدم إفتاء المصنّف ، نظراً إلى أنّ المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ، ولا نزاع فيه ؛ لأنّ النزاع مع عدم الشرط ، وليس كذلك ؛ لأنّ « الأقرب » يقتضي الفتوى ؛ إذ لا يتطرّق الاحتمال مع الشرط إنّما يتطرّق بدونه »^(٦) .

ثم قال في القواعد : « ولو دفع أحد الوراث نصيبه من الدين لم ينفك نصيبه على إشكال »^(٧) .

وفي جامع المقاصد : « أي لو دفع أحد ورثي الرهن نصيبه من الدين ، وهذا الإشكال - بعد الفتوى المتقدّمة بأنّه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً بكلّ جزء وبدونه على ما يقتضيه التقسيط - لا وجه له ؛ إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعاً ، وبدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك »^(٨) . ومقتضاه أنّه فهم من العبارة الأولى التقسيط ، وإن كان هو كما ترى ؛ لما عرفت من كون المفهوم أعمّ وإن جعلنا الأقرب راجعاً إليه ؛ إذ أقصاه أن لا يكون الحكم كذلك لا خصوص التوزيع . وعلى كلّ حال فلا ظهور فيه ، بل ولا إشعار بذلك ، وحينئذٍ فلا قائل به فيما أجد . نعم ربّما حكى عن الفاضل وولده التوزيع والتقسيم بدعوى أنّ الرهانة كالمعاوضة في اقتضاء مقابلة الأجزاء بالأجزاء لا الجملة بالأبغاض ، فإن برأ من بعض الدين انفكّ من الرهن بحسابه نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما من الأجزاء المشاعة^(٩) . وفيه : مضاف إلى مخالفته ما عرفت أنّه يقتضي عدم كون الباقي رهناً على الجميع فيما لو تلف بعضه ، وهو باطل نصّاً وإجماعاً بقسميه . ومنه يعلم قوّة ما ذكرنا من كون المقابلة في الرهن مقابلة جملته بكلّ جزء لا على حسب مقابلة المعاوضات التي لا شبه بينها وبين الرهن . ودعوى أنّ العرف فارق بين التلف وغيره في التقسيط المزبور غير مسموعة ؛ ضرورة اقتضاء العرف ما قلناه ، كما هو واضح بأدنى تأمل فيه .

[٣] [كما] لا خلاف أجده فيه [هـ] .

(١) في الشرائع زيادة : « أو الإبراء منه » .

(٢) المبسوط ٢ : ٢٠٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٧٩ ، ب ١ من الرهن ، ح ١ ، ٣ - ٥ ، ٨ .

(٤) المسالك ٤ : ٥٣ .

(٥) (٧) القواعد ٢ : ١٢٦ .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ١٤٧ .

(٨) جامع المقاصد ٥ : ١٤٨ .

(٩) حكاة في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٠١ ، انظر القواعد ٢ : ١٢٦ ، الايضاح ٢ : ٤٠ .

لزوم ما اشترطه من التوزيع أو الرهانة على المجموع أو على كل جزء من الدين ، كما لا تأمل في الأول والأخير [١] .
نعم قد يتوقف في الثاني [٢] .

(و) كيف كان فـ (سجد ذلك) الإقباض وغيره ممّا يحصل به الفكّ (يبقى الرهن أمانة في يد المرتهن) مالكيّة (و) حينئذٍ (لا يجب تسليمه إلّا مع المطالبة) من المالك أو من يقوم مقامه ؛ لأنّ حصولها في يد الأمين باذن المالك ، بخلاف الشرعيّة كالثوب الذي أطارته الريح ونحوه ممّا لا إذن فيه من المالك ، وإنّما هي من الشارع الذي أوجب عليه ردّه إلى مالكه أو إخباره به ؛ لعدم اذنه في بقائه في يده [٣] .

(ولو شرط) المرتهن على الراهن في عقد الرهن (إن لم يؤدّ الحق مطلقاً أو عند أجل أو في وقت كذا (أن

[١] لعموم «المؤمنون» .

[٢] باعتبار منافاته للتوثيق ؛ لكن الاتفاق ظاهراً على صحّته بنفيه ، مع أنّه لا منافاة بناءً على عدم وجوب قبول المرتهن للبعض المبدول ، لما فيه من الضرر عليه بفوات الرهينة وإن وجب بدونها ، فيكون هذا البعض حينئذٍ كالبعض المبدول المستلزم لنقص في المائيّة ، مثل مال السلم وثمن المبيع في عدم وجوب القبول . إلّا أنّه قد يدفعه إطلاق ما دلّ على القبول ، والضرر غير قاذح بعد أن أقدم عليه بالرضا بالشرط المزبور ، بل لا يبعد وجوب القبول لو قلنا بانصراف الإطلاق إلى الاحتمال المزبور من دون شرط ؛ لتناول ما دلّ على لزوم القبول لذلك بحيث لا ينفيه التضرّر بفكّ الرهانة به بعد بنائها على ذلك ورضاه على هذا النحو ، وحينئذٍ يتأكّد التوقّف المزبور في الشرط المذكور باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفكاكه بدفع جزء يسير من الدين ، فتأمل جيّداً ، والله العالم .

[٣] وبهذا افرقت الشرعيّة عن المالكية المستندة إلى الإذن المستصحب حكمها حتى مع النسيان ونحوه . ودعوى - تقييد الإذن هنا بالرّهانة ، فمتى زالت زالت - مدفوعة بعدم استلزام الرهانة الأمانة عند المرتهن ، فهو حينئذٍ أمر آخر لا مدخلية له بالارتهان . فما عن بعض العامة من الضمان على المرتهن إذا قضاه الراهن بخلاف ما إذا أبرأه ثمّ تلف الرهن في يده^(١) واضح الضعف ، بل الذي يقتضيه الاستحسان العكس ؛ ضرورة أنّه مع القضاء يكون عالمياً بانفكاك ماله ، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة ، بخلاف الإبراء فإنّه قد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركاً لماله باختياره . بل ربّما ظهر من الفاضل في التذكرة الميل إلى هذا التفصيل ، قال : « وينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعلمه بالإبراء أو يرّد الرهن ؛ لأنّه لم يتركه عنده إلّا على سبيل الوثيقة ، بخلاف ما إذا علم أنّه قد رضي بتركه »^(٢) . وهو حسن ، كما في المسالك^(٣) « إن أراد الأولى ، كما يشعر به لفظ « ينبغي » ، وإلّا كان فيه نظر بعد ما عرفت من أنّ الأمانة المالكية يكفي فيها حصول الإذن السابق من المالك بعنوان العارية والوديعة ونحوهما وإن حصل لها فسخ من المالك أو من المستعير مثلاً ، فإنّ فسخ العقد المخصوص لا ينافي بقاءها أمانة ولو باعتبار كون ذلك من توابع العقد الأوّل ، فتأمل جيّداً ، فإنّه دقيق جدّاً . ومنه يعلم الحال في حكم الرهن ، بناءً على ما ذكرناه من استحقاق المرتهن قبضه من الراهن ، فإنّه لا يخرج بذلك عن كونه أمانة أيضاً من الراهن وإن كانت مستحقّة عليه بعقد الرهن ، فالفكّ حينئذٍ من الرهانة كفسخ عقد العارية لا يخرج البقاء في الزمان المتأخّر عن كونه أمانة مالكيّة ولو للتبعية المزبورة ، والله العالم .

يكون الرهن مبيعاً لم يصحّ الشرط [١]، بل والرهن، بناءً على اقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلان العقد الذي علّق الرضا فيه على الشرط، بل وإن لم نقل بذلك [٢].

ثم إنّ الظاهر عدم ضمان العين في يد المرتهن إلى المدة [المشروط كونها مبيعة فيها].
كما أنّ الظاهر ضمانها بعدها [٣]. وعلى كلّ حال فلا فرق في القاعدة المزبورة فيهما بين العلم بالفساد منهما

[١] قولاً واحداً.

١ - للتعليق.

٢ - وتوقّف البيع على سببه من الصيغة ونحوها.

[٢] للتوقيت في الرهن المتقّد على بطلانه؛ لمنافاته الاستيثاق، وإن كان زائداً على أجل الدين؛ إذ قد لا يتيسّر بيعه فيه لو جوّزنا بيعه معه ولم نقل بكون المراد من التوقيت بقاء رهناً إلى الوقت المعلوم، بحيث ليس للمرتهن التصرف فيه، وإلا كانت منافاته واضحة أيضاً وإن كان التوقيت إلى أجل الدين؛ إذ قد تدعو الحاجة إلى بيعه لموت المديون مثلاً فضلاً عن اقتضاء التوقيت المزبور الخروج عن الرهنية عنده، فليس للمرتهن حينئذٍ تعلّق به، فكيف يعقل الاستيثاق بمال لا يجوز استيفاء الدين منه قبل انتهاء الوقت وبعده.

ولعلّه لذلك اتّفق الأصحاب هنا على بطلان الشرط والعقد، حتى أنّ الشيخ الذي قد حكي عنه في باب الرهن القول بعدم اقتضاء فساد الشرط فيه فساد العقد قال ببطلانه هنا مدّعياً الإجماع عليه^(١)، وكذا ابن إدريس في ظاهر السرائر^(٢).

فمن الغريب ما في التحرير قال: «وإذا شرط كونه مبيعاً عند حلول الأجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط؟ فيه نظر، والذي قواه الشيخ عدم الفساد، وهو جيّد»^(٣).

وكأنّه أخذ ذلك من مذهبه في الشرط وغفل عن كلامه في المقام الذي لم يعرف الخلاف فيه إلا من بعض العامة^(٤)، فصحّ الرهن وأفسد البيع، محتجّاً بأنّ الراهن إذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه، وفساده ظاهر؛ لأنّ مجرد تقدير الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد الذي قد وقع بعد الإغضاء عمّا في الأولوية المزبورة، ويمكن أن يريد الفاضل في التحرير النظر في البطلان من هذه الحيثية، لا من حيث التوقيت، والأمر سهل.

[٣] لأنّ القبض فيها بالرهن الفاسد، فلا يضمن كصحيحه، وبعدها بالبيع الفاسد فيضمن كصحيحه.

واحتمال أنّه غير مضمون مطلقاً - إلا إذا نوى تملكه بعد المدة بعنوان أنّه مبيع لتحقق القبض بالبيع الفاسد المغاير للقبض الأوّل الذي هو بالرهن الفاسد - واضح الفساد؛ لأنّ المراد من اشتراط كونه مبيعاً أنّه من الآن مبيع في تلك المدة، لا أنّه يباع فيها.

(١) المبسوط ٢: ٢٤٤.

(٢) السرائر ٣: ٤٢٧.

(٣) التحرير ٢: ٤٧٩.

(٤) المجموع ١٣: ٢٢٥.

والجهل كذلك والتفريق [١] هذا .

(و) قد تقدّم تحقيق الحال فيما (لو غصبه) أي المال (ثم رهنه) المالك من الغاصب ، وقد قلنا هناك أنه (صح) الارتهان (ولم يزل الضمان) .

(وكذا لو كان في يده) بسوم أو (ببيع فاسد) أو استعارة مضمونة إلا إذا أذن له في استمرار القبض ، فإن الظاهر زوال الضمان كما أوضحنا ذلك كله وغيره ، فلاحظ وتأمل .

بل (و) [المختار] [٢] أنه (لو أسقط عنه الضمان صح) أيضاً وإن لم يفد إذناً بالبقاء [٣] .

[١] للإجماع المحكي إن لم يكن المحضّل على القاعدة المزبورة المتقضية بإطلاقها ذلك . ولا ينافيه الإشكال من بعض (١) المتأخرين في بعض أفرادها كصورة جهل الدافع في المدة وعلم القابض في المقام باعتبار أن القابض قد أخذ بغير حق ؛ لأن الدافع قد توهم الصحة ، فيشملة حينئذ عموم « على اليد » (٢) . بل ربما أشكل بنحو ذلك في الجاهلين ، إلا أن ذلك كله كأنه اجتهدا في مقابلة النص ، خصوصاً بعد ما في المسالك : « من أن الأصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة ولم يخالف فيها أحد » . بل فيها أيضاً : « إيمان دفع الإشكال المزبور بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه ، والمتسلّم تسلمه منه كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم ، فالإذن حاصل والمنع غير معلوم » (٣) . ومرجعه إلى أن تخيل الصحة في مثل ذلك من الدواعي للدفع على وجه المزبور ، لا أنها شرط في عدم الضمان ، بل دفعه في الجاهلين أوضح من ذلك ؛ ضرورة كون القابض كالمنغور بفعل الدافع . وأوضح من ذلك اندفاعها في فاسد المعاوضة التي لا فرق فيها بين العلم والجهل ، بعد كون الدفع على وجه الضمان لا عدمه ، كما هو واضح . إنما الإشكال إن كان ففي الصورة الأولى في المقام ، كصورة عدم ضمان العين المستأجرة مع علم المستأجر بالفساد وجهل المؤجر والعين المستعارة ، خصوصاً إذا كان الفساد بغصب للعين ونحوه ، بل ربما ظهر من بعضهم في باب الإجارة ما ينافي الإجماع المزبور ، فلاحظ وتأمل ، والله أعلم .

[٢] [كما] ذكرنا هناك أيضاً عن الشيخ (٤) وغيره [ذلك] .

[٣] ضرورة أعمية ذلك من الرضا به لبقاء الإنم حينئذ ، إلا أنه أشكل بكونه إسقاطاً لما لم يجب ؛ ضرورة كون المراد بالضمان أنه لو تلف ثبت في الذمة مثله أو قيمته قبل التلف لم يثبت حتى يسقط . وقد يدف بآن الإسقاط للحق الذي تحقّق فعلاً وهو تهوؤ ذمته للضمان بالتلف ، فليس حينئذ إسقاط لما لم يجب بل هو إسقاط لما وجب وتحقّق . ودعوى عدم صحة إسقاط مثل ذلك ، يدفعها عموم « تسلّط الناس على حقوقهم وأموالهم » (٥) . كدعوى أن الإسقاط لا يتعلّق بعد استمرار السبب وهو القبض غصباً وتجذد في كلّ آن أن ؛ إذ هو يجدي في خصوص أثر السبب المقارن والسابق فيبقى أثر السبب المتجذد غير ساقط ، ويكفي حينئذ في ثبوت الضمان ؛ إذ يدفعها أيضاً منع كون ذلك أسباباً متعدّدة ، بل هي جميعها بعد اتحاد أثرها ، وصدق الأخذ على مجموعها سبب واحد عرفاً ، بل وشرعاً ، فالإسقاط حينئذ في محلّه ، فتأمل جيّداً ، فإنه قد يمنع كون ذلك من الحقوق التي يتعلّق بها الإسقاط ، وإنما هو من الأحكام للأصل وغيره ، والله أعلم .

(٢) المستدرك ١٧ : ٨٨ ، ب ١ من الغصب ، ح ٤ .

(٥) البحار ٢ : ٢٧٧ ، ح ٧ .

(١) الرياض ٨ : ٥١٤ .

(٣) (٤) المسالك ٤ : ٥٦ . المبسوط ٢ : ٢٠٤ .

(وما يحصل من الرهن من فائدة) متّصلة أو منفصلة بالاكتساب كحيازة العبد أو غيره (فهي للراهن) [١].
إنّما الكلام في تبعيتها له في الرهانة وعدمها وقد أشار إليه المصنّف بقوله: (ولو حملت الشجرة أو الدابة أو المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالأصل على الظاهر) وهو مشعرًا وظاهر في أنّ الخلاف [٢].
في نحو ذلك لا مطلق الفائدة، وهو كذلك بالنسبة إلى الفوائد المتّصلة كالسمن والطول والعرض ونحو ذلك [٣].

بل هي في الحقيقة كصفات الرهن وأحواله التي لا تخرج عن مسماه [في التبعية].
بل قد يقال: بعدم صحّة اشتراط خروجها وإن كان لا يخلو من إشكال.
بل وبالنسبة إلى ما يتجدّد من المنافع بالاختيار كاستساب العبد لخروجها عن التبعية [٣].

[١] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض بالنصوص، بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه، وإن خالف فيه في الجملة أبو حنيفة كما قيل^(١)، إلّا أنّ خلافه إن لم يؤكّد الضرورة لا ينافيها.
[٢] للإجماع بقسميه على تبعيتها.

[٣] بل جزم في التذكرة بعدم صحّة اشتراط دخولها؛ لأنّها ليست من أجزاء الأصل، فهي معدومة على الإطلاق^(٢).
لكن في الدروس لم يفرّق بينها وبين ثمرة الشجرة^(٣).

بل ربّما ادّعى أنّه ظاهر الأصحاب، وإن كان لا يخلو من بحث، كما أوّمانا إليه سابقاً، ومنع الراهن من استيفائها لا لتبعتها، بل لا استلزامه التصرف في المرهون الممنوع منه مطلقاً نصّاً وفتوى، وإلا فهي ليست من النماءات المتولّدة في الأعيان أو منها وإن كانت هي أحد مقدّمات حصولها؛ ضرورة استنادها إلى الأفعال مع الأعيان كالانتفاع الحاصل بالتكسّب بالدرهم، فتأمل جيّداً.

وكيف كان فما اختاره المصنّف [من كون ذلك رهناً كالأصل] قد نسب إلى الأشهر والأكثر^(٤).

بل قيل: إنّ المشهور^(٥) شهرة كادت تكون إجماعاً.

بل في الانتصار: «أنّه ممّا انفردت به الإمامية»^(٦).

بل في الغنية^(٧) والسرائر^(٨) الإجماع عليه، بل والأخير منهما أنّه مذهب أهل البيت عليهم السلام وإنّ عدم الدخول مذهب

المخالفين.

(١) بدائع الصنائع ٦: ١٣٩.

(٢) التذكرة ١٣: ١٠٠.

(٣) الدروس ٣: ٣٩٤.

(٤) جامع المقاصد ٥: ١٣٢. وأمّا الأشهر فحكاه في مفتاح الكرامة (٥: ١٨٨) عن إيضاح النافع.

(٥) المسالك ٤: ٥٩.

(٦) الانتصار: ٤٧٤.

(٧) الغنية: ٢٤٤.

(٨) السرائر ٢: ٤٢٤.

وهو الحجة بعد التبعية ، وأنها أجزاء من العين المرهونة استحالت إلى موضوع آخر ، وعدم خروج الفرع عن أصله .
 لكن قد يوهن الإجماع بمصير كثير من الأصحاب إلى خلافه ؛ إذ القول بعدم التبعية للمبسوط^(١) والخلاف^(٢)
 ونكت النهاية^(٣) للمصنف والتحرير^(٤) والتذكرة^(٥) والإرشاد^(٦) والمختلف^(٧) والإيضاح^(٨) والتنقيح^(٩) وجامع
 المقاصد^(١٠) والروضة^(١١) ومجمع البرهان^(١٢) والكفاية^(١٣) على ما حكى عن بعضها ، ومال إليه في المسالك^(١٤)
 وحكاها في الدروس عن المصنف في درسه^(١٥) ، بل قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه ، بل في زكاة الخلاف دعواه
 صريحاً ، قال : « إذا رهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجاً بإجماع الفرقة »^(١٦) .
 وتمنع التبعية في غير الملك ؛ للأصل ، وتبعية ولد المدبرة للدليل ، مع أنّ العتق مبني على التغليب ، وكون النماء أجزاء من
 العين بعد التسليم في جميع أفرادها لا يقضي بذلك بعد خروجه عن مسماها لغة وعرفاً وشرعاً ، وغير ملحوظ للعائد ، ولا دليل في
 الشرع ، فأصالة تسلط المالك على ملكه بحاله .
 بل قوله عنه : « له غنمه وعليه غرمه »^(١٧) كخبر إسحاق عن أبي إبراهيم عليه السلام قلت : فإن رهن داراً لها غلة لمن الغلة ؟
 قال : « لصاحب الدار »^(١٨) دال على ذلك أيضاً ، بقريته كون الظاهر أنّ السؤال لتخيّل الدخول في الرهانة .
 فالمراد حينئذٍ بالحواب رفع ذلك ، وأنه لصاحب الدار التصرف به كيف يشاء ، لا أنّ المراد بيان أصل الملكية الواضحة ؛
 لوضوح بقاء الرهن على ملك المالك .

- (١) المبسوط ٢ : ٢٣٧ .
- (٢) الخلاف ٣ : ٢٥١ .
- (٣) النهاية ونكتها ٢ : ٢٤٩ .
- (٤) التحرير ٢ : ٤٩٩ - ٥٠٠ .
- (٥) التذكرة ١٣ : ٢٩١ .
- (٦) الإرشاد ١ : ٣٩٤ .
- (٧) المختلف ٥ : ٤٠٧ .
- (٨) الإيضاح ٢ : ٣٦ .
- (٩) التنقيح ٢ : ١٦٨ .
- (١٠) جامع المقاصد ٥ : ١٣٢ .
- (١١) الروضة ٤ : ٨٩ .
- (١٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٧٠ .
- (١٣) كفاية الأحكام ١ : ٥٦٦ .
- (١٤) المسالك ٤ : ٦٠ .
- (١٥) الدروس ٣ : ٣٩٣ .
- (١٦) الخلاف ٢ : ٥٨ .
- (١٧) المستدرك ١٣ : ٤٢٢ ، ب ١٠ من الرهن ، ح ٣ .
- (١٨) الوسائل ١٨ : ٣٩٣ ، ب ٨ من الرهن ، ح ١ .

[والمختار] ١ [قوة القول بعدم الدخول في الفوائد المنفصلة] [٢].

(ولو كان في يده رهنان بدنيين متغايرين) أو متوافقين (ثم أدّى) الرهن (أحدهما لم يجز) للمرتهن (إمسك الرهن الذي يخصّه الدين المؤدّى (بالدين الآخر) من غير تراض مع الرهن [٣] (وكذا لو كان له دينان وبأحدهما رهن لم يجز له أن يجعله رهنًا بهما) من غير تراض معه أيضاً (ولا أن ينقله إلى دين مستأنف). أمّا مع الرضا منه فيجوز قطعاً، كما تقدّم تحقيق ذلك كلّهِ وجميع ما يتعلّق به في آخر الفصل الثالث، فلاحظ وتأمل، والله أعلم. (وإذا رهن مال غيره بإذنه) صحّ [٤]. (وفي كون هذا على سبيل العارية أو الضمان خلاف) [٥]. [لكن يشكل بكونه عارية، ولا ريب في أنّ الحق كون ذلك قريباً من العارية لا أنّها حقيقة].

[١] [إذ] من ذلك كلّهُ يظهر لك [ذلك].

[٢] وإن كان الأشهر خصوصاً بين المتقدمين الأول، والله أعلم.

[٣] بلا خلاف ولا إشكال.

[٤] بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل وغيرنا عدا ما حكى عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عارية لا يصحّ رهنه. لأنّها غير لازمة^(١). ولعلّه غير مخالف في أصل الحكم، ومن هنا حكى في التذكرة عن ابن المنذر: أنّه «أجمع كلّ من يحفظ عنه العلم على أنّ الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على ذنانير عند رجل إلى وقت معلوم ففعل كان ذلك جائزاً»^(٢)، وفي المسالك: «أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة وسّمّوه استعارة»^(٣).

[٥] نعم في التذكرة: «هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟ الحق عندنا الأول»^(٤). ولعلّه مشعر بالإجماع كالمحكي من نسبة ولده ذلك إليه وإلى المحقّقين^(٥). لكن عن المبسوط: أنّه حكى فيه قولاً بأنّه على سبيل الضمان المعلق بالمال^(٦) والمعروف حكاية ذلك عن أصحّ قولي الشافعي^(٧)، كالمحكي عن بعض الشافعية من أنّه بين الراهن والمرتهن رهن، وبين المعير والمستعير عارية، وبين المعير والمرتهن ضمان^(٨). ولا ريب في ضعف الجميع، بل في بطلانه حتى على ما وجّهه به في الدروس «من أنّ المعير أناب المستعير في الضمان عنه ومصرفه في هذا المال»^(٩)، إذ هو غير مجد في مخالفته للمعهود من الضمان الذي هو الانتقال من دمة إلى دمة، وهو مفقود هنا قطعاً، وكيف يكون ضماناً ولم يقصده الراهن ولا المرتهن؟! مع أنّه لو صرح المالك وقال للديان: أئزمت دينك في رقة هذا المال على وجه لا تكون دّمته مشغولة له لم يكن صحيحاً. وبالإجمالة لا ينبغي اتعاب النظر في فساد ذلك. نعم قد يشكل العارية بأنّ التوثيق الحاصل بدفع الرهن ليس من منافع العين التي تباح بعقد العارية المساوي لعقد الإجارة في ذلك المعلوم امتناعه في مثل الفرض، وإنّما هو انتفاع بسبب تعلّق عقد الرهن

(١) نقله في التذكرة ١٣: ١١٥، وفيه: «ابن شريح».

(٢) التذكرة ١٣: ١١٣.

(٣) المسالك ٤: ٦١.

(٤) التذكرة ١٣: ١١٣ - ١١٤.

(٥) حكاة في مفتاح الكرامة ٥: ٩٦. انظر المبسوط ٢: ٢٢٨.

(٦) الايضاح ٢: ١٦.

(٧) روضة الطالبين ٣: ٢٩٣.

(٨) المجموع ١٠: ٢٢.

(٩) الدروس ٣: ٣٨٨.

بها ، لا آتيا من منافعا التي هي كالسكنى في الدار والخدمة في العبد والركوب في الدابة ونحو ذلك . على أنَّ تعلق عقد الرهن بها قد يؤدي إلى خروجه عن الملك المنافي للعارية التي هي إباحة المنفعة مع بقاء العين وإن اعترائها اللزوم كعارية الأرض للدفن ونحوه ، بل ما تسمعه من مشهورهم من الضمان في هذه العارية وإن تلفت بأفة سماوية بعد الرهانة بل ولو ببناية العبد نفسه مناف لما ذكروه من عدم الضمان لها في غير الذهب والفضة إلا بالتعدي أو التفريط أو الشرط . ودعوى رجوع ما هنا إلى الثالث واضحة الفساد ، كدعوى خروج ذلك عن مطلق العارية بدليل مخصوص ، لعدم كما ستعرف ، فلا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزة شرعاً وإن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفة ؛ إذ دعوى عدم خلق الواقع منها يكذبها الوجدان ، فإن كثيراً ممّا هو جائز شرعاً لا يدخل كالقبالة والمنحة ونحوهما على بعض الأقوال أو الوجوه ، بل حاصل ذلك عدم اعتبار كون الرهن ملكاً للرّاهن ، كما أنّه لا يعتبر في صحة الرهن كون الدين على الرّاهن ، فيجوز أن يرهن ماله على دين غيره متبرّعاً ، كما ذكرناه سابقاً في الشرائط ، بل هو غير زائد على ما نحن فيه إلا بالإذن التي تكون سبباً لاستحقاق الرجوع عليه بها كالوفاء تبرّعاً ، وبالأذن الذي يمكن دعوى عدم انحلال الثاني [أي الوفاء بالإذن] منه إلى القرض ، بعد عدم اعتبار الملكية فيما يوفى به ، فيستحق حينئذ الرجوع عليه بالإذن وإن كان ما وفيه بابقاً على ملك الموفي إلى حين الوفاء . ولعلّه للإذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه ، فإنّه يكفي في تسبب مثله الضمان . وعلى كلّ حال فدعوى كون المقام عارية حقيقة في غاية الإشكال ، ولعلّه لا يريده الأصحاب ، كما يومن إليه ما في المسالك من نسبة التسمية إليهم^(١) وكذا من قال بالضمان فإنّه لا يريده حقيقة ، بل المراد قرينه منهما بالنسبة إلى بعض الأحكام . ولا ريب حينئذ في أنّ الحق مع الأصحاب ؛ ضرورة أقربيّة ذلك إليها من الضمان ، والأمر سهل بعد عدم وضوح ثمرة معتد بها على هذا الخلاف ، وإن حكى عن المبسوط - وتبعه غيره - تفريع [ما يلي] : ١ - اعتبار ذكر جنس الدين وقدره وحلوله وتأجيله وصفه وصاحبه على تقدير الضمان^(٢) ؛ لعدم صحته في المجهول بخلاف العارية . ٢ - وأنّه عليه [أي بناءً على الضمان] ليس للمالك العين إجبار الرّاهن على الفك ؛ إذ هو كضمان الدين المؤجل الذي لا يصحّ للضامن المطالبة بالتعجيل لإبراء ذمته ، بخلافها فإنّها غير لازمة . ٣ - وأنّه عليه يرجع بما بيع به وإن كان أقلّ من ثمن المثل ؛ لأنّه الذي أذاه ، بخلافها فإنّه يرجع بقيمة تامّة . ٤ - وكذا إذا بيع بأكثر منه فعلى الضمان يرجع بالجميع ، وعليها يرجع بقدر القيمة . لكن في الأوّل : أنّ الفاضل في ظاهر القواعد وصريح المحكي عن التذكرة والكركي وابن المتوجّ مع القول بالعارية قد اعتبروا ذكر جميع ذلك أو بعضه^(٣) ، وفي المسالك : أنّه أولى ، فلا يجوز بدونه لما فيه من الغرر والضرر ؛ لكثرة تفاوت الدين وجنسه والمرتهن والأجل^(٤) . وإن كان قد يقوى الجواز ، وفاقاً للمحكي عن التحرير وجامع الشرائع ، وظاهر إطلاق الإرشاد واللمعة^(٥) كالكتاب ، بل والمبسوط والدروس وإن فرّعا على القول بالعارية مع إطلاق الإذن الذي هو كالتمميم في تناول الأفراد^(٦) ، مع عدم الانصراف إلى البعض وإن تفاوتوا في الدلالة قوّة وضعفاً .

(١) (٤) المسالك ٤ : ٦١ ، ٦٢ . (٢) المبسوط ٢ : ٢٢٨ .

(٣) القواعد ٢ : ١١١ ، ١٩٩ . التذكرة ١٣ : ١١٣ . جامع المقاصد ٥ : ٦٣ - ٦٤ . نقله عن ابن المتوجّ مفتاح الكرامة ٥ : ٩٨ .

(٥) التحرير ٢ : ٤٩٥ . الجامع للشرائع : ٢٩١ . الارشاد ١ : ٣٩٤ . اللمعة : ١٣٠ .

(٦) المبسوط ٢ : ٢٢٨ . الدروس ٣ : ٣٨٩ .

[وهل يشترط في ذلك ذكر جنس الدين وقدره وحلوله وتأجيله ووصفه وصاحبه حين الاذن ؟ قد يقوى القول بجواز رهن مال الغير في المقام باذنه بدون ذكر شيء من ذلك].

و[المختار] [١] حينئذٍ عدم الفرق بين الضمان والعارية في ذلك [٢].

نعم لو فرض تصوّر إذن في العارية للرهن لا على وجه الإطلاق أمكن حينئذٍ التوقّف لرجوع الأمر إلى الإجمال حينئذٍ لا الإطلاق [٣]. [والأقوى عدم جواز إجبار مالك العين الراهن على الفك قبل الحلول سواء قلنا بالضمان أو العارية، وحينئذٍ فالظاهر عدم جواز مطالبة المالك بذلك وإن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن] [٤]. نعم لا إشكال في أنّ له المطالبة بالفك على كلّ حال بعد الحلول [٥]، وليس له التعرّض للمرتهن بوجه؛ لعدم السبيل له عليه [٦]. وعلى كلّ حال فإذا أعاره للرهن فإن عمّم له أو أطلق بناءً على كونه كالتعميم رهنه كيف شاء. وإن عيّنه مقداراً من الدين أو خصوص مرتبه أو أجل مخصوص أو نحو ذلك تعيّن، فلو خالفه كان فضولياً، إلا إذا عيّنه له الأكثر فرهنه على الأقلّ للأولوية.

[١] [كما] منه ينقدح [ذلك].

[٢] إذ ليس هو من ضمان المجهول حينئذٍ.

[٣] وفي الثاني: أنّ الأقوى على العارية أيضاً عدم جواز إجباره على الفك قبل الحلول؛ لأنّها لزمّت بالعارض، كالعارية للدفن، بل ربّما ظهر من ثاني الشهيدين أنّ لزومها إجماعي، خلافاً لمحكمي المبسوط والسرائر والتذكرة وعارية التحرير وجامع الشرائع؛ لكون العارية من العقود الجائزة^(١). وفيه ما عرفت، ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين كالمحكمي عن التحرير في المقام وجامع المقاصد عدم جواز المطالبة له^(٢)، بل الظاهر ذلك وإن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن.

[٤] فظهر حينئذٍ أنّه لا تلازم بين القول بالعارية وبين القول بالجواز كما يورث إليه ما سمعته ممّن قال بال لزوم من أصحابنا مع قوله بالعارية؛ إذ القول بالضمان ليس لأحد ممّا.

[٥] بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: كأنّه إجماعي^(٣)، ولا ينفيه لزوم العارية بالرهن؛ إذ لا نقول: إنّ له فسخ الرهن، بل يطالب الراهن بالفك، فإن حصل، وإلاّ فإن باعه المرتهن في الدين رجح هو على الراهن، كما استعرف.

[٦] وما قيل: من أنّه قد يقال: إذا حلّ الأجل وأمهّل المرتهن الراهن أنّ للمالك أن يقول للمرتهن: إمّا أن تردّ مالي أو تطالب الراهن بالدين ليؤدّيه فيفكّ الرهن، كما أنّه إذا ضمن ديناً ومات الأصيل فللمضامن أن يقول: إمّا أن تطالب بحقّك من التركة أو تبرّئي^(٤) لا وجه له معتدّ به لا في المشبّه ولا في المشبّه به. وفي الثالث والرابع: ما ستعرفه عند التعرّض لحكم ذلك.

فمن الغريب تفريع ذلك وغيره على القولين، خصوصاً من مثل الشهيد في الدروس^(٥).

(١) المسالك ٤: ٦١. المبسوط ٢: ٢٢٨. السرائر ٢: ٤٣٣. التذكرة ١٣: ١١٦-١١٧. التحرير ٣: ٢١٤. الجامع للشرائع: ٢٩١.

(٢) الروضة ٤: ٦٩. التحرير ٢: ٤٩٦. جامع المقاصد ٥: ٦٥. (٣) مفتاح الكرامة ٥: ٩٩.

(٤) التذكرة ١٣: ١١٧. (٥) الدروس ٣: ٣٨٩.

أما إذا عَيَّن له الأقل فـرهنه على الأكثر ففي فضوليته بالنسبة إلى الجميع أو خصوص الزائد وجهان أو قولان أقروهما الثاني . بل ينبغي الجزم به لو كان في عبارة مستقلة ، بأن قال : هورهن على المئة وعلى الخمسين مثلاً [١] . وكيف كان فإن رهنه المستعير (ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته) [٢] .

بل [المختار] [٣] الضمان لو تلف في يد المستعير قبل الرهانة [٤] .

[١] بل عن بعض نسخ جامع المقاصد : « أنه يجب أن يستثنى من هذه المسألة ما لو رهنه بالزائد وبكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن والزائد موقوف ، ويكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع » . ثم إنه استشكل في الصحة ؛ لأننا إذا قسطننا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهنًا بالمأذون فيكون خلاف الإذن ؛ لأن الإذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه ، والأولوية ممنوعة بعد احتمال التعيُّب بالشركة ^(١) .

وعن نسخة أخرى : « المتَّجه أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه صحَّ في المأذون فيه وبطل في الزائد وجهاً واحداً ، وإن رهن على الأكثر مقتضراً على ذلك فالمتَّجه البطلان مطلقاً » ^(٢) .

وهما معاً كما ترى ، والأقوى ما ذكرناه من النفوذ في المقدار المأذون فيه ، والفضولية في الزائد مطلقاً ، كما لو أعاره شيئاً معيّناً فـرهنه مع غيره ، وليس ذلك من قبيل الوكيل على البيع بشيء معيّن فباعه بالانقص متفاحشاً فإنه فضولي ، ولا ينفذ البيع فيه بمقدار ما أذن له فيه ، كما هو واضح ، والله أعلم .

[٢] كما صرح به غير واحد ، بل في المسالك : « جعلوها - أي العلماء - مضمونة على الراهن وإن تلفت بغير تفریط » ^(٣) . لكن عن عارية التحرير : « لم يكن على أحدهما ضمانه » ^(٤) . واحتمله في الدروس قال : « لأنها أمانة عندنا ، إلا أن نقول الاستعارة المعرّضة للتلف مضمونة » ^(٥) .

قلت : أو نقول : الأصل الضمان ، خصوصاً بناءً على ما سمعت سابقاً من عدم كون ذلك عارية في الحقيقة كي يعارضه ما دلَّ على عدم ضمان العارية ، بل وعليه بعد الشك في شموله لمثله ولو لكلام الأصحاب ؛ ولأنه بتعلق الرهن به شابه المال المحترم المدفوع وفاء بالإذن من غير ظهور من المالك فعلاً ولا قولاً بالمجانبة .

[٣] [كما] في جامع المقاصد ومحكي قواعد الشهيد وموضع من التذكرة ^(٦) [ذلك] .

[٤] بل في الأخير : « عندنا » مشعراً بدعوى الإجماع عليه ، كالمحكي عن ولده من أنه نصّ الأصحاب على أنها عارية مضمونة ^(٧) ، مضافاً إلى أنه قبضه للإتلاف في دينه فهو قبض ضمان كالقبض في السوم ، لأن سبب الضمان الرهن .

(١) جامع المقاصد ٥ : ٦٤ - ٦٥ .

(٢) نقلها في مفتاح الكرامة ٥ : ٩٩ . ونقل أيضاً في جامع المقاصد ٥ : هامش الصفحة ٦٤ .

(٣) المسالك ٤ : ٦١ .

(٤) التحرير ٣ : ٢١٤ .

(٥) الدروس ٣ : ٣٨٩ .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ٦٩ . القواعد والفوائد ٢ : ٢٧٢ . التذكرة ١٣ : ١٢٠ - ١٢١ .

(٧) الإيضاح ٢ : ١٧ .

ومنه ينقذ حينئذ الضمان لو تلف في يد المستعير بعد الفك [١].
 [فالقول بالضمان لو تلف في يد المستعير قبل الرهانة بل وبعد الفك لا يخلو من قوة]، خصوصاً مع القول بالضمان في المال المدفوع إلى رجل لقضاء دينه [٢].
 وعلى كل حال فـ [المختار] [٣] عدم ضمان المرتهن [٤].
 والمراد بالقيمة التي يضمناها له قيمة يوم التلف؛ لأنه ليس أسوأ حالاً من الغاصب.
 نعم لو كان التفاوت لنقص في العين اتجه ضمان الأعلى؛ لكون الأبعاض مضمونة عليه كالجملة.
 وتعدّر الرد للغصب ونحوه كالاتلاف، كما هو واضح.
 [وقد يقال: [٥] إنه إذا جنى العبد وبيع في الجناية أنه يرجع بقيمته، وهو كذلك [٦].

[١] كما نسب إلى ظاهر إطلاقهم^(١).

لكن استشكل في الضمان قبل الرهانة في القواعد^(٢)، بل عن موضع آخر من التذكرة استقرب عدم الضمان^(٣)؛ لأنه أمانة، وإنما ضمن بالرهن للتعرض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يتقدم على السبب، بل جزم ثاني الشهيدين بعدم الضمان^(٤).

ولعل الأول لا يخلو من قوة.

[٢] وإن فرق بينهما في الدروس: «بأن هذا إقراض متعين للصرف، بخلاف المستعار فإنه قد لا يصرف في القضاء»^(٥)، إلا أنه كما ترى، على أن المراد التشبيه به في الجملة، وأقرب شبهاً به المقبوض بالسوم، بل لعل المدرك فيهما واحد عند التأمل.

[٣] [كما] لا خلاف أجده فيه [٤].

[٤] للأصل، وما دلّ على عدم ضمان المرتهن الشامل للمقام.

لكن في القواعد: «الأقرب عدم الضمان»^(٦) وهو مشعر باحتماله.

ولعله لأنّ يده مترتبة على يد المستعير التي قد عرفت ضمانها، إلا أنه كما ترى.

وأوضح منه فساداً ما عن ولده من توجيهه وإن أطنب فيه وحكاه عنه نفسه^(٧)، كما لا يخفى على من لاحظ.

[٥] [كما] عن المبسوط والتحريز^(٨).

[٦] إذ إتلاف العبد نفسه كالتلف بأفة في الضمان، لكن قيل: «إنّ ذلك منهما محمول على الغالب من البيع بالقيمة»^(٩). ولا بأس به.

(١) نسبة في مفتاح الكرامة ٥: ١٠٢.

(٢) (٦) القواعد ٢: ١١٢.

(٣) التذكرة ١٣: ٣٦٤.

(٤) الدروس ٣: ٣٨٩.

(٨) المبسوط ٢: ٢٢٩. التحريز ٢: ٤٩٦.

(٤) الروضة ٤: ٦٩.

(٧) الإيضاح ٢: ١٦.

(٩) مفتاح الكرامة ٥: ١٠٣.

نعم الظاهر أنَّ للمالك إلزام الراهن بالفك في الخطأ بل والعمد مع رضا المجني عليه بذلك ولم يسترقه ولو بالأزيد من قيمته ما لم يصل إلى حد يقبح الإلزام به ، هذا كله في غير البيع بالرهن . أمّا هو فإن باعه المرتهن حيث يجوز له ذلك بقيمته رجع بها على المستعير ، وإن كان بأنقص ممّا يتغابن بمثله رجع بها تامة .

(ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به) لأن الثمن ملكه ، وقد أخذ في الدين [١] .

[ولو بيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به بطل ، وإن كان يتغابن به كالحمسد في المئة صحّ وضمن الراهن النقيصة على قول العارية ، وعلى الضمان لا يرجع ؛ لأن الضامن يرجع بما غرمه] .

[ولا يكتفي المرتهن في صحّة البيع بإذن الراهن الذي هو المستعير] .

[بل] والظاهر اعتبار إذن المالك معه وإن كان لا يجوز له الامتناع .

ولو امتنع قام الحاكم مقامه كالراهن المالك ، ومن هنا لم يقدح إذنه في البيع في جواز رجوعه بمقدار التغابن ؛ لأنّ إذنه باعتبار لزومها عليه كعدم الإذن ، كما هو واضح .

ولو اقتصر المرتهن على إذنه في البيع والوفاء لم يكن له الرجوع على الراهن [٢] .

كما أنّه لا يصحّ البيع لو اقتصر على إذن المستعير [٣] .

[١] وفي المسالك : « أنّ ما في المتن أجود ممّا في القواعد من التعبير بالرجوع بأكثر الأمرين من القيمة وما بيع به ؛ لإيهامه إمكان بيعه بدون القيمة ، وهو ممتنع - لعدم تصوّر بيعه على وجه يصحّ بنقصان من قيمته - بخلاف الزيادة ؛ لإمكان اتفاق راغب فيها تزييد عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحرّيه ؛ لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله ، وربّما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحّة البيع بسبب قلّة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد ممّا بذل فيه ، وبشكل بأنّ المعبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله ، فإن كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواء ، وإلا لم يصحّ البيع » ^(١) .

قلت : يمكن فرضه بما عرفت من البيع بما يتغابن بمثله ، كما أوماً إليه في الدروس .

قال : « ليس للمرتهن بيعه بدون إذن إلا أن يكون وكيلاً شرعياً أو وصيّاً على القولين ، فلو امتنع الراهن من الإذن أذن الحاكم ، ويجب على الراهن بذل المال ، فإن تعدّر وباعه ضمن أكثر الأمرين من قيمته ، ولو بيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به بطل ، وإن كان يتغابن به كالخمس في المئة صحّ ، وضمن الراهن النقيصة على قول العارية ، وعلى الضمان لا يرجع ؛ لأنّ الضامن يرجع بما غرمه » ^(٢) .

وهو صريح فيما قلناه من ضمان الراهن نقيصة التغابن وإن صحّ البيع ، لكن قد يوهّم أوّل كلامه اكتفاء المرتهن في صحّة البيع بإذن الراهن الذي هو المستعير .

[٢] لأنّه كالمبتزّع بقضاء الدين حينئذ .

[٣] لعدم كونه مالكاً والإذن بالرهانة أعمّ من الإذن في البيع ، فتأمل جيّداً .

وكيف كان فـ [المختار] [١] عدم دخول زوائد الرهن الموجودة حال العقد التي لا تدخل في اسمه الذي هو مورد عقد الرهن لغة ولا عرفاً ولا شرعاً ولا تتبعه في العقد عليه في أحدهما [٢].

نعم ربّما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك ممّا هو جزءه [٣]. والظاهر دخول الصوف وشبهه إذا لم يكن مستجزاً.

بل لعنه ليس من محلّ البحث والتردد إذا كان جزءً ممّا جعل عنواناً للرهن، إنمّا الكلام في المستجز مع كون العنوان الحيوان [٤].

[والقول بالدخول قوي] [٥].

وأما الأثر فإن أريد به بعض الجدار المستور الذي هو أصل البناء فقد يقوى دخوله [في رهن الجدار]؛ لأنّه بعض مسمّى اللفظ وكونه مستوراً غير قاذح.

وإن أريد به موضع الأساس - كما عساه يؤمّن إليه ذكر المغرس بعده - فالأقوى عدم دخوله [٦].

[ولا يدخل] [٧] المغرس [أيضاً] [٨].

[ولا يدخل] [٩] الجدران في رهنيّة السقف [أيضاً]. وإن كان لا يمكن بقاؤه بدونها، فتأمل جيّداً.

[١] [كما هو] المعروف بين الأصحاب.

[٢] بل في التنقيح الإجماع عليه، كما عن الانتصار ذلك أيضاً، لكن في خصوص الحمل^(١). وهو الحجّة بعد الأصل، خلافاً للمحكي عن الإسكافي فتدخل^(٢). وهو واضح الضعف، بل في التنقيح انعقد الإجماع بعده على خلافه^(٣).

[٣] بل عن التذكرة أنّه استقره^(٤) وتردّد فيه وفي دخول الأثر تحت الجدار والمغرس تحت الشجرة واللبن في الضرع والأغصان في الشجر في القواعد^(٥).

[٤] وقد سمعت ما عن التذكرة من الدخول نحو ما عن التحرير وجامع المقاصد، لكونه جزءً حقيقة من الحيوان، وإنمّا يخرج عن الجزئية بعد الانفصال^(٦). وهو قوي.

[٥] اللهم إلا أن يدعى تعارف خروجه في عقد الرهن ونحوه.

[٦] كما عن التذكرة وغاية المرام؛ لعدم تناول اللفظ له^(٧)، ودعوى دلالة عليه بالالتزام على وجه يدخل في الرهانة ممنوعة.

[٧] [إذ] منه يعلم الحال في [ذلك].

[٨] واستحقاق المرتهن إبقاؤه على الراهن؛ لتوقّف التوثّق عليه أو اسم الجدار مثلاً لا يقضي بالرّهانة.

[٩] [كما] منه يعلم عدم دخول [ذلك].

(٢) نقله في المختلف ٥: ٤٠٦.

(١) التنقيح ٢: ١٦٧. الانتصار: ٤٧٤.

(٤) التذكرة ١٣: ١٠٦.

(٣) التنقيح ٢: ١٦٧.

(٦) التحرير ٢: ٤٨١. جامع المقاصد ٥: ١٣٤.

(٥) القواعد ٢: ١٢٤.

(٧) التذكرة ١٣: ١٠٤. غاية المرام ٢: ١٥٥.

وأما اللبن فقد يقوى عدم دخوله [في الرهن الشاة] [١].

ولا إشكال في دخول الأغصان الرطبة ونحوها [في رهن الشجر] مما لم تجر العادة بقطعها [٢].

بل قد يقوى دخول اليابسة وما جرت العادة بقطعها ؛ لأنها بعض المسمى ، إلا أن يتعارف الخروج في الرهن . والضابط خروج كل ما لا يدخل تحت مسمى اللفظ ، إلا أن يتعارف دخوله ، ودخول كل ما هو بعض مسماه إلا أن يتعارف خروجه . وحظّ الفقيه من ذلك الإجمال ، مع أنه قد تقدّم في بحث ما يندرج في المبيع ما يستفاد منه تمام التفصيل في ذلك ، فراجع ملاحظاً للفرق بين الرهانة والمبيع في بعض الجزئيات .

(و) قد ظهر حينئذٍ من ذلك كله أنه [إذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وإن لم تؤبر] [٣] . وكذلك ثمرة غير

النخل من سائر الأشجار [٤] . (وكذا لو^(١) رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل) [٥] .

(ولو قال : بحقوقها) ضرورة عدم كونها من حقوقها [٦] .

فمن الغريب قول المصنّف هنا : إنه لو قال ذلك (دخل) كلّ منها (وفيه تردّد ما لم يصرّح) [٧] .

نعم لو قال : وما اشتملت عليه ونحو ذلك ممّا هو صريح في الدخول أو ظاهر كان متّجهاً .

وقد تقدّم الكلام في نحو ذلك في البيع (وكذا) لا يدخل (ما ينبت في الأرض بعد رهنها سواء أنبته الله

سبحانه أو الراهن أو الأجنبي إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون) [٨] .

إلا أنه لا يخلو من إشكال في بعض أفراد كالخشيش ونحوه [٩] .

[١] خلافاً للمحكي عن حواشي الشهيد^(٢) ؛ لعدم دخوله في مسمى اللفظ ، وظهور انصراف الرهانة إلى غيره .

ودعوى أنه كالأجزاء ومن جملة رطوبات البدن واضحة المنع ، بل لو قيل بدخوله في البيع والهبة ونحوهما أمكن الفرق بينهما

وبين الرهن في ذلك عرفاً ، فلا وجه لبناء المسألة هنا على ذلك [= على الدخول في البيع] .

[٢] بل عن الإيضاح : أنه لا خلاف فيه^(٣) .

[٣] لعدم تناول اللفظ والدخول في البيع ؛ لدليل مخصوص لا يقضي به هنا ، بعد حرمة القياس عندنا .

[٤] فلا فرق حينئذٍ بين ثمرة النخل وغيره ، وخصّه هنا تنبيهاً على خلاف بعض العامة^(٤) .

[٥] لعدم تناول اللفظ .

[٦] خلافاً للمحكي عن الشيخ فتدخل^(٥) حينئذٍ ، ولا ريب في ضعفه .

[٧] بل لم أجد أحداً غيره تردّد فيه .

[٨] بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرّض له ؛ لعدم كونه من نماء الأرض حتى يأتي فيه ما تقدّم .

[٩] ممّا يظهر منهم في غير المقام الحكم منهم بملكيتهم لصاحب الأرض ؛ لأنّه نماء أرضه .

(١) في الشرائع : وإن . (٢) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ١٨٩ .

(٣) لم نثر عليه في الإيضاح . نقله في مفتاح الكرامة (٥ : ١٩٠) عن حاشية الإيضاح .

(٤) شرح العناية في شرح فتح القدير ٩ : ٨٤ . (٥) المبسوط ٢ : ٢٤١ .

نعم هو كذلك في بعض أفراده ممّا لا يعدّ نماءً لها، وإنّما هي من معدّات وجوده [١].
وأما إذا كان الغرس من الشجر المرهون مثلاً فهو باق على الرهنية، لأنّه يدخل في الأرض من حيث إنّهُ نماء.
وهل يتوقّف غرسه حينئذٍ على إذن المرتهن؟ [٢].
وقد يقوى العدم؛ لأنّه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدواء ونحوهما. نعم لو أضرّ بالأرض فلا ريب في توقّفه على إذنه.
وكذا لو كان الغرس من غير المرهون [٣].
(و) كيف كان فـ (هل يجبر الراهن على إزالته؟) أي ما نبت في الأرض بفعله أو بفعل الله أو بفعل أجنبي (قيل) [٤]، (لا) يجبر على الإزالة.
(وقيل) [٥]: (نعم) يجبر على إزالته (وهو الأشبه) عند المصنّف [٦].

- [١] ودعوى أنّ جميع ما ينبت فيها كذلك لا تخلو عن نظر، وتحقيق البحث في ذلك في مقام آخر.
[٢] احتمله في المسالك؛ لأنّه تصرّف في الرهن وانتفاع به^(١).
[٣] وأطلق في الدروس المنع من الزرع وإن لم تنقص به الأرض، حسماً للمادة^(٢)، وهو لا يخلو من إشكال، خصوصاً إذا كان في الزرع مع ذلك مصلحة للأشجار والنخل، بل ربّما يتضرّر الراهن بالترك، فتأمّل جيّداً.
[٤] كما عن المبسوط والتذكرة^(٣).
[٥] كما في القواعد ومحكي المختلف والإيضاح وغاية المرام وجامع المقاصد^(٤).
[٦] لأنّ الإبقاء ولو كان الأصل من غيره تصرّف منهيه عنه، فهو كالمتاع الموضوع في دار الغير. وفيه منع عدّ مثل ذلك تصرّفاً.
ومن هنامال في المسالك إلى التفصيل بين ما كان من فعله فالأقوى إزالته، وبين ما كان من فعل غيره فلا يجب، قال: «وقد يفرّق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب في بقائه، بخلاف ما أنبته الله»^(٥).
وفيه: أنّه يمكن أن يريد الأوّل وضع المتاع من غيره فكان اللائق في ردّه التزام عدم وجوب الإزالة فيه أيضاً أو إيداء الفرق، كما أنّ كلمات الأصحاب لا تخلو من إجمال في المقام، حيث لم يفرّقوا بين ما كان للنابت أمد ينتظر كالزرع وعدمه، خصوصاً إذا كان أمدّه قبل حلول الدين، ولا [أي ولم يفرّقوا] في الإيجاب على الإزالة قبل حلول الدين وبعده، مع أنّ المحكي عن الإيضاح وغاية المرام إيجاب إزالة الزرع عند انتهاء المدة عادة^(٦)، وفي الدروس: «ليس له إلزامه بالإزالة قبل حلول الدين لعدم تعديّه، فإن احتجّ إلى البيع قلعه، فإن بيعاً ففي توزيع الثمن ما تقدّم في بيع الأمة وولدها»^(٧)، ولم يفرّقوا أبضاً في الإزالة بين ما كان فيه ضرر على الراهن وعدمه، وجميع ذلك محلّ للنظر.

(١) المسالك ٤: ٦٤.

(٢) الدروس ٣: ٣٩٩.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٦، التذكرة ١٣: ١٥٠.

(٤) القواعد ٢: ١٢٤، المختلف ٥: ٤٣٠، الإيضاح ٢: ٣٧، جامع المقاصد ٥: ١٣٤، غاية المرام ٢: ١٥٦.

(٦) الإيضاح ٢: ٣٧، غاية المرام ٢: ١٥٦.

ومن هنا أمكن أن يقال: إن الإنبات إذا كان من فعل الله لم يجبر على القلع في الحال [١].
 فإذا دعت الحاجة إلى البيع فإن قام ثمن الأرض - لو بيعت وحدها - بالدين لم يستحق القلع.
 بل وكذا لو لم يقم، إلا أنه لم تنقص قيمة الأرض بما نبت فيها ولم يحصل ضرر على الراهن بذلك.
 نعم إن نقصت ولم تف بالدين فقد يتجه حينئذ القلع للمرتهن.
 إلا إذا أذن الراهن بالبيع مع الأرض والفرض عدم النقص بذلك عليه أيضاً، فبياعان ويوزع الثمن عليهما [٢].
 بل ينقذ من ذلك الإشكال في القلع في بعض الأحوال وإن كان الإنبات من فعل الراهن، كما إذا لم يكن
 ضرر على المرتهن بوجه من الوجوه وخصوصاً إذا أراد القلع قبل حلول الحق [٣].
 فمن اللازم التأمل في شقوق المسألة في المقام، والله أعلم.
 (ولو رهن لقطعة مما يلقط كالخيار فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية صح) [٤].
 (وإن كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز قبل) [٥]: (يبطل) [٦].
 (والوجه أنه لا يبطل) [٧].

- [١] لإمكان أن يؤدى الدين من محل آخر، وهذا البقاء له لا منه.
 [٢] كما أوماً إليه في الدروس^(١)، بل ربّما قيل: «إنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس تعين البيع مع الأرض، ولم
 يجز القلع لتعلق حق الغرماء ويوزع الثمن عليهم، فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار حسب النقصان على
 الغرماء؛ لأن حق المرتهن في الأرض فارغة، وإنما منع من القلع رعاية لجانبهم»^(٢).
 [٣] إذ دعوى أنه ظالم ولا حق لمرقه في نحو ذلك لا يخلو من إشكال، وعن التذكرة: أنه أطلق عدم الإيجاب على القلع قبل
 حلول الحق؛ لإمكان قضاء الدين من الغير^(٣).
 [٤] بلا خلاف ولا إشكال؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.
 [٥] كما عن المبسوط وموضع من التذكرة^(٤).
 [٦] لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز، ولعدم صحة البيع عند الأجل للجهل.
 [٧] وفقاً للفاضل في غيرها وولده والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عن بعضهم؛ لإمكان الاستيفاء
 مع المضايقة من الراهن بالقسمة معه ولو بالصلح قهراً^(٥). ومنه يعلم اندفاع الثاني [أي عدم صحة البيع عند الأجل للجهل]، على
 أنك قد عرفت سابقاً عدم اعتبار إمكان خصوص البيع في الرهن، بل يكفي الصلح؛ لأن كلا منهما طريق لاستيفاء الدين، مضافاً إلى
 اعتبار إحراز الشرائط في الرهن حال الرهانة، والأمور العارضة لا تقدر بعد فرض وجود طريق للتخلص.

(١) الدروس ٣: ٣٩٩.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ١٩٠.

(٣) التذكرة ١٣: ١٥٠.

(٤) المبسوط ٢: ٢٤٢. التذكرة ١٣: ١٧٤.

(٥) مثل الارشاد ١: ٣٩٤. التحرير ٢: ٥٠٢. الايضاح ٢: ٣٨. الدروس ٣: ٣٩٦. المسالك ٤: ٦٥. جامع المقاصد ٥: ١٣٥.

ولو اشترط القطع عند تجدد الثانية فالظاهر الصحة [١].

هذا إذا وقع المزج بعد القبض أما لو وقع قبله فـ [قد قيل] [٢] أنّ الأقرب الفسخ والبطلان . وهو كذلك بناءً على اعتبار القبض في الصحة وفرض تعدّره (وكذا البحث في رهن الخرطة ممّا يخرط والجزّة ممّا يجزّ)، والله أعلم .

(وإذا جنى) العبد (المرهون عمداً تعلّقت الجناية برقبته) [٣] (وكان حقّ المجني عليه أولى به) من المرتهن المتعلّق بالذمة مع العين .

بخلاف حقّ الجناية المقدّم على حقّ المالك ، الذي هو أولى من المرتهن .

بل لم يتوقّف استيفاءه على استئذان المالك في جناية العمد .

بخلاف حقّ الارتهان فله [= للمجني عليه] حينئذٍ أن يقتصّ ، فتبطل الرهانة إن كان في النفس ، وإلا اقتصّ وبقي الباقي رهناً ، وله أن يسترقه أو يبيعه مع استيعاب الجناية ، وإلا فمقدارها ، بل ليس له إلا أحدهما إذا كانت الجناية العمدية ممّا توجب أرشاً لا قصاصاً .

(وإن) كان قد (جنى خطأ فإن افتكّه المولى) أو غيره (بقي رهناً) [٤] .

(وإن سلّمه) ولم يتبرّع متبرّع في فكّه حتى المرتهن (كان للمجني عليه منه بقدر أرش الجناية والباقي رهن ، وإن استوعبت الجناية قيمته كان المجني عليه أولى به من المرتهن) لما عرفت فيسترقه أو يبيعه وتبطل الرهانة ، ولو اتّفق حصول راغب فيه فزاد ثمنه عن الجناية كان الباقي منه رهناً .

والظاهر أنّ له إلزام المجني عليه بالبيع مع بذل الزيادة لتكون رهناً ، ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعدّر بيع البعض أو انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهناً ، كما لو اضطرّ إلى بيع الرهن .

ولا فرق في ذلك كلّ بين كون الجناية من العبد ابتداءً أو بأمر السيّد وإن كان مكراً له [٥] ؛ لعدم التقيّة في الدماء ، إلّا أنّه يحبس المكروه حتّى يموت .

نعم لو كان العبد غير مميّز أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيّد في جميع أوامره .

[١] كما عن المبسوط التصريح بها^(١) .

[٢] [كما عن الدروس]^(٢) .

[٣] بلا خلاف ولا إشكال .

[٤] لأصالة الرهانة .

[٥] عندنا .

ف [قد يقال: (١) إن الجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان (٢)]. ويأتي إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك في محله.

(ولو جنى على مولاه عمداً) فإن كانت طرفاً (اقتص منه) (٣).

(و) على كل حال فـ (لا يخرج عن الرهانة) بذلك (٤).

(ولو كانت الجناية نفساً جاز) للوارث (قتله)، وله العفو فيبقى رهناً، وليس له العفو على مالي كالمورث فيبقى رهناً.

(أما لو كانت خطأً) أو عمداً يوجب مالاً (لم يكن لمولاه عليه شيء وبقي رهناً) (٥).

(ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك) مع موت المجني عليه (ما ثبت للمورث من القصاص)

قطعاً في نفس أو طرف (أو انتزاعه) من الرهانة (في الخطأ) أو العمد (إن استوعبت الجناية قيمته أو إطلاق ما قابل الجناية إن لم تستوعب) ويبقى الباقي رهناً (٦).

[١] كما عن التذكرة وقصاص المبسوط^(١) وغيرهما.

[٢] بل في الأول لا يتعلق برقبة العبد شيء فيبقى رهناً وإن كان السيد معسراً^(٢)، خلافاً للعجلي وخلاف الشيخ^(٣) فأسقطا القود عن الأمر أيضاً إذا كان المأمر صغيراً؛ لعدم قتله.

[٣] لعموم الأدلة، وأولوية السيد من الأجنبي في ذلك لعظم حقه على العبد، ولا ينافيه عدم القطع بالسرقه؛ إذ لعله لأنه مشروط بسرقه ما لا شبهة فيه، والعبد له شبهة في مال سيده، وهو غير محرز عنه في العادة.

[٤] للأصل.

[٥] لعدم استحقاقه على ماله مالاً، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال.

[٦] بلا خلاف أجده بين من تعرض له، وكأن الفرق بينه وبين الجناية على المولى - مع أن الحق للمولى في الموضعين - أن الواجب في الجناية على المولى له ابتداء، ويمتنع أن يجب له على ماله مال، كما تقدم، أما الجناية على موروثه فالحق فيها ابتداءً للمجني عليه، وإنما ينتقل الحق إلى الوارث من الموروث وإن كانت دية؛ لأنها محسوبة من تركته يوفى منها دينه، وتنفذ وصاياه، وكما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لا يمتنع انتقاله عنه إليه فيفكه عن الرهن لذلك.

فما عن بعض الشافعية من الحكم بسقوط المال بانتقاله إلى سيده ويبقى رهناً قياساً على ما لو كان المال للسيد ابتداءً^(٤) ضعيف؛ لما عرفت من أن الانتقال للسيد من الموروث؛ لأن الدية تنتقل إلى الميت في آخر جزء من أجزاء حياته ولو في جناية العمد في قول، وعلى الأصح فيه ينتقل مؤوضها الذي هو القصاص، ولذا حسبت مطلقاً من تركته ففي الحقيقة ملك السيد للعبد بذلك جديد غير الملك الأول الذي كان به رهناً، وقد تقدم سابقاً بعض الكلام على هذه المسائل، فلاحظ وتأمل.

(١) التذكرة ١٣: ٣٠٢. المبسوط ٧: ٤٣.

(٢) (٤) التذكرة ١٣: ٣٠٣. فتح العزيز ١٠: ١٥٣.

(٣) السرائر ٣: ٣٤٩. الخلاف ٥: ١٦٩.

ولو جنى على عبد مولاة فكالجناية على مولاة في العمد والخطأ إذا لم يكن المجني عليه موهناً عند غير مرتهن الجاني، وإلاّ جاز له العفو على مال في العمد، وهو رقية العبد، وتعيّن عليه ذلك [= العفو على مال] في الخطأ وفيما لا قصاص له من العمد [١]. بل قد يقال: بتعيّن العفو له على مال في الأوّل [أي العمد] أيضاً، وإن قلنا: إنّ جناية العمد توجب القصاص لا أحد الأمرين [٢]. بل الظاهر إلحاق جناية الأطراف بالنفس [٣].

ثم إن كان الواجب في الجناية أكثر من قيمة القاتل أو مثلها [٤].

قلت: إن اتّفق الثلاثة على نقل العين أو البيع فلا بحث، وقد يحتمل صيرورة الزائد رهناً في الأوّل لو تجددت زيادة قيمته، والأقوى خلافه مع بطلان رهانته حال النقل [٥].

وإن اتّفق الراهن ومرتهن المقتول على أحد الأمرين لم يكن لراهن القاتل منعهما منه، سواء كان بيعاً أو نقلاً، إلاّ إذا وجد الراغب الباذل للزيادة على قيمة المقتول، فله حينئذٍ الإلزام بالبيع أو إبقاء ما قابلهما منه رهناً عنده، ولو اتّفق المرتهنان على أحد الأمرين كان للراهن مخالفتهم؛ لأنّ حقّ الجناية له [٦].

[١] ولا يقدح في ذلك قاعدة عدم استحقاقه على ماله ماله بعد إن كان المسلم منها غير الفرض الذي للغير تعلّق به. بل قد يقال: إن الاستحقاق فيه في الحقيقة لمرتهن المقتول وإن كان هو يقدّم عليه لو أراد القصاص، أمّا مع عدم إرادته فيستحقّ على العبد القاتل دية المقتول لتكون رهناً، وليس إلّا نفسه فينتزع وتكون رهناً قهراً نحو قيمة الرهن المتلف أو يباع بها وتجعل هي رهناً، وليس ذلك بأعظم من جناية المولى نفسه على الموهون فإنّه يضمن قيمته للمرتهن رهناً وإن كانت الجناية على ماله.

[٢] إذ الظاهر اختصاص ذلك بالحرّ دون العبد الذي صرح غير واحد من الأصحاب بأنّه إذا قتل الحرّ عبداً^(١) كان الولي مخيراً بين القصاص والاسترقاق، بل قيل: «إنّه كذلك قولاً واحداً»^(٢).

[٣] ومن هنا يظهر لك أنّه لا ينبغي بناء جواز العفو له على غير مال على القولين المزبورين. فيصحّ على الأوّل؛ لأنّ اختيار المال ضرب من الاكتساب ولا يجبر الراهن على ذلك لحقّ المرتهن، بل لو عفى مطلقاً لم يثبت المال حينئذٍ، ولا يصحّ على الثاني؛ لأنّ عفوّه حينئذٍ كعفو المحجور عليه لفسل لا ينفذ إلا فيما لا تعلّق فيه للمال؛ إذ قد عرفت أنّ ذلك في الحرّ.

[٤] فعن الشيخ أنّه يباع؛ لأنّه ربّما رغب فيه راغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه^(٣)، وعن بعض العامة ومُحتمل التحرير: أنّه ينقل عينه إلى مرتهن المجني عليه؛ لعدم الفائدة في بيعه^(٤).

وربّما رجّح الأوّل بأنّ الحق في مائة العبد لا عينه التي لم يجبر الراهن عليها، وإنما تعلّق بها حقّ مرتهن المقتول بسبب الجناية وإن كان الواجب الأقلّ فبالنسبة، نقلاً أو بيعاً على الوجهين أيضاً.

[٥] إذ لا دليل على عودها في المتجدّد.

[٦] واحتمال أنّ لمرتهن القاتل الإلزام بالبيع؛ لأنّ الدية المستحقّة نقداً والإلزام بالنقد؛ لأنّ الاستحقاق حينئذٍ له، وإلاّ فالمولى لا يستحقّ على مملوكه ضعيف؛ لأنّ استحقاقه تبع لاستحقاق المولى لو كان غير مالك.

فالمُتَجّه حينئذٍ كون التخيير بيد المولى في البيع أو النقل، بناءً على ثبوت ذلك للمولى غير المالك [١].
وحينئذٍ للمولى دفع القيمة لمرتته المجني عليه وفكّ الجاني من الرهانة بعد عدم اختياره القصاص أو النقل للرّهانة، والأمر في ذلك كلّهُ سهل [٢]. وأما إذا كان المقتول رهناً عند مرتته القاتل فإن كان على حقّ واحد فالجناية هدر، وإن تعدّد [٣] [فما قدمناه سابقاً من البحث آتٍ في المقام، بل لعلّه أولى من السابق].

[١] وثبوت حقّ الرّهانة في رقبة الجاني قهراً - لعموم ما دلّ على أنّ جناية العبد في رقبته الشامل لمثل حقّ الرّهانة - لا ينافي ضرورة كون ثبوته مراعى بحقّ المولى المفروض تخييره بين القصاص والنقل للعين والبيع، بل الظاهر أنّ المراد بالبيع الكتابة عن قيمة العبد لا خصوص البيع.

[٢] إنّما الكلام فيما هو ظاهر من تعرّض لهذا الفرع من الأصحاب من بطلان رهانة القاتل، مع أنّه لا داعي إليه؛ إذ يمكن القول باجتماع الرهانتين وإنّ قدّم في الاستيفاء مرتته المقتول لمكان حقّ الجناية، وتظهر الثمرة فيما لو فكّ منه وفي غيره.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّهُ لما كان القاعدة عدم استحقاق المولى على عبده مالاً، إلّا أنّه هنالك المكان تعلّق حقّ الارتهان في المقتول كان للمولى حينئذٍ حكم الأجنبي الذي له الاسترقاق والبيع وإبطال حقّ المرتته، فلمّا تعذّر الاسترقاق حقيقة بالنسبة إليه؛ لأنّه تحصيل الحاصل أعطي لازمه، وهو الانتزاع وإبطال الرّهانة، ولكن للبحث فيه مجال، والمسألة غير محرّرة في كلام الأصحاب.

[٣] قيل: وكذا إن تعدّد وتساويا جنساً وقدرًا وتساوت القيمتان إلّا أن يكون دين المقتول أصحّ وأثبت من دين القاتل، كأن يكون مستقرّاً ودين القاتل عوض شيء يردّ بعبث أو صدق قبل الدخول، فله حينئذٍ النقل أو البيع على أحد الوجهين السابقين للرّهانة عليه، وكذا إن تعدّد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل أو في طول الأجل وقصره، أمّا إذا اتفقا فيه فإمّا أن يتفقا جنساً وقدرًا أو يختلفا، فإن اتفقا واختلف العبدان في القيمة وكانت قيمة المقتول أكثر فالجناية هدر لانتفاء الفائدة كما لو تساويا، وإن كانت قيمة القاتل أكثر منه نقل قيمة القاتل إلى دين القاتل وبقي الباقي رهناً بما كان، وإن اختلف الدينان قدرًا لا جنساً فإن تساوت قيمة العبدان أو كان القاتل أكثر قيمة، فإن كان المروهن بأكثر الدينين القاتل فله التوثق بالقاتل؛ لأنّ التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة، بخلاف ما لو كان القاتل مروهنّاً بأقلّه فلا فائدة في النقل حينئذٍ، وإن كان القاتل أقلّ قيمة وكان مروهنّاً بأقلّ الدينين فلا فائدة في النقل، وإن كان مروهنّاً بأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القاتل إلى الدين الآخر ويبقى الباقي رهناً، وإن اختلف الدينان في الجنس فهو كالالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل^(١). هذا حاصل ما ذكره، ومرجه إلى حصول الفائدة للمرتته

في نقل الرّهانة وعدمها، إلّا أنّ ما قدّمناه سابقاً من البحث آتٍ في المقام، بل لعلّه أولى من السابق، بل قد يشكّل أيضاً بأنّه لا مدخلة للفائدة وعدمها في النقل القهري للرّهانة باعتبار اقتضاء الجناية ذلك وله ثمرات، فإنّه بناءً على ذلك لو اتفق وفاء دين الجاني بإبراء ونحوه لم يقدح في بقاء رهناً على دين المجني عليه وإن كان مساوياً له في القدر والجنس والحلول مع تساوي قيمتي العبدان، بخلافه على تقدير عدم النقل فإنّه تمضي الرّهانة، إلى غير ذلك ممّا يظهر لك بأدنى تأمل، بعد الاحاطة بما ذكرناه من كون الانتقال إلى الرّهانة قهريّاً بسبب الجناية.

ثم إنّ الكلام في نقل العين أو القيمة يأتي مثله هنا أيضاً [١].

(ولو اتلف الرهن متلفكلاً أو بعضاً ألزم بقيمته) ولو الأرض (وتكون رهناً) [٢].

بل الحكم ذلك (ولو) كان الذي (أُتلفه المرتهن) [٣].

كما أنّ عدم ضمان المالك لماله لا يسقط حقّ المرتهن لو كان المتلف المالك، كما هو واضح (لكن لو كان المرتهن (وكيلاً في الأصل) على بيع أو غيره (لم يكن وكيلاً في القيمة؛ لأنّ العقد لم يتناولها) [٤]، ولعلّ الاستدعاء كذلك [٥].

[١] لكن عن التحرير: أنّه جزم في هذه المواضع بالبيع وجعل الثمن رهناً^(١)، ولعلّه يريد أنّ له ذلك لا تعيينه [كما ذكرنا]، بل ربّما قطع بكون المراد ذلك، كما أنّ ما في القواعد في أصل المسألة يمكن إرادته ما ذكرنا وإن أطلق هو، قال «ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه - أي فكالجناية على مولاة - إلّا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله ويبطل حقّ المرتهنين والعفو على مال فيتعلّق به حقّ المرتهن الآخر، ولو عفى بغير مال فكعفو المحجور عليه، ولو أوجبت أرشاً فللثاني، ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر»^(٢)، بناءً على أنّ المراد من «المغايرة» مجرّد عدم كون الدين واحداً، بل وكذا عبارة الدروس في الاكتفاء بمطلق التغاير، قال: «ولو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل الجناية بدلاً من المجني عليه لمرتهنه»^(٣).

بناءً على أنّ المراد «بالاختلاف» نحو ذلك، وقد نقلناها سابقاً وجملة من فروع المقام عند البحث في رهانة الجاني، والأمر سهل، والله أعلم.

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه، بل ولا إشكال؛ لأنّ حقّ الرهانة متعلّق بالعين وقد جعل لها الشارع بالتلف بدلاً فيتعلّق به كما هو مقتضى البدلية، ولأنّ معنى الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الدين من قيمته وإن كان العقد إنّما جرى على العين، فوسوسة بعض الناس في هذا الحكم في غير محلّها.

[٣] لعدم دلالة إتلافه على إسقاط حقّ رهانته.

[٤] ولم يكن حقّ الوكالة من الأموال المتعلّقة بالعين على حسب الرهانة.

[٥] كما صرح به في المسالك فلم يفرّق بين الوكالة على البيع أو على الحفظ في البطلان مع التلف^(٤)، لكن في التذكرة وغيرها: أنّ للعدل حفظ القيمة؛ لأنّها بدل الرهن، وله إمساك الرهن وحفظه والقيمة قائمة مقامه، وليس له البيع لبطلان وكالته فيه^(٥).

وفيه ما عرفت من أنّ الوكالة منوطة بما عيّنه المالك الذي تختلف أغراضه في الاستئمان على الأموال وبيعها باختلاف الأشخاص، فقد يستأمن على عين ولا يستأمن على قيمتها وكذا البيع، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

(١) حكاة في مفتاح الكرامة ٥: ١٩٥. انظر التحرير ٢: ٤٩٣ - ٤٩٤.

(٢) الدروس ٣: ٣٩٣.

(٣) القواعد ٢: ١٢٥.

(٤) التذكرة ١٣: ٢٧٣.

(٥) المسالك ٤: ٦٨.

(ولو رهن عصيراً) جاز [١]. واحتمال صيرورته خمرأً قبل حلول الحق غير قاذح كرهن المريض .

نعم لو علم ذلك اتّجه المنع ما لم يعلم انقلابه ^(١) "وإلا جاز أيضاً .

بل قد يقال : بجوازه بدونه على نحو ما سمعته في رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الحلول ، فلاحظ وتأمل .

وعلى كلّ حال (ف) بأن (صار خمرأً) في يد المرتهن (بطل الرهن) [٢] .

نعم (لو عاد خللاً عاد إلى ملك الراهن) [٣] .

فإذا عاد إلى ملك الراهن عادت الرهانة حينئذٍ معه [٤] .

[١] بلا خلاف ، بل عن المبسوط الإجماع عليه ^(١) ؛ لأنّه عين مملوكة يجوز بيعها إجماعاً بقسميه .

[٢] عندنا ؛ للخروج عن الملكية التي هي شرط صحته .

خلافاً لأبي حنيفة فلم يبطل الملك ولا الرهانة قياساً على العبد المرتد ^(٢) . وهو باطل عندنا ، مع أنّ الفرق بينهما

بمعلومية عدم ملك المسلم الخمر ، وعدم جواز التصرف له فيه دون المرتد واضح .

(ف) لا ريب في أنّ التحقيق ما قلنا .

[٣] بلا خلاف أجدّه بيننا ، إلا ما تسمعه من المحكي عن أبي الصلاح ^(٣) ، وهو شاذ ؛ لرجحانه على غيره بالملك السابق

واليد المستمرة ؛ إذ يد المرتهن من آثار يد المالك ، وللسيرة ، وللإجماع بالضرورة على ملك الخلّ وجواز اتّخاذه ، مع أنّ العصير لا

ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة على ما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ^(٤) ، فلو لم يعد بالخلية إلى الملك لم

يملك الخلّ من اتّخذه حينئذٍ ، مضافاً إلى الشكّ في اندراج الفرض في المباح الذي يملكه من استولى عليه ، فلا بدّ من دخوله في ملك

أحد حال تخلّله ، ولا ريب في رجحان المالك السابق على غيره ، وإلى غير ذلك ممّا يظهر من التأمل فيما ذكرناه .

[٤] بلا خلاف أجدّه ؛ لأنّ العائد الملك السابق الذي كانت الرهانة متعلّقة به ، لا أنّه ملكه بسبب جديد .

وفي التذكرة : « معنى قولنا : يبطل الرهن لا نريد به ارتفاع أثره بالكلية ، وإلاّ لم يعد الرهن ، بل المراد ارتفاع حكمه ما

دامت الخمرية ثابتة ^(٥) » ، وتبعه في جامع المقاصد والمسالك ^(٦) .

والمراد أنّ العلاقة باقية لمكان الأولوية ، ففي الحقيقة الرهن والملك موجودان بالقوة القريبة ؛ لأنّ تخلّله متوقّع ، وأنما

الزائل كونه رهنأً وملكأً بالفعل ؛ لوجود الخمرية المنافية لذلك ، فيكون البطلان مراعي ببقائه كذلك أو يتلفه لا على جهة الكشف ،

كما عن بعض الشافعية ^(٧) فيبين عدم البطلان بالعود خللاً ، وإلاّ ظهر بطلانه ، بل على إرادة عود حكم الرهانة الأولى ابتداءً من دون

استئناف عقد رهانة جديداً ، كما عن بعض آخر من الشافعية ^(٨) ، ولا استبعاد في مشروعية ذلك بعد وقوع النظير له في الشريعة

كإسلام زوجة الكافر التي تخرج به عن حكم العقد إذا أسلم قبل انقضاء المدّة ، وكذا إذا ارتدّ أحد الزوجين ، بل من نظيره ما إذا اشترى

المرتهن عيناً من الراهن بدنيه فتلفت قبل القبض أو تقايلا بعده ، بناءً على عود الرهانة بانفساخ البيع .

(٢) المجموع ١٣ : ٢٤٧ .

(١) المبسوط ٢ : ٢١٣ .

(٤) التذكرة ١٣ : ١٣٧ . جامع المقاصد ٥ : ٦٣ . المسالك ٤ : ٧٠ .

(٣) الكافي : ٣٣٦ .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ٦١ . المسالك ٤ : ٦٩ .

(٥) التذكرة ١٣ : ١٣٤ .

(٧) (٨) (٧) العزيز شرح الوجيز ٤ : ٤٧٩ - ٤٨٠ .

[فيكون البطلان مراعى ببقائه خمراً أو بتلفه على معنى عود حكم الرهانة الأولى ابتداءً من دون استثناء عقد رهانة جديداً بصورته خلا^(١)].

و حاصله: أنّ عقد الرهانة لم يبطل بالخمريّة حتى يقال: إنّّه لابدّ من استثناءه، بل الخمريّة صارت مانعة من جريان حكم العقد، فمتى زالت عمل العقد عمله [١].

ثمّ إن كان الرهن مشروطاً ببيع لم يكن للمرتهن الخيار في الفسخ وإن لم يتعقّب التخليل للوفاء بالشرط. وكذا إذا لم يقبضه، بناءً على عدم اعتبار القبض في صحّة الرهن وإن قلنا باعتباره في اللزوم.

وأما على القول بالاعتبار في الصحّة ولم يقبضه حتى صار خمراً فالظاهر البطلان؛ لعدم الشرط قبل تمام الرهانة [٢].

وحينئذٍ يتخيّر المرتهن في المقام في فسخ البيع المشروط به، ولا تعود رهناً بعودها بلا^(٣) [٣] إلا برهانة مستأنفة.

ولو اختلفا في القبض، هل كان قبل الخمريّة أو بعده قدّم قول مدّعي الصحّة وإن كان الراهن، كما تقدّم البحث في نظائره في المباحث السابقة [٤].

[١] ودعوى أنّ استدامة الملك شرط في صحّة العقد يمكن منعها، خصوصاً مع ملاحظة كلام الأصحاب في المقام، بل أقصى ما يسلم كونها شرطاً في استمرار حكم العقد.

وحينئذٍ فما دلّ على عدم ملك الخمر لا يقتضي فساد الرهانة، فتأمل جيّداً.

وقد ظهر من ذلك كلّهُ أنّ ما عن أبي الصلاح - من أنّه إن صار خمراً بطلت وثيقة الرهن ووجب إراقته^(١) - ضعيف إن أراد بذلك عدم العود إن عادت، بل وإن أراد عدم جواز إبقائها للتخليل؛ إذ الظاهر عدم الخلاف عندنا في جوازه، وهي المسألة بـ «الخمرة المحترمة»، كما ستسمع.

[٢] بلا خلاف أجدّه بين من قال بشرطيّة القبض، كما اعترف به في جامع المقاصد^(٢)، وإن كان قد ناقش هو في ذلك بأنّه لا مانع من الصحّة مع تخلّل الخمريّة بين العقد والقبض الذي هو أحد أجزاء السبب؛ إذ دعوى - كون الشرط قابليّة المورد للرّهانة من أوّل العقد إلى حين تمام السبب - لا دليل عليها^(٣)؛ لكنّها مناقشة مقطوعة بفسادها بين الأصحاب في جميع القيود المعتبر في تمام السبب غيرها كالالتقاط في الصرف والقبض في المجلس في السلم والقبض في الهبة، وغير ذلك ممّا هو عندهم كأجزاء العقد التي لا إشكال في اعتبار الشرطيّة فيها، ولتنحيز ذلك مقام آخر.

[٣] كما صرح به في الدروس^(٤).

[٤] وعن الشيخ أنّه تردّد في ذلك من البناء على الظاهر، ومن أنّ القبض فعل المرتهن فيقدّم قوله فيه^(٥)، وهو في غير محلّه.

(١) الكافي: ٣٣٦.

(٢) (٣) جامع المقاصد ٥: ٦٢، ٦١.

(٤) الدروس ٣: ٣٨٦.

(٥) لم نعر عليه.

نعم لو كان الاختلاف في أصل القبض لا في صفته كان القول قوله [= المرتهن] [١].
 (و) كيف كان فد (لو رهن) مسلم (من مسلم خماً لم يصح) [٢].
 كما تقدّم الكلام فيه وفيما إذا وضعه على يد ذمي أو رهنه عنده أو بالعكس سابقاً [٣].
 (فلو انقلب في يده) أي المرتهن (خلاً فهو له) [٤] (على تردّد) [٥].

[١] لأصالة عدمه. ومن ذلك يظهر لك حينئذٍ ما في التذكرة من أنّ الأولى في المسألة الأولى تقديم قول المرتهن^(١) حاكياً له عن الشيخ وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي^(٢)، محتجاً عليه بما هو واضح الضعف بأدنى تأمل، فلاحظ وتأمل. وفي التذكرة أيضاً: «ولو انقلب المبيع خماً قبل القبض فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلاً على ما ذكرنا في انقلاب العصور المرهون خماً بعد القبض»^(٣). وفيها أيضاً في موضع آخر قريب من ذلك: «وإذا اشترى عصبراً فصار خماً في يد البائع وعاد خلاً فسد العقد ولم يعد ملك المشتري لعوده خلاً، والفرق بينه وبين الرهن أنّ الرهن عاد تبعاً لملك الراهن، وهاهنا يعود ملك البائع لعدم العقد، ولا يصح أن يتبعه ملك المشتري»^(٤). وهو مناف لذلك الكلام، فتأمل جيداً. ولعله لإمكان أن يكون ذلك من التلف قبل القبض فينفسخ العقد حينئذٍ، ولا معنى لعوده، وإن كان فيه منع واضح، كما ستعرف.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال.

[٣] لعدم الملكية التي قد عرفت اشتراطها في الرهن ممّا تقدّم، وعدم جواز بيع المسلم إتيانها من غير فرق بين المحترمة وغير المحترمة.

[٤] لاستيلاء يده عليه، وليست هي يد الأول؛ إذ الفرض كون الرهانة فاسدة، فهو حينئذٍ حال خليته مال لا مالك له كباقي المباحات يملك حينئذٍ بالاستيلاء مع النية أو بدونها على القولين، لكن قد يناقش بأن أولوية الأول للملك السابق، فلا تعارضه يد الثاني، بعد ما سمعت سابقاً من الشك في كون مثله من المباحات، وبأن فساد الرهانة لا ينافي كون اليد للأول وأن المرتهن من فروعه، وخصوصاً إذا كانت الخمر محترمة. ولعله لذا قال المصنّف [ذلك].

[٥] بل في جامع المقاصد والمساالك: أنّ الأقوى كونها للأول إذا كانت محترمة، بخلاف غير المحترمة فإنه لا يد لأحد عليها^(٥)، وحينئذٍ فلو غصبها غاصب فتخلّلت في يده كانت ملكاً له دون المغصوب منه، بل أطلق في القواعد والمحكي عن المبسوط والإيضاح ملكية الغاصب للخمر المتخلّلة في يده^(٦). لكن قد يناقش بما سمعت من أولوية الأول بالملك السابق، بل عن غصب التذكرة ما يظهر منه الإجماع على أنّ الخمر المتخلّلة في يد الغاصب للمغصوب منه حيث نسبته إلى مذهبن^(٧)، بل عن غصب الخلاف: أنّه لا خلاف فيه^(٨). اللهم إلا أن ينزل كلامهما على المحترمة؛ لعدم تصوّر الغصب في غيرها؛ إذ لا سلطة له عليها بخلافها، فإنّ السلطنة ثابتة عليها ويجب ردّها، وبالتخليل ضمن المثل لو تلفت، فيحينئذٍ يعود الملك للأول بعودها خلاً؛ لأنّ يد الغاصب كعدمها.

(١) (٣) (٤) التذكرة ١٣: ١٤٤، ١٣٧، ١٤٥.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٤، الحاوي الكبير ٦: ١١٦. حلية العلماء ٤: ٤٦٧.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٦٩. (٤) القواعد ٢: ١١١. المبسوط ٢: ٢١٤. الإيضاح ٢: ١٥.

(٥) التذكرة ٢: ٣٨٧ (حجرية). (٦) الخلاف ٣: ٤٠٨.

ولعلّ الأقوى صيرورتها ملكاً للأول على كلّ حال بالتخلّل [١]. وحينئذٍ فلا فرق بين المحترمة وغيرها، وبين المأخوذة قهراً من يده إذا فرض تخلّلها وغيرها [٢]. نعم ليس (كذا) لك (لو جمع) جامع (خماً مراً) فتخلّلت في يده؛ إذ الظاهر كونها ملكاً للثاني [٣] دون الأول لإسقاط حقّ أولويّته منها بالإراقة الظاهرة في الإعراض الذي يزيل حكم الملك الذي هو أقوى من الحق المزبور [٤].

[١] للأولوية التي مبنّاها حصول المانع للسبب في بعض الأزمنة فيبقى الباقي على مقتضى عمله فيه نحو ما سمعته في العصير المرهون المنقلب خماً ثمّ خلّاً؛ ضرورة كون الجميع من وادٍ واحد، فإنّ السبب الذي اقتضى الملك قبل الخمرية باقٍ على حسب استعداده، وإنّما منعه حال الخمرية ما دامت باعتبار ما دلّ على عدم ملكها الذي لا يقتضي بطلان أصل السبب بل أقصاه بطلان أثره ما دام المانع فإذا زال عمل المقتضي مقتضاه. ومن هنا لم يشترط في ملكية الأول حصول يده عليه؛ لأنّ المملك له هو السبب الأول لا يده. [٢] ويؤدّب ذلك ما تسمعه إن شاء الله من عدم الخلاف في أنّه لو غصب عصيراً فصار خماً في يد الغاصب ثمّ صار خلّاً يعود على ملك الأول، وليس إلّا لما ذكرناه. ومنه يعلم الوجه فيما ذكره في التذكرة^(١) أولاً، فإنّه لما صار خماً في يد البائع لم يبطل أصل السبب بل بطل حكمه في أنّ الخمرية نحو ما سمعته في الرهانة وفي إسلام أحد الزوجين، فلمّا زال المانع عمل السبب عمله. وأمّا احتمال أنّه من التلف قبل القبض فيدفعه منع كونه تلفاً حقيقة، بل ولا حكماً بعد فرض العود إلى الخلية. وبذلك يظهر الفرق بين حالي الابتداء والاستدامة؛ ضرورة مشروعية المانع في الثاني في إسلام أحد الزوجين والارتداد ونحوهما، بخلاف الأول فلا يجوز العقد على الخمر ابتداءً مراعيّاً في صحته صيرورته خلّاً؛ ضرورة كونه كتعليق السبب بالمعلوم بطلانه. فأتضح أنّ صحّة مانع الاستدامة لا يستلزم الصحّة في الابتداء، كما أنّه أتضح بهذا التحقيق ما في جملة من الكلمات التي هي غير محرّرة (و) لا منقّحة حتّى ما في المتن.

[٣] بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرّض له.

[٤] ولا يقدح حرمة الجمع على الجامع؛ إذ ليس حكمنا بملكه للجمع المزبور، بل لا ستيلاته على العين حال التخليل الذي صارت به مالاّ بلا مالك لتكون كالمباحات، مع أنّ الظاهر عدم الحرمة لو أراد الجمع للتخليل، فإنّ الظاهر صحّة إبقائها وحفظها لذلك، ومن ثمّ سمّيت محترمة أي يحرم غضبها وإتلافها على من في يده. بل في المسالك: «لولا احترامها لأدّى ذلك إلى تعذّر اتخاذ الخلّ؛ لأنّ العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلّا بتوسط الشدّة»^(٢)، ونحوه في جامع المقاصد والتذكرة^(٣)، قال في الأخير: «الخمر قسمان، محترمة: وهي التي اتّخذ عصيرها ليصير خلّاً، وإنّما كانت محترمة لأنّ اتّخاذ الخلّ جائز إجماعاً، والعصير لا ينقلب إلى الحموضة إلّا بتوسط الشدّة، فلو لم تحترم وأريقته في تلك الحال لتعذّر اتّخاذ الخلّ، والثاني: غير محترمة: وهي التي اتّخذ عصيرها لغرض الخمرية». وقد استفاد بعض مشايخنا من هذه العبارات أنّه لا بدّ من سبق الخمرية للخلّ في عصير التمر وغيره، بل قال: ليس المراد من العصير ما استخرج ماؤه بالعصر^(٤)، بل هو أعمّ منه، فحينئذٍ ما يستعمله الناس من خلّ التمر والزبيب لا يجوز استعماله إذا اشتدّ قبل الحموضة، ولنا معه بحث ذكرناه في غير المقام. وعلى كلّ حال فما يظهر من المصنّف من التردّد في كون المفروض ملكاً للجامع في غير محله، كالإشكال عن التحرير أولاً^(٥). وقد بان من ذلك كلّ الفرق بين الجامع والغاصب، فيملك في الأول دون الثاني على الأصحّ.

(و) على كل حال (د) ليس كذلك لو غصب عصيراً) فصار خمرأً في يده ثم تخلّل كذلك [١].
[فإنّه لا يملكه الغاصب].

بل هو ملك للمغصوب منه ، فيرجعه إليه ويرجع أرض النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصور .
بل الظاهر وجوب دفعه إليه في حال الخمرية لألولويته وإمكان إرادته تخليله إلّا أن يعلم إرادته منه الشرب فلا يجوز . ويردّ معه مثل العصور لإمكان عدم انقلابه^(٢) ، فإذا عاد ردّه إليه ؛ لأنّه قد عاد ملكه إليه وإن تغيّرت صورته .
وتمام الكلام يأتي في باب الغصب إن شاء الله [٢] .
(ولو رهنه بيضة فأحضنها فصارت في يده فرحاً كان الملك والرهن باقيين ، وكذا لو رهنه حباً فزرعه) بلا إشكال في كلّ منهما [٣] .

(وإذا رهن اثنان عبداً بينهما بدين عليهما كانت حصّة كلّ واحدٍ منهما رهناً بدينه) مع الإطلاق (فإذا أذاه صارت حصّته طلقاً وإن بقيت حصّة الآخر) رهناً [٤] .

[١] فإنّه لا خلاف كما في المسالك ومحكي غاية المرام في عدم ملكية الغاصب له^(١) .

[٢] ثمّ ليعلم أنّ الخمر قد يدكّر ، كما عن القاموس^(٢) وغيره ، بل ظاهر المحكي عن المصباح المنير أنّهما على حدّ سواء ، قال :
« الخمر معروفة بذكر ويؤثّر فيقال : هو الخمر ، وهي الخمر ، وقال الأصمعي : الخمر أنثى ، وأنكر التذكير »^(٣) ، كما أنّ ظاهره اختصاص الإنكار بالأصمعي المحجوج بنقل المثبت ، بل تذكير المصنّف والفاضل^(٤) وغيرهما من الأساطين الضابطين شاهد على خلافه أيضاً ، والأمر سهل .

[٣] أمّا الأوّل فلأنّ هذه الأشياء نتيجة ماله وماذنها له ، فلم تخرج عن ملكه بالتغيير ، والاستحالات المتجدّدة صفات حاصلية فيهما ، وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكوّنات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها وهبها له ، والأرض والماء والإحضان ونحوها من المعدّات التي لا تخرج المادّة عن ملك صاحبها . وأمّا الثاني : فلأنّ الرهن تابع للعين كيفما تغيّرت وتنقّلت ؛ إذ هو مشابه لصفة الملك في ذلك ، وليس معلقاً على اسم البيضة والحبّ حتى يزول بزوال الإسم ، كما هو واضح . بل ليس ذا من مسألة النماءات التي فيها البحث السابق ، بل هو كسمن الدابة ونحوه ممّا لا إشكال في تعلق الرهن به . واحتمال تعلق الرهن بمقدار الحبّ من الزرع وغيره ظاهر الفساد ، بل لا خلاف أجده في شيء من ذلك إلّا ما يحكي عن الشيخ وبعض العامة من تسبب هذه التغييرات الملك للقباض ، تنزيلاً للعين منزلة التلف ، فغايته ضمان المثل أو القيمة^(٥) . وضعفه واضح ، كما هو محرز في باب الغصب ، والله أعلم .

[٤] كما تقدّم^(٦) الكلام في ذلك مفصّلاً عند قول المصنّف : « ولو رهن على مال رهناً ثمّ استدان آخر » إلى آخر البحث ، فلاحظ وتأمل .

(٢) القاموس المحيط ٢ : ٣٤ .

(١) المسالك ٤ : ٧٠ . غاية المرام ٢ : ١٥٧ .

(٤) القواعد ٢ : ١١١ .

(٣) المصباح المنير ١ : ١٨١ .

(٦) تقدّم في ص : ١٢٩ .

(٥) الخلاف ٣ : ٤٢٠ . بدائع الصنائع ٧ : ١٣٨ .

[ما يتنازع فيه في الرهن]:

المقصد (الثالث) من المقاصد التي استدعاها البحث في لوائح كتاب الرهن (في النزاع الواقع فيه):

وإن تقدم بعضها في مطاوي الأبحاث السابقة (و) لكن مع ذلك (فيه مسائل):

[إذا رهن مشاعاً وتشاح الشريك والمرتهن في إمساكه]:

(الأولى : إذا رهن مشاعاً) وأذن للمرتهن في قبضه واستدانة يده عليه (وتشاح الشريك والمرتهن في إمساكه) للرهانة ولو من حيث إذن الراهن له في ذلك أو للاستئمان (انتزعه الحاكم) وقبضه لهما بنفسه ، أو نصب عدلاً يكون في يده لهما . بل قد يقال بجواز نصب أحدهما لذلك ، لكن لا يخلو من إشكال . وعلى كل حال يقوم القبض مقام قبض المرتهن في تحقق الرهانة وإن لم يكن ذلك بوكالة من المرتهن ، بل ربما لا يكون له التوكيل في ذلك ، كما إذا شرط الراهن عليه القبض بنفسه ، بل لاقتضاء نصبه حاكماً من الشارع ذلك [١] .

بل قد يقال : لا حاجة إلى إذن الراهن [٢] .

نعم لو أن الراهن شرط في عقد الرهانة القبض بنفسه أمكن حينئذ الحكم بانتفائها بالتشاح .

وقد يظهر من لفظ « النصب » في جملة من عبارات الأصحاب كون العدل قِيماً لا وكيلاً عنهما ، بل ولا عن الحاكم فلا يزول حكم قبضه بخروج الحاكم أو المرتهن أو الشريك عن بعض صفة التوكيل . ومثله لو كان التشاح بين الشريكين في أصل قبض المال المشترك والاستئمان عليه .

بل لعل الظاهر أن للحاكم من حيث الحكومة المعدّة لقطع النزاع انتزاعه منهما ونصب أمين عليه وإن اتفقا معاً على عدم الرضا بذلك ما لم يتفقا على ما يحصل به قطع النزاع بينهما [٣] .

(و) على كل حال فإذا انتزعه منهما (أجره إن كان له أجره) ولو على بعض الشركاء - على إشكال - مدة

[١] ضرورة أن الحاكم هو المعدّ لقطع أمثال هذه المنازعات المتوقّفة على نحو ذلك .

وإن كان موضوعه حال طلب كل منهما انقطاعه ، لكن لا يكون الحاكم في ذلك فرعاً إذنهما على وجه يكون له حكم المأذون .

[٢] لكن في المسالك : « فإن الحاكم ينصب له عدلاً لقبضه عن الرهن ، وليكن بإذن الراهن ، وللأمانة » ^(١) ، ولعل إطلاق الأصحاب على خلافه .

[٣] والأصل في ذلك وغيره من الأحكام المتصورة في المقام قوله بالحال : « فإني قد جعلته عليكم حاكماً » ^(٢) ، إذ الحاكم هو المعدّ لقطع مثل ذلك الذي يجب على الشارع حسم مادته لما يترتب عليه من المفاسد .

ومنه يظهر أن حكومة الحاكم لا تختص بما كان من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بل هي أعم من ذلك ؛ ضرورة عدم المعروف في الفرض ؛ إذ لا يجب على أحد الشريكين الإذن للآخر في القبض أو لمن يريده أحدهما فتشاحهما لا معصية فيه من أحدهما ، وربما تكون المصلحة لكل منهما في عدم استئمان الآخر ، بل ربما يكون ضرر على كل منهما بذلك .

لا تزيد عن أخذ الحق إلا برضا المرتهن وإجازته (ثم قسّمها بينهما بموجب الشركة) إن طلبوا استنجاره، فإن لم يطلبه أحد منهم أبقاه من دون إجارة.

وإن طلبه أحد الشريكين دون الآخر هايا بينهما فيؤجره في مدة الطالب دون الآخر.

وإن طلبه المرتهن توقّف على إذن الراهن.

وكذا العكس والأجرة تكون بين المرتهن والشريك بناءً على تبعيّة مثل هذا النماء للرهن (وإلا) كانت بين

الشريكين.

وإن لم تكن له أجرة أو لم يريدوا استنجاره جعله عنده أمانة أو (استأمن عليه من شاء) ولو أحدهما على

إشكال. وقد عرفت أن له فعل ذلك كله (قطعاً للمنازعة) [١].

بل الظاهر أن له الإلزام بالقسمة فيما يقسم، والبيع في غيره ونحو ذلك مع توقّف قطعها عليه.

بل قد يحتمل جواز ذلك له وإن لم يتوقّف؛ لأنّه مخيّر في أفراد القطع، والفرض أن ذلك أحدها.

لكن يقوى العدم فيقتصر في القطع على أقل الأفراد ضرراً عليهما وأقلها مخالفة للضوابط.

وتحرير هذه الجملة محتاج إلى بسط في الكلام، وليس هذا محلّه، خصوصاً بالنسبة إلى ثبوت ولاية الحاكم

في نحو المقام الذي يكون فيه القبض شرطاً في الصّحة، الظاهر في كون الشرط قبض المرتهن نفسه وقبض

المتعاقدين في مثل الصرف، وقبض الموقوف عليه في الوقف وقبض الموهوب في الهبة، فإن قيام قبض الحاكم

مقامه مع عدم التوكيل لا يخلو من بحث، بل لا يخلو أصل ثبوت ولايته فيما يقطع به النزاع اقتراحاً مع فرض عدم

معصية من أحدهما في دعواه منه أيضاً [٢].

[حكم انتقال حقّ الرهانة مع موت المرتهن]:

المسألة (الثانية): إذا مات المرتهن انتقل حقّ الرهانة إلى الوارث [٣] (فإن امتنع الراهن من استئمانه كان له

ذلك) وإن كان المرتهن مؤتمناً سابقاً لبطلان ذلك بالموت.

(فإن اتّفقا على أمين وإلا استأمن عليه الحاكم) كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً في آخر الفصل الخامس

وغيره، بل تقدّم الآن في المسألة السابقة ماله تعلّق به في الجملة كما لا يخفى.

[إذا فرط في الرهن أو تعدّى]:

المسألة (الثالثة): إذا فرط في الرهن) أو تعدّى فيه ضمنه [٤]. فإن كان مثلياً (وتلف) لزمه مثله، فإن تعدّر

فقيّمته عند الأداء أو التلف أو الأعلى على ما تقدّم سابقاً في باب القرض وغيره من نظائر المسألة.

[١] المنصوب لحسمها وما شابهها.

[٢] وإن كان ظاهر الأصحاب في المقام ونظائره ذلك [= ثبوت ولايته]: لإطلاق الأدلّة في كونه منصوباً لذلك؛ ولأنّ

مجاري الأمور بيده، وأولويّته من الحكمين في نزاع الزوجين وغير ذلك، والله العالم.

[٣] بلا خلاف ولا إشكال.

[٤] بلا خلاف ولا إشكال.

وإن كان قيمياً (لزمته قيمته) إلا أن المصنّف على أنّها (يوم قبضه) [١]. [و الصحيح اعتبار المثل يوم الضمان]، فلو كان الرهن يوم القبض سميئاً فهزل قبل التفريط ثم فُرِط فيه ضمنه بمثله الصوري من يوم التفريط لا القبض، كما هو واضح [٢]. نعم قد يقوى ضمان أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف [٣].

[١] ولم نعرفه لغيره، بل عن جماعة^(١) الاعتراف بمجهولية قائمة وإن أرسله في القواعد^(٢)، وربما أراد المصنّف، كما أنّه لم نعرف له وجهاً يعتد به؛ ضرورة عدم كون العين مضمونة قبل التفريط. لكن في المسالك: «حكم المصنّف باعتبار قيمته يوم قبضه مبنيّ على أنّ القيمي ضمن بمثله»^(٣)، وقد أخذ ذلك من الدروس حيث قال: «والمعتبر بالقيمة يوم التلف». وقال ابن الجنيّد: الأعلى من التلف إلى الحكم عليه بالقيمة. ويلوح من المحقّق أنّ الاعتبار بالقيمة يوم القبض، بناءً على أنّ القيمي ضمن بمثله، وفي كلام ابن الجنيّد إيماء إليه^(٤).

وفيها معاً - بعد الإغضاء عن إرادة المثل من القيمة في كلام المصنّف إلا أن يحمل على تعذر المثل، وفيه ما لا يخفى أيضاً - أنّ ذلك لا يقتضي الاعتبار يوم القبض أيضاً. ومن هنا في المسالك بعد أن بناء على ما سمعت قال: «ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر؛ لأنّه ثم لم يكن مضموناً فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان»^(٥). وهو كذلك.

[٢] ودعوى أنّ التفريط يوجب ردّ المقبوض يوم القبض كما ترى، مع أنّه لا تخصّ القول بضمان القيمي بمثله. وبالجمله هذا القول على كلّ حال في غاية الضعف، ومثله في ذلك القول بضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف. وإن قال في المسالك: «أنّه نسب إلى الشيخ في المبسوط»^(٦). بل عن الصيمري: «أنّه قول مشهور نقله [عنه] فخر الدين واختاره»^(٧). بل في الرياض: «أنّه مشهور في المصنّفات، ولعلّه أحوط وأجود، إمّا لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشقّ الأحوال أو لاقضاء الشغل الذمّة اليقينيّ البراءة كذلك، ولا تحصل إلاّ بذلك»^(٨). لكن فيه ما عرفت من أنّه لا وجه لضمان القيمة قبل حصول سبب الضمان، والمشابهة للغاصب إنّما تحصل بالتفريط لا قبله والبراءة اليقينيّة أو ما بمنزلتها تحصل بما دلّ على ضمانه يوم التلف، على أنّ الظاهر عدم كون المقام ممّا يجب فيه يقين البراءة؛ لعدم الإجمال في موضوع التكليف، بل هو من الشكّ في الأقلّ والأكثر مع عدم توقّف صحّة الأوّل على الثاني، فأصل البراءة محكم في نفسه؛ إذ هو كالشكّ في شغل الذمّة لشخص بالأقلّ أو الأكثر أو كالشكّ في وجوب قضاء فريضة عليه أو أزيد ونحو ذلك. فلا ريب حينئذ في ضعف هذا القول ومشاركته في عدم المستند للأوّل. وأضعف منهما ما عن الإسكافي من أنّه أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه^(٩) أو إلى المطالبة بها، كما في نقل آخر عنه، ولعلّها بمعنى، كما أنّ فسادهما معاً على تقدير اختلافهما واضح؛ ضرورة تعلّق الضمان حال التلف من غير مدخلة للمطالبة أو حكم الحاكم.

[٣] كما عن المختلف والصيمري وابن فهد؛ لأنّه حينئذ كالغاصب، ولتضرّر المالك بما فات في يده من تفاوت القيمة^(١٠).

(١) (أ) الرياض ٨: ٥٤٠ - ٥٤١. (٢) القواعد ٢: ١٢٣.

(٣) (٦) المسالك ٤: ٧٣. (٤) الدروس ٣: ٤٠٦.

(٥) المسالك ٤: ٧٣. (٦) غاية المرام ٢: ١٥٨.

(٩) نقله في المختلف ٥: ٤٠٢.

(١٠) المختلف ٥: ٤٠٢. غاية المرام ٢: ١٥٨. المهذب البارع ٢: ٥٠٢.

(و) لكن الأقوى منه ما (قيل) من أن ضمانه بقيمته (يوم هلاكه) [١].

نعم لو كان التفاوت بسبب نقص في العين قد حصل في يده بعد التفريط أتجه اعتبار الأعلى حينئذ لفوات الأجزاء المضمونة عليه في يده حتى لو رد العين نفسها على الأقوى ، كما هو واضح (و) قد ظهر من ذلك أن ما في المتن [٢] من أنه (قيل) : يضمن (أعلى القيم) يرجع إلى أحد الأقوال السابقة [٣] .
(فلو اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في القيمة) المضمونة بالتفريط (فالقول ^(١) قول الراهن) [٤] . (و) (قيل : القول قول المرتهن) [٥] .

(و) لا رب في أنه (هو الأشبه) [٦] .

نعم القول قول الراهن في دعوى قلته لو كان هو المتلف للرهن وأراد المرتهن القيمة منه تكون رهناً فاذعى عليه زيادتها [٧] .
ولو كان المتلف أجنبياً وصدقه الراهن في دعوى القلة لم يكن للمرتهن سبيل عليه مع احتمال توجه اليمين له عليه باعتبار تعلّق حق الرهانة بها ، والله أعلم .
[لو اختلفا فيما على الرهن] :

المسألة (الرابعة : لو اختلفا فيما على الرهن) قلة وكثرة مع اتحاد الدين وتعدّده وإن اتفقا على شغل الذمة

[١] بل لعله خيرة الأكثر ، كما اعترف به في المسالك ؛ لأنه يوم الانتقال ؛ إذ قبله كان الخطاب منحصراً في رد العين ^(٢) وعدم المنافاة بين انحصار الحق في العين قبل التلف وانتقال قيمتها قبله إلى الذمة بعده لا يكون مقتضياً لذلك ، والحكم في الغاصب ممنوع فضلاً عن المقام كمنع ضمان مثل هذا الضرر ، ولذا لا يضمن لو رد العين نفسها ، فكذا ما أقامه الشارع مقامها الذي هو في الحقيقة طريق تأدية لها .
[٢] وغيره .

[٣] إذ لا معنى له بدون التنزيل على أحدها ، وقد مرّ تمام الكلام في نظائر المسألة ، ويأتي إن شاء الله تعالى في باب الغصب .
[٤] عند الأكثر ، كما في الدروس ، بل عن الفنية الإجماع عليه ، مؤيداً بحكاياته عن الشيخين والقاضي والدلمي والتمقي وابن حمزة ؛ لأن المرتهن خائن بتفريطه ، فلا يقبل قوله ^(٣) . وفيه : أن قبول قوله لإكراهه ، لا من حيث أمانته التي ارتفعت بخيانتة . (و) من هنا [قيل ذلك] .

[٥] لأصالة البراءة من الزائد فيكون منكراً عليه اليمين ، وعلى الراهن المدعي البيّنة كما هو مضمون النبوي .

[٦] وفاقاً للشهيدين والمحكي عن الحلّي والفاضل وكثير من المتأخّرين ^(٤) .

[٧] لكون الأصل معه ، فيكون منكراً عليه اليمين والمرتهن المدعي عليه البيّنة .

(١) في الشرائع : وكان القول . (٢) المسالك ٤ : ٧٣ .

(٣) الدروس ٤٠٦ : ٣ . الفنية : ٢٤٦ . المقننة : ٦٢٣ . النهاية : ٤٣١ - ٤٣٢ . المهذب ٧ : ٧٣ . المراسم : ١٩٣ . الكافي : ٣٣٥ . الوسيلة : ٢٦٦ .

(٤) للغة : ١٣٢ . الروضة ٤ : ٩٢ . السرائر ٢ : ٤٢١ . المختلف ٥ : ٤٠٢ .

(كان القول قول الراهن) (وقيل) (١) [القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن، والأول أشهر] (٢).

[١] والقائل الاسكافي^(١).

[٢] بل هو المشهور شهرة عظيمة، بل عن ابني زهرة وإدريس الإجماع عليه^(٢)، ولعله كذلك؛ لعدم قبح خلافه فيه. وهو الحقبة، مضافاً:

١ - إلى قاعدة المدعي والمنكر؛ إذ لا ريب في كون الأول هنا المرتهن، والثاني الراهن الموافق قوله لأصالة عدم ارتهانه بأزيد مما اعترف به المالك، بل لو كان النزاع في أصل شغل الذمة به كان الأصل براءة الذمة.

٢ - وإلى صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل رهن عند صاحبه رهناً لا بينة بينهما فيه فادعى الذي عنده الرهن أنه بألف فقال صاحب الرهن: إنه بمئة، قال: «البينة على الذي عنده الرهن أنه بألف، وإن لم يكن عنده بينة فعلى الراهن البين»^(٣).

٣ - وموثقة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما: رهنه بألف وقال الآخر: بمئة درهم، فقال: «يسأل صاحب الألف البينة فإن لم يكن بينة حلف صاحب المئة»^(٤).

٤ - وموثق بعيد بن زرارة عنه أيضاً في رجل رهن عند صاحبه رهناً لا بينة بينهما فادعى الذي عنده الرهن أنه بألف «فإن لم يكن عنده بينة فعلى الذي له الرهن البين أنه بمئة»^(٥). فلا محيص حينئذٍ عن المشهور، خصوصاً مع عدم دليل للإسكافي صالح؛ لمعارضة ما سمعت؛ إذ ليس إلا موافقة الظاهر في بعض الأفراد الذي لا عبرة به في مقابلة ما سمعت. وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال المرتهن: هو بأكثر، قال علي عليه السلام: «يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه»^(٦)؛ الضعيف سنداً الموافق لأحد قولي العامة المخالف للمتواتر، كما في جامع المقاصد^(٧)، المحتمل لما عن الشيخ من أن الأولي للراهن أن يصدق المرتهن^(٨).

فمثله لا يصلح لمعارضة ما تقدم من وجوه على أن ظاهره باعتبار مفهوم الغاية تصديق الراهن فيما لو أحاطت دعوى المرتهن بالثمن، والمعروف حكايته عن ابن الجنيد أنه يصدق المرتهن ما لم يدع زيادة القيمة على الراهن^(٩) فهو مخالف حينئذٍ للخبر. نعم على ما حكاه في المتن عنه يتجه الاستدلال له به، وكان الموجب لاختلاف النقل عنه عبارته المحكية عنه، وهي المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن، فإن زاد دعوى المرتهن على القيمة لا تقبل إلا ببينة^(١٠)، باعتبار اشتغالها على مفهوم الغاية القاضي بخروج دعوى الإحاطة عن حكم دعوى غيرها، وعلى مفهوم الشرط القاضي بدخولها. وعلى كل حال فالمذهب الأول، بل لو أراد ابن الجنيد ما يشمل دعوى المرتهن أصل الشغل بالزائد، كما عساه يظهر من بعض، بل ظاهر الفاضل في القواعد أن نزاعه في ذلك كان مخالفاً للضوابط الشرعية^(١١)، بل يمكن دعوى الضرورة حينئذٍ على خلافه، والله أعلم.

(١) الغنية: ٢٤٦. السرائر ٢: ٤٢١.

(٢) (٥) المصدر السابق: ٤٠٣، ح ٢، ٣.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٥٩.

(٩) (١٠) نقله في المختلف ٥: ٤٠٢.

(١) نقله في المالك ٤: ٣٧٤.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٠٢، ب ١٧ من الرهن، ح ١.

(٦) الوسائل ١٨: ٤٠٣، ب ١٧ من الرهن، ح ٤.

(٨) الاستبصار ٣: ١٢٢، ذيل الحديث ٤٣٥.

(١١) انظر القواعد ٢: ١٢٩.

[لو اختلفا في متاع فقال أحدهما: هو وديعة وقال الممسك: هو رهن]:

المسألة (الخامسة): (لو اختلفا في متاع فقال: أحدهما) أي المالك (هو وديعة) عندك (وقال الممسك: هو رهن ف) [المختار] [١] أن [القول قول المالك وقيل: (٢) القول (قول الممسك، والأوّل أشبه) (٣)].

[١] [كما هو] المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل ربما استظهر من نافع المصنّف الإجماع عليه^(١).

[٢] والقائل الصدوق والشيخ في المحكي عن مقنع الأوّل واستبصار الثاني^(٢).

[٣] بأصول المذهب وقواعده؛ لأنّه منكر باعتبار موافقة قوله لأصالة عدم الارتهان.

وفي موثق إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الاختلاف في الوديعة والقرض: إن «القول قول صاحب المال مع يمينه»^(٣).

وخصوص المورد لا يخصّص الوارد.

فيستفاد منه حينئذٍ أصالة عدم الحكم بمال الإنسان بغير قوله، وإن كان مدّعياً فضلاً عنّا نحن فيه ممّا هو مدعى عليه.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ ما فيه مبني على أصالة الضمان في اليد حتّى يقوم خلافاً لا على الأصل المزبور الشامل للمقام، فلا

يكون شاهداً له. وفيه بحث.

وعلى كلّ حال فقد يؤيد ما نحن فيه أيضاً الخبر المتقدم^(٤) سابقاً في مسألة استيفاء المرتهن الدين ممّا في يده إذا خاف

جحود الوارث لو أقرّ بالرهانة؛ ضرورة ظهوره في أنّ القول قول الوارث مع الإقرار لا قوله وإن كان المال في يده، فلاحظ وتأمل.

كل ذلك مضافاً إلى خصوص صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن:

أرهنته عندي بكذا وكذا وقال الآخر: إنّما هو عندك وديعة، فقال: «البينة على الذي عنده الرهن أنّه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين»^(٥).

لكن حمله الشيخ على صورة النزاع في الدين لا الرهن، فقال: إنّما قال: عليه البينة على مقدار الدين الذي ارتهنه به، لا على

أصل الرهن^(٦).

وحينئذٍ يمين المالك مع تعذّر البينة على نفي الدين، ومقتضاه أنّ محلّ النزاع صورة الاتفاق على الدين ولكن اختلفا في

الرهانة عليه والوديعة.

فلا يكون المحكي عن ابن حمزة - من التفصيل بين اعتراف صاحب المتاع بالدين فالقول قول الممسك وعدمه فالقول قول

المالك^(٧) - قولاً ثالثاً في المسألة، منشؤه الجمع بين الصحيح المتقدم وبين خبر عبادة بن صهيب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

(١) استظهره في الرياض ٨: ٥٤٣. انظر المختصر النافع: ١٦٣.

(٢) المقنع: ٣٨٤-٣٨٥. انظر الاستبصار ٣: ١٢٢-١٢٣.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٠٤، ب ١٨ من الرهن، ح ١.

(٤) الوسائل ١٨: ٤٠٦، ب ٢٠ من الرهن، ح ١.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٠١، ب ١٦ من الرهن، ح ١، وفيه: «ارهنته» بدل «أرهنته».

(٦) الاستبصار ٣: ١٢٣، ذيل الحديث ٤٣٨.

(٧) الوسيلة: ٢٦٦.

[حكم إذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع واختلفا في ذلك]:

المسألة (السادسة : إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ثم اختلفا فقال المرتهن : رجعت قبل البيع ، وقال

متاع في يد رجلين أحدهما يقول : استودعتك والآخر يقول : هو رهن ؟ فقال : « القول قول الذي يقول : إنه رهن عندي ، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود »^(١) .

وموثق ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره سابقاً قال : « وإن كان الرهن أقل ممّا رهن به أو أكثر واختلفا فقال أحدهما : هو رهن وقال الآخر هو ودعية ، قال : على صاحب الودعية البيّنة ، فإن لم يكن بيّنة حلف صاحب الرهن »^(٢) .

وصحيح أبان^(٣) الموافق في المتن للموثق المزبور حتى ظنّ في الحقائق^(٤) أنّهما خبر واحد منكراً بذلك على ما حكاه عن صاحب الكفاية^(٥) من عدّهما خبرين .

لكن فيه : أنّه هو قد اعترف^(٦) بأنّ الصدوق رواه عن فضالة عن أبان عن الصادق عليه السلام ، وأنّ طريقه إلى فضالة صحيح ، وأنّ الشيخ روى الأوّل بسنده عن أبان عن ابن أبي يعفور^(٧) ، وبذلك يكونان خبرين وإن اتّحد متنها .

وكيف كان ففيه - مع أنّه لا شاهد لهذا الجمع - أولاً : أنّه فرع المقاومة المفقودة في المقام ، لا للضعف سنداً ؛ لما عرفت من أنّ فيها الموثق والصحيح ، ولكن لندرة العامل ، بخلاف الأوّل الذي قد عرفت عظم شهرته ، ولاعتضاده بما عرفت من القواعد وغيرها .

ودعوى اعتضاد هذه بظهور كونه رهناً بعد الاعتراف بالدين واضحة المنع ، مع أنّه على تسليمها لا تساوي ما اعتضد به الأوّل ، خصوصاً ما قيل : من موافقة هذه للتقيّة أيضاً^(٨) .

وأضعف من ذلك ما يحكى عن ابن الجنيد من الجمع بينهما بالتفصيل أيضاً بين صورتي اعتراف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الأمانة ثمّ صار رهناً فالقول قول المالك ، وصورة دعواه الرهانة ابتداء فالقول قوله^(٩) ؛ إذ هو كما ترى .

وقد ظهر من ذلك كلّ أنّه لا محيص عن المشهور وإنّ وسوس فيه بعض متأخري المتأخّرين^(١٠) ، بل جزم بخلافه آخر^(١١) ، ترجيحاً للنصوص المزبورة على الصحيح الأوّل ، إلّا أنّ خلافه غير قاض بعد أن كان منشؤه اختلاف الطريقة ، بل ربّما أفاد المشهور قوّة ، والله أعلم .

(١) الوسائل ١٨ : ٤٠١ ، ب ١٦ من الرهن ، ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ٤٠١ ، ح ٢ .

(٣) الفقيه ٣ : ٣١٢ ، ح ٤١١٦ . الوسائل ١٨ : ٤٠١ ، ب ١٦ من الرهن ذيل حديث ٢ .

(٤) الحقائق ٢٠ : ٢٨١ .

(٥) كفاية الأحكام ١ : ٥٦٨ - ٥٦٩ .

(٦) الحقائق ٢٠ : ٢٨١ .

(٧) التهذيب ٧ : ١٧٤ ، ح ٧٧١ .

(٨) نقله في الحقائق ٢٠ : ٢٨١ .

(٩) نقله في المختلف ٥ : ٤٠٤ .

(١٠)(١١) الحقائق ٢٠ : ٢٨١ . كفاية الأحكام ١ : ٥٦٩ .

الراهن) رجعت (بعده كان القول قول المرتهن) (١) [ترجيحاً لجانب الوثيقة] (٢). (إذ الدعويان متكافئان) (٣).

[١] عند المشهور بين الأصحاب، بل في جامع المقاصد نسبت به إليهم مشعراً بدعوى الإجماع، خصوصاً مع قوله: إنه ينبغي الوقوف معهم وإن كان الدليل يقتضي خلافه^(١).

[٢] المستصحب بقاؤها إلى أن يعلم المزيل، وليس؛ لأن الإذن في البيع غير مسقط لها، وإنما المسقط لها البيع المأذون فيه ولم يثبت.

[٣] لأن الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع، والأصل عدمه، والمرتهن بالعكس والأصل عدمه، فإن كلاً منهما حادث والأصل تأخره، والافتتان أيضاً حادث والأصل عدمه، مع أنه لو حكم به هنا لاقضى فساد البيع. وعلى كل حال يبقى استصحاب الرهانة سالماً عن المعارض. ودعوى معارضته بأصالة صحة البيع المعلوم وقوعه فينساقدان ويبقى مع الراهن ملكية المرهون وتسلط الناس على أموالهم؛ يدفعها: أن أصالة صحة العقد مترتبة على سبقه بالإذن، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد بخلاف استصحاب الوثيقة فإنه باعتبار معلومية حصولها صحيحة سابقاً، إنما يكون الشك في طرؤ المبطل لها، فيكفي في نفيه أصالة عدمه، وليس استصحابها مشروطاً بسبق الرجوع على البيع حتى يقال: إنه إذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم به نحو ما سمعته في صحة البيع، بل يكفي في صحة استصحابها عدم العلم بسبق البيع للرجوع. ومن ذلك يعلم اندفاع ما في جامع المقاصد من المناقشة في أصل تكافؤ الدعويين: «بأن الأصل وإن كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن، إلا أنه لا يتمسك به الآن؛ لحصول الناقل عنه، وهو صدور البيع مستجمعاً لجميع ما يعتبر فيه شرعاً. وليس هناك ما يخل بصحته إلا كون الرجوع قبله، ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك، والاستناد إلى أن الأصل بقاء الإذن السابق؛ لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضي، وإلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية؛ إذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع، وهو معلوم البطلان؛ فإن من صلى مراعياً للأفعال والشرائط يكفيه في صحة صلاته الاستناد إلى أصالة عدم طرؤ النجاسة على ثوبه وبدنه الطاهرين وإن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعاً، هذا مع اعتضاده بأن الأصل في البيع الصحة وال لزوم، وحيث تحقق الناقل عن الأصل المزبور امتنع التمسك به وخرج عن كونه حجة، كأصل الطهارة بعد ثبوت المقتضي للتنجيس مثلاً، فإنه لا يتمسك به، وحينئذ فينتفي حكم كل من الأصليين اللذين ذكروهما، على أن ما ذكروه في الاستدلال إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصليين المزبورين، والانحصار فيهما وفي الأصل الثالث الذي ذكروه، وليس كذلك، فإن لنا أصلاً آخر من هذا الجانب، وهو أن الأصل في البيع الصحة وال لزوم، وجوب الوفاء بالعقد^(٢). لأنه كما ترى مبني على أن الشك في صحة العقد إنما وقع في المانع الذي هو الرجوع قبل البيع لا في حصول الشرط الذي هو الإذن، وقد عرفت ما فيه، وإلى ذلك يرجع ما في المسالك من دفعه، فإنه قال: «لا نسلم وقوع البيع جامعاً للشرائط الشرعية؛ لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن وحصوله غير معلوم. وتنفي ذلك أن الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققاً لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن إلا بإذن معلوم من المرتهن حالة البيع، ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه لا في وجود المانع، ومعلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليرتب عليه الشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع تبين الطهارة سابقاً، والشك في بقائها الآن، والأمر هنا كذلك، فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقيناً ويستصحب الآن، والشرط المقتضي لصحة البيع غير معلوم الوقوع في زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره^(٣).

لكن فيه أولًا: أنه لا ريب في كون الشرط هنا بعد تحقق الإذن عدم الرجوع بها الذي هو لازم بقائها، ويكفي ما ذكره من أصالة العدم والاستصحاب في إثباته، إلا أنه لو كان النزاع في الرجوع وعدمه لا فيما إذا كان النزاع في أنه قبل البيع أو بعده، كما هو الفرض؛ ضرورة معارضة أصالة عدم كونه قبله حينئذٍ بأصالة عدم كون البيع قبله، كما أن استصحاب بقاء الإذن لا يمكنه أن يفيد المقارنة للبيع حينئذٍ؛ لاحتمال تخلل الرجوع الذي قد عرفت معارضة أصالة عدمه لأصالة عدم تخلل البيع بين الإذن والرجوع، فاستصحاب بقاء الإذن حينئذٍ الذي لازمه عدم الرجوع كاستصحاب بقاء المال الذي لازمه عدم البيع، كما هو واضح، فكان الذي ينبغي توجيه الرد بذلك، لا بأن الشك في الشرط لا المانع، فتأمل جيدًا. وثانيًا: أنه لا ريب في الحكم بحصول الشرائط بعد وقوع الفعل، وإن كان الأصل يقتضي عدمها، كما لو شك في الطهارة أو الاستقبال أو التستر أو نحو ذلك بعد الصلاة، خصوصًا إذا كان أصلها ثابتًا، كما لو تيقن الحدث بعد الفراغ من الصلاة ولكن لا يعلم سبقه عليها أو بالعكس، فقلوه: «إن الشرائط لابد من إحرازها بيقين أو باستصحاب» إن أراد به قبل التلبس بالفعل فهو مسلم، ولكنه غير ما نحن فيه، وإن أراد بعده فهو واضح المنع؛ ضرورة اقتضاء أصالة صحة فعل المسلم ما ذكرنا، بل الظاهر اقتضاؤها وإن كان الشرط من فعل الغير، كما لو صلى في لباس غيره أو مكان كذلك ثم شك في أنه هل كان مأذونًا أو لا؟ فإنه يحكم بصحة فعله ولا يكلف بالإعادة، وكذا لو شك بعد البيع هل كان مأذونًا أو لا. نعم أصل صحة الفعل لا يسقط بها حق غير الفاعل إذا أنكر فللمالك الأجرة في المثال، ويحكم بعود المال لو كان موجودًا لو باعه؛ لأن أصالة صحة فعله لا تقتضي سقوط حق غير الفاعل، أما في مثل الفرض الذي قد تحقق فيه أصل الإذن فقد يتجه دعوى جريان أصالة صحة البيع التي يكفي فيها احتمال عدم الرجوع قبله، ففي الحقيقة سقوط حقه باندازه، لا بأصالة الصحة، إلا أنه يعارض ذلك أصالة الصحة في رجوعه؛ ضرورة كونه فعلاً من أفعال المسلم الذي ينبغي حملها على الصحة، التي هي هنا الحكم بكونه قبل البيع حتى يؤثر فساداً، فصحيحه ذلك، وفاسده الواقع بعد البيع لعدم تأثيره؛ إذ ليس الفساد والصحة إلا ترتب الأثر وعدمه. ودعوى تساقطهما والرجوع إلى الأمر بالوفاء بالعقد الذي هو غير أصل الصحة؛ ضرورة شموله لما لم يحكم بصحته وفساده بعد الإغضاء عما فيها، يدفعه: أنه شامل لعقد الرهن أيضاً فيكون مخاطباً بالوفاء به.

نعم لو كان النزاع في أصل الرجوع وعدمه أتجه الحكم بصحة البيع، ونفي الرجوع بالأصل، واستصحاب بقاء الإذن. ودعوى أن الفرض من ذلك إذ قول الراهن: رجعت بعد البيع كلام أجنبي لا مدخلية له في الدعوى، وإنما العدة قوله: لم ترجع قبل البيع فهو منكر والمرتهن مدع - يدفعها أنها ليست بأولى من العكس؛ إذ قول المرتهن: بعث بعد الرجوع كلام أجنبي لا مدخلية له في الدعوى، وإنما العدة قوله: لم تبع قبل الرجوع فهو منكر والراهن مدع. ولا يرد أن مقتضى ذلك تحالفهما معاً وفسخ البيع؛ لأن ذلك كذلك لو لم يكن لأحدهما أصل آخر يرجع إليه، أما إذا كان وهو استصحاب الرهانة فالمنكر هو لموافقه؛ للأصل والمدعي الراهن، فيكون عليه البينة وعلى الأول اليمين.

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا وجه لما قيل أو يقال: من أن المتجه العمل بالأصلين أي أصلي بقاء الرهانة وصحة البيع، فيحكم بكونه مبيعاً وهو رهن؛ إذ قد عرفت أنه لا أصل سالم فيقتضي الصحة، على أن العمل بالأصلين في الموضوع الواحد غير متجه في المقام؛ ضرورة اقتضائهما حينئذٍ حكماً فيه معلوماً من الشرع خلافاً، وهو رهانة ملك الغير بغير إذنه، وبقاء الرهانة مع صحة البيع المنافية لها المقتضية سقوطها. وبالجمله هو واضح الفساد، فبان أن كلام الأصحاب في محله.

بل هو كذلك لو شك المرتهن في نفسه أن رجوعه كان قبل البيع أو بعده بعد أن علمهما معاً، وكذا لو شك الراهن كذلك [١].

ولو كان التصرف المأذون فيه الذي اختلف في الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعاً كسكنى وركوب ونحوهما، بناءً على أن الواقع منهما غير إذن يوجب أجرة تكون رهناً، فقد يقال: إن القول قول الراهن [٢]. اللهم إلا أن يقال: إن الأصل في منافع الرهن على الضمان فيكون وارداً على أصل البراءة قاطعاً له.

[١] فإن الأصل بقاء الرهانة في الجميع، فتأمل جيداً، هذا.

وفي التذكرة عن بعض الشافعية: التفصيل بين «ما لو قال الراهن أولاً: تصرفت باذنك ثم قال المرتهن: كنت قد رجعت قبله فالقول قول الراهن بيمينه، وبين ما لو قال المرتهن أولاً: رجعت عما أذنت فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن بيمينه؛ لأن الراهن حينما أخبر لم يكن قادراً على الانشاء»^(١).

وفي جامع المقاصد: «يقرب من ذلك ما لو تصادقا على صدور البيع ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال البيع أخذنا بالإقرار السابق»^(٢).

قلت: لعل مبنى كلام بعض الشافعية - كما يومئ إليه التعليل - على إنكار الراهن الرجوع قبل البيع المتفق عليه بينهما في الأول من غير اعتراف بالرجوع بعده، وعلى إنكار المرتهن البيع قبل الرجوع المتفق عليه بينهما في الثاني، وهو كذلك، إلا أنه غير مفروض الأصحاب، فلا يكون تفصيلاً فيه.

أما ما في جامع المقاصد فيصعب الفرق بينه وبين مفروض الأصحاب والإقرار بعد أن كان الفعل من غير المقر قد يمنع الأخذ به، فتأمل جيداً.

نعم بقي شيء أشار إليه الشهيد في الدروس والحواشي وتبعه عليه غيره، وهو أن كلام الأصحاب يتم فيما إذا أطلق الدعويان ولم يعيّن وقتاً للبيع أو الرجوع، وأما إذا عيّن وقتاً واختلفا في الآخر فلا يتم^(٣)؛ لأنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة مثلاً واختلفا في تقديم الرجوع عليه وعدمه فأصل التاخر وعدم التقدم فيكون القول قول الراهن، وينعكس الحكم لو اتفقا على عدم وقت الرجوع واختلفا في تقدم البيع عليه وعدمه.

وهذه مسألة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه، وقد حققنا الكلام فيها في مقام آخر.

ولعل إطلاق الأصحاب هنا وفي مسألة الجمعيتين ومسألة من اشتبه موتهن في التقدم والتأخر ومسألة تيقن الطهارة والحدث وغيرها شاهد على أن أصالة التأخر إنما تقتضي بالتأخر على الإطلاق، لا بالتأخر عن الآخر ومسبوقيته به؛ إذ وصف السبق حادث، والأصل عدمه، فيرجع ذلك إلى الأصول المثبتة وهي منفية، فأصالة الرهن هنا حينئذ بحالها، إلا أن الإنصاف عدم خلق ذلك عن البحث والنظر، خصوصاً في المقام، فتأمل جيداً، والله أعلم.

[٢] لتعارض الأصلين فيبقى أصل براءة الذمة سالماً هنا عن المعارض.

(١) التذكرة: ١٣: ٣٥٠. روضة الطالبين ٣: ٣٥٨. (٢) جامع المقاصد ٥: ١٦٢.

(٣) الدروس ٣: ٤٠٩. نقله عن الحواشي مفتاح الكرامة ٥: ٢١٦.

ولو تلفت العين فوقع النزاع بينهما أن إتلافها كان قبل الرجوع أو بعده فقد يقال أيضاً بتقديم قول الراهن [١].
لكن قد يقوى خلافه [فيقدم قول المرتهن] [٢].

المسألة (السابعة): الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء بعين الرهن، وإن كان مجانساً للحق [٣].
نعم له إلزام المرتهن بالقبول مع التجانس وليس له طلب البيع.

ولو كان مخالفاً للحق واتفقا على دفعه عنه أو بيعه بالموافق أو المخالف كان لهما ذلك قطعاً؛ لأن الحق لهما،
وكذا في الرهن الموافق للحق.

[إذا اتفقا على البيع واختلفا فيما يباع به الرهن]:

و(إذا) اتفقا على البيع و(اختلفا فيما يباع به الرهن) فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب وآخر بغيره (بيع بالنقد
الغالب في البلد) بإذن الحاكم.

من غير فرق في طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن؛ لأن لكل منهما حقاً في العين.
(و) حينئذٍ فلا بد من استثنائه لـ (يجبر الممتنع) أو يأذن بالبيع عليه. نعم لو كان المرتهن مثلاً وكيلاً لازماً
وأراد بيعه بالغالب لم يتوقف على إذن الحاكم ولم يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفة للشرع [٤].
(و) كذا (لو طلب كل واحد منهما نقداً غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب؛ لأنه الذي يقتضيه
الإطلاق) [٥].

[لكن المتجه إجابة المالك لو كان طالباً للبيع بمساوي الحق وإن لم يكن الغالب].

بل [الظاهر] [٦] أن الرهن يباع بمساوي الحق فيجاء إليه حينئذٍ من أراداه منهما وإن كان المرتهن [٧].
[فإن لم يطالب أحدهما مساواة الحق فالقرعة أو اختيار الحاكم].

[١] لأصالة البراءة أيضاً من القيمة؛ إذ استصحاب الرهانة بعد انعدام الموضوع غير معقول.

[٢] لأن التلف لا ينافي جريان الاستصحاب إلى حال التلف فيكون رهناً تالفاً، فتأمل جيداً، والله أعلم.

[٣] للأصل وغيره.

[٤] لانصراف الإطلاق إلى الغالب شرعاً وعرفاً.

[٥] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا.

لكن قد يناقش أولاً: بأن المتجه إجابة المالك لو كان طالباً للبيع بمساوي الحق وإن لم يكن الغالب؛ لأن المراد منه وفاء عين
الحق، وليس للمرتهن غرض بالبيع بالنقد الغالب أو غير مساوي الحق حتى يصلح لأن يكون معارضاً لذلك، ولا إطلاق في الأدلة
بحيث يعارض ذلك.

[٦] [كما] ربما ظهر من قوله **إِذَا** في خبر خوف جحود الورثة المتقدم سابقاً: «فلما أخذ ماله ممّا في يده» ^(١) [ذلك].

[٧] وربما يؤيده أنه المنساق من الاستيثاق، بل يؤيده أنه لو لم يكن له ذلك لأدّى إلى الضرر على المرتهن بالنقد بل تمّ النقل؛ لعدم

[أما البلد] الذي يعتبر البيع بنقده الغالب هل هو بلد البيع أو بلد الرهانة أو بلد المرتهن أو بلد الراهن ؟ إذ لا إشكال مع اتحاد الجميع ، أما مع الاختلاف ففيه إشكال ، وإن كان ترجيح بلد البيع لا يخلو من وجه .
ولعل إرجاع الأمر إلى الحاكم مع التنازع في هذا الحال فيقطعه بنظره أولى .
(و) على كل حال - (لو كان للبلد نقدان غالبان) متساويان ؛ إذ لو كانا متفاوتين بيع بالأغلب ، بل قد يندرج

دليل يقتضي إلزام الراهن شراء الحق بثمن الرهن في المرتبة الأولى . اللهم إلا أن يجعل ذلك هو الغاية فيقال للراهن : التغليب ما لم يستلزم الضرر على المرتهن بالتعطيل . أو يقال : ليس للراهن إلا البيع بالنقد الغالب أولاً ، ثم ليس له إلا شراء عين الحق بالثمن إذا لم يرض المرتهن ، فتأمل جيداً . أو يقال : إن مبنى كلام الأصحاب على وجوب قبول المرتهن الثمن الغالب عوضاً عن حقه واقفه أو خالفه ؛ لأن مبنى الرهانة على ذلك . إلا أنه كما ترى فيه هدم لقاعدة استحقاق المستحق عين ماله من غير دليل ؛ إذ ليس في الأدلة إلا بيعه ، وهو أعم من ذلك ؛ إذ يمكن إرادة أنه يباع ويشترى بثمنه عين الحق . ودعوى أن الرضا بالارتهاق مقتض الرضا بأخذ الثمن عوضاً عن حقه وإن خالفه واضحة المنع ، كدعوى أن ذلك حكم شرعي لا مدخلية فيه لرضاها ، فتأمل جيداً . وثانياً : أنه لا معنى لرد الحاكم لهما إلى الغالب بعد أن اتفقا على عدمه والحق منحصر فيهما ، وقطع نزاعهما يكون بترجيح أحدهما على الآخر بمساواة الحق ونحوها ، فإن لم يكن فالقرعة أو اختيار الحاكم ، هذا . ولكن ليس في كلام من تعرض للمسألة من الأصحاب شيء من ذلك .
قال في القواعد في فروع وضع الرهن على يد العدل : « ولو عينا ثمناً لم يجز له التعدي ، فإن اختلفا لم يلتفت إليهما ؛ إذ للراهن ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أو لا ، وإن تعدد فبالأغلب ، فإن تساويا فبمساوي الحق ، فإن باينهما عين له الحاكم »^(١) . وقال في التذكرة في فروع العدل أيضاً : « لو اختلف المتراهنان فقال أحدهما : بيع بدنائير ، وقال الآخر : بيع بدرهم لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن ، ولكل منهما حق في بيعه ، فللمرتهن حق الوثيقة في الثمن ، واستيفاء حقه منه ، وللبائع ملك الثمن ، فإذا اختلفا رفعنا ذلك إلى الحاكم فيأذن له أن يبيعه بنقد البلد ، سواء كان من جنس حق المرتهن أو لم يكن ، وسواء وافق ذلك قول أحدهما أو خالفه ؛ لأن الحظ في البيع يكون بنقد البلد ، ولو كان النقدان جميعاً نقد البلد باعه بأعلاهما ، وإن كانا متساويين في ذلك باع بأوفرهما حظاً ، فإن استويا في ذلك باع بما هو من جنس الحق منهما ، فإن كان الحق من غير جنسهما باع بما هو أسهل صرفاً إلى جنس الحق وأقرب إليه ، فإن استويا في ذلك عين له الحاكم أحدهما فباع به وصرف نقد البلد إليه »^(٢) .

وقال في الدروس : « ولو اختلفا فيما يباع به ، بيع بنقد البلد بثمن المثل حالاً ، سواء كان موافقاً للدين أو اختيار أحدهما أم لا ، ولو كان فيه نقدان بيع بأغلبهما ، فإن تساويا فبمناسب الحق فإن بايناه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين ، ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفاً إلى الحق تعين »^(٣) . إلى غير ذلك من عباراتهم التي لا تعرض فيها لشيء مما ذكرنا ، كما لا تعرض فيها لبيان البلد .

الرهن / إذا ادعى رهانة شيء فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره ٢٢١

في السابق ، أمّا مع التساوي ففي المتن (بيع بأشبههما بالحق) والظاهر إرادة الموافقة من المشابهة ، ويمكن إرادة الأعمّ من ذلك [١] . ولا ريب في أولوية استيفائه أولاً على غيره [٢] .

أمّا مع المباينة فـ [الظاهر] [٣] البيع بما عيّن الحاكم [٤] .

[إذا ادعى رهانة شيء فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره] :

السائلة (الثامنة : إذا ادعى) المرتهن (رهانة شيء) مخصوص (فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره ، وليس

هناك بينة ، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن) [٥] ، ولكنه لا يخلو من تأمل [٦] .

(و) إذا بطلت رهانة ما أنكره المرتهن (حلف الراهن على) نفي رهانة (الآخر) الذي ادّعاء المرتهن [٧] ، كما

لو قال : رهنّت العبد فقال المرتهن : بل هو والجارية .

(و) حينئذٍ فإذا حلف الراهن في الفرض (خرجاً) معاً (عن الرهن) في ظاهر الشرع [٨] . [ولا ريب أنه

الأقوى] . نعم قد يتّجه التحالف لو كان ما اختلفا في رهنه شرطاً في بيعه [٩] ؛ لرجوعه حينئذٍ إلى الاختلاف في

[١] ترجيحاً لجانب المرتهن الذي كانت الحكمة في مشروعية الارتهان له استيفاء حقه من الرهن .

[٢] لكن قد سمعت ما في التذكرة أنه مع التساوي يباع بأوفرهما حظاً ، وكأنّه رجح مصلحة المالك .

[٣] [كما هو] ظاهر المتن وصريح القواعد^(١) .

[٤] إلا أنه قد تقدّم ما في الدروس أن البيع بالأسهل صرفاً إلى الحق^(٢) ، وفي المحكي عن التحرير بيع بأقربهما حظاً^(٣) ، وفي المسالك : « هو أقعد من الجميع فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك »^(٤) .

قلت : والكلام في اعتبار مراعاة مصلحة المالك ، فتأمل جيّداً ، والله أعلم .

[٥] بلا خلاف أجده فيه ؛ لكونه جائزاً من قبله فيكفي في فسخه إكباره الظاهر في عدم الرضا بكونه رهناً الآن .

[٦] خصوصاً بعد ما تسمعه عن الإرشاد إن لم يكن إجماعاً ، كما يظهر من تنبّع كلماتهم في نظائر المقام ، كإكثار الطلاق الرجعي وغيره ممّا صرّحوا بكونه فسخاً من المنكر ، فلاحظ وتأمل .

[٧] لأنّه منكر بلا إشكال .

[٨] لكن عن الإرشاد أنّهما يتحالفان^(٥) . ولعلّه لعدم البطلان بالإكثار الذي هو أعمّ من الفسخ . وفيه مضافاً إلى ما عرفت من

ظهور الاتفاق على كونه فسخاً أنّ له طريقاً إلى التخلص عن اليمين بالفسخ على تقدير الرهانة ؛ لأنّه جائز من قبله ، فتكليفه باليمين التي مرجعها إلى الفسخ الذي يمكن وقوعه منه بدونها لا وجه له . فلا ريب في أن الأقوى ما ذكره الأصحاب الذين هو من

جملتهم في القواعد والمحكي عن التذكرة^(٦) .

[٩] كما اختاره الشهيدان ومال إليه ثاني المحققين^(٧) .

(٢) الدروس ٣ : ٤٠٠ .

(٤) المسالك ٤ : ٨٠ .

(٦) القواعد ٢ : ١٢٨ . التذكرة ١٣ : ٣٢٥ .

(١) القواعد ٢ : ١٢١ .

(٣) التحرير ٢ : ٨٤٤ .

(٥) الارشاد ١ : ٣٩٤ .

(٧) الدروس ٣ : ٤٠٦ . المسالك ٤ : ٨١ . جامع المقاصد ٥ : ١٥٥ .

التمن ؛ إذ الشرط من مكملاته ، فيتحالفان حينئذٍ على كَيْفِيَّةِ الشرط ويتسلَّطُ البائع مثلاً حينئذٍ على فسخ العقد [١] .
[ولكن القول بتقديم قول الراهن واختصاص اليمين به قوي جداً] .

ولا غرابة في بقاء العقد بلا شرط وإن اتفقا معاً عليه بعد الجريان على الضوابط [٢] .

[إذا كان له دينان أحدهما برهن والآخر بلا رهن فدفع إليه مالاً واختلفا] :

المسألة (التاسعة) : لو كان له دينان أحدهما برهن (والآخر بلا رهن مثلاً) (فدفع) الراهن (إليه مالاً واختلفا) في

أنه عن ذي الرهن ، أو عن فاقده (فالقول قول الدافع) [٣] (لأنه أبصر بنيتيه) التي لا تعلم إلا من قبله .

بل ربّما قيل بأنّ القول قوله بلا يمين لذلك . لكن يمكن أن يكون قد علم المرتهن منه ذلك ولو بقرائن ،

فيحتاج إلى اليمين حينئذٍ في النفي ، خصوصاً بعد مشروعيتها لنفي التهمة .

أمّا لو ادّعى المرتهن عليه الإقرار فلا إشكال في توجّه اليمين ، والأمر في ذلك سهل ، إنّما الكلام فيما إذا

اعترف الدافع بأنّه لم ينو أحدهما حال الدفع فقد يحتمل التوزيع وبقاء التخيير فله أن يصرفه الآن إلى ما شاء [٤] .

[١] لعدم سلامة الشرط الذي اتفقا عليه في الجملة له . لكن في القواعد : أنّ الأقوى تقديم قول الراهن ^(١) أيضاً .

وهو لا يخلو من وجه ؛ لأصالة اللزوم ، وعدم ثبوت عدم الوفاء بالشرط بحيث يتسلَّط به على الفسخ ؛ إذ لعلّه ما أنكر

رهانته فيكون هو المفوّت لشرطه ، فلا يفسخ بمجرد الاحتمال ، فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجّه عليه اليمين ويختصّ اليمين بالراهن ، وهو قوي جداً .

[٢] كما أوماً إليه فخر المحققين في المحكي عنه ^(٢) ، فلاحظ وتأمل ، والله أعلم .

[٣] بلا خلاف ولا إشكال .

[٤] بل جزم في جامع المقاصد بالأوّل ^(٣) ؛ لصحة القبض والدفع ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، ولأنّه قد ملكه ملكاً تامّاً ،

فإنّما عن الدينين أو عن أحدهما بعينه أو لا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه ، والكلّ باطل إلا الأوّل ؛ لاستحالة الترجيح بلا

مرجح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضي عن الدّمة ؛ ولأنّه إن لم يزل عن دّمته شيء منهما لزم المحال ، وإلا كان هو المقضي

عنه .

لكن فيه أنّ الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين ، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضاً .

وعدم اعتبار ذلك في قضاء الدين إنّما يسلم مع عدم اختلاف جهة الدين ؛ لعدم ما يترتب حينئذٍ على النية ، أمّا مع الاختلاف

ولو بتعدد الغريم فلا ؛ لأصالة بقاء المال على ملك الدافع وبقاء شغل الدّمة ، وحينئذٍ فإن كان مبنى الاحتمال الثاني ذلك كان له

وجه ، وإلا فهو مشكل . اللهم إلا أن يدعى أنّه وإن ملكه القابض ، لكن إذا تعقّب بالتعيين بعد ذلك ينكشف الملك على هذا الوجه من

حين الدفع ، وبه حينئذٍ يرجح على التوزيع وغيره ، أو يقال : إنّه بالدفع يملك على الغريم ما قابله ممّا في دّمته على وجه التخيير له

في التعيين .

وقد يحتمل القرعة أيضاً [١].

وعلى كل حال فمما ذكرنا يعرف الحال في نظائر المسألة .

كما لو تباع كافرين درهماً بدرهمين ودفع مشتري الدرهم درهماً ثم أسلما فإِنَّه إن قصد به الفضل بقي عليه الأصل ، وإن قصد الأصل فلا شيء عليه ، وإن قصدهما وزَّع وسقط ما بقي من الفضل وإن لم يقصد بالتوزيع أو التعيين الآن أو البطلان كما ذكرنا .

وقد يحتمل هنا الاحتساب من الأصل ؛ لأنه الدين حقيقة وغيره حكماً مادام على الشرك ، فتأمل .

وكما لو كان لزيد عليه مئة ولعمرو مثلهما وكلاً من يقبض لهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو أو لهما فذاك ، وإلا فالوجه والبطلان هنا أقوى منه فيما تقدَّم .

ولو اقتضى الغريم حيث يجوز له ذلك احتمال كون المدار على نيته .

لكن ينبغي مراعاة المصلحة والتوزيع ولو دفع الحاكم عن المماطل كان الاعتبار بنيته ؛ لأنه الولي .

نعم لو نوى المماطل بعد القهر بما دفعه الحاكم أمكن اعتبار نيته كما لو قهره الحاكم على الدفع فنوى .

وقد يحتمل اعتبار نيّة القابض .

ولو لم ينو أحد منهم احتمال التوزيع والتعيين والبطلان [٢] .

(وإن اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن له) أي المرتهن (بينة) [٣] .

[١] كما احتملت فيما إذا كان له زوجتان أو زوجات فقال : زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهما فإن المحكي عن الشيخ والفاضلين والشهيد احتمالها واحتمال التعيين بعد ذلك^(١) ، فيقع الطلاق حينئذٍ من حينه أو حين اللفظ ، قيل : « وكذا لو أسلم على أكثر من أربع أو دفع الزكاة وكان له ملان غائب وحاضر ، أو سمى ولم ينو سورة معينة ، أو كان له خيار حيوان وشرط وأسقط من خياره يومين »^(٢) .

لكن فيه بعد الفرق بين بعض الأمثلة أو جميعها وبين المقام أنه قد يلتزم القائل بالتوزيع مثله في القابل منهما ؛ لعدم الإشكال حينئذٍ معه وغير القابل يفرع إلى القرعة أو غيرها .

[٢] وفي القواعد : « ولو أخذ من المماطل قهراً فلا اعتبار بنيته ويحتمل القابض ، ولو فقدت فالوجهان »^(٣) أي التوزيع والتعيين بعد ذلك ، والله أعلم .

[٣] بلا خلاف أجده فيه ؛ لأنه منكر باعتبار موافقته لأصالة عدم الرد ، وكون المرتهن أميناً أعم من تصديقه في ذلك ، والقياس على الودعي - مع أنه باطل عندنا - قد يفرق بينهما بالقبض لمصلحة المالك فيكون محسناً لا سبيل عليه وعدمه ، وكذا المستعير والمقارض والوكيل بجعل وغيرها ، والله أعلم .

(١) حكاة عنهم في مفتاح الكرامة ٥ : ٢١٢ . انظر المبسوط ٥ : ٧٦ - ٧٧ . الشرائع ٣ : ١٦ . القواعد ٣ : ١٢٥ . ولم نثر عليه في كتب الشهيد .

(٢) مفتاح الكرامة ٥ : ٢١٢ .

(٣) القواعد ٢ : ١٢٩ .

(كتاب المفلس)

[لغة وشرعاً]:

(المفلس) بالكسر لغةً (هو الفقير الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه) [١] .

ولعلَّ العرف الآن على كون المفلس - بالكسر - أعمُّ من الذاهب خيار ماله ، بل هو شامل لمن لم يكن له مال من أوَّل أمره إلَّا الفلوس . نعم قد يقال : إنَّ المفلس بالفتح عرفاً ذلك على أنَّه لا يخلو من بحث [٢] . وعلى كلِّ حال ففي العرف - الكاشف عن اللغة للأصل - أنَّ المفلس - بالكسر - الفقير الذي لا مال له يعتدَّ به عنده ، والمفلس الذي ذهب جيِّد ماله وبقي معه الفلوس .

(و) ربَّما أطلق على الأوَّل عرفاً . أمَّا (المفلس) - بالفتح - شرعاً ولو على جهة المجاز أو الحقيقة - المتشعبة

[١] ونحوه ما في القواعد : « من أنَّه من ذهب جيِّد ماله وبقي رديته فصار ماله فلوساً وزيوفاً » ^(١) .

[٢] وعن المبسوط : أنَّ المفلس لغةً « هو الفقير المعسر ، وهو مشتقٌّ من الفلوس . وكان معناه نفي خيار ماله وجيِّده وبقي معه الفلوس » ^(٢) . وعن التحرير : « أنَّه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل » ^(٣) .

وعن التذكرة : « الإفلاس مأخوذ من الفلوس ، وقولهم : أفلس الرجل كقولهم : أخبت أي صار أصحابه خبثاء ؛ لأنَّه ماله صار فلوساً وزيوفاً ولم يبق له مال خطير ، وكقولهم : أذلَّ الرجل أي صار إلى حالة يذلُّ فيها ، وكذا أفلس أي صار إلى حالة يقال فيها : ليس معه فلس ، أو يقال : لم يبق معه إلَّا الفلوس ، أو كقولهم : أسهل الرجل إذا واصل إلى السهل والحزن ؛ لأنَّه انتهى أمره إلى الفلوس . والأصل أنَّ المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ، ولهذا لما قال النبي ﷺ : « أتدرون ما المفلس ؟ قالوا : يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال : ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فبأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فبرَّده عليه ثمَّ صار إلى النار » ^(٤) » ^(٥) . وعن القاموس : « أفلس إذا لم يبق معه مال فكأنما صارت دراهمه فلوساً ، أو صار بحيث يقال : ليس معه فلس ، وفلسه القاضي تفليساً حكيم بإفلاسه » ^(٦) . قلت : لا ريب في أنَّ « أفلس » بالمعنى الذي ذكره فيكون لازماً ، واسم الفاعل منها مفلس بالكسر ، ولا يكون منها اسم مفعول ، نعم « فُلس » بالثبديد اسم مفعولها مفلس ، والظاهر أنَّ ما ذكره في القاموس أخيراً من جملة خطبه في المعاني ؛ إذ الظاهر أنَّه أراد بذلك المعنى الشرعي .

(٢) المبسوط : ٢ : ٢٥٠ .

(١) القواعد ٢ : ١٤٢ .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ٥٨٦ : ٢ ، ح ٧٩٦٩ ، مع اختلاف .

(٣) التحرير ٢ : ٥٠٧ .

(٦) القاموس المحيط ٢ : ٣٤٧ .

(٥) التذكرة ١٤ : ٦٠٥ . وفيه : « ثمَّ صلِّ في الناء » .

أو الشرعية بناءً على ثبوتها في مثله ففي المتن (هو الذي جعل مفلساً أي منع من التصرف في أمواله) [١] .
[لكن الحق كون المفلس شرعاً من حجر عليه لقصور ماله عن ديونه ، أو لعدم ما في يده فيكون التحجير عليه بالنسبة إلى المال المتجدد باحتطابٍ وشبهه] .

وإن كان لنا فيه بحث تسمعه إن شاء الله تعالى .

فقبل الحجر لا يسمّى المديون مفلساً شرعاً وإن استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها [٢] .

[شرائط الحجر على المفلس] :

(و) كيف كان (فـ) لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة ([٣] :

٢٧٩/٢٥

[١] وفي القواعد : « من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له » ^(١) . بناءً على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع ، وفي المسالك نسبة هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء منّا ومن العامة ^(٢) .

وعليه يكون المفلس ذلك وإن لم يحجر عليه ، ويشهد له قولهم : لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم ترتب الأحكام ، وشرط الحجر على المفلس التماس الغرماء وغير ذلك ممّا قيل : إنّه صار بسببها حقيقة ؛ لكثرة الاستعمال بحيث يبعد حملة على إرادة المجاز ^(٣) .

وحينئذ يكون الفلاس سابقاً على الحجر ومغايراً له ، وهو أحد أسبابه كما ذكره ، لا عينه ولا جزء مفهومه . نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس ، كما يقال : فلّسه القاضي ، لكنّه من باب إطلاق اسم السبب على المسبّب ، وحينئذ فلا مانع من اجتماع الفلاس والصفر ، كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه المرتبة ، وكذا السفه ، ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي المفلس ؛ لأنّه ليس بشرط في تحقّق مفهومه شرعاً ، وعليه فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له ، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين ، والشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله ، وبه جزم في المسالك قال : « وعلى ما يظهر من تعريف المصنّف يكونان متباينين » ^(٤) .

قلت : فيه أوّل : أنّه على تعريف المصنّف بينهما العموم من وجه ؛ ضرورة ملاحظته بالنسبة إلى المصداق ، فالمحجور عليه تارة يكون عليه الديون ولا مال له أو له مال فلوس فيجتمعان فيه وينفردان بما ذكره هو أيضاً .

وثانياً : أنّ الحق كون المفلس شرعاً من حجر عليه لقصور ماله عن ديونه ، أو لعدم ما في يده ، فيكون التحجير عليه بالنسبة إلى المتجدد ، كما صرح به الفاضل ^(٥) .

[٢] كما يشهد لذلك التأمل لكلماتهم ، والمناسبة لمعنى اسم المفعول في المفلس ؛ إذ منع الحاكم له من التصرف يكون كأخذ فلوسه منه ، وبه صرح المحقّق الثاني ^(٦) ، والأمر سهل ، والله أعلم .

[٣] وفي القواعد والتذكرة : « خمسة » ^(٧) بزيادة « المديونية » ، التي ترجع إلى ثبوتها عند الحاكم .

(١) القواعد ٢ : ١٤٢ . (٢) المسالك ٤ : ٨٦ .

(٣) مفتاح الكرامة ٥ : ٣١١ . (٤) المسالك ٤ : ٨٦ .

(٥) القواعد ٢ : ١٤٢ . (٦) جامع المقاصد ٥ : ٢٢٣ .

(٧) القواعد ٢ : ١٤٢ . التذكرة ١٤ : ٦ .

(الأول): وهو (أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم) الذي أراد التحجير عليه أو غيره [١].

(الثاني: أن تكون أمواله) من عروض ومنافع وديون غير المستثنيات في الدين (قاصرة عن ديونه) فإن لم تكن قاصرة فلا حجر عليه [٢].

بل طالبه أرباب الدين، فإن قضى دينه، ولأرفعوا أمرهم إلى الحاكم فيحبسه إلى أن يقضي أو يبيع عليه ويقضي عنه؛ لأنه ولي الممتنع.

ولا يمنع في هذا الحال عن التصرف في أمواله، فلو تصرف فيها بحيث أخرجها عن ملكه قبل وفاء الحاكم بها نفذ تصرفه وانتقل حكمه إلى من لم يكن عنده مال لديونه [٣].

(ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون) لأنها من أملاكه، سيما فيما لا يكون لأهلها الرجوع فيها كما أنه يحتسب أعواضها من ديونه [٤].

بل الظاهر بقاؤها إذا كانت له أموال مؤجلة بها يرتفع القصور أو أموال غائبة، بل لو كانت على معسرين أمكن القول ببقاء السلطنة [٥]، لكنه لا يخلو من إشكال.

ونحوهم من لا يتمكن من الاستيفاء منهم ولو ظلماً، وكذا الأموال المغصوبة.

(الثالث: أن تكون حالة) لعدم الاستحقاق مع التأجيل، فلا يحجر عليه وإن لم يف ماله بها لو حلت [٦].

[١] ضرورة أصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، بل هو ليس مفلساً شرعاً، كما عرفت.

[٢] إجماعاً محكياً في جامع المقاصد^(١) والمسالك^(٢) وظاهر التذكرة^(٣).

[٣] للإجماع في التذكرة على اشتراط منع التصرف بالحجر^(٤)، كما هو مقتضى الأصل.

[٤] بلا خلاف أجده بيننا.

نعم عن بعض العامة أنها لا تقوم عليه^(٥)؛ لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا تحتسب من ماله، ولا عوضها عليه من دينه.

وفيه:

١ - مضافاً إلى ما عرفت من أنه قد لا يكون لأربابها الرجوع، وثبوته بالفلس إنما يكون بعد التحجير لا قبله على الأصح، كما ستعرف.

٢ - إنه لا يمنع ذلك من احتسابها من أمواله بعد أن كانت من أملاكه، فمع عدم القصور بها تبقى حينئذ سلطنته على ماله.

[٥] للأصل.

[٦] للأصل.

(١) جامع المقاصد ٥: ٢٢٣.

(٢) المسالك ٤: ٨٦.

(٣) التذكرة ١٤: ١٣ - ١٤.

(٤) التذكرة ١٤: ١٠.

(٥) حكاة في المسالك ٤: ٨٧.

ولو كان بعضها حالاً حجر عليه مع القصور وسؤال أربابها .

فيقسم ماله حينئذ بينهم ، ولا يذخر للمؤجلة شيء حتى أعواضها . ولا يدام الحجر عليه لها ، كما لا يحجر بها

ابتداء [١] .

(الرابع : أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه) إذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم التماس

أحدهم [٢] .

إلا أن يكون الدين لمن هو [أي الحاكم] وليه من يتيم أو مجنون أو نحوهما دون الغائب الذي لا ولاية له عليه

بالنسبة إلى استيفاء دينه .

بل يعتبر في التحجير عليه بالتماس البعض أن يكون دينه مقداراً يجوز الحجر به عليه [٣] .

وإن عمّ الحجر حينئذ له وغيره من ذي الدين الحال الذي يستحق المطالبة به ، وبذلك افترق عن المؤجل ،

مع أنه لم يثبت التحجير لبعض الدين الحال [٤] .

(و) على كل فقد بان لك أنه (لو ظهرت أمارات الفلاس) عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله أو يكون ما في

يده بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا ما في يده (لم يتبرّع الحاكم بالحجر) عليه [٥] .

فهو حينئذ كمن لم يظهر عليه أماراته مثل أن يكون كسوباً ينفق من كسبه [٦] .

[١] ودعوى حلولها بالتحجير - كما عن الشافعي ^(١) وأحمد ^(٢) ومالك ^(٣) - واضحة الفساد ؛ لعدم الدليل القاطع ؛ للأصل

حتى القياس على الميت لظهور الفرق بينهما بقاء الدمة ، وقابلية الاكتساب وغيرهما ، كما هو واضح .

[٢] للأصل .

[٣] للأصل .

[٤] خلافاً للتذكرة فاستقرب جواز الحجر بالتماس البعض وإن لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله ^(٤) ، ولا دليل

عليه يقطع الأصل ، والضرر عليه يرتفع عنه بإجبار الحاكم له على الوفاء .

[٥] للأصل .

[٦] خلافاً للشافعي فجوز الحجر على من ظهرت عليه أمارات الفلاس ^(٥) .

ولا ريب في ضعفه .

كصنف ما يحكي عنه أيضاً من جواز الحجر على من ساوت أمواله ديونه ^(٦) .

(١) حلية العلماء ٤ : ٤٩٤ .

(٢) المجموع ١٣ : ٢٨٩ .

(٣) المغني (لابن قدامة) ٤ : ٥٢٥ .

(٤) التذكرة ١٤ : ٢١ .

(٥) المجموع ١٣ : ٢٧٨ .

(٦) انظر المجموع ١٣ : ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(وكذا) لا يحجر عليه الحاكم (لو سأل هو الحجر) على نفسه من دون التماس الغرماء [١].

[١] للأصل السالم عن المعارض، لكن استقرب في التذكرة جواز إجابته:

١ - لأن فيه مصلحة له ببراءة ذمته، فكما يجاب الغرماء في ملتسمهم حفظاً لحقوقهم يجاب هو أيضاً ليسلم من الغرماء، ومن الإنثم بترك وفاء الدين.

٢ - ولما روي عن النبي ﷺ: «أنه حجر على معاذ بالتماسه خاصة» (٢)(١).

وفيه: أن الخبر لم يثبت من طرفنا فليس حجة، سيما مع كون المشهور كما في المسالك على خلافه (٣)، والأول اعتبار لا يصلح مدركاً لحكم شرعي.

وما أبعد ما بينه وبين المحدث البحراني الذي توقف في أصل الحجر بالفلس ولو مع الشرائط، محتجاً بأنه ليس في النصوص ما يدل عليه (٤).

وفيه مع عدم انحصار الحجية فيها، بل الإجماع بقسميه هنا كاف في ذلك، على أن الموجود منها هنا غير خال من الإشعار، بل الظهور، سيما النبوي المتقدم آنفاً.

ففي موقوف عمار عن الصادق عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبي باعه فيقسمه بينهم» (٥).

فإن الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التخصيص لو أراد، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج به عن ملكه حتى لا يستحق الديانة منه، بل لعل المراد من قوله: «يحبس» المنع من التصرف. كما يرشد إليه خبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله» (٦) الحديث؛ ضرورة عدم معوقلة إرادة غير ذلك من «التفليس»، خصوصاً بعد قوله عليه السلام: «ثم... إلى آخره».

ومنه حينئذ يظهر دلالة خبر الأصعب بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه فإن تبين إفلاسه والحاجة فيخل سبيله حتى يستفيد ماله» وقضى عليه السلام في الرجل يلتوي على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبي باعه فيقسم بينهم» (٧).

بل وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، ويقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فأجروه، وإن شئتم فاستعملوه» (٨).

(١) سنن البيهقي ٦: ٤٨.

(٢) التذكرة ١٤: ٢١.

(٣) المسالك ٤: ٨٨.

(٤) الحدائق ٢٠: ٣٨٣-٣٨٥.

(٥) التهذيب ٦: ١٩١، ح ٤١٢. الوسائل ١٨: ٤١٦، ب ٦ من الحجر، ذيل الحديث ١.

(٦) الوسائل ١٨: ٤١٦، ب ٦ من الحجر، ح ١.

(٧) التهذيب ٦: ٢٣٢، ح ٥٦٨. الوسائل ٢٧: ٢٤٧، ب ١١ من كيفية الحكم، ح ١.

(٨) الوسائل ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ٥٣، مع اختلاف.

وكيف كان فلا ينبغي الشك في أصل جواز الحجر بالفلس على معنى منع التصرف، ولعل ذلك من مقتضى نصبه حاكماً أيضاً.

(و) حينئذٍ (إذا حجر عليه) استحَبَّ له إظهار ذلك بحيث لا يتضرر معاملوه [١]؛ لأن مثل هذه النصيحة مرادة من الحاكم و(تعلق به) :

١ - منع التصرف؛ لتعلق حق الغرماء).

٢ - واختصاص كل غريم بعين ماله).

٣ - وقسمة أمواله بين غرمائه). فينحصر (القول) فيه حينئذٍ في هذه الثلاثة :

[القول في منع التصرف]:

الأول: (في منع التصرف و) [المختار] [٢] أنه (يمنع من التصرف) ابتداءً في المال الموجود حال الحجر، سواء كان بعوض أو غيره بل ولو محاباة (احتياطاً) لحفظ المال (للغرماء) ولا يتم إلا بذلك [٣].

نعم لا يمنع ممّا لم يكن تصرفاً فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والعفو عنه والإقرار بالنسب ونحو ذلك ممّا هو ليس تصرفاً في المال وإن استلزم بعضها ذلك كالمؤنة في الإقرار بالنسب ونحوه. كما لا يمنع من التصرف المحض للمال، كالاتطاب والاصطياد. وأولى منهما قبول الوصية والاتهاب والبراءة بضمن في الذمة والقرض ونحوها ممّا هو مصلحة للغرماء، بناءً على تعلق حقهم بها أيضاً، فتدخل حينئذٍ في الحجر [٤].

[١] كما في القواعد والتذكرة ومحكي المبسوط والتحرير^(١).

[٢] [كما] لا خلاف بين الأصحاب في ذلك].

[٣] ضرورة أنه متى كان له تسلط على المال بوجه خيف عليه منه، فلا ريب في أنّ الاحتياط لحق الغرماء الذي شرع التحجير عليه له في عموم منع التصرف فيه، وعن ظاهر الخلاف وكذا الغنية الإجماع على منعه من التصرف بماله بما يبطل [حق] الغرماء^(٢).

[٤] كما صرح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٣)، لكن قد يشكل بأصالة عدم تعلق الحجر بها؛ إذ الثابت من تعلقه بالأموال القاصرة حال الحجر لا غيرها، خصوصاً مع الضرر على أصحابها في بعض أفرادها، كما إذا اشترى في الذمة أو باع سلماً، بناءً على عدم جواز الفسخ للبائع وإن كان جاهلاً، كما صرح به الفاضل^(٤) وغيره؛ للأصل، وتعلق حق الغرماء بها، وأنه لا يشاركهم فيما له من الدين لتجذده، وستسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله تعالى. ولعله لذلك أو لغيره استشكل في تعلق الحجر بها في الإرشاد^(٥)، ولم يرجح الشهيد في المحكي عن حواشيه وغاية المراد^(٦)، بل عن فخر المحققين: أنّ عدم التعلق أولى^(٧).

(١) القواعد ٢: ١٤٣. التذكرة ١٤: ٢٣. لم نعر عليه في المبسوط ونقله في مفتاح الكرامة ٥: ٣١٤. التحرير ٢: ٥٠٧.

(٢) الخلاف ٣: ٢٦١. الغنية ٢٤٧: ٢٤٨. (٣) القواعد ٢: ١٤٣. جامع المقاصد ٥: ٢٢٦-٢٢٧. المسالك ٤: ٨٩.

(٤) القواعد ٢: ١٤٤. (٥) الإرشاد ١: ٣٩٨.

(٦) غاية المراد ٢: ٢٠٨. (٧) شرح الإرشاد: ١٨١ (مخطوط).

والظاهر أن محلّ النزاع في أصل مشروعية التحجير فيها [= في الذمة] وعدمه لا في دخولها في إطلاق التحجير وعدمه المبني على المفروغية من جواز التصبيص له على الدخول أو الخروج كالمفروغية من جواز تجديد الحجر عليها [١]، إلا أن ما عدا الأخير يمكن منعه [٢]. على أن المتّجه على تقديره [= جواز تجديد الحجر عليها] سؤال الحاكم إذا لم يعلم لفظ تحجير، ولو تعذّر اقتصر على المتيقّن .
وعلى كلّ حال لا يمنع من أمثال هذه التصرفات [٣] [ولكن قال المصنّف : (فلو تصرف كان باطلاً سواء كان بعوض كالبيع والإجارة أو بغير عوض كالعتق والهبة) [٤] .

[١] لاتحاد المدرك فيها وفي سابقها .

[٢] للأصل السالم عن معارضة ما يصلح للخروج به عنه بعد القول بعدم حجّية كلّ ظنّ حصل للمجتهد ، خصوصاً ما كان من أمثال هذه الاعتبارات التي يصعب الفرق بينها وبين القياس والاستحسان ، وحينئذٍ فلا يتّجه جعل النزاع فيه .

[٣] بل صرح الفاضل والكركي بعدم منعه من نحو الوصية والتدبير الذي لا ضرر فيه على الغرماء^(١) لكونه بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أوّلاً .

وفيه : أنه لا يتمّ بناء على بطلان تصرّفه وسلب عبارته فيما يتعلّق بالمال الموجود ، كما هو ظاهر قول المصنّف [ذلك] .

[٤] بل هو المحكي عن أبي علي والمبسوط والتحرير والإيضاح^(٢) ، فيكون حينئذٍ معنى تحجير الحاكم هنا سلب الأهلية ، بل قيل^(٣) : هو أمر زائد على منافاة حقّ الغرماء ، وحينئذٍ لا فرق فيه بين الوصية وغيرها ، ولعلّه لذا جزم الفاضل في المحكي عن قواعده في باب التدبير بعدم الصحة^(٤) .

اللهم إلا أن يفرق بين الوصية وغيرها بأنّها تصرف في المال بعد الدين ، بخلاف غيرها فإنّه تصرف في المال فعلاً وإن كان لا ينفذ على تقدير الصحة إلا بعد الوفاء . مضافاً إلى :

١ - أنه يقوى عدم كون التحجير سلب الأهلية ؛ لعدم الدليل ، بل قولهم بنفوذ تصرف السفه مع إجازة الولي ينافيه .

٢ - وأنه لا يقصر بالحجر من التصرف في مال الغير الذي ينفذ بالإجازة ؛ إذ ليس التحجير إلا لمنافاة التصرف لحقّ الغرماء ، وهو حاصل بعدم النفوذ غير متوقّف على سلب الأهلية ، ولعلّه لذا نفى البأس عن عدم البطلان في التذكرة ، وقوّاه في جامع المقاصد^(٥) ، وفي المسالك : « لعلّه أقوى »^(٦) . وهو كذلك ، بناءً على أن الفضولي على القاعدة ، بل وإن لم نقل بذلك للفقوى حينئذٍ .

ودعوى أن المتّجه مع الشكّ في كون التحجير سلب الأهلية أو النفوذ عدم انتقال المال بمثل هذا العقد وإن تعقّب إجازة أو تبين زيادة مال للأصل . يدفعها : منع الشكّ ولو لمعوم « الوفاء بالعقود »^(٧) .

اللهم إلا أن يمنع شمولها للمشكوك في أهلية النقل كالمشكوك في أنه يعقد عليه أو لا . لكن فيهما معاً بحث .

(١) القواعد ٢ : ١٤٣ . جامع المقاصد ٥ : ٢٢٧ .

(٢) نقله من أبي علي في المختلف ٥ : ٤٥٣ . المبسوط ٢ : ٢٧٢ . التحرير ٢ : ٥٠٩ . الإيضاح ٢ : ٦٥ - ٦٦ .

(٣) (٤) مفتاح الكرامة ٥ : ٣١٦ . القواعد ٣ : ٢٢٤ . (٥) التذكرة ١٤ : ٢٥ . جامع المقاصد ٥ : ٢٢٩ .

(٦) المسالك ٤ : ٩٠ . (٧) المائدة ١ .

وعلى كل حال فالأقوى صحة عقده، بل [الظاهر] (١) عدم بطلانه برذ الغرماء وأنه يبقى موقوفاً على أن يقسم المال لا يباع ولا يسلم إلى الغرماء، فإن فضل لارتفاع قيمة غيره أو لبراء بعض الديانة أو غير ذلك، نفذ فيه التصرف، وإلا بطل لسبق التعلق به فيه.

وليس لذوي الدين إبطال التصرف وفسخ العقد قبل ذلك. وهو جيد وقد أومأنا إليه في تصرف الراهن ولو كان ما تصرف فيه متعدداً (٢)، فينبغي أن يقال حينئذ: جميع التصرفات موقوفة، ولا بد من إبطال بعضها، ولا أولوية لبعض على غيره بشيء من الاعتبارين؛ لأن المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين، والضعيف والقوي، سواء في كونهما غير نافذين.

ولا فرق بين العتق وغيره في ذلك، فيقرح حينئذ أو يخيرون، كما لو وقع التصرفات دفعة واحدة [٣].

ولو كان التصرف بيعاً ونحوه على الغريم صح [٤].

فلو باعه حينئذ منه بالدين وليس سواء صح [٥].

ولو ظهر غريم بعد ذلك فقد يحتمل بطلان البيع من رأس لعدم تصور مشاركته في الثمن الذي هو الدين.

[١] [كما هو] ظاهر جماعة من الأصحاب، بل هو كصريح التذكرة^(١).

[٢] ففي القواعد: «أنه مع القصور يبطل الأضعف كالرهن، والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق»^(٢)، وعن الشافعية احتمال نقض الأخير، كما في تبرعات المريض إذا زادت عن الثلث^(٣)؛ لأن المزاومة إنما وقعت بين ديون الغرماء والأخير فيكون السابق ماضياً؛ لعدم ما ينافيه، واستحسنه في التذكرة^(٤).

وفيه: أن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثلث، فالأخير هو الزائد، فيكون باطلاً دون ما سواه، بخلاف المفلس فإنه محجور عليه في الجميع، فلا يظهر فرق بين الأخير وغيره؛ لأن الجميع كالفضولي.

[٣] وقد يحتمل البطلان في الجميع، وفيه ضعف.

لكن في جامع المقاصد: «التحقيق أنا لو قلنا: إن الاجارة كاشفة لا نافذة كانت جميع التصرفات مراعاة بوفاء الدين، فيظهر للتقدم أثر حينئذ، وحيث إننا رجحنا هذا القول فيما سبق كان ذلك أقوى»^(٥).

وفيه نظر يعرف من ملاحظة ما سلف لنا في تصرف الراهن، فلاحظ وتأمل.

[٤] ضرورة ظهوره في إرادة الشراء الصحيح المستلزم للرضا بالتصرف.

[٥] لما ذكرنا لا لما في القواعد: «من أن سقوط الدين يسقط الحجر»^(٦)؛ إذ هو مستلزم للدور، أو اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر المنافي لتقدم الشرط الذي هو رفع الحجر على المشروط، وهو صحة البيع.

(١) التذكرة ١٤: ٢٥.

(٢) القواعد ٢: ١٤٤.

(٣) روضة الطالبين ٣: ٣٦٧.

(٤) التذكرة ١٤: ٢٧.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٢٣٠.

(٦) القواعد ٢: ١٤٧.

والبطلان في مقدار ما يقابل دينه من العين والرجوع على المشتري بمقدار ما يقابلها .
 ولعل الأقوى الأول ، بناءً على عدم تصوّر التبويض في حقّ الحجر .
 فمتى بطل بالنسبة إلى أحدهما بطل بالنسبة إلى الجميع ؛ لأنّ حقّ كلّ منهم يتعلّق بتمام العين حتى لو أبرأ أحدهم ذمّة المفلس بقي حقّ الآخر متعلّقًا بالجميع ، ولا يفكّ من العين مقدار الدين .
 ولا فرق في الحكم المزبور بين كون البائع الحاكم أو المفلس .
 أمّا لو باعه من الغريم بثمن غير الدين ثمّ ظهر غريم صحّ وشاركه في الثمن بالنسبة إذا كان البيع من الحاكم بثمن المثل ؛ إذ الظاهر عدم توقّف صحّة البيع على حضور كلّ غريم في الواقع .
 ولو كان البائع المفلس يتخيّل انحصار الغريم في المشتري ثمّ بان وجود غيره فـ[الظاهر] [١] نفوذ البيع [٢] . لكن قد يشكل بتعلّق حقّه واقعاً في العين فبعد ظهوره لأبد من مراعاته كغيره من الغرماء الظاهرين ، فتأمل جيداً .
 ولو اشترى المفلس مالاً في الذمّة وقد اشترط عليه التصرف فيه بعق أو هبة أو نحوهما فالمتّجه البطلان .
 بناءً على سلب عبارته في كلّ مال موجود حال الحجر أو متجدّد [٣] .
 وإن قلنا بعدم سلب عبارته فيصح العقد قطعاً مع علم المشتري بحاله .
 ويوقع التصرف المشروط ، فإن نفذ لاتفاق زيادة المال فلا إشكال ، وإلاّ أمكن اختصاص الغرماء به ، وعدم تسلّط البائع على الخيار ، سيّما إذا كان عالمًا بالحال ؛ لتعلّق حقّ الغير وعدم تقصير المشتري في استطاعته من التصرف . ويحتمل تسلّطه [٤] .
 والأقوى صحّة أصل العقد ونفوذ التصرف [٥] .
 هذا كلّه في إنشاء التصرف (أمّا لو أقرّ بدين سابق صحّ) في الجملة [٦] .

[١] [كما] قد يظهر من بعضهم .

[٢] للعمومات .

[٣] لأنّه حينئذ يكون شرطاً غير مقدور ، فيفسد ويفسد العقد به ، بناءً على أنّ فساد الشرط مقتض لذلك .

[٤] لعدم انتقال المال إلى المفلس إلا على هذا الوجه ، فهو كالخيار المشروط فيما لو اشترى بالذمّة .

[٥] لأصالة عدم منعه عن مثل هذا التصرف المستحقّ عليه بالشرط بعد أن انتقل المال إليه على هذا الوجه ، كما هو واضح .

[٦] بلا خلاف أجدّه فيه ، بل قيل : إنّه كذلك قولاً واحداً^(١) . نعم عن شرح الإرشاد أنّه حكى عن بعض الأصحاب

عدم صحّة إقراره مطلقاً^(٢) ، ولم نعرفه ، مع وضوح فساده ؛ لمنافاته لما دلّ على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم^(٣) . واحتمال

سلب الأهلية إنّما هو في خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان ، أمّا الإخبار بالدين فلا وجه له معتدّ به فيه ، كما هو ظاهر .

بل في المتن [١] (وشارك المقر له الغرماء) [٢] [وقد يقال بعدم المشاركة].
وهو قوي جداً [٣].

ولو أسند الدين في إقراره إلى ما بعد الحجر بمعاملة ونحوها ممّا يحصل برضا الطرفين لم يشارك قطعاً [٤].
نعم لو أسند إقراره بالدين إلى ما بعد الحجر على وجه يشارك لو كان المقر به معلوماً بثبوته كإتلاف مال أو جنابة ،
جرى فيه البحث السابق [٥]. ولو أقرّ بدين وأطلق [٦].
فلا يشارك [المقر له الغرماء] وإن قلنا بها في غيره .
(وكذا) البحث فيما (لو أقرّ بعين) لمن صدّقه في ذلك .

[١] ومحكي المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير أنّه صحّ^(١) (وشارك المقر له الغرماء).

[٢] بل عن غاية المراد حكايته عن أبي منصور الطبرسي^(٢)، بل هو قريبه في المحكي عن حواشيه لكن بشرط أن
يكون عدلاً^(٣)؛ لعموم جواز الإقرار المقتضي كونه كالبيّنة شرعاً في الإثبات ، واحتمال التهمة يدفعه أن الإقرار في حقّه أكثر منه
ضرراً في حقّ الغرماء .

وفيه : أنّ العموم إنّما يدلّ على لزومه له ونحن نقول به وعدم مشاركته باعتبار معارضته لحقّ الغير الذي لا ينفذ هو فيه ؛ إذ
حقّ الغرماء قد تعلّق بالأعيان ، بل قيل : أنّه أقوى تعلّقاً من حقّ الرهانة^(٤) . وبذلك يظهر لك الفرق بينه وبين البيّنة التي لم يفزّق
الشارع في نفوذ مقتضاها بين الجميع ، وعدم النفوذ في حقّ الغير للأصل ، لا للتمهة ، ولذا كفى في عدم النفوذ عدم العلم بصدق الإقرار
وإن لم يتهم المقر ، ومن هنا اختار الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم على ما حكى عنهم عدم النفوذ^(٥) .

[٣] لكن قد يشكّ في كفيّة تعلّق حقّ الغرماء بالعين على وجه يمنع الإقرار .

والأصل يقتضي عدمه وسلب الأهلية في انشاء التصرف أو عدم النفوذ لا يقتضي ذلك ؛ إذ هو من الحاكم في تحجيره ، لا من
تعلّق حقّ الغرماء بالعين ، وعلى تقديره لا يقتضي مثله في الإقرار ، فتأمل جيّداً ، فإنّه قد يدفع ذلك كلّ صدق كون الإقرار في الغير
فيكون ممنوعاً .

[٤] لعدم زيادة الإقرار بذلك على نفس المعاملة ، التي قد عرفت عدم المشاركة بها للغرماء لو وقعت بعد الحجر .

[٥] لأحد المدرك ، لكن في الروضة اختيار عدم المشاركة في الأوّل دون الثاني^(٦) ، وهو غريب ، وأغرب منه تعليقه
ذلك بما تسمعه من دليل المشاركة في الجنابة ، والبحث هنا من حيث الإقرار لا من حيث نفس الجنابة .

ومن هنا أمكن كون مراده الفرق بين الجنابة والمعاملة الاختيارية ، فلا يكون مخالفاً ، فلاحظ وتأمل .

[٦] فأصالة تأخّر الحادث تقتضي تأخّر عن الحجر المعلوم تأريخه .

(١) المبسوط ٢ : ٢٧٢ . الخلاف ٣ : ٢٧٠ . التذكرة ١٤ : ٢٨ . التحرير ٢ : ٥٠٩ .

(٢) غاية المراد ٢ : ٢٠٧ .

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٢٢ .

(٤) قاله في جامع المقاصد ٥ : ٢٣٤ .

(٥) الارشاد ١ : ٣٩٨ . غاية المراد ٢ : ٢٠٧ . المسالك ٤ : ٩٢ . جامع المقاصد ٥ : ٢٣٤ .

(٦) الروضة ٤ : ٣٣٣ . ٣٤ .

نعم لو قلنا بنفوذ الإقرار فيها (دفعنا إلى المقر له) [١] (و) لكن (فيه) أي في نفوذ الإقرار فيها عند المصنّف (تردّد) [٢].

ولعلّه (لتعلّق حقّ الغرماء بأعيان ماله) فيكون الإقرار بها إقراراً منافياً لحق الغير كالرهن ونحوه [٣].

[ولكن الأقوى عدم نفوذ إقراره في العين] [٤].

وعلى كلّ حال فقد [يقال] [٥] بضمنان المفلس القيمة أو المثل [للعين لو أقرّ بها] بناءً على دفعها للغرماء؟ [٦] [كما هو الظاهر].

[١] لعدم كونها حينئذٍ من أموال المفلس .

[٢] وإن جزم بالشركة في الإقرار بالدين ، بل حكي عن بعضهم الجزم بالفرق بينهما في ذلك^(١) .

[٣] ويشكل بأنّه لا فرق بين أخذ بعض الأعيان بموجب التقييط مساواة لهم وبين أخذه ذلك البعض تقدماً له عليهم مع تعلّق حقّهم بالعين . ومن هنا كان الأقوى عند الشهيدين والكركي والفاضل في الإرشاد عدم الفرق بينهما في عدم النفوذ بحيث ينافي حقّ الغرماء^(٢) ، كما أنّ خيرة المحكي عن المبسوط والتحرير عدمه [= الفرق] في النفوذ فيهما فيشارك في الأوّل ، وتدفع العين للمقرّ له في الثاني^(٣) .

لكن قد يدفع بعدم صدق التصرف في المال في الأوّل وإن رجع إليه بالآخرة كرجوع نفقة من أقرّ بنسبه ، بخلاف الثاني فإنّه كالصرف في المال نفسه فهو معارض لحقّ الغير ، بل مندرج في الحجر عليه في المال . وفيه : أنّه لا فرق في عدم نفوذ الإقرار في الغير بين العين والدين الذي هو أيضاً كالصرف في المال أيضاً ، ولذا لم يعض إقرار بعض الورثة بالدين على الآخر كالعين ، بل قد يقال بأولوية نفوذه في العين من الدين باعتبار عدم ثبوت كونها من مال المفلس بعد الإقرار حتى يتعلّق بها الحجر ؛ لكونه أقوى من اليد . ومن هنا حكي عن بعضهم القول بذلك^(٤) ، فيرجع حاصل الأقوال في المسألة إلى أربعة أفواها عدم النفوذ .

[٤] وربما قيل : إنّها خمسة بزيادة القول بأنّ العين تؤخّر ويقسّم غيرها بين الغرماء ، فإنّ فضلت أعطيت للمقرّ له ، وإلاّ دفعت إلى الغرماء^(٥) ، ولعلّه ليس قولاً في المسألة ، بل يقول به الجميع جمعاً بين الحقيّن .

[٥] [كما صرح بعضهم^(٦) .

[٦] من غير فرق بين قصره في الإقرار بها قبل الحجر وعدمه ، ولعلّه لأنّها قد أخذت في دينه .

وفيه إشكال ، مع عدم التقصير ، وأخذها في دينه مع عدم براءة ذمّته بذلك ، إلّا مع إجازة المالك لا يقتضي ضمانها ، بعد أن كان الأخذ غيره ، فالقضاء بها حينئذٍ بالقضاء بالمتبرّع به . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ الأصل ضمان كلّ ما وصل نفعه إليك من المال المحترم ، إلّا أن يتبرّع به المالك ، مضافاً إلى عموم « على اليد »^(٧) فتأمّل جيّداً .

(١) حكاة في مفتاح الكرامة (٥ : ٣٢١ ، ٣٢٣) عن الفخر في شرح الارشاد .

(٢) غاية المراد ٢ : ٢٠٦ - ٢٠٧ . المسالك ٤ : ٩٢ . جامع المقاصد ٥ : ٢٣٥ . الإرشاد ١ : ٣٩٨ .

(٣) المبسوط ٢ : ٢٧٢ . التحرير ٢ : ٥٠٩ . (٤) المسالك ٤ : ٩٣ .

(٥) مفتاح الكرامة ٥ : ٣٢٣ . (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٤٣ .

(٧) المستدرك ١٧ : ٨٨ ، ب ١ من الغصب ، ح ٤ .

أما لو كذبه المقر له بها [١] .

[فبناءً على نفوذ إقراره يتجه دفعها إلى المقر له مع التصديق ، وإلا خرجت عن ملك المقر فلا يتعلّق بها حجر] .

فإذا كانت في يده توصّل إلى وصولها لصاحبها ، وإن كانت في يد غيره صارت مجهول المالك .
وعلى كلّ حال لم يكن للغرماء تعلّق بها ، والله أعلم (ولو قال : هذا المال مضاربة لغائب ، قيل : يقبل قوله مع يمينه ويقرّ في يده ، وإن قال : لحاضر وصّدقه دفع إليه ، وإن كذّبه قسّم بين الغرماء) [٢] .
والتحقيق عدم الفرق بين هذه المسألة وسابقتها ، فيجري فيها الكلام السابق حينئذٍ ، والله أعلم .
(ولو اشترى بخيار وفلس والخيار باق كان له إجازة البيع وفسخه) [٣] (لأنّه ليس بابتداء تصرف) في المال [٤] .

[١] ففي القواعد ومحكي التذكرة أنّها تقسّم ^(١) .

ولعلّه لعدم صحّة الإقرار مع الردّ بخلافه مع التصديق ، وفيه : أنّه بناءً على نفوذ إقراره يتجه دفعها إلى المقر له مع التصديق ، وإلا خرجت عن ملك المقرّ فلا يتعلّق بها حجر .

[٢] وهو المحكي عن المبسوط قال : « إذا أقرّ بالمال ، إلّا أنّه قال : هو مضاربة لفلان ، فإنّ المقرّ له لا يخلو من أحد أمرين ، إمّا أن يكون غائباً أو حاضراً ، فإن كان غائباً كان القول قول المفلس مع يمينه أنّه للغائب ، فإذا حلف أقرّ المال في يده للغائب ولا حقّ للغرماء فيه ، وإن كان حاضراً نظر فيه ، فإن صدّقه ثبت له ؛ لأنّه إقرار من جائز التصرف وصّدقه المقرّ له فوجب أن يكون لازماً وإن كذّبه بطل إقراره ووجب قسمته بين الغرماء » ^(٢) .
وفيه :

أنّه لا فرق بين ذلك وبين الإقرار بالعين التي لم يحك عنه فيها مثل ذلك ، مضافاً إلى ما قيل : « من أنّه لم تشرع اليمين لإثبات مال الغير » ^(٣) .

وإن كان قد يدفعه أنّها لرفع التهمة ، لا للإثبات ، ومن أنّه لا معنى لإقراره في يده مع سلب أهلية اليد ؛ لأنّ الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية .

ويدفعه أيضاً منع صيرورته بالحجر كذلك ؛ إذ هو مكلف رشيد ، ولا عدوان في يده ، والحجر إنّما يرفعها عن ماله لا عن مال غيره ، إنّما الكلام في نفوذ إقراره ، فعلى تقديره فالإقرار في يده متوجّه .

[٣] بلا خلاف أجده فيه .

[٤] بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرف في المال ؛ للأصل وغيره .

(١) القواعد ٢ : ١٤٤ ، التذكرة ١٤ : ٣١ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢٧٩ .

(٣) مفتاح الكرامة ٥ : ٣٢٤ .

بل [الظاهر] (١) عدم اعتبار الغبطة في ذلك .

بل له الفسخ وإن كان فيه مفسدة على الغرماء (٢) .

فالقول حينئذ بعدم اعتبار الغبطة في الجميع [أي خيار الشرط وخيار العيب] لا يخلو عن قوة .

نعم قد يفرق بينهما بأن العيب لم يوجب استحقاق الرد خاصة ، بل أوجبه مع الأرض وإن كان على جهة البدل ، بل لعل اقتضاه الأرض أقوى (٣) .

بل قد يقال : إن الأرض ثابت به وإن كان له إسقاطه بفسخ العقد ، فالحاصل حينئذ باختياره اللزوم مثلاً سقوط الرد لا ثبوت الأرض ، وإن كان لا يخلو من إشكال ، وحيث كان كذلك أتجه حينئذ دعوى تعلّق حقّ الغرماء بهذا الخيار من بين الخيارات ، كما أنّه أتجه اعتبار الغبطة ترجيحاً لمن يكون معه على الآخر ؛ إذ قد عرفت اجتماع الجهتين أي الأرض والردّ في هذا الخيار ، بخلاف غيره من أفراد الخيار حتى الغبن فإنّه ليس فيه جهة للمال أصلاً ، فلا يتقيّد بالغبطة أو عدم المفسدة (٤) .

ولعلّ من ذلك ينقدح أنّه لو لم يكن للمفلس إلّا الردّ بالعيب لإسقاط الأرض قبل الفسخ ونحوه لم تعتبر الغبطة

[كما هو] ظاهر المصنّف وصريح الكركي وثاين الشهيدين^(١) والمحكي عن المبسوط والتحرير^(٢) .

[٢] للأصل ، بعد عدم ما يدلّ على منع الحجر إيّاه عن مثل ذلك .

خلاقاً للفاضل فاعتبر الغبطة في خيار العيب^(٣) دون غيره ، و وجه الشهيد بأنّ الخيار في غيره ثابت بأصل العقد ، لا على طريق المصلحة ، فلا يتقيّد بها ، بخلاف العيب^(٤) .

وفيه :

إنّ كلّاً من الخيارين ثابت بأصل العقد ، غاية ما في الباب أنّ أحدهما ثبت بالاشتراط مثلاً ، والآخر بمقتضى العقد ، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيداً بغيطة ولا بعدمها ؛ إذ لم يقل أحد بتقييد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة ، بل صرحوا بجواز الفسخ له وإن زادت القيمة بسبب العيب كالخضاء ، والحكمة في أصل المشروعية لا يجب اطرادها ، وإلّا لاقتضى اعتبار الغبطة في الفسخ بكلّ خيار ؛ ضرورة كون الحكمة في مشروعية أصل الخيار في مثل البيع الذي الأصل فيه اللزوم إمكان أن يتجدّد لذي الخيار ما يوجب إرادة الفسخ ، فلا يجد السبيل إليه فيحصل عليه ضرر . وأضعف من ذلك تعليل الفرق بينهما بأنّ العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له ، فلا تعلّق حقّ الغرماء بالمال ؛ إذ التزلزل مشترك بينهما .

[٣] بدليل عدم سقوطه بالتصرّف ونحوه ممّا يسقط به الردّ .

[٤] بل ربّما يؤيّد ما قيل : من أنّ المريض إذا اشترى معيباً ولم يرده مع كون الغبطة في رده احتسب نقص عيبه من الثلث^(٥) .

(١) جامع المقاصد ٥ : ٢٤٠ . المسالك ٤ : ٩٤ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢٦٦ . التحرير ٢ : ٥١٠ .

(٣) النذكرة ١٤ : ٣٦ .

(٤) نقله في مفتاح الكرامة (٥ : ٣١٥) من حواشيه .

(٥) النذكرة ١٤ : ٣٥ .

فيه [١]. و[المختار] [٢] أن له الخيار أيضاً فيما يشتره في الذمة بعد الفلس؛ لأن المال قد انتقل إليه على هذا الحال وتعلق به حقهم على هذا الحال فلا يمنع منه ولو لم يكن للمفلس إلا الرد، فتأمل جيداً، والله أعلم.

(و) لو خرج المال عن المفلس بعقد متزلزل كالهبة ونحوها قبل الفلس لم يستحق الغرماء عليه الرجوع قطعاً، كما هو واضح. نعم (لو كان له حق قبض دونه) قدراً أو وصفاً على جهة الإسقاط والإبراء (كان للغرماء منعه) قطعاً؛ لأنه تصرف في المال بما ينافي حقهم [٣].

[١] إذ هو حينئذ كغيره من الخيارات، كما أنه قد ينقدح من ذلك وجه آخر لأصل ثبوت الخيار بعد الفلس بغير العيب، بأن يقال: إنه ليس تصرفاً في مال، وإن رجع إليه بالآخرة، وإن كان فيه بحث ظاهر، ولعلّه لذا كان ظاهر المحكي عن الأردبيلي وبعض الشافعية اعتبار الغبطة في جميع أنواع الخيار؛ لأن الفسخ تصرف في المال^(١).

وفيه: أن المتجه حينئذ منعه منه من دون إذن الغرماء؛ لأنه حينئذ كالتصرف فيه ببيع ونحوه لا تقيده بالغبطة. ولم أقف على قائل به وإن كان يشهد له في الجملة منع السفيه عنه.

لكن قد يفرق بينهما بأن الحجر يقتضي تعلق حق الغرماء بمال المفلس على حسب كيفية ملكه له في اللزوم والتزلزل، لا أن به تختلف جهة ملكه، فمع كون الملك بالنسبة إليه متزلزلاً يبقى على حاله بعد الفلس.

[٢] [كما] من ذلك [= مما تقدم] ينقدح.

[٣] بل في جامع المقاصد وغيره لهم منعه من قبض بعض الحق، وإن لم يكن على جهة الإسقاط للباقي إذا حصل ضرر، كما في قبض بعض ثمن المبيع، قال: «لأن فيه إسقاطاً لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه؛ لأنه تصرف مبتدأ، أما إذا لم يكن كذلك فكيف قبض بعض ما استحقه بإتلاف مال أو قرض ونحوهما مما يلزم عليه فيه قبض البعض لو بذله من عليه كالجميع كان له قبض البعض»^(٢).

وفيه: أنه يمكن المناقشة في منعه عن إسقاط هذا الحق الذي هو ليس بأولى من حق الخيار، فتأمل جيداً، هذا.

وفي المسالك: «أن نسبة القبض إليه على طريق المجاز فإنه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك، وإنما المراد إثبات تسلطه على الحكم المذكور وإن كان القابض غيره»^(٣).

وفيه: أن أقصى ما ثبت من الحجر منعه من التصرفات المنافية لحق الغرماء لا غيرها؛ للأصل وغيره.

قال في القواعد: «ولا يمنع من وطء مستولدته»، ولم يفرق بين كون ثمنها من جملة دين الغرماء أو لا، ولا بين القول بإجارتها وعدمه، لكن قال: «وفي وطء غيرها من إمانته نظر»^(٤)، وعن التذكرة: «أقربه المنع»^(٥)، وفي جامع المقاصد: «أنه الأصح»^(٦). إلا أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة التعريض للإتلاف بالطلق أو نقصان القيمة أو بصيرورتها أم ولد، بناءً على بطلان حق الغرماء بها حينئذ. وفيه نظر.

(١) مجمع الفائدة: ٩: ٢٤٤. المجموع: ١٣: ٢٨٣. (٢) جامع المقاصد: ٥: ٢٤١.

(٣) المسالك: ٤: ٩٥. (٤) القواعد: ٢: ١٤٥.

(٥) التذكرة: ١٤: ٤٥. (٦) جامع المقاصد: ٥: ٢٤١.

[ولا يبطل حقّ الغرماء بالاستيلاء] [١] .

إلا أنّ الظاهر تأخيرها [= أم ولد] في البيع لتبيّن القصور وعدمه ؛ لئلا يبطل حقّ الاستيلاء .
وعلى كلّ حال فمنع المفلس من التصرف بماله على وجه لا ينافي حقّ الغرماء لا يخلو من بحث ، بل منع ،
والله أعلم .

(ولو أقرضه إنسان مالاً بعد الحجر) مثلاً (أو باعه بثمن في ذمّته لم يشارك [أي المقرض] الغرماء وكان ثابتاً
في ذمّته) إذا كان عالماً بحاله [٢] ، بل وإن كان جاهلاً [٣] .

فالأقوى حينئذٍ وجوب الصبر بناءً على تعلّق الحجر بالمتجدّد ، وإلا كان له المطالبة بالوفاء منه [٤] . ولعلّ
الظاهر عدم المشاركة إذا لم يكن قد أدخل مقابل الدين في أموال المفلس وكان برضى من المستحقّ كما في المهر
وعوض المتلف بالإذن وإن قلنا بالمشاركة في المال الذي أقرضه [٥] .

[١] بل جزم في القواعد ومحكي التذكرة بعدمه^(١) ، ولعلّه سبق تعلّق حقوقهم .

[٢] اتفاقاً كما في المسالك^(٢) .

[٣] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(٣) وغيرهم ؛ للأصل ، خصوصاً على القول بتعلّق حقوق الغرماء بالمال
المتجدّد ، وخبر^(٤) الاختصاص بعين المال في الفس إتما هو للغريم قبل الحجر ، والمشاركة لهم لا دليل عليها وإن كان قد أدخل لهم
مالاً عوض دينه .

ومن ذلك يظهر لك ما في احتمال الضرب . واحتمال الاختصاص ، بل يزيد الأوّل ضعفاً أنّ الجهل لا مدخلية له في مشاركة
الغير بعد فرض اختصاص الحجر للديون السابقة ؛ إذ دعوى أنّ المحجر لاحظ في التحجير الديون السابقة ومثل المفروض ، لا دليل
عليها ، بل في المسالك : « أنّ الوجهين شاذان ؛ لأنّه إن كان غريماً اختصّ بعين ماله وإن لم يكن غريماً لم يضرب »^(٥) ، وإن كان قد
يتكلّف لدفع ذلك .

كما أنّه يظهر لك أيضاً ما في المحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد من الصبر والضرب^(٦) ؛ لكونه غريماً
وأدخل مالاً في مقابلة الثمن ، والاختصاص للعموم .

[٤] ثمّ إنّ ظاهر التعليل للمشاركة ؛ بإدخال المقابل في أموال المفلس يقتضي عدمها إذا لم يكن كذلك وكان [أي الدين] برضا من
المستحقّ كما في المهر وعوض المتلف بالإذن ، ولعلّه كذلك .

[٥] للأصل ، ونفي الخلاف عنه في التذكرة^(٧) .

(١) القواعد ٢ : ١٤٥ . التذكرة ١٤ : ٤٥ .

(٢) المسالك ٤ : ٩٦ .

(٣) التحرير ٢ : ٥٠٩ . نقله عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٥ : ٣١٨ . المسالك ٤ : ٩٦ . جامع المقاصد ٥ : ٢٣٩ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٤١٤ ، ٤١٥ ، ب ٥ من الحجر ، ح ١ ، ٢ .

(٦) شرح الإرشاد : ١٨١ (مخطوط) .

(٧) التذكرة ١٤ : ٣٢ .

(ولو أُلْف مَالاً بعد الحجر ضمن وضرب صاحب المال مع الغرماء) [١] [وإن كان في مشاركته مع الغرماء تأمل].

(ولو أَقَرَّ) المفلس (بمال) بعد الحجر أو ثبت شغل ذمته بمال بعده كذلك (مطلقاً وجهل السبب) في ثبوته فلم يعلم أنه ممّا يشارك به بالإتلاف والجناية أو لا، كما إذا كان برضا من المستحقّ وعلم منه أو جهل على الأصحّ (لم يشارك المقرّ له الغرماء لاحتماله ما لا يستحقّ به المشاركة) [٢].

بل الظاهر عدم وجوب الاستفصال أيضاً حال عدم العلم بجهله [٣].

أمّا لو أطلق مع ذلك أو بدونه في السبق والقوق وجعل تاريخ الحجر والدين [٤].

[فلا يشارك مع الغرماء].

ولو علم تأريخ أحدهما بني تأخير أحدهما على ماتقدّم سابقاً في نظائر المسألة، وحيثنّ يشارك لو كان

المعلوم الدين [٥].

[١] كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وإن ذكروا معه الجناية أيضاً^(١)؛ لعدم الفرق بينها وبين التلف في ذلك؛ إذ المدرك في الجميع أنّ الثابت هنا من المال من غير رضا صاحبه وإن كان هو كما ترى.

وكذا الاستدلال عليه بعموم الخبر الدالّ على الضرب وبما دلّ على وجوب العوض، فإنّنا لم نقف على خبر ظاهر في شمول الفرض، وما دلّ على وجوب العوض لا يقتضي المشاركة، وكأنّه لذلك لم يرجّح في التذكرة، بل جعل أوّل الوجهين عدم الشركة لتعلّق الحق^(٢)، ولأنّه كما لو جنى الراهن ولا مال له غير المرهون فإنّ المجني عليه لا يزاحم المرتهن.

قلت: كلّ ذلك مضافاً إلى الأصل، ولعلّه لذلك حكى عن الأردبيلي التأمّل فيما ذكره من المشاركة^(٣)، وهو في محله، والله أعلم.

[٢] فالأصل عدمها حيثنّ، واحتمال أنّ الأصل المشاركة حتى يعلم كونه ممّا لا يشارك لا شاهد له، بل هو على خلافه؛ ضرورة كونها من الأمور الحادثة، والأصل عدمها.

[٣] للأصل.

[٤] فالأصلان متعارضان، ويبقى أصالة عدم تعلّق خصوص هذا الدين سالماً.

ودعوى أنّ اللقوق مانع ولم يثبت، فالأصل المشاركة لم نتحقّق لها شاهداً، بل الشاهد بخلافها، كما عرفت، حتى لو سلم الشكّ في المقام في كون السبق شرطاً في المشاركة، أو أنّ اللقوق مانع؛ إذ أصالة عدم التعلّق تغني عن ذلك.

[٥] هذا وفي المسالك هنا نظير ما حكيناه عنه سابقاً في الروضة^(٤)، وفيه ما لا يخفى. وفي جواز العمل بما ذكرناه من الأصول بلا استفصال وجه. فلا يجب حيثنّ وإن كان يمكن أن يحصل به رفع الإشكال، والله أعلم.

(١) القواعد ٢: ١٤٥. جامع المقاصد ٥: ٢٣٩. المسالك ٤: ٩٧.

(٢) التذكرة ١٤: ٢٩.

(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٤) المسالك ٤: ٩٧. الروضة ٤: ٣٢ - ٣٤.

(ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر) [١]، و[تحل بالموت] [٢]، بل [الظاهر] [٣] عدم الفرق بين مال السلم والجنانية المؤجلة وغيرهما [٤].
وأما حلول ماله فستعرف البحث فيه إن شاء الله تعالى.
[القول في اختصاص الغريم بعين ماله]:

(القول) الثاني: (في اختصاص الغريم بعين ماله و) تفصيل الكلام أن (من وجد منهم عين ماله كان له أخذها ولو لم يكن سواها وله أن يضرب مع الغرماء بدينه سواء كان) عنده (وفاء) لغيره من الغرماء (أو لم يكن على

[١] بلا خلاف أجده من غير الإسكافي^(١)؛ للأصل بعد حرمة القياس على الميت، وكونه مع الفارق - كما قيل - بتضرر الورثة والغرماء بدونه فيه؛ لعدم دمة له بخلاف المفلس^(٢)، مضافاً إلى أنه لا خلاف بيننا بل (و) بين غيرنا عدا الحسن البصري المنقرض خلافه^(٣) في أنها [تحل بالموت].

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه؛ لخبر أبي بصير: «إذا مات الرجل حل ما له وما عليه من الدين»^(٤).
والسكوني: «إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين»^(٥).
والصحيح المضمّر: «إذا مات فقد حل مال القارض»^(٦).

[٣] [كما هو] ظاهر الأولين كمعقد المحكي من إجماع الخلاف^(٧).

[٤] خلافاً للمحكي عن إيضاح الفخر وحواشي الشهيد من عدم حلول السلم بالموت^(٨)، ولعله لأنه يقتضي قسطاً من الثمن.

لكنه كما ترى لا يصلح معارضاً للدليل.

وكذا ما قيل: من تعليل احتمال خروج الجنانية بأن تأجيلها شرعي^(٩) لا مدخلية لرضا الميت فيه؛ إذ لا فرق بين الجميع فيما عرفت من الدليل.

ودعوى أن بينه وبين ما يقتضي بقاء أجله تعارض العموم من وجه، يدفعها: أن ذلك قائم في كل فرد من أفراد الدين، مع أنه لا إشكال في انسياق التخصيص في الجميع.

فالتحقيق في أمثال ذلك ملاحظة الحاصل من مجموع الأدلة، ولا ريب في ظهور التخصيص حينئذٍ، فتأمل.

(١) نقله في المختلف ٥: ٤٥٣.

(٢) المسالك ٤: ٩٨.

(٣) انظر المغني (لابن قدامة) ٤: ٤٨٥ - ٤٨٦.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٤٤، ب ١٢ من الدين والقرض، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ح ٣.

(٦) المصدر السابق: ح ٢.

(٧) الخلاف ٣: ٢٧٢.

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٣٠٣. انظر الإيضاح ٢: ٦٢ ولا يوجد الحواشي عندنا.

(٩) جامع المقاصد ٥: ٢١٥.

الأظهر (١).

(أما الميت فغرامؤه سواء في التركة إلا أن يترك نحواً مما عليه ، فيجوز حينئذٍ لصاحب العين

[٥] الأشهر ، بل المشهور .

بل لا أجد فيه خلافاً معتداً به إذا كان وفاء .

بل الإجماع بقسميه عليه .

بل لا أجد خلافاً فيما إذا لم يكن ، إلا من المحكي عن الشيخ في التهذيب^(١) والاستبصار^(٢) والنهاية^(٣) والمبسوط^(٤) فخص الاختصاص بما إذا كان وفاء بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب ، أو يكون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضمنية الدين المتعلق بمتاع واجده ، فإذا خرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله صارت وافية بالديون أو بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك بحيث لا ينافي القصور الذي هو شرط الفلاس .

ولا ريب في ضعفه ؛ للنبوي المروي في كتب فروع الأصحاب^(٥) : « إذا أفلس الرجل و وجد سلته فهو أحق بها » ، ونحوه غيره .

وإطلاق صحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام : سألت عن الرجل تركبه الديون فيوجد متاع رجل آخر عنده بعينه ؟ قال : « لا يحاصه الغرماء »^(٦) ، المراد منه ولو بضميمة كلام الأصحاب فسخ العقد لا عدم المحاصة في الوفاء ، وإلا لوجب التعرض لزيادته على دينه ونقيضه .

وأوضح منه في ذلك مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه ، فقال : « إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع ، وقال : ليس للغرماء أن يحاصوه »^(٧) ، فإنه ظاهر في إرادة عدم المحاصة للفسخ وإن كان هو غير ما نحن فيه ؛ إذا الكلام في المفلس الحي ، وهذا في الميت وإن لم يكن مفلساً ؛ لصحيح أبي ولاد : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله وأصاب البائع متاعه أنه أن يأخذه إذا حقق له ؟

فقال عليه السلام : « إن كان عليه دين وترك نحواً من دينه فليأخذ إن حقق له فإن ذلك حلال له ، وإن لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته ولا سبيل له على المتاع »^(٨) ، وبه يقتد مرسل جميل فيكون الحاصل ما ذكره المصنف بقوله : [أما الميت ...] .

(١) لم نثر عليه في التهذيب إلا نقل خبر أبي ولاد المفصل ، انظر التهذيب : ١٩٣ ، الحديث ٤٢١ .

(٢) الاستبصار ٨ : ٣ ، ذيل الحديث ١٩٠ ، ٤ : ١١٧ ، ذيل الحديث ٤٤٣ .

(٣) النهاية : ٣١٠ .

(٤) انظر الاستبصار ٨ : ٣ .

(٥) الخلاف ٣ : ٢٦٢ ، الفتن : ٢٤٨ ، التذكرة ١٤ : ١٠ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٤١٥ ، ب ٥ من الحجر ، ح ٢ ، وفيه : « الدين » بدل « الديون » .

(٧) المصدر السابق : ٤١٤ ، ح ١ .

(٨) المصدر السابق : ٤١٥ ، ح ٣ ، مع اختلاف .

أخذها» (١). والأنسب منه القول بعدم اشتراط الوفاء في الاختصاص [أي اختصاص المال بصاحب العين] إذا كان قد مات [المديون] مفلساً (٢)، بل لعلمه لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماع على خلافه، فتأمل جيداً (٣).

[١] كغيره من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً سوى ما يحكى عن ابن الجيند من الاختصاص وإن لم يكن وفاء الحي (١)، وكأنه اجتهد في مقابلة النص، بل ظاهر النص والفتوى اشتراط الاختصاص في الميت بما عرفت وإن كان قد مات محجوراً عليه، بل صرح به في المسالك (٢). ولعلمهم رجحوا ذلك على إطلاق صحيح عمر بن يزيد (٣) للحكمة الواضحة في هذا الشرط بالنسبة إلى الميت دون الحي؛ إذ الميت لم تبق له ذمة بعد الموت، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء لئلا يتضرر الغرماء بخلاف الحي، فإن ما يتخلف من الدين متعلق بذمته فربما لا يضيع.

وفي المسالك عن بعضهم: أن الحكم مختص في الميت المحجور عليه، قال: «وإطلاق النص يدفعه» (٤). قلت: هو المحقق الثاني في جامع المقاصد (٥)، وضعفه واضح.

[٢] استصحاباً للخيار الثابت لصاحب العين في حال الحياة، ولإطلاق صحيح عمر بن يزيد (٦) منصفاً إلى عدم ظهور صحيح أبي ولاد (٧)، ومرسل جميل (٨) في موت المفلس، بل لعلمهما ظاهراً في غيره.

[٣] فإني لم أجد تنقيحاً له فيما حضرني من كلام الأصحاب.

نعم قد سمعت التصريح بخلافه في المسالك، وكذا العلامة في التذكرة، بل ظاهرهما أنه مفروغ منه (٩)، ولعل وجهه أن العين قد انتقلت بالموت إلى الوارث فذهب شرط خيار الفس ولم يبق إلا الخيار من حيث الموت المشروط بالوفاء في صحيحة أبي ولاد (١٠).

وعلى كل حال فما عن الشيخ رحمه الله لم نجد له شاهداً بالخصوص سوى دعوى الجمع بين النصوص (١١)، بحمل ما دلّ منها على الاختصاص (١٢) على ما إذا كان وفاء، وما دلّ منها على عدمه - كخبر أبي بصير: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كانت عنده مضاربة [ووديعة] وأموال أيتام وبضائع وعليه سلف لقوم فهلك وترك ألف درهم أو أكثر من ذلك والذي للناس عليه أكثر مما ترك؟ فقال: «يقتسم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على تقدير حصصهم أموالهم» (١٣)، وغيره - على ما إذا لم يكن وفاء من غير فرق بين الحي والميت. لكن فيه: أنه لا شاهد على هذا الجمع؛ إذ صحيح أبي ولاد (١٤) ومرسل جميل (١٥) في الميت الذي قد عرفت الحكم فيه والكلام في المفلس الحي الذي هو لعلمه الظاهر من صحيح عمر بن يزيد (١٦)، كما أن الظاهر من قوله فيه: «لا يحاصه الغرماء» قصور المال عن الوفاء وأن الحاكم قد حجر عليه، فهو أحد أدلة التحجير على المفلس الذي أنكره في الحدائق، كما أنه أنكر في المقام دلالة النصوص على الخيار الذي عند الأصحاب، وإنما هي دالة على الاختصاص في الغرماء (١٧)، ولا ريب في ضعفه في المقامين.

(٢) (٤) المسالك ٤: ٩٩.

(١) نقله في المختلف ٥: ٤٤٤.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٢٦١.

(٣) (٦) (٧) تقدّم في ص ٢٤٤.

(٩) التذكرة ١٤: ٨١.

(٨) (١٠) تقدّم في ص ٢٤٤.

(١٢) الوسائل ١٨: ٤١٤، ٤١٥، ب ٥ من الحجر، ح ١، ٢.

(١١) المبسوط ٢: ٢٥٠.

(١٣) المصدر السابق: ٤١٥، ح ٤، وفيه: «قدّر» بدل «تقدير». (١٤) (١٥) (١٦) تقدّم في ص ٢٤٤.

(١٧) الحدائق ٢٠: ٣٩٤ - ٣٩٦، ٣٩٧.

وحينئذٍ فليس أخذ العين عزيمة عليه، بل له أن يفسخ ويأخذ العين وله أن يضرب بالثمن على الغرماء [١] وليس أن يفسخ ويضرب بقيمة المتاع وإن كانت أزيد من الثمن قطعاً.

نعم قد يقال: إن له ذلك إذا تلفت العين بعد الحجر وتعلق الخيار بها [٢].

(و) كيف كان فـ (مهل) هذا (الخيار في ذلك) في الحي أو الميت (على الفور قيل: نعم) [٣]، هذا.

وقد يشعر قول المصنف: (ولو قيل بالتراخي جاز) بالميل إلى التراخي، ولعلّه كذلك [٤].

ثم إنّه لا فرق في الرجوع بالعين في الفلاس بين دفع الغرماء للدين من مال المفلس أو من مالهم ولو باباحة للمفلس أن يغي عن نفسه وعدمه [٥].

[وكذا لا فرق فيه مع ذلك أيضاً بين زيادة قيمة السلعة أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجي صعود سعرها وعدمه] [٦].

[١] كما أوماً إليه في صحيح أبي ولاد^(١).

[٢] إذ احتمال سقوط خياره حينئذٍ مناف للاستصحاب، وإطلاق الدليل، مع أنّه يمكن فرض التلف بعد اختيار الفسخ وقبل وصول العين إليه، وقد يعلم في الفرض اختصاصه بالقيمة التي هي بدل العين عن الغرماء.

وفيه ضعف؛ لأنّ الدليل إنّما اقتضى الاختصاص بالعين لا بقيمتها التي قد استحقت بعد الفسخ، فهي كنموها من الديون التي يضرب أصحابها مع الغرماء وإن تجددت بعد الحجر، كما ستعرف إن شاء الله تعالى، فتأمل جيّداً.

[٣] لأنّه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن، وعن المبسوط: أنّه أحوط^(٢)، وفي المسالك: أولى^(٣)، وفي محكي التذكرة: أنّه الأقرب^(٤)، وجامع المقاصد: «يمكن ترجيحه بأنّه الأشهر في كلام الأصحاب، وفيه جمع بين الحقّين، فالقول بالفوريّة قريب»^(٥).

[٤] لإطلاق الدليل، وقد تقدّم في الخيارات تحقيق نظائر هذا البحث.

[٥] لا للمنة، وتجويز ظهور غريم؛ لعدم اطرادهما، بل لإطلاق النصّ^(٦) الذي لا فرق فيه مع ذلك أيضاً بين زيادة قيمة السلعة أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجي صعود سعرها وعدمه.

[٦] خلافاً للتذكرة فأوجب حينئذٍ قبول ما بذله الغرماء من دينه^(٧)، وكأنّه اجتهد في مقابلة النصّ.

بل فيها أيضاً ما يقتضي وجوب القبول لو بذل الثمن باذل من ماله تخليصاً للعين.

وإطلاق النصّ يدفعه.

(١) تقدّم في ص ٢٤٤.

(٢) المبسوط: ٢: ٢٥٠.

(٣) المسالك: ٤: ١٠٠.

(٤) التذكرة: ١٤: ٨٢.

(٥) جامع المقاصد: ٥: ٢٦١.

(٦) الوسائل: ١٨: ٤١٤، ب ٥١٥، ب ٥ من الحجر، ح ١، ٢. (٧) التذكرة: ١٤: ٨٦.

نعم يعتبر فيه حلول الدين فلا رجوع لو كان مؤجلاً [١].
ولو حلَّ قبل فكَّ الحجر وقبل الوفاء بها [٢] [فقد قيل بالرجوع].
وهو جيّد، بناءً على مشاركة الدين المؤجل الحال قبل قسمة الكلّ أو البعض [٣].
لكنّه لا يخلو من إشكال [٤].
هذا كله في المعاوضة المحضّة ولو قرضاً [٥].
أنا ما ليست كذلك بل فيها شبه للمعاوضة فلا فسخ [٦] [مثل النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال ونحوها].
فلا تفسخ الزوجة النكاح بتعذّر الصداق ولا الزوج الخلع بتعذّر العوض بإفلاس الزوجة ولا العافي بتعذّر عوضه، كما هو واضح [٧].

[١] لعدم استحقاقه المطالبة حينئذٍ، فلا يستحق الفسخ.
[٢] فالأصح في جامع المقاصد عدم الرجوع بها أيضاً؛ لتعلّق حقّ الغرماء بها، فلا يستحق إبطاله^(١)، لكن في القواعد إشكال^(٢)، ولعلّه من ذلك ومن عموم الخبر^(٣)، بل عن التحرير الجزم بالرجوع^(٤).
[٣] لاندراجه حينئذٍ في عموم النصّ المزبور كما صرّح به في الروضة^(٥).
[٤] لسبق تعلّق حقّ الغير، ولأصالة عدم المشاركة، ولذا قرّب في التذكرة: أنّه لو حلّ الأجل قبل انفكاك الحجر أنّه لا يشارك صاحبه الغرماء وبنى عليه أنّه ليس لصاحب الدين الذي قد حلّ الرجوع في عين ماله، سواء كان الحاكم دفعها في بعض الديون أو لا^(٦). وهو جيّد، لكنّه صرّح بعد ذلك في آخر كتاب الفلّس أنّه إذا حلّ المؤجل قبل قسمة الكلّ أو البعض شارك فيما لم يقسم^(٧). ويمكن الجمع بين كلاميه بحمل ما هنا على عدم الشركة إذا كان الحلول بعد القسمة، بخلاف الأخير، إلّا أنّ تعليقه الفرع ينافي ذلك.

ويمكن دفعه أيضاً، فتأمّل.
[٥] فإنّه صرّح في التذكرة بأنّه «للمقرض الرجوع بعينه إذا فلس المقرض وكان عين المال موجودة»^(٨).
[٦] للأصل السالم عن المعارض؛ ضرورة عدم اندراج مثل النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال ونحوها في الخبر المزبور.
[٧] بل لا أجد فيه خلافاً.
بل في جامع المقاصد الإجماع عليه^(٩).

(١) (٩) جامع المقاصد ٥: ٢٦٤.

(٢) القواعد ٢: ١٤٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٤١٤، ٤١٥، ب ٥ من الحجر، ح ١، ٢.

(٤) التحرير ٢: ٥٢٢.

(٥) الروضة ٤: ٣٧-٣٨.

(٦) (٧) (٨) التذكرة ١٤: ٨٤، ١٧٦، ١٠٤.

والظاهر اعتبار بقاء العين على ملك المفلّس بذلك العقد [١].

فلو خرج عن ملكه حينئذٍ ثم عاد إليه بسبب آخر قبل الحجر لم يكن له الرجوع حينئذٍ.

وإن لم يكن بعوض كالهبة والوصية ونحوهما وأولى من ذلك لو كان عوده بعد الحجر [٢].

بل قد يقال بعدم جواز الرجوع له لو عاد بفسخ خيار أو إقالة على إشكال [٣].

أما إذا كانت باقية على الملك ولم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع كالرهن ونحوها، إلا أنها ناقصة.

فإن كان البعض الناقص مما يتسقط عليه الثمن لجواز إفراده بالبيع كالعبد من العبدین ونحوه، أو لا كيد العبد

ورجله.

وعلى كلّ حال فإما أن يكون بأفة سماوية أو بجناية من المشتري أو البائع أو أجنبي فالصور ثمان، وقد أشار

المصنّف إلى الأولى منها بقوله: (ولو وجد بعض المبيع سليماً) تخيّر بين الضرب بجميع ماله وبين (أخذ الموجود

سج
نو

[١] لأنّه المنساق من إطلاق الخبر المزبور الذي خرجنا به عن أصالة اللزوم، وخبر «من وجد عين ماله فهو أحق بها»^(١) لم

نجدّه في أصولنا.

[٢] ضرورة اقتضاء «الفاء» عدمه.

[٣] لكن في القواعد: «لو عاد إلى ملكه بلا عوض كالهبة والوصية احتمل الرجوع؛ لأنّه وجد متاعه، وعدمه لتلقّي

الملك من غيره»^(٢).

وفي الوجه الأوّل ما عرفت، مضافاً إلى أنّ فسخ البيع إنّما يقتضي بطلان ملكه به لا بسبب غيره، كما هو المفروض،

بل قال: «ومعه - أي القول بالرجوع - فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفي البائع [الثاني] الثمن فكالأوّل»^(٣).

أي في احتمال الرجوع وعدمه من الوجدان وعدم معارضة الثاني الأوّل بعد وفاء ثمنه.

ومن أنّ المعاوضة الثانية أوجبت استحقاق الرجوع للثاني عند عدم الوفاء، فلا يبقى للأوّل رجوع؛ لامتناع ثبوت حقّ الثاني

مع بقاء حقّ الأوّل.

وهو كما ترى بعد ما عرفت من عدم الرجوع في المسألة السابقة.

ففي المقام بطريق أولى.

بل قال: «وإن لم يكن وفاء الثمن احتمل عوده إلى الأوّل لسبق حقّه، وإلى الثاني لقرب حقّه وتساويهما

فيضرب كلّ منهما بنصف الثمن»^(٤).

وهو غريب؛ ضرورة انقطاع حقّ الأوّل بالمعاملة الثانية، وذلك لأنّ ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها، وإلا لم تكن صحيحة؛

لعدم ترتّب الأثر الذي هذا من جملة عليها، فيجب ارتفاع لوازم الأوّل بالسبب الطارئ، كما هو واضح، فيتعيّن حينئذٍ الوسط.

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٥٦، ح ٢.

(٢) القواعد ٢: ١٤٩.

(٣) القواعد ٢: ١٤٩.

(٤) القواعد ٢: ١٤٩.

بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء) [١]. نعم إنما الإشكال في قول المصنف [٢]: (وكذا لو^(١)) وجده

[١] بلا خلاف أجده فيه عندنا مطلقاً كما في المسالك^(٢)؛ لصدق عين المال على الموجود فيثبت التخيير فيه، بخلاف التالف الباقي على مقتضى أصالة لزوم العقد فيه، وتبعض الصفقة هنا لا أثر له؛ لعدم ما يقتضي شمول هذا الفرد منه بالنسبة إلى كل منهما، لكن في المختلف عن ابن الجنيّد إنه قال: «إن وجد بعض متاعه أخذه بالقيمة يوم يستردّه وضرب بما يبقى من الثمن مع الغرماء فيما وجده للمفلس» قال: «وقد خالف الشيخ في موضعين: الأوّل إطلاق الضرب بالنقص، الثاني: احتساب المأخوذ بالقيمة والتالف بها، والشيخ نسبهما إلى الثمن^(٣)، وهو لا يخلو من قوة.

وفي جامع المقاصد في شرح ما في القواعد -: «ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيد فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن والضرب بثمان التالف»، قال: «إنّ فيه نظراً من وجه، الأوّل: أنّ أخذ الباقي بحصته من الثمن إن كان على طريق المعاوضة توقّف على رضا المستحقين وصدور العقد على الوجه المعتبر شرعاً ولا يقوله أحد، وإن كان على جهة الفسخ فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ وبأخذه، الثاني: أنّ الفسخ فيه وحده يقتضي تبعض الصفقة وذلك غير جائز، الثالث: أنّه أطلق الضرب بحصته من الثمن وذلك لا يستقيم على أصله، بل يجب أن يقيده بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن هرباً من المحذور السابق فإن ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق^(٤).

إلى أن قال: «والذي يقتضيه النظر أنّه يفسخ المعاوضة مطلقاً أو يترك مطلقاً حذراً من لزوم تبعض الصفقة، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر يفسخ في الموجود فيأخذ ويسقط حصته من الثمن ويبقى البيع في الآخر بحاله فيضرب بحصته من الثمن، وذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن، أما إذا كانت أنقص أو مساوية فإنّه يأخذ حصته من القيمة ولا يمنع ذلك كون العبدین بمنزلة مبيعين، نظراً إلى أنّ لكلّ منهما قسطاً من الثمن وإن كان في الثاني مناقشة؛ لأنّ المنع من تبعض الصفقة لحق كلّ منهما، وإطلاق كلام ابن الجنيّد يقتضي الفسخ في الجميع وأخذ الباقي بقيمته ويضرب بقيمة التالف، وقوّاه المصنّف في المختلف وقوّته بيّنة^(٥). وهو كما ترى؛ ضرورة تعيّن الوجه الثاني في النظر الأوّل، وقوله: «لا معنى... إلى آخره» لا معنى له؛ إذ ذلك لازم للفسخ فيه وحده وإن كان مراده أنّه لا معنى للتعبير عن ذلك بالأخذ بالحصة. وفيه: أنّه متعارف في إرادة الفسخ فيما يقابله من الثمن، كما أنّ النظر الثاني يدفعه ما أمأنا إليه من اشتراك التبعض بالنسبة إليهما، وأنّه لا مانع منه بعد قضاء الدليل به. وأما الثالث فالفرق بين المقام وبين الأرض واضح؛ ضرورة حصول فسخ العقد من أصله وكان مقتضى الضابطة الرجوع بالأثر على مقتضى القيمة؛ لأنّه ليس أرض معاوضة، إلّا أنّه لما منع عنه قاعدة عدم اجتماع العوض والمعوّض وجب التقييد فيه بذلك، بخلاف المقام الذي هو فسخ للعقد بالنسبة إلى الموجود دون التالف، فليس حينئذٍ إلّا ما يخصّه من الثمن بالنسبة ولا مدخلة للقيمة هنا أصلاً. ومن ذلك يعلم ما في كلامه الأخير، بل وما في كلام ابن الجنيّد الذي قوّاه في المختلف^(٦)، واستظهر منه في جامع المقاصد الفسخ في الجميع^(٧)، مع أنّ ما فيه من أخذ الموجود بالقيمة يتنافى ذلك. وعلى كلّ حال فكلام الأصحاب هنا في محلّه، وليس فيه إلّا تبعض مقتضى العقد، ولا بأس به بعد قضاء الدليل، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٢] وغيره من الأصحاب، بل لعلّه المشهور.

(١) (٢) (٤) المسالك ٤: ١٠١. جامع المقاصد ٥: ٢٧٨.

(١) في الشرائع: «إن».

(٥) (٧) جامع المقاصد ٥: ٢٧٩، وفيه: «كلّ منهما».

(٣) (٦) المختلف ٥: ٤٤٦.

معيباً بعيب قد استحق أرشه) لكون الجاني أجنبياً ولو البائع (ضرب مع الغرماء بأرث النقصان) وإن زاد على الثمن [١]. ويحتمل أن يريد بالأرث جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة النقصان إلى القيمة إن كان الثمن أنقص عن القيمة، وإلا فنقصان القيمة [٢] وقيل: ضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرث الجناية]. وعلى كل حال، فهذا كله لو كانت الجناية توجب أرشاً. (أما لو غاب بشيء من قبل الله سبحانه) وتعالى (أو جنانية من المالك كان مخيراً بين أخذه بالثمن) مجاناً (و) بين (تركه) والضرب مع الغرماء بالثمن [٣].

[١] فإنه ليس جمعاً بين العوض والمعوّض عنه كما سمعته من جامع المقاصد.

[٢] كما صرح به في القواعد، قال: «وإن كان بجنابة أجنبي أخذه البائع وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرث الجنابة؛ إذ قد تكون كل الثمن، كما إذا اشترى عبداً بمئة تساوي مئتين فقطعت يده فآخذ العبد والثمن وهو باطل، هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلا فنقصان القيمة»^(١).

[٣] فإن المعلوم من قاعدة فسخ المعاوضة إيجاب رجوع كل مال إلى صاحبه عيناً أو بدلاً، وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع معارض بماله قسط من الثمن، مع أننا لا نقول: إنها مضمونة مطلقاً، بل بمعنى أن الفاتت في يد المشتري يكون من ماله؛ لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة، فإذا ارتفع رجوع كل من العوضين إلى ماله أو بدله، وأما كون اليد لا قسط لها من الثمن، فإن أرادوا أن الثمن لم يبدل في مقابلتها منه شيء ففساده ظاهر؛ إذ لو لاها لم يبدل جميعه قطعاً، وإن أرادوا أن الثمن لا يتقسط عليها وعلى باقي الأجزاء على نسبة الكثرة والقلة كالعشر في متساوي الأجزاء فهو لا يدل على مطلوبهم. كل ذلك مع منافاة تعليلهم لما حكموا به من الأرش في جنابة الأجنبي وإن كان قد أخذه المشتري؛ ضرورة أنه أخذه والعين ملك له ولم تكن مضمونة عليه للبائع، وكون الأرش جزء من المبيع وقد أخذه المشتري - فلا يضيع على البائع بخلاف التعيب بالآفة المساوية التي لم يكن لها عوض - لا يجدي بعد عدم كون العين مضمونة. ومن هنا كان خيرة المحقق الثاني الرجوع بالأرث مطلقاً بعد أن حكاها عن ابن الجنيّد، وأن المصنّف في المختلف قوّاه، واستحسنه الشهيد الثاني^(٢)، وقد عرفت أن كلام ابن الجنيّد أجنبي عن ذلك، وأن ظاهره عدم الفسخ مطلقاً، وإنما يأخذ الموجود بالقيمة وفاءً عن دينه، فإن بقي له من الثمن شيء ضرب مع الغرماء. وأما ما سمعته من الأصحاب فقد يقال: إن الموافق للضوابط عدم استحقاق الأرش أصلاً؛ إذ هو كنماء الملك يستحقّه المشتري والشارع إنما جعل له الفسخ في الموجود من ماله ففسخ العقد يوجب رجوع هذا المال إليه؛ لأنه الموجود دون غيره، والفرض أن التالف ليس ممّا يمكن بناء العقد بالنسبة إليه حتى يستحق ما يقابله من الثمن، بل قد عرفت أن صفة الصحة والعيب ليست هي إلا كصفة الكتابة والعلم ونحوهما ممّا لا تقابل بأجزاء الثمن وإن زاد سببها، فإن زيادته بها أعم من مقابلته لها، كما هو واضح، ولذا لم يفسخ العقد قهراً فيما قابلها من الثمن عند فقدها، فحينئذ إذا فسخ ليس له إلا الموجود الذي حصل فيه سبب الفسخ دون غيره الذي لا قسط له من الثمن، وليس من قاعدة «كون التالف ممن لا خيار له»؛ ضرورة تجدد الخيار وعدم حصوله من أول العقد. اللهم إلا أن تفرض المسألة فيما بعد الحجر، لكنه خلاف ظاهر كلامهم؛ ضرورة ظهوره في أنه حال تعلّق الخيار وجد العين ناقصة، ولا يكون ذلك إلا قبل الحجر، فتأمل جيداً. فظهر من ذلك أن الموافق لمقتضى الضوابط عدم استحقاق الأرش أصلاً، إلا أنه حيث يكون مستحقاً على الأجنبي حكموا بالرجوع به، باعتبار كونه قائماً مقام الجزء التالف، وآتاه ليس في الحقيقة تضمين للمالك، ولكن التعليل كما ترى.

ولعل المتّجه عليه رجوعه به مع وجوده، أمّا مع فرض تلفه من المالك أو من قبل الله تعالى فهو كالجُزء، بل هو أولى منه في عدم الرجوع. كما أنّ المتّجه عليه الرجوع بمقداره لا بأزيد لو فرض تفاوت القيمة بحيث لو كان الجاني البائع فقد يبقى له ويضرب به وقد ينقص ويبقى مشغول الذمّة به للمفلس. وقد يتساويان فيأخذ منه ما عليه ويضرب بماله [إن تمّ الإجماع] [١].

وحينئذٍ فينبغي الاختصار فيه على المتيقّن وهو أقلّ الأمرين من تفاوت القيمة ومن النسبة إلى الثمن [٢]. ولو قبض نصف الثمن مثلاً وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما [٣] فيأخذ الموجود ويضرب بالباقي مع الغرماء] [٤].

هذا كله إذا وجد المبيع ناقصاً (و) أمّا إذا كان زائداً كما (لو حصل منه نماء منفصل كالولد واللبن) ونحوهما (كان النماء للمشتري وكان له) أي البائع (أخذ الأصل بالثمن) [٤].

[١] والإنصاف أنّ العمدّة في إثبات ذلك من أصله حينئذٍ الإجماع إن تمّ، وإلا فلا.

[٢] كما سمعته من الفاضل في القواعد، ملاحظاً فيه أرض المعاوضة من جهة وأرض الجناية من أخرى، فراراً من عدم جواز الجمع بين العوض والمعوّض، وأطلق في المسالك ملاحظة الأرض بنسبة الثمن^(١)، معللاً له بأنّ السبب في ذلك الهرب من الجمع بين العوض والمعوّض، فلم يلاحظ فيه إلّا أرض المعاوضة، وهو لا يخلو من وجه.

لكن في جامع المقاصد: «أنّ المتّجه الرجوع بتفاوت القيمة مطلقاً وإن زاد على الثمن»^(٢). وليس فيه جمعاً بين العوض والمعوّض؛ إذ لم يأخذ ذلك على أنّه ثمن، بل على أنّه عوض الفاتت الذي استحقّ بالفسخ عيناً أو قيمة، فلاحظ فيه نحو أرض الجناية على كلّ حال، والمتّجه على ما ذكرنا الاختصار على المتيقّن، وهو ما عرفت، فتأمّل جيّداً.

[٣] فمن ابن الجنيّد: أنّه يجعل المقبوض في مقابلة التالف ويتخيّر بين الضرب بالباقي وبين أخذ العبد الموجود به^(٣)؛ لتناول الخبر له.

وفيه: أنّ مقابلة المقبوض للتالف لا مقتضى له، فإنّ جملة الثمن في مقابلة المبيع، ولا أولويّة لكون المقبوض مقابل التالف على كونه في مقابل الموجود.

ومن هنا كان المحكي عن ابن البرّاج مراعاة التوزيع بمعنى أنّ له الرجوع بنصف الموجود ويضرب حينئذٍ بربع الثمن مع الغرماء، وله عدم الفسخ والضرب بما بقي له من الثمن^(٤)، لكن فيه مضافاً إلى التضرّر بالشركة أنّ هذا الخيار على خلاف الأصل، والمتيقّن منه ما إذا لم يقبض من الثمن شيئاً فيبقى غيره على قاعدة اللزوم، خصوصاً بعد النبوي «إن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء»^(٥)، والله أعلم.

[٤] بلا خلاف بيننا ولا إشكال، بل في المسالك: أنّه موضع وفاق^(٦).

بل لا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره؛ لكون الجميع نماء ملك المشتري (ولو كان النماء متصلاً كالسمن أو الطول) مثلاً (فزادت لذلك قيمته قيل) [١]: (له) أي البائع (أخذه لأن هذا النماء يتبع الأصل) [٢]. (وهذا هو المختار) (و) لكن مع ذلك قال المصنف: (فيه تردد) [٣].

(وكذا) الكلام (لو باعه نخلاً وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد التفليس) فزادت قيمتها لزيادة في نفس الثمرة. أما إذا كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء الثمرة على قدرها [٤]. (فالظاهر جواز الرجوع بالعين مجاناً). (أما لو اشترى حباً) مثلاً (فزرعه وأحصده، أو بيضه فأحضرها وصار منها فرخ لم يكن له) أي البائع (أخذه؛ لأنه ليس عين ماله) [٥].

[١] والقاتل الشيخ فيما حكي عنه^(١) وعن جماعة.

[٢] لأنه محض صفة، وليس من فعل المفلس فلا يعدّ مالاً له، ولأنه يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها، ولأن الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذي لا إشكال في كون هذه الزيادة فيه لمن عادت العين له به.

وما في جامع المقاصد من الفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد في الخيار بخلافه هنا فإنه طار بعد الحجر^(٢) غير مجد، بعد اشتراكهما في أن الفسخ من حينه، وبعد عدم رجوع غيره من النماء بفسخ الخيار وإن كان ثابتاً بأصل العقد.

[٣] مما ذكرنا، ومن أنها زيادة عينية قد وقعت في ملك المشتري وإن لم تكن من فعله، فهي في الحقيقة عين مال البائع مع شيء آخر. ومن هنا كان خيرة جماعة - منهم الفاضل في المختلف وابن الجنيّد والمحقق الثاني - أن الزيادة للمفلس^(٣)، لكنها لا تمنع من رجوع البائع؛ لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان شريكاً معه بالنسبة. لكن ظاهر ما عن التذكرة أو صريحها عدم جواز الفسخ من أصله^(٤)؛ لأنه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن الذي هذا ليس منه. وفيه ما لا يخفى، بل لعل القول الثاني الذي هو مراد المصنف من تردده على الظاهر لا يخلو من ضعف أيضاً على ما عرفت، والله أعلم.

[٤] ففي المسالك: «في إلحاقها بالمسألة وجهان، من كون الزيادة القيمة حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجاناً، ومن بقاء عين مال البائع من غير تغيير فيدخل في عموم الخبر»، ثم قال: «واستقرب في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين مطلقاً متى زادت قيمتها لزيادة السوق، وألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل»^(٥).

قلت: لا إشكال في ضعف ما في التذكرة؛ ضرورة اندفاعه بإطلاق النص، إنما الكلام في أن زيادة السوق لأوصاف حصلت في ملك المفلس، كزيادته بالسمن والطول ونحوهما أو لا؟ الظاهر الثاني، وإن قلنا به في الأول؛ لعدم كونها نماء في كل مقام تنفس فيه المعاوضة وعدم صفة سلب عدم وجدان عين المال بها، بل ولا صدق وجدان غيرها معها، كما هو واضح، والله أعلم.

[٥] كي يصح له الفسخ فيه؛ ضرورة استحالته في ملك المشتري، وليس المدار في الرجوع بالمغضوب على كونه عين المال حال الغصب. ومن هنا صحّ الرجوع فيه وإن استحال في يد الغاصب إلى حقيقة أخرى؛ إذ هو مال المالك على أي حال يكون، ومنه زرع المرتهن للحب الموهون.

(١) المبسوط ٢: ٢٥٢.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٢٨٢.

(٣) المختلف ٥: ٤٤٧. ونقله عن ابن الجنيّد في المختلف ٥: ٤٤٧. جامع المقاصد ٥: ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) التذكرة ١٤: ١٢٠.

(٥) المسالك ٤: ١٠٤-١٠٥.

بل قد يقال : ليس للبائع الفسخ في العصور إذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل ، لكنّه لا يخلو من إشكال [١] .
(ولوبايعه نخلاً حائلاً فأطلع) وفسخ البائع (أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها الطلع) فضلاً عن غيره من
الأشجار [٢] .

أما إذا أُبر فلا يتبعه [٣] .

والظاهر عدم استحقاق المالك الأجرة حينئذ لو أراد المشتري الإبقاء إلى الجذاذ [٤] .
وكذا الحمل والزرع في الأرض ونحو ذلك ، بل [قيل :] [٥] إنه يستحق بقاؤه إلى حصاده بلا أجرة [٦] .

[١] نعم في المسالك : « لو قلنا بالمنع من الردّ في الزيادة المتّصلة فهنا أولى » ^(١) . وقد عرفت أنّ المختار عندنا عدم
المنع من الردّ ، فتأمل .

[٢] لأنّه من النماء الذي قد سمعت الحكم فيه ودخوله في البيع للدليل لا يقتضي دخوله هنا بعد حرمة القياس عندنا .

فما عن الشيخ رحمته ^(٢) من الدخول كما عن أحد قولي الشافعي ^(٣) ، ضعيف .

[٣] قولاً واحداً .

[٤] كما صرح به الفاضل في القواعد والمحقق الثاني والشهيد الثاني ^(٤) .

[٥] [قاله] في المسالك ^(٥) .

[٦] قولاً واحداً ، ولعلّه لأنّ الثابت له الفسخ في العين ، وردها إلى ملكه وقد حصل ، وليس له ردّ المنفعة التي قد استحقّها
المفلس ، بل هو بمنزلة من استوفاهما ، كما أنّه ليس له إدخال الضرر عليه بإتلاف ماله لو أراد قلعه ، وهذا بخلاف ما لو أجر أرضاً
فزرع المستأجر وأتلس ففسخ المؤجر ، فإنّه يستحق أجرة المثل حينئذ على الإبقاء إلى وقت الحصاد ؛ لأنّ مورد المعاوضة هنا
المنفعة وقد فسخ ولم تعد إليه باعتبار استحقاق الإبقاء عليه ، فله عوضها حينئذ ، خصوصاً والمفلس لم يكن يستحقّها مجاناً قبل
الفسخ ، فكيف يستحقّها كذلك بعده ؟ !

وبالجملة الفرق بين المسألتين واضح ، ولكن لا يقتضي عدم استحقاق الأجرة في المسألة الأولى ؛ إذ قد يقال بذلك مراعاة
للجمع بين الحقيّن ؛ إذ المشتري كان له الإبقاء من حيث أنّه مالك لا مطلقاً ، بل قد يفرّق بين المقام وبين بيع الأرض المزروعة باعتبار
ظهور العقد الحاصل برضاها في البقاء بخلاف الفسخ الحاصل قهراً على المشتري ، ومن هنا كانت المسألة لا تخلو من إشكال .

الله ! إلا أن يقال : إنه لا إشكال في استحقاق البقاء على البائع ؛ لأنّه ليس بظالم ، ولتوقف تمام مآلتيه على ذلك والأجرة إن
كان يستحقّها المالك عليه من جهة شغل ملكه فهي من الشرع ، لأنّ استحقاق البقاء مشروط ببذلها ، فهي حينئذ تكليف مستقل مع
الشك ينفي بالأصل ، فتأمل جيّداً ، فإنّه دقيق ، والله أعلم .

(١) المسالك ٤ : ١٠٥ .

(٢) الميسر ٢ : ٢٥٣ .

(٣) المجموع ١٣ : ٣١٢ .

(٤) القواعد ٢ : ١٥٠ . جامع المقاصد ٥ : ٢٨٣ . المسالك ٤ : ١٠٦ .

(٥) المسالك ٤ : ١٠٦ .

(وكذا لو باع أمة حائلاً فحملت ثم فُلس وأخذها البائع لم يتبعها الحمل) لو فسخ البائع [١].
 (ولو باع شقصاً وفلس المشتري كان للشريك المطالبة بالشفعة ويكون البائع أسوة مع الغرماء في الثمن) [٢].
 بل قد يظهر لك [٣] وجه في أصل المسألة إن لم يتم إجماع على خلافه، وهو القول بأن الحق للسابق بينهما، ومع الاقتران ترجيح الشفعة [٤]، [ولعله أولى من غيره].

[١] إذ هو كغيره من الحمل والنماء، ولعلّ עוד ذكره بالخصوص تنبيهاً على أنّ مقتضى قول الشيخ^(١) - في بيعته الحمل للأم في البيع لكونه كالجزء منها - القول بالبيعته هنا، بناءً على عدم منع النماء المتصل نحو السمن والطول، كما سمعته من الشيخ سابقاً، لكن قد عرفت ضعفه في محله، والله أعلم.

[٢] بلا خلاف أجده بين أصحابنا في الحكمين، الواضح وجه ثانيهما، وأما وجه أولهما فقوة حق الشفعة بدليل ثبوتها مع انتقال العين عن المشتري حتى لو جعلها مسجداً، بل لو تقابل المتبايعان كان للشفيع إبطال التقابل والأخذ بالشفعة، بل لو فسخ البائع بعيب في الثمن كان للشفيع فسخ الفسخ والأخذ بالشفعة في أحد الوجوه، أو أصحها، وكذا المشتري، إلى غير ذلك مما يستفاد منه قوة حق الشفعة، بخلاف خيار البائع الذي لم يثبت الشارع إلا مع وجود العين، ولأنّ تعلقها هنا في العين أسبق؛ ضرورة حصولها بالعقد، بخلاف الخيار المتوقف على فسخ المشتري فهي حينئذٍ أرجح منها بالسبق، ولأنّها لاحقة للبيع بذاته والخيار لاحق له بواسطة الحجر وما بالذات أولى مما بالعرض، وإن كان الأخير كما ترى لا محصل له بحيث يصلح مدرّكاً لحكم شرعي، بل وسابقه؛ إذ السبق باعتبار سبق السبب لا يقتضي ترجيحاً على المتأخر الذي تأخّر سببه، كما هو واضح. فانحصر الوجه في [الدليل] الأول [وهو ثبوت الشفعة مع انتقال العين عن المشتري] الذي لولاه لكان المتّجه ثبوت حقهما معاً، فأيهما سبق كان الحق له.

ومع الاقتران يطلان ويبقى للمفلس، أو يستخرج أحدهما بالقرعة مع القطع بتأثير أحدهما في الواقع والاحتمال في الظاهر بناءً على اعتبار ذلك في القرعة؛ إذ لا ظهور في دليل كلّ منهما في نفي ثبوت حق لغيره، بل مقتضى عموم دليلهما الثبوت لهما، فهو كما لو قال الشارع بالخصوص: لهذا الشريك الشفعة ولهذا البائع الخيار.

[٣] [وذلك] ممّا ذكرنا.

[٤] بما ذكر مرجحاً لها من القوة وغيرها، بل لعل هذا أولى ممّا ذكره في القواعد وغيرها من احتمال تقديم حق البائع^(٢)؛ لأنّ الشفعة شرّعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها الشريك، والضرر هنا يزول عن الشفيع؛ لأنّ البائع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره واحتمال تقديم حق الشفيع بالعين والبائع بالثمن على سائر الغرماء حيث تعذّر أخذه العين وحيث إنّه عوض ماله الذي قد وجده في حال الحجر بعينه وقد كان حقّه التقديم به لو لا عروض مانع سابق فيرجع إلى بدله جمعاً بين الحقّين؛ إذ الأخير واضح الفساد؛ لعدم حقّ بعد للبائع بعد تقديم الشفيع في العين؛ لكون الثمن حينئذٍ من أموال المشتري فهو وغيره من الغرماء سواء فيه، بل والأوّل لكون الضرر حكمة في الشفعة لا علّة تدور مدارها، فلا ريب في أنّ ما ذكرناه أولى منهما، والله أعلم.

(ولو فليس المستأجر) قبل تمام استيفاء المنفعة (كان للمؤجر فسخ الإجارة) إن شاء [١].

(و) حينئذٍ فلا يجب عليه امضاؤها ولو بذل الغرماء الأجرة) من مال المفلس أو من مالهم ولو بالإباحة للمفلس على حسب ما عرفته في بذل ثمن المبيع.

ولو كان قد استوفى المستأجر بعض المنفعة قبل الفسخ فسخ المؤجر فيما بقي وضرب بما يقتضيه التقسيط بالنسبة إلى الماضي مع الغرماء [٢]، بل وكذا لو استوفى بعد الفسخ.

ولو كانت العين المستأجرة أرضاً قد زرعها المفلس أو غرس فيها أو بنى كان له الفسخ أيضاً واستحق أجره المثل على الإبقاء [٣].

ولو كانت الإجارة على عين كلية في ذمة المؤجر ولم يكن قد أقبضها المستأجر فالظاهر أن له الفسخ أيضاً. بل لعله أولى من الفسخ في العين المشخصة التي سلمها المؤجر.

[و] قد يقال: [٤] إن اختار المؤجر الإمضاء أمره الحاكم بتعيينها ليؤجرها، وهو كذلك.

بل قد يقال: إن له الفسخ لو كانت الإجارة على عمل في ذمته، وقد فليس المستأجر قبل أن يعمل العمل كله أو بعضه فإنه أولى من العين.

[و] المختار [٥] الخيار للبائع لو كان قد باعه شيئاً في ذمته وقد فليس المشتري قبل أن يقبضه [٦].

ولو فسخ مؤجر العين وقد وجد عينه مشغولة بحمل مال للمفلس وجب الإبقاء بالأجرة إلى الأمان مقدماً بها على الغرماء، وكذا لو كان المفلس راكباً لها [٧].

[١] من غير خلاف أجد فيه، إلحاقاً للمنافع بالأعيان وتنقيحاً للمناط، بل ربما تكلف إدراج المنفعة في بعض نصوص الخيار.

[٢] إذ هو كتلف بعض المبيع الذي يقسط عليه الثمن؛ إذ المنفعة قليلها وكثيرها يمكن إفرادها بالإجارة.

[٣] لما عرفت سابقاً من الفرق بين الإجارة والبيع في ذلك، بل صرح في المسالك هنا: أن لها الأجرة مقدمة على الغرماء لما فيها من مصلحتهم بحفظ الزرع كأجرة الكيال والوزان^(١).

وإن كان لا يخلو من تأمل، بناء على استحقاق البقاء عليه وإن وجبت الأجرة شرعاً جمعاً بين الحقين.

[٤] [قاله] في المسالك^(٢).

[٥] [كما] منه ينقدح [ذلك].

[٦] لكون المناط في الجميع واحداً.

[٧] دفعاً للضرر على نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله، كما صرح بذلك كله في المسالك^(٣).

وإن كان لا يخلو التقدّم في الأخير من بحث إلا أن يدخل تحت النفقة ، والظاهر أن له الفسخ وإن كان المأمّن في صوب المقصد [١] ، بل له الفسخ وإن كان المأمّن منتهى المسافة المستأجرة عليها .

وكذا له الفسخ وإن كان النقل إلى المأمّن يحصل بإجارة مساوية للنقل إلى المقصد أو أكثر [٢] .

نعم ما [قيل] [٣] من أنّه لو كان المأمّن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة أو تعدّدت مواضع الأمن وتساوت قريباً وبعداً .

فـ [قد يقال] [٤] فإن كان أجرة الجميع واحدة نظر إلى المصلحة ، فإن تساوت كان له سلوك أيّها شاء ، لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد ؛ لأنّه مستحقّ عليه في أصل العقد وإن اختلفت الأجرة سلك أقلّها أجرة ، وإن تفاوتت المصلحة ، فإن اتفقت مصلحة المفلس والغرماء في شيء واحد تعيّن المصير إليه . وإن اختلفت فالأولى تقديم مصلحة المفلس ، ولا بأس به .

ولو أفلس المؤجر بعد تعيّن الدابة فلا فسخ بل يقدّم المستأجر بالمنفعة ، كما يقدّم المرتهن [٥] .

نعم للغرماء البيع مستحقّة المنفعة ولهم الصبر إلى انقضاء الإجارة إذا لم يوجد راغب .

لكن هل يبقى الحجر مستمراً عليه إلى انقضائها ؟ احتمال .

ولعلّ الأقوى عدمه .

ولو كانت الإجارة على الذمّة فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية للوجدان وله الضرب بقيمة المنفعة .

كما أنّه يتعيّن له ذلك لو وجدها تالفة ، وليس له الفسخ والضرب بالأجرة ؛ لأنّه ليس كالسلم كما هو واضح ، والله أعلم .

(ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى ثم أفلس كان صاحب الأرض أحقّ بها) قطعاً [٦] .

[١] لوجود السبب ، وعدم الفائدة في بعض الأفراد غير قاذح بعد وجود السبب ، مع أنّه يمكن تصوير الفائدة في كثير من الأفراد .

[٢] لكن في التذكرة : أنّ الأولى وجوب النقل إلى المقصد ، وعدم تخييره في الفسخ ، بل يجب عليه إمضاء العقد ، ثم قال : « وهل يقدم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلى المقصد من المسمّى ؟ إشكال » ^(١) .

وهو كما نرى حتى في إشكاله ، فإنّ المتّجه بناءً على عدم الفسخ عدم التقدّم ، كما هو واضح .

[٣] [قاله] فيها ^(٢) [= التذكرة] .

[٤] [قاله] في التذكرة ^(٣) .

[٥] لأصالة اللزوم ، وسبق الاستحقاق .

[٦] بل لا خلاف أجده فيه ؛ لصدق وجود العين .

(١) التذكرة ١٤ : ٩٨ .

(٢) التذكرة ١٤ : ٩٨ .

(٣) التذكرة ١٤ : ٩٨ - ٩٩ .

(وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية) مع عدم بذل الأرض قطعاً (وهل له ذلك مع بذل الأرض قيل) [١]:
(نعم) [٢].

(والوجه المنع) [٣]. بل المتجه عدم استحقاق الأجرة على البقاء [٤].

[والتحقيق مساواة الغرس للزرع في استحقاق البقاء بلا أجرة]، وعدم جواز القلع بالأرض إلا مع التراضي [٥].

نعم لو أفلس ثمن الغرس أيضاً ففسخ صاحبه لعدم عوده زيادة على ما كان أو قلنا: إن مثله يتبع العين كالمسلم لم يكن له استحقاق بقاء على صاحب الأرض، بل له قلعه من دون أرض؛ لأنه دفعه إلى المشتري مقلوعاً، بل لو قلعه صاحبه كان عليه طم الحفر [٦].

ومن هنا كان الظاهر أنه ليس لأحدهما مطالبة الآخر بتخليص ماله من مال الآخر [٧].

نعم لكل واحد منهما تولي ذلك، والأولى استئذان الحاكم.

والظاهر أن صاحب الأرض له قلعه، وإن كان هو حين القلع لم يكن صالحاً بعد للغرس [٨].

[١] والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه.

[٢] لظهور ما دلّ على أن له الرجوع في العين في استحقاق منافعتها^(١)، وحيث وضع بحق جمع بين الحقيين ببذل الأرض.

[٣] لأنها قد وضعت بحق خالص للمالك فليس لأحد إزالتها؛ لاحترامها، والأرض مع عدم الرضا به لا يسقط احترامها، بخلاف الأرض التي كانت ملكاً للمفلس، وقد انتفع بها بذلك ولم يكن لأحد فيها حق أصلاً، وإنما تجدد له الرجوع بالعين خاصة.

[٤] كما صرح به في جامع المقاصد^(٢)؛ للأصل الذي قد سمعته في الزرع.

بل في المسالك: «أنه يلزم على قول الشيخ أن له الإبقاء بالأجرة لا مجاناً؛ لأن ذلك هو مقتضى تعليقه، ولكن لم يذكر أحد استحقاقه الأجرة لو أبقاها، نعم هو وجه لبعض الشافعية»^(٣).

وربما يستفاد منه عدم الخلاف في عدم استحقاق الأجرة مع اختيار البقاء، بل لعل الشيخ أيضاً لا يقول بها وإن جاز له القلع بالأرض؛ ضرورة عدم تلازمهما، وحينئذ فطريق معرفة الأرض على قول الشيخ تقويم الغرس والبناء قائمين بلا أجرة ومقلوعين، فالتفاوت بينهما هو الأرض، ولكن التحقيق مساواة الغرس للزرع في استحقاق البقاء بلا أجرة.

[٥] واحتمال الفرق بينهما بأن له أمداً ينتظر بخلاف الغرس والبناء، فيحصل الضرر عليه اعتبار لا يصلح معارضاً لما يقتضيه الضوابط، خصوصاً بعد أن كان الفسخ اختيارياً له، لا قهرياً عليه، فتأمل جيداً.

[٦] لأنه إحداه في ملك الغير لتخليص ماله، ومصلحة بسبب فعل غير مضمون إذا لم يكن الغرس في الأرض عدواناً.

[٧] لأن الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق، وإنما فعله المفلس حين كان مالكا للعين والانتفاع.

[٨] لأن منفعة الأرض لبائعها بعد الفسخ ولم يكن الغرس للمفلس حتى يستحق إيقاؤه؛ لأن الفرض أن صاحبه قد فسخ أيضاً.

وقد يحتل في المقام [١] أن لصاحب الغرس أرض النقص على المفلس .
أو يقال : إن له الإبقاء بالأجرة .

أو يقال : إن لصاحب الأرض القلع بالأرض ، والله أعلم .

وكيف كان فمفروض مسألة المثل [وهو ما لو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى ثم أفلس] أن الغرس للمفلس ، وقد عرفت أن الحكم فيها الفسخ فتكون الأرض للبائع والغرس للمفلس (ثم يباعان ويكون له) أي البائع (ما قابل الأرض) بأن يقوماً معاً ثم تقوم الأرض مشغولة به مجاناً ما بقي على ما عرفت وينسب قيمتها كذلك إلى قيمة المجموع ويؤخذ لها من الثمن بنسبة ذلك والباقي للمفلس .

هذا إن رضي صاحبها بالبائع (فإن امتنع بقيت له الأرض وبيعت الغروس والأبنية منفردة) باقية في الأرض من غير أجرة ، ولا يجبر على بيع الأرض وإن استلزم نقصاناً عليه في بيعهما منفردين ؛ لأن الذي له ذلك ، فإذا بيعت كذلك كان للمشتري الدخول والسقي وغيرهما من الأحكام نحو ما تقدم فيمن باع بستاناً واستثنى منها شجرات أو نخلات كما هو واضح ، والله أعلم . (ولو اشترى زيتاً فخلطه بمثله لم يبطل حق البائع من العين) [٢] فيقسم حينئذ بينه وبين المفلس [٣] .

(وكذا لو خلطه بدونه) في عدم بطلان حقه من العين ، بل وفي القسمة عند المصنف [٤] (لأنه) بفسخه (رضي بما دون حقه) و [لكن] فيه أنه أعم من ذلك .
ولعل الأوجه أن له التوصل إلى حقه بالبائع [دون القسمة] ويكون له من الثمن بنسبة ما يخصه من القيمة [٥] .

أما لو بيعا لوحظ في ثمنهما ملاحظة المالكين المستقلين [٦] .

[١] من جهة خبر « الضرر والضرار » ^(١) .

[٢] لوجودها وإن كانت غير متميزة ؛ إذ هو لا يستلزم عدمها ، بعد أن لم تكن واسطة بين الوجود والمعدوم .

[٣] لأن الفرض التساوي في الزيت .

[٤] وغيره .

[٥] كما جزم به في محكي التحرير ^(٢) ؛ لأنهما كالمالكين لشخصين لو بيعا صفقة وإن كانا مستقلين .

واحتمال الشركة في العين على هذه النسبة يدفعه - مضافاً إلى لزوم الربانء على عمومها لكل معاوضة ولو القهرية - أنه لا معاملة بينهما على ذلك والامتزاج لا يستلزم قهراً ، وإنما يستلزم الشركة قهراً في المالكين على نسبة قدرهما على معنى استحقاق كل منهما النصف مع فرض التساوي وبحيث لو تلف منه يكون بالنسبة .

[٦] ضرورة تفاوت الثمن بالنسبة إليهما ، ولا تلازم بينه وبين الاشتراك بالعين .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ - ٥ .

(٢) التحرير ٥١٨ : ٢ - ٨١٩ .

وللبائع الامتناع من العين هنا إذا رضي بدون حقّه [١].

[والإنصاف أنّ الذي تقتضيه الضابطة بقاء كلّ مال على ملك صاحبه عند الاختلاط حتّى في المتساوي].

(وإن كان قد خلطه بما هو أجود قيل) [٢]: (يبطل حقّه من العين ويضرب بالقيمة) التي يطلب بها

المفلس (مع الغرماء) [٣].

وفيه: أنّه يمكن التوصل الى حقّه بالبيع ويكون من الثمن على نسبة القيمة [٤].

فعلية لو كانت قيمة زيته درهماً والممزوج به درهمن أخذ ثلث الثمن وهكذا، وليس له الامتناع من البيع

هنا [٥]؛ لانحصار التوصل إلى حقّه فيه.

[١] لأنّه يكون حينئذٍ شريكاً.

لكن في جامع المقاصد: «فإن قيل: إنّ هل يجاب البائع لو طلب القسمة بعد الرجوع والمخلوط به المثل والأردأ؟ قلت: يحتمل أن لا يجاب؛ لأنّ الخلط لم يكن على طريق الشركة، وإنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالاً لكلّ منهما، فلو أجابه إلى القسمة: لزم تملكه بعض مال المفلس لامتناع فصل ملكه، وهو باطل، ولأنّ القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفتلوا، وظاهرهم إطلاق الحكم في الحالات كلّها، وفي التحرير أثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالمثل والأردأ»^(١).

قلت: ظاهر الأسحاب في غير المقام وقوع الشركة قهراً في الممتزج بالمساوي، وكذا الأردأ إذا رضي صاحب الجيد.

ولعلّه لأنّ الامتزاج موجب لذلك حتى في صورة الاختيار الذي يكون الفائدة فيه حينئذٍ الرضا بايجاد السبب المقضي للشركة في نفسه، وحينئذٍ فطلب القسمة في محله، أما لو كان بالأردأ فمع رضاه يعمل السبب حينئذٍ عمله من الاشتراك قهراً، فلو بيعا حينئذٍ لم يكن له الأعلى حسب الشركة، ولا يستحق من الثمن بمقدار قيمة ماله؛ لأنّ الفرض حصول الشركة. نعم له أن لا يرضى ويطالب بالبيع، فيخصه من الثمن على نسبة القيمة. لكن الإنصاف أنّ ذلك كلّ محتاج إلى الدليل، وإلا فالذي تقتضيه الضابطة بقاء كلّ مال على ملك صاحبه حينئذٍ حتى في المتساوي؛ لتوقّف ملك كلّ منهما شيئاً من مال الآخر على التراضي والفرض عدم حصوله منهما أو من أحدهما. وربما كان هو ظاهر المحكي عن ابن الجنيّد^(٢) الذي اختاره في المختلف^(٣)، فلاحظ وتأمل.

[٢] والقائل الشيخ والفاضل في بعض كتبه^(٤).

[٣] لكونها حينئذٍ كالتالفة بالاختلاط، وعدم التمكن من القسمة؛ للإضرار بالمفلس.

[٤] ولو أثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين لزم مثله في القسمين الأولين.

ومن هنا كان مختار الفاضل وثاني الشهيدين ذلك^(٥).

[٥] وإن احتمله بعضهم^(٦).

(٢) نقله في المختلف ٥: ٤٤٩.

(١) جامع المقاصد ٥: ٢٨٩.

(٤) المبسوط ٢: ٢٦٣، القواعد ٢: ١٥١، النذرة ١٤: ٢٥٢.

(٣) المختلف ٥: ٤٤٩.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٢٨٩.

(٥) المختلف ٥: ٤٤٩، المسالك ٤: ١١٣.

نعم للغرماء والمفلس الامتناع من البيع إذا رضوا بالقسمة معه على قدر المالين ، بناءً على ما ذكرنا سابقاً لانحصار الحق فيهم ، فمع رضاهم بدون حقهم لم يكن لأحد منهم [١] .
نعم قد يحتمل الرجوع إلى الصلح القهري [٢] .

(ولو نسج) المشتري (الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق) أو عمل نحو ذلك مما يفيد المبيع صفة محضة (لم يبطل حق البائع من العين) قطعاً [بعد الفلاس] [٣] . بل إن لم تزد قيمة المبيع بهذه الصفات لم يكن للمفلس شيء سواء غرم عليه شيئاً أو لا [٤] . كما أنه إن نقصت قيمته لم يكن شيء للبائع ، بناءً على ما عرفت سابقاً من عدم استحقاق البائع الأرض بجناية البائع المقتضي للعدم في المقام بطريق أولى . إنَّما الكلام فيما لو زاد بعمله (و) مقتضى قول المصنف : (كان للغرماء ما زاد بالعمل) القطع بذلك [٥] . و[لكن] فيه : أنَّ المتَّجه بناءً على ما ذكرنا من عدم استحقاق المشتري السمن ونحوه ، العدم هنا [٦] . بل هو أولى [٧] .

[١] هذا وعن الشيخ أنَّه حكى هنا قولاً آخر ، وهو الشركة في العين على نسبة القية ، فإذا خلط جرة تساوي ديناراً بجرة تساوي دينارين فللبائع قيمة ثلث الجميع فيعطى ثلث الزيت وغُلْطَه باستلزامه الربا^(١) . وفي المسالك : « أنَّه يتم على القول بثبوته في كل معاوضة ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً »^(٢) .

قلت : هو بعيد أيضاً ؛ ضرورة عدم المعاملة بينهما ، والامتزاج لا يستلزم ذلك ، فلارب في أنَّ المتَّجه ما عرفت .

[٢] بل في المسالك في باب الغبن في نحو المقام ، « أنَّه لا يخلو من قوة »^(٣) ، بل فيها وفي الروضة^(٤) هناك ما فيه نوع منافاة في الجملة ، فلاحظ وتأمل ، والله أعلم .

[٣] لعدم خروجها بذلك عن الوجود .

[٤] واحترام عمله بعد أن كان في ماله لا يقتضي استحقاق شيء على البائع .

[٥] وهو أحد القولين في المسألة ، فلو كان الثوب غير مقصور يساوي مئة ومقصوراً يساوي مئة وعشرين كان للمفلس سدس الثمن . وجهه أنَّ هذه الزيادة بسبب فعل للمفلس .

[٦] كما في القواعد^(٥) .

[٧] ضرورة عدم كون الحاصل هنا إلا صفة محضة لا يعقل ملكها مستقلاً ، فهي من توابع المملوك .

ودعوى أنَّ الفرق بينهما وبين السمن حتى أنه يمكن القول بالعدم هناك بخلافه هنا بأنَّ السمن ونحوه من الله وإن كان سببه من فعل المكلف كالعلف والسقي ، مع أنه قد يتخلف عنهما ، بخلاف المقام الذي هو من فعله أو في حكمه ، كما لو استأجر على العمل مثلاً ، ولذا لم يجز الاستئجار على الأوّل دون . يدفعها : أنَّها بعد التسليم لا تجدي ؛ إذ الفعل بعد أن كان في ملكه لم يكن له ضمان على أحد ، وإنَّما استحقَّ البائع العين التي يلزمها تبعيّة مثل هذه الأوصاف ، كما هو واضح .

(١) المبسوط ٢ : ٢٦٣ . (٢) المسالك ٤ : ١١٣ .

(٣) المسالك ٣ : ٢٠٦ . (٤) الروضة ٣ : ٤٧٠ .

(٥) القواعد ٢ : ١٥١ .

ولا فرق بين كون الصفة من فعله أو فعل غيره ، بعد أن كانت نماء ملكه وزيادة قيمة العين سببها له ، فليس السبب إلا ما ذكرنا .

وبذلك قد استرحنا عن تحقيق حال الزيادة أنها وقت الفسخ [١] ، أو ولو تجددت [٢] .
وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم لحوق هذه الصفات بالأعيان المتولدة من العين المحكوم بكونها للمفلس :
لأنها نماء ملكه [٣] .

ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القسارة مثلاً [٤] [فـ] بأن للأجير حبس العين حتى يستوفي أجره ، وليس له عين مال قطعاً ، بل له الحبس وإن لم يزد الثوب بقصارته ، كما سمعته سابقاً والله أعلم ، فتأمل جيداً .
(ولو) كان قد (صنع الثوب) فإن لم تزد قيمته بالصنع لم يكن للمفلس شيء [٥] ، فيختص البائع حينئذ بالعين [٦] .

ولو زادت قيمته بقدر قيمة الصنع (كان شريكاً للبائع) في الثمن (بـ) قدر (قيمة الصنع) فلو فرض أن قيمة الثوب غير مصبوغ أربعة والصنع درهمان والمصبوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن ، ولو زادت قيمته بأقل من قيمته كما لو فرض قيمته مصبوغاً في المثال خمسة فالنقصان على الصنع [٧] ، لكن لا يخلو من نظر [٨] .

[١] كما هو ظاهر المسالك^(١) .

[٢] كما هو مقتضى التعليل السابق .

[٣] ولو ألحقنا الصفة بالعين كان للأجير على الطحن والقسارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة ، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، بل لو تلف الثوب أو الدقيق بيده لم يستحق الأجرة قبل التسليم ، فإنه حينئذ كالمبيع التالف قبل قبضه ، أما على عدم الإلحاق استحق ؛ لأنه صار مسلماً بالفراغ .

[٤] ففي القواعد : « إن لم يزد بها فلا شيء للأجير في ثمن العين ، وإن زاد وألحقنا هذه الصفة بالأعيان فإن لكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله ، فلو ساوى قبل القسارة عشرة والقصر خمسة والأجرة درهماً قدم الأجير بدرهم والبائع بعشرة وأربعة للغرماء »^(٢) . والمراد [برجوع الأجير إلى عين ماله ذلك] .

[٥] بلا خلاف أجده ، بل في المسالك قولاً واحداً^(٣) .

[٦] لكونها قائمة بخلاف عين مال المفلس فإنها ذاهبة ، والفرض أن الصفة لا أثر لها .

[٧] لأن الصنع تفرق أجزاءه في الثوب ويهلك والثوب قائم بحاله فكانت نسبة النقصان إليه أولى ، وبه جزم في القواعد^(٤) .

[٨] وشرطه في المسالك بأن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه في الثوب وإلا لحقه بسببه^(٥) ، بل قد يظن من إطلاق المصنف الشركة بمقدار الصنع : وقوع النقصان عليهما بالنسبة ، فتأمل ..

(١) المسالك ٤ : ١١٤ .

(٢) (٤) القواعد ٢ : ١٥٢ .

(٣) (٥) المسالك ٤ : ١١٥ .

ولو زادت قيمة الثوب مصبوغاً على قيمة الصبغ، كما لو فرض كون الثوب في المثال يساوي ثمانية، فالمتج بناءً على ما ذكرناه اختصاص البائع بالزيادة؛ لأنها صفة محضة، وقد عرفت تبعيتها للعين ويجيء على ما سلف سابقاً احتمال اختصاص المفلس بها؛ لأنها كالأعيان. فيكون الثمن حينئذٍ في الفرض بينهما نصفين، وقد يحتمل هنا بسطها على قيمة الثوب والصبغ فيكون الثمن أثلاثاً، بل لا محيص عنه إذا فرض كون الزيادة للثوب والصبغ. هذا كله حكم ما (إذا لم تنقص قيمة الثوب به) أي الصبغ، فإن نقص لم يكن للمفلس شيء، بل هو أولى مما إذا لم يزد به الذي عرفته فيما تقدم، والله أعلم.

(وكذا) البحث فيما (لو عمل المفلس فيه عملاً بنفسه) [١]. بل وكذا لو تبرع متبرع به باذن المالك فإن الجميع عند المصنف متى زاد المتاع به (كان) المفلس (شريكاً للبائع) معه في الثمن (بقدر العمل) على حسب ما عرفت. وقد تقدم أن التحقيق عندنا عدم استحقيقه شيئاً إذا لم يكن العمل صبغاً ونحوه مما هو أجزاء مالية أو كالأجزاء، بل ينبغي الجزم فيما لو كان العمل عمل غاصب ونحوه، مما لم يعمله المفلس بنفسه ولا أذن فيه، ولا غرم عليه أجرة كما هو واضح، والله أعلم.

(ولو أسلم في متاع) وقد حل الأجل (ثم أفلس المسلم إليه قيل) [٢]: (إن وجد رأس ماله أخذه) إن شاء (وإلا) بأن وجده تالفاً قبل الحجر أو موجوداً ولم يجز الفسخ (ضرب مع الغرماء بالقيمة)، بل (لا كلام في) [٣] الحكم الأول [٤]. وإنما الكلام في الحكم في الثاني [فهل يتعين عليه ذلك أو أن له الفسخ إن أراد وإلا ضرب مع الغرماء؟ والظاهر الأول] [٥].

[١] ضرورة عدم الفرق بينه وبين الاستحجار عليه.

[٢] والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وتبعه الفاضل في التذكرة^(١).

[٣] [إذ] لا خلاف أجده في [ذلك].

[٤] لاندراجه في النصوص^(٢) أو استفادته من فحواها.

[٥] فإن ظاهره [= الشيخ] تعين ذلك [أي الضرب مع الغرماء] عليه، وأنه ليس له الفسخ حينئذٍ، بل صرح به قال: «وإن لم يجد عين ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الحنطة. وقيل أيضاً: إنه إن أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك، والأول أصح، وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم، فإذا ذكرت قيمته ضرب مع الغرماء بما يخصه منها فيه، فإن كان في مال المفلس طعام أعطى منه بقدر ما خصه من الثمن، وإن لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاماً مثل الطعام الذي يستحقه ويسلم إليه، ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخضع؛ لأنه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه»^(٣).

[والأول أصح].

(وقيل) [١]: (له الخيار) مع التلف أيضاً (بين) الفسخ و(الضرب بالثمن أو) بين اللزوم والضرب بحقّة لكن، إذا أُريد معرفة ما يخصّه من مال المفلس اعتبر (قيمة^(١)) المتاع) حينئذٍ لذلك، وربما أُطلق على ذلك الضرب بها مجازاً.

(و) كيف كان فـ (هو) الـ (أقوى) عند المصنف [٢]، وحينئذٍ فلا فرق بين كون مال المفلس من جنس المسلم فيه وعدمه [٣]. فالتحقيق في المقام [تعيين الضرب مع الغرماء وليس له الفسخ حينئذٍ] [٤].

[نعم لو تعذر المسلم فيه للانقطاع كان للمشتري الخيار] فيضرب حينئذٍ بماله من المسلم فيه، ويؤخذ له بما يخصّه من مال المفلس بعض حقّه وجوباً أو ندباً على ما تقدّم في السلف من جواز أخذ غير الحق وفاءً عنه قبل قبض. وعدمه ويبقى له الباقي في ذمّة المفلس.

بل لو كان المسلم فيه ثوباً أو عبداً أو نحوهما ممّا هو غير متساوي الأجزاء لم يكن له الفسخ، بل يعزل ما

[١] والقائل الفاضل في بعض كتبه^(٢) وغيره بل في المسالك نسبته إلى الأكثر^(٣).

[٢] والفاضل في بعض كتبه^(٤)، بل لم يستبعد في التذكرة^(٥) أيضاً وثاني الشهيدين^(٦)، لكنّه قيده في المسالك والمحكي عن غيرهما بما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشمل عليه بحيث لا يمكن وفاؤه منه. قال: «ولو فرض ذلك لم يكن له الفسخ؛ إذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر، ومن الممكن أن يصل إلى جميع حقّه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة وإن كان قاصراً - كما مرّ - فلا بدّ من ملاحظة هذا القيد، وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضاً»^(٧).

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة أنّ محلّ البحث عدم وفاء تمام المسلم فيه للإعسار لا للانقطاع.

[٣] كما أنّه لا معنى لفرض وفاء جميع حقّه لمعلومية خروجه عن محلّ النزاع، وكذا لا معنى لقوله: «لا وجه للفسخ في البعض»؛ إذ لعلّ وجهه تبعض الصفقة، بل هو لازم لكلّ من قال بالخيار هنا؛ ضرورة أنّه لا بدّ من وصول بعض حقّه إليه ممّا يخصّه من مال المفلس، كما هو واضح.

[٤] [ك] كما سمعته عن الشيخ؛ لأصالة لزوم العقد، واختصاص ما دلّ على الخيار^(٨) فيما إذا تعذر المسلم فيه للانقطاع دون غيره.

(٢) المختلف ٥: ٤٥٠.

(١) في الشرائع: «قيمة».

(٣) المسالك ٤: ١١٦.

(٤) التحرير ٢: ٥٢١.

(٥) التذكرة ١٤: ٩٣.

(٦) المسالك ٤: ١١٦.

(٧) المسالك ٤: ١١٦. انظر مجمع الفائدة ٩: ٢٦٠.

(٨) انظر الوسائل ١٨: ٤١٤، ب ٥ من الحجر.

يخصه من الحصة وينتظر إتمامها من المفلس بعد ذلك [١]. [ولو قَوِّم المسلم فيه بعشرين فأفرزنا له من المال عشرة لكون الديون ضعف المال ثم رخص السعر قبل الشراء بحيث كانت العشرة تفي بثمان جميع المسلم فيه فالمتجه بناءً على عدم ملك المسلم الموقوف لحق الغرماء له بذلك لبقاء المال على ملك المفلس] فنصرف له في المثال حينئذ خمسة وتوزع الخمسة الباقية عليه وعلى الغرماء.

كما أنه يلحق الغرماء لو زاد السعر قبل الشراء له بما وقف له من الدراهم، وهو واضح.

(ولو أُولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها) فيه وفي غيره لصدق وجدان عين المال فسلط

على الفسخ.

(و) الاستيلاد غير مانع بعد أن (لو طالب بثمانها) ولم يفسخ (جاز بيعها في ثمن رقبته) فأخذها حينئذ

بمنزله، وليس للغرماء المنع وإن قلنا بتعلق حقهم بالمنفعة لو لم تبع، لأولى حقه منهم، ولا يشاركونه في الثمن [٢]. وعلى كل حال فالحكم خاص فيها (دون ولدها)؛ لأنه حر باعتبار تولده وهو في ملك سيدها وإن لم يكن لأحد معه حقه، فلا سبيل حينئذ عليها. ولو وفي بعضها بثمان أشكل الفسخ فيها مطلقاً.

(وإذا جُنِّي عليه) [= على المفلس] أو على عبده أو على مورثه (خطأً تعلق حق الغرماء بالدية)؛ لأنها مال

متجدد للمفلس، ولا يصح العفو منه هنا لمنعه من التصرف في المال.

(وإن كان) ت الجانية (عمداً كان بالخيار بين القصاص و) بين (أخذ الدية إن بذلت له) والواجب له أصالة

القصاص على الأصح (ولا يتعين عليه قبول الدية) [٣]؛ لأنها اكتساب وهو غير واجب) وله العفو عن القصاص هنا؛ لعدم كونه تصرفاً مالياً، فتنتفي الدية حينئذ لأن الأصح ثبوتها صلحاً لا أصالة.

[١] خلافاً للتذكرة قال: «فيشتري بحصة المسلم شقص، فإن لم يوجد للمسلم الفسخ»^(١).

وفيه بحث.

كما أن ما فيها أيضاً من أنه «لو قَوِّم المسلم فيه فكانت قيمته مثلاً عشرين فأفرزنا له من المال عشرة لكون الديون ضعف المال ثم رخص السعر قبل الشراء بحيث كانت العشرة تفي بثمان جميع المسلم فيه، فالأقرب أنه يشتري به جميع حقه ويسلم إليه؛ لأن الاعتبار إنما هو يوم القسمة والموقوف وإن لم يملكه المسلم، لكنه صار كالمروء بحقه وانقطع حقه عن غيره من الحصص حتى لو تلف قبل التسليم إليه لم يتعلق له حق بما عند الغرماء وكان حقه في ذمة المفلس»^(٢)، كذلك أيضاً [فيه بحث]؛ إذ المتجه - بناءً على عدم ملك المسلم الموقوف؛ لأن حقه في الحنطة - لحق الغرماء له بذلك لبقاء المال على ملك المفلس، والأصل عدم حكم الرهانة.

[٢] لأنه الذي تعلق بها حقه دون غيره فيتعلق حقه بثمانها القائم مقامها دون غيره وإن كان هو ملكاً للمفلس، إلا أنه كالمروء يتعلق حق البايع به.

[٣] للأصل.

أما على القول بأن الواجب أحد الأمرين فقد يقال: بتعينها بعد العفو عن القصاص، مع أنه لا يخلو عن بحث، فتأمل.

أنالو قتل هو كانت ديته كماله، ولو كان عمداً لم يجز للورثة القصاص إلا بعد أداء الدين [١]. قلت: ولتحقيق الحال في ذلك محل آخر، والله أعلم.

(نعم لو كان له دار) موقوفة عليه (أو دابة) كذلك وليست من المستثنيات (وجب) عليه (أن يؤجرها) باذن الحاكم أو الغرماء [٢].

(وكذا لو كانت له مملوكة) ممنوع عليه بيعها (ولو كانت أم ولد) [٣].

ثم إنه [المختار] [٤] أن للمفلس الدعوى؛ لأنها ليست تصرفاً مالياً.

فإذا شهد للمفلس شاهد بمال فإن حلف استحقق وتعلق به حق الغرماء (وإن امتنع) قيل: لم يجبره الحاكم^(١) [٥]. لكن الصحيح أنه يجبر.

[١] على المشهور، كما في الدروس، قال: «وقيده الطبرسي ببذل القاتل الدية، وجوز الحلون القصاص مطلقاً»^(٢).

[٢] لتعلق الحق بمنفعتيهما، وليس هو اكتساباً.

[٣] بل في المحكي عن الميسوط: «إذا كانت له أم ولد يؤمر بإجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف»^(٣)، وظاهره بين المسلمين، لكن في التذكرة: «لو كانت له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه ففي وجوب مؤاجرتها نظر، من حيث إن المنافع وإن لم تكن مالا فإنها تجري مجراها فيجعل بدلها للدين، ومن حيث إن المنافع لا تعد أموالاً حاضرة ولو كانت تعد من الأموال لوجب إجارة المفلس نفسه ولو جب بها الحج والزكاة، والثاني أقرب»^(٤). ومقتضاء المنع مطلقاً حتى في الدار الموقوفة والدابة ونحوهما.

وفيه منع واضح حتى بالنسبة إلى الحج بها، على أنه لو سلم أمكن الفرق بأن الحج إنما يجب بالمال الحاضر والمنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً، ولا يطمئن ببقائها بحيث يستوفى الجميع حتى يستقر ملك الأجرة، فلا يجب عليه الإقدام مع هذه المخاطرة، ولو فرض بحال يستقر ملكه على الأجرة أتجه الوجوب حينئذ.

[٤] [كما لا خلاف (و) لا إشكال في ذلك].

[٥] لأنه لا يعلم صدق الشاهد، ولو علم ثبت الحق بشهادته من غير يمين، وحينئذ فلا يجبره على ما يعلم صدقه؛ ولأن الحلف تكتسب، وهو غير واجب.

وفيه: أن المدعي يعلم صدقه، وهو كاف في الجبر وإن لم يعلم الحاكم، وليس هو تكتسباً، بل هو مقدمة لتحصيل ماله الواجب عليه لوفاء الدين المطالب به.

وعلى كل حال إذا لم يحلف فـ (هل يحلف الغرماء؟ قيل) [١]: (لا) يحلفون [٢] (وهو الوجه) [٣].
 (وربما قيل بالجواز) [٤]: (لأن في اليمين إثبات حق للغرماء) والممنوع إنما هو لإثبات مال الغير من دون
 حق [٥]. نعم يمكن التوصل هنا إلى حلف الغرماء بأن ينقلوا المال إليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ثم يشهد
 ويحلفون لكن يخرج عما نحن فيه. وكذا الكلام فيما لو كان الدين لميت ونكل الوارث وأراد الغرماء الحلف [٦].

[١] والقائل الأكثر^(١)، بل المشهور، بل لا أجد فيه خلافاً من غير الاسكافي^(٢).

[٢] بل في ظاهر التذكرة الإجماع عليه^(٣).

[٣] للإجماع ظاهراً على عدم جواز الحلف لإثبات مال الغير، ولما في المسالك: من «أن كل واحد منهم إن حلف على مجموع
 المال كان حلف لإثبات مال غيره، وهو باقي الغرماء، وإن حلف على القدر الذي يخصه بالتقسيم لم يثبت له أجمع، بل بعضه؛
 لأنه مال المفلس، فلا يتم ثبوت جميع المال بهذا الحلف، والاعتذار عن حلفه على المجموع بأنه إنما يثبت به استحقاقه لا يدفع
 ذلك؛ لأنه يتضمن إثبات مال الغير أيضاً»^(٤).

وإن كان قد يناقش فيه بأنه يحلف على الجميع وإن كان لا يثبت له إلا حصته كالوارث، ولا يستلزم إثبات باقي المال
 للغرماء. ودعوى أن ثبوت حصته فرع ثبوت المال للجميع ممنوعة، كدعوى مشاركة الغير له في هذه الحصة؛ إذ هو كبعض الورثة إذا
 حلف، فإنه يثبت حصته، ولا يشاركه غيره فيها وإن كانت هي للميت، فتأمل جيداً.

ولذا قال في التذكرة: «لو حلف بعض الغرماء عند القائلين به دون بعض استحق الحالفون بالقسط كما لو حلف
 بعض الورثة لدين الميت، وليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء مشاركة الحالف كالوارث إذا حلف دون باقي الورثة
 لم يكن للباقين مشاركته؛ لأن المقبوض باليمين ليس عين مال الميت ولا عوضه بزعم الغريم»^(٥).
 [٤] بل هو المحكي عن أبي علي^(٦).

[٥] إذ أقسام اليمين لإثبات مال الغير ثلاثة، كما عن حواشي الشهيد^(٧). الأول: أن لا يكون للحالف حق، فلا يصح حلفه
 إجماعاً. الثاني: أن يكون للحالف حق ولغيره حق، لكن حق الحالف مقدم، وهو محل البحث ونحوه المرتين. الثالث: أن يكون
 للحالف حق ولغيره حق، ولكن حق الغير مقدم كالراهن ومالك الجاني فهذا يحلف، ويثبت حق غيره إجماعاً.
 وفيه: أن الأصل عدم ثبوت الحق باليمين، فيقتصر في خلافه على المتيقن، وهو محل الإجماع، ويبقى غيره على الأصل،
 ومنه ما نحن فيه.

[٦] إلا أن المحكي هنا عن حواشي الشهيد جواز حلفهم^(٨).

ولعله للفرق بينه وبين المفلس بتعذر الوصول إلى الحق من الميت بخلاف المفلس.

لكنه كما ترى لا يصلح مخرجاً عن الأصل المزبور، فتأمل جيداً، والله أعلم.

(٢) نقله في المختلف ٥: ٤٥٢.

(٤) المسالك ٤: ١١٩.

(٦) نقله في المختلف ٥: ٤٥٢.

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٣٢٧.

(١) كما في المسالك ٤: ١١٨.

(٣) التذكرة ١٤: ٣٨.

(٥) التذكرة ١٤: ٤١.

(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٣٢٧.

(وإذا مات المفلس حلّ ما عليه) (١) كما تقدّم سابقاً (ولا يحلّ ماله) (٢)، (و) لكن (فيه رواية أخرى) (٣) (مهجورة) (٤) (وينظر المعسر) إلى الميسرة (٥).

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] عند المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن الغنية نفى الخلاف فيه^(١)، بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين^(٢)؛ للأصل بعد حرمة القياس على أن الفارق موجود بتضرر الورثة بالامتناع عن التصرف والغرماء به. [٣] مرسله لأبي بصير^(٣)، وقد ذكرناها سابقاً.

[٤] عند معظم الأصحاب؛ إذ لم أجد من عمل بها إلا الشيخ في المحكي عن نهايته التي ليست هي كتاب فتوى وأبأ الصلاح والقاضي والطبرسي فيما حكى عنهم^(٤)، وهو لا يصلح جابراً لها كي تصلح لقطع الأصل، بل الأصول، كما هو واضح.

[٥] كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٥). وفي خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق الباقر عليه السلام: «أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَحْبِسُ الرَّجُلَ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ إِفْلَاسُهُ وَحَاجَتُهُ خَلَّى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا»^(٦). وفي وصيّة الصادق عليه السلام - الطويلة التي كتبها لأصحابه -: «إِنَّا كُمْ وَإِعْسَارُ أَحَدٍ مِنْ إِخْوَانِكُمُ الْمُسْلِمِينَ أَنْ تَعْسُرُوهُ بِشَيْءٍ يَكُونُ لَكُمْ قَبْلَهُ، وَهُوَ مَعْسَرٌ، فَإِنْ أَبَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقُولُ: لَيْسَ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَعْسُرَ مُسْلِمًا، وَمَنْ أَنْظَرَ مُسْلِمًا أَظْلَمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»^(٧). وفي مرسل عبد الله بن سنان عن النبي ﷺ: «لَا يَحِلُّ لَغَرِيمِكَ أَنْ يَعْطَلَكَ وَهُوَ مُؤَسَّرٌ كَذَلِكَ لَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَعْسُرَهُ إِذَا عِلِمَتْ أَنَّهُ مَعْسَرٌ»^(٨). وفي المرسل: «إِنْ امْرَأَةٌ اسْتَعَدَّتْ عَلَى زَوْجِهَا عِنْدَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام أَنَّهُ لَا يَنْفَقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجُهَا مَعْسَرًا فَأَبَى أَنْ يَحْبِسَهُ، وَقَالَ: إِنْ مَعَ الْعَمْرِ يَسْرًا»^(٩) ولم يأمره بالتكسب. والنبوي العامي: «أَنَّهُ ﷺ لَمَّا حَجَرَ عَلَى مَعَاذٍ لَمْ يَزِدْ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ»^(١٠). وفي آخر: «أَنَّ رَجُلًا أَصِيبَ فِي ثَمَارِ ابْتِغَائِهِ فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١١). كل ذلك مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنه «لا خلاف في أنه لا يجب عليه قبول الهبة والوصية والاحتشاش والاحتطاب والاعتنات»^(١٢)، مؤيداً بالمشهور نقلاً وتحصيلاً على عدم وجوب التكسب عليه، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات^(١٣)، وعلّلوا به عدم قبول الهبة ونحوها ممّا يظهر منه المفروغية منه، بل عن ظاهر الغنية والسرائر الإجماع على عدم جواز دفعه إلى الغرماء ليستعملوه^(١٤).

(١) الغنية: ٢٤١.

(٢) الخلاف: ٣: ٢٧١.

(٣) الوسائل: ١٨: ٣٤٤، ب ١٢ من الدين والقرض، ح ١.

(٤) النهاية: ٣١٠. الكافي: ٣٣٣. نقله عن القاضي والطبرسي في المختلف: ٥: ٣٨٣.

(٥) البقرة: ٢٨٠.

(٦) الوسائل: ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ١.

(٧) الوسائل: ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ٢.

(٨) سنن البيهقي: ٦: ٥٠.

(٩) سنن البيهقي: ٦: ٤٨.

(١٠) كفاية الأحكام: ١: ٥٧٥.

(١١) المبسوط: ٢: ٢٧٤.

(١٢) استظهره في مفتاح الكرامة: ٥: ٧. انظر الغنية: ٢٤٩ - ٢٥٠. السرائر: ٢: ١٩٦.

(و) حينئذٍ (لا يجوز إلزامه) بالتكسب (ولا مؤاجرته) التي هي نوع تكسب أيضاً [١].
(وفيه رواية أخرى مطرحة) [٢].

[١] ودعوى أنها ليست منه، بل هي منفعة، وقد تقدم أن التحقيق كون المنفعة مالا يتعلق بها حق الغرماء. يدفعها: أنه لا إشكال في عدم عدّ منفعة الحرّ مالا، ولذا لا تضمن بالقوات، وإنما تكون مالا بالإجارة لا قبلها، فلا يتعلّق بها حينئذٍ حق للغرماء. فما عن مالك في رواية: من أنه إن كان يعتاد إجارة نفسه لزم وأحمد وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعبد الله بن الحسن العنبري وسوار: من أنه يؤاخر فإن امتنع جبره القاضي^(١). واضح الضعف، وإن احتجوا بأن النبي ﷺ «باع سرقاً في دينه وكان سرق رجل دخل المدينة، وذكر أن وراءه مال فداينه الناس فركبته الديون ولم يكن وراءه مال فأتى به النبي ﷺ فسماه وباعه بخمسة أبعرة»^(٢). والحرّ لا يجوز بيعه فثبت أنه باع منافعه.

بل ورد في طريق الخاصة خبر محمد بن سليمان عن رجل من أهل الجزيرة يكتنأ أبا محمد قال: سألت الرضا عليه السلام رجل وأنا أسمع، فقال له: جعلت فداك إن الله عز وجل يقول: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٣) أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرها الله عز وجل في كتابه لها حدّ يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بدّ له من أن ينتظر وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفقه على عياله وليس له غلّة ينتظر إدراكها ولا دين ينتظر محله ولا مال غائب ينتظر قدومه؟ قال: «نعم ينتظر بقدر ما ينهي خبره إلى الإمام فيقيض عنه ما عليه من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله عز وجل، فإن كان أنفقه في معصيته فلا شيء له على الإمام، قلت: فما لهذا الرجل الذي ائتمنه وهو لا يعلم فيما أنفقه؟ في طاعة الله أو في معصيته؟ فقال: يسعى له في ماله، فبرّه عليه وهو صاغر»^(٤). وخبر السكوني عن الصادق عن الباقر عليه السلام: «أَنْ عَلِيّاً عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَجِبُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْغُرْمَاءُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْغُرْمَاءِ، فَيَقُولُ: اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ وَاجِرُوهُ، وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ»^(٥). وإلى ذلك أشار المصنّف بقوله: [ذلك].

[٢] لكن في اللمعة: «وهو يدلّ على وجوب التكسب، واختاره ابن حمزة، ومنعه الشيخ وابن ادریس، والأوّل أقرب»^(٦). وفي الروضة: «لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة والمكتسب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحينئذٍ فهو خارج من الآيّة، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه تحمل الرواية»^(٧). وفي المسالك: «ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسناً»^(٨). وفي الدروس: «يجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون ولو كان إجارة نفسه، وعليه تحمل الرواية»^(٩).
وفي جامع المقاصد: «وفيه قوة»^(١٠).

وعن السيّد عميد الدين يجب على المديون السعي إذا جرت عادته بالسعي، وكذا لو لم تجر عادته إذا لم

(١) الوسيط ٤: ١٥. المعني (لأين قدامة) ٤: ٥٠٥. (٢) سنن البيهقي ٦: ٥٠، مع اختلاف.

(٣) البقرة: ٢٨٠. (٤) الوسائل ١٨: ٣٣٦، ٩ من الدين والقرض، ح ٣.

(٥) الوسائل ١٨: ٤١٩، ب ٧ من الحجر، ح ٣، مع اختلاف. (٦) اللمعة: ١٢٦.

(٧) الروضة ٤: ٤١. (٨) المسالك ٤: ١٢٠.

(٩) الدروس ٣: ٣١١. (١٠) جامع المقاصد ٥: ١١.

[ولكن الإنصاف أن القول بعدم وجوب التكتسب فيه إشكال].

يستتضر^(١).

وفي الوسيلة: «إن كان المستدين معسراً صبر عليه من له الدين حتى يجد، فإن كان مكتسباً أمر بالاكتساب والإنفاق بالمعروف على نفسه وعياله وصرف الفاضل في وجه دينه وإن غير مكتسب خلّى سبيله حتى يجد»^(٢)، وعن جامع الشرائع ومجمع البرهان الأمر بالاكتساب^(٣).

وفي المختلف: «قول ابن حمزة جيد، ونمنع من إفسار المكتسب، ولهذا تحرم عليه الزكاة»^(٤). وفي السرائر: «ومن كان عليه دين وجب عليه السعي في قضاءه»^(٥). وفي القواعد: «ويجب على المدين السعي في قضاء الدين»^(٦). ونحوهما عن النهاية^(٧).

وربما استظهر منهم وجوب السعي بالتكتسب، لكن صدورهما ممن علم من مذهبه عدم وجوب التكتسب بقضي بإرادة السعي في تحصيل ماله من ديون وأموال غائبة ونحو ذلك، لا ما يشمل وجوب التكتسب.

وربما جمع بين الكلامين بإرادة وجوب السعي الشامل للتكتسب وإرادة نفي إلزام الغرماء له به، واستعمالهم إياه وموآجرتهم له، وعن التذكرة الإجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وحسبه^(٨).

وكيف كان فالإنصاف أن كلمات الأصحاب في المقام لا يمكن جمعها على معنى واحد، بل لعلّ الحاصل ممّا ذكرناه منها أربعة أقوال أو خمسة، وأنّ المشهور منها عدم وجوب التكتسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف فيكون وجوب الوفاء عندهم مشروطاً باتّفاق حصول اليسار، ولا يجب عليه تحصيله وإن تمكّن منه، تمكّناً بالأصل، وظاهر الآية^(٩)، والرواية^(١٠) المعترضة بما سمعت. لكن فيه: أن الأصل يقطعه ظهور أمر قضاء الدين في كونه واجباً مطلقاً، والآية^(١١) لا تدلّ على كونه مشروطاً؛ ضرورة أنه يجب الإنظار إلى الميسرة وإن وجب عليه تحصيلها مع التمكن منها، وكذا الرواية، بل إن كانت «حتى» فيها تعليلية أشعرت بالوجوب حينئذ.

نعم هما معاً ظاهران في خلاف خبر السكوني^(١٢) الذي قال في السرائر: «أنّه مخالف لأصول مذهبنا ومحكم التنزيل»^(١٣)؛ ضرورة أن الإنظار الذي هو بمعنى التأخير مناف لاستعماله في الدين وموآجرتة، وكذا «تخليه السبيل» التي في الرواية^(١٤).

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٦.

(٢) الوسيلة: ٢٧٤.

(٣) جامع الشرائع: ٢٨٤. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٦٧.

(٤) المختلف ٥: ٣٨٦.

(٥) السرائر ٢: ٣٢.

(٦) القواعد ٢: ١٠١.

(٧) النهاية: ٣٠٥.

(٨) التذكرة ١٣: ١٨.

(٩) البقرة: ٢٨٠.

(١٠) الوسائل ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ١، ٢.

(١١) البقرة: ٢٨٠.

(١٢) تقدّم في ص ٢٦٨.

(١٣) السرائر ٢: ١٩٦، وفيه: «مضادّ لتنزيل الكتاب».

(١٤) الوسائل ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ١.

فالقول حينئذٍ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسّب وغيره لا يخلو من قوّة، نعم لا يجب عليه ما كان منه فيه نقص عليه ومثّة [١].

مع أنّه لا يخلو من إشكال فيما إذا لم يصل إلى حدّ الحرمة [٢].
[والمختار] عدم الفرق [في وجوب السعي عليه] بين المكتسب وغيره، بل وبين اللائق به وغيره في وجهه .
كما [أنّ المختار] [٣] أنّه لا تسلّط للغرماء على استعماله ومؤاخرته المنافية للإنظار وتخليّة السبيل وإن وجب عليه هو السعي في قضاء دينه، فتأمل جيّداً، والله أعلم.
[القول في قسمة ماله]:

(القول) الثالث: (في قسمة ماله) بين غرمائه بعد بيعه [٤].

[١] ترجيحاً لما دلّ على عدم تحمّل المؤمن ذلك عليه .

[٢] لكون الواجب عليه هنا حقّ مخلوق أيضاً يتضرّر بعدم وصوله إليه .

ودعوى عدم وجوب السعي لعدم العلم باتتاجه القضاء الواجب؛ إذ قد يتخلّف عنه، والواجب من المقدّمه ما كان موصلاً إلى ذي المقدّمه .

يدفعها أولاً: أنّه يمكن العلم عادة في بعض أفراد السعي بحصول قضاء جميع الدين أو بعضه .

وثانياً: أنّ الأوامر المطلقة تقتضي التشاغل في مقدّمات المأمور بها إلى أن يحصل العجز، ولا يجب العلم بالتوصّل، كما أوضحنا ذلك في باب التيمّم بالنسبة إلى طلب الماء، فلاحظ وتأمل .

اللهم إلّا أن يقال: إنّ ذلك إن وجب فهو ليس من وجوب المقدّمه لوجوب ذبها، بل هو من الفهم العرفي من إطلاق الخطاب ومنع وجود خطاب هنا كذلك، وعلى تقديره فهو معارض بالمنساق من الآية^(١) والرواية^(٢) المعترضتين بكلام الأصحاب، فتأمل جيّداً .

لكنّه مع أنّه واضح النظر لا يحسم مادّة الإشكال المتقدّم القاضي بالوجوب . الذي منه يعلم [ذلك] .

[٣] [إذ] يعلم منه [ذلك] .

[٤] قال الفاضل في القواعد: « ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدّة الحجر »^(٣). وظاهر لفظ « ينبغي » فيها الاستحباب، كما هو صريح التذكرة^(٤).

لكن قد يقال: إنّ الحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة فتجب المبادرة حينئذٍ، خصوصاً بعد مطالبة الديان، والفرض قيام الحاكم مقام المديون، وخصوصاً مع مصلحة المفسس في التعجيل مخافة التلف، ويجب على الحاكم مراعاة المصلحة .

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) الوسائل ١٨: ٤١٨، ب ٧ من الحجر، ح ١.

(٣) القواعد ٢: ١٤٦.

(٤) التذكرة ١٤: ٤٧.

[قد يقال بوجوب الاقتصار في الحجر على قدر الحاجة فتجب المبادرة حينئذٍ خصوصاً بعد مطالبة الدَّيَّان ، والفرض قيام الحكم مقام المديون ، وخصوصاً مع مصلحة المفلس في التعجيل مخافة التلف ، ويجب على الحاكم مراعاة المصلحة] [١] . نعم لا يفرط في المبادرة بحيث يؤدي إلى فساد في المال بأن يطمع المشترون فيه بثمن بخس . وفي المتن [٢] (يستحب إحضار كلِّ متاع في سوقه لتتوفر الرغبة) ومقتضاه جواز بيعه في غير سوقه ولو رجا الزيادة فيه [٣] . قد يقال بجواز بيعه في غير سوقه إذا باعه بثمنٍ مثله ، ورجاء الزيادة تطلب للأصلح ، ولا يجب عليه [٤] .

وعلى كلِّ حال لو شقَّ نقله إلى سوقه نودي عليه (و) كذا يستحب (حضور الغرماء تعرضاً ل) طلب (الزيادة) فإنه ربما يرغبون في بعض المتاع فيزيدون قيمته ، ولا يجب عليه ذلك [٥] . وكذا يستحب حضور المفلس أو وكيله [٦] .

[١] ولعلَّه لذا قال في التحرير : « على الحاكم أن يبادر إلى ماله وقسمته » ^(١) .

بل في جامع المقاصد : « إنَّ الوجوب أظهر » ^(٢) .

[٢] والقواعد ومحكي المبسوط والتحرير والإرشاد ^(٣) [ذلك] .

[٣] لكن في جامع المقاصد : أنه « لا يبعد الوجوب إلَّا أن يقطع بانتفاء الزيادة بإحضاره في سوقه » ^(٤) .

وفي المسالك : « إنَّما يستحبُّ الإحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه ، وإلَّا فالأولى الوجوب : لأنَّ بيعه فيه أكثر لطلبه وأضبط لقيمته ، ولكن أطلق الجماعة الاستحباب » ^(٥) . وظاهر اللوعة الوجوب ، وبه جزم في الروضة مع رجاء زيادة القيمة ^(٦) .

قلت : قد يقال : الأصل البراءة إذا باعه بثمنٍ مثله في غيره .

[٤] إذ لا يزيد على مال الطفل الذي لا يجب فيه مراعاة الغبطة .

[٥] لما عرفت . لكن في المسالك : « يمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم » ^(٧) ، بل وفي جامع المقاصد : « لو رجا بحضورهم زيادة نفع وجب » ^(٨) . وفيه ما تقدّم .

[٦] ١ - فإنه أخير بقيمة متاعه وأعرف بجيده من غيره وبثمنه وبالمعيب من غيره .

٢ - ولأنَّه تكثر الرغبة بحضوره ، فإنَّ شراء المال من مالكه أحبُّ إلى المشتري .

٣ - ولأنَّه أبعد من التهمة وأطيب لقلب المفلس ، وليطلع المشتري على العيب فيبيعه على وجه لا يرد ، ولغير ذلك ، بل يأتي

وجوب حضوره مع رجاء الزيادة به ، بناءً على ما تقدّم وفيه ما عرفت .

(١) التحرير ٢ : ٥٢٣ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٢٤٥ .

(٣) القواعد ٢ : ١٤٦ . المبسوط ٢ : ٢٦٩ . التحرير ٢ : ٥٢٣ . الإرشاد ١ : ٤٠٠ .

(٤) جامع المقاصد ٥ : ٢٤٥ . (٥) المسالك ٤ : ١٢٠ .

(٦) اللزمة ١٢٦ . الروضة ٤ : ٣٨ . (٨) جامع المقاصد ٥ : ٢٤٥ .

(و) يستحب أيضاً (أن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه) [١]. [وقيل بالوجوب] قلت: لعل المراد خوف التلف في [فلا يجب المبادرة] نفسه؛ لكونه مما شأنه ذلك لانتخوف التلف إن لم يبدأ به، وفرق واضح بين المقامين، فتأمل جيداً.

(و) يستحب [أيضاً] أن يبدأ (بعده بالرهن لإنفراد المرتهن به) [٢]. وكذا العبد الجاني وإن فارقه بأنه لو قصر عنها لم يستحق المجني عليه الزائد؛ لأن حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن [٣].

(و) يستحب أيضاً (أن يعول على منادٍ يرتضي به الغرماء والمفلس دفعاً للثمة) عنه، ولا يجب [٤] والحاكم أمين شرعي لا تتطرق إليه الثمة (ف) من هنا (إن تعاسروا عين الحاكم) وسقط استحباب مراعاتهما معاً [٥].

[١] كما في القواعد ومحكي المبسوط والتحرير؛ لما فيه من مراعاة الأصلح للمفلس^(١)، لكن عن ظاهر الإرشاد والتذكرة الوجوب^(٢)، بل في جامع المقاصد: «لا ريب في وجوب ذلك لوجوب الاحتياط على الأمانة والوكلاء، فالحاكم أولى، فإن تصرفه قهري، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه التلف، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما»^(٣). وتبعه في المسالك، فقال: «جعل هذا من المستحب ليس بواضح، بل الأجود وجوبه لنألا يضيع على المفلس وعلى الغرماء ولوجوب الاحتياط على الوكلاء والأمانة في أموال مستأمنينهم، فهذا أولى؛ لأن ولاية الحاكم قهرية، وهي أبعد من مسامحة المالك، وحينئذ فيبدأ بما يخاف عليه الفساد عاجلاً كالفاكهة ثم بالحيوان ثم سائر المنقولات ثم بالعقار، هذا هو الغالب وقد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقدّم لوجه»^(٤).

[٢] ولأنه ربما زادت قيمته عن الدين فيضم الباقي إلى مال المفلس، وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء.

[٣] لكن لولا التسامح في السنن لأمكن المناقشة في اقتضاء ذلك ندبية البداية به قبل غيره. فغن الغريب ما عن ظاهر الإرشاد وصريح جامع المقاصد من الوجوب لذلك^(٥) الذي يمكن حصوله وإن تأخر بيعهما؛ ضرورة معرفة النقضان والزيادة قبل القسمة، كما هو واضح.

[٤] للأصل؛ ولأنه بالحجر على المفلس سقط اعتباره وكان كوكيله، والغرماء إنما لهم حق الاستيفاء من القيمة.

[٥] هذا، ولكن عن جامع المقاصد: «هذا الحكم ينبغي أن يكون على طريق الوجوب فإن الحق في ذلك للمفلس فإنه ماله والغرماء؛ لأنهم استحققوا صرفه إليهم بدينهم»^(٦). وتبعه في المسالك^(٧).

وفيه ما عرفت، خصوصاً بعد ما حكي عن جامع المقاصد من أنه يفوّض إليهم التعيين، فإن كان مرضياً أي ثقة أمضاه الحاكم، وإلا رده وعين غيره^(٨)، وهو في الحقيقة غير خارج عن تعيين الحاكم، بل عنه أيضاً والتذكرة التصريح بأن المقام ليس كالراهن والمرتحن إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن جاز؛ إذ لا نظر للحاكم معهما هناك، بخلاف ما هنا فإن للحاكم نظراً في مال المفلس؛ إذ الحجر بحكمه، وربما ظهر غريم فيتعلق حقه^(٩).

(١) القواعد ٢: ١٤٦. المبسوط ٢: ٢٧٠. التحرير ٢: ٥٢٣. (٢) الإرشاد ١: ٤٠٠. التذكرة ١٤: ٤٨.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٢٤٦. (٤) المسالك ٤: ١٢١.

(٥) الإرشاد ١: ٤٠٠. جامع المقاصد ٥: ٢٤٦. (٦) (٨) جامع المقاصد ٥: ٢٤٧.

(٧) المسالك ٤: ١٢١-١٢٢. (٩) جامع المقاصد ٥: ٢٤٧. التذكرة ١٤: ٤٨-٤٩.

هذا كله إذا كان مختاراً كل منهم متطوعاً أو بأجرة متحدة، وإلا قدم المتبرع وقليل الأجرة مع صلاحيته لذلك .
ولكن الإنصاف مع ذلك كله عدم خلو الجزم بعدم اعتبار مالك المال ، والغرماء الذين تعلق حقهم به بالحجر
من إشكال ، خصوصاً مع أصالة عدم تسلط غير المالك وذي الحق على المال . بل قد يقال باعتبار تقدم اختيار
المفلس مع عدم الضرر على الغرماء [١] ، بل لا يعتبر رضاهم بعد تعيينه ، كما هو واضح ، فتأمل جيداً [٢] .
(و) كيف كان فـ (إذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولا بذلت الأجرة من بيت المال) المعد للمصالح التي هذه
من جملتها ؛ لعدم سعته لذلك أو لأهمية صرفه في غيره ولا من تبرع بها (وجب أخذها من مال المفلس ؛ لأن البيع
واجب عليه) بل الأقوى عدم وجوب أخذها من بيت المال [٣] .

[١] لأنه المالك ، وحقهم إنما تعلق من حيث الاستيفاء لا غيره .
[٢] ومن ذلك يعلم ما في المحكي عن المبسوط من أنهم «إن اختلفوا فاختار المفلس رجلاً والغرماء آخر ، نظر
الحاكم ، فإن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة [أ] مضى الثقة وإن كانا ثقتين إلا أن أحدهما بغير أجرة أمضاه ، وإن
كانوا جميعاً بأجرة قبل أو ثقتهم وأصلحهما للبيع»^(١) . وعن التذكرة أنه زاد : «وإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى
الآخر ؛ لأنه أحوط»^(٢) . وفي جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك ، قال : «ومن هنا يعلم أن عبارة القواعد - التي هي
كعبارة الكتاب - تحتاج إلى تنقيح»^(٣) .

قلت : الأمر في ذلك سهل ؛ ضرورة معلومية تتبع الحاكم التراجع التي لا يسع للفقيه حصرها ، وإنما المهم تنقيح ما قدمناه ،
فتأمل جيداً ، والله أعلم .

[٣] بل أطلق في القواعد كون الأجرة عليه^(٤) ، كما أنه أطلق تقدم أجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق
بمصلحة الحجر على سائر الديون^(٥) ، اللهم إلا أن يريد ما في محكي التذكرة من أن «مؤنة الأموال كأجرة الوزان
والناقد والكيال والحمال والماندي وأجرة البيت الذي فيه المتاع مقدّمة على ديون الغرماء ؛ لأنها لمصلحة الحجر وإيصال
أرباب الحقوق حقهم ولو لم تقدم لم يرغب أحد في تلك الأعمال وحصل الضرر للمفلس والغرماء . هذا كله إذا لم يوجد متطوع
بذلك ، ولا في بيت المال سعة له ، فإن وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس إليها»^(٦) ، ومقتضاه عدم
جواز أخذها من مال المفلس مع وجود بيت المال ، مع أن ذلك لضرورة وفاء دينه ، فكيف لا يجوز صرفه من ماله ؟ فلا ريب في أن
الأقوى الجواز ، بل الأحوط عدم الأخذ من بيت المال ، إلا أن يعطى للمفلس من حيث فقره ، بل ينبغي وفاء دينه عنه ، بل قد سمعت
خبر محمّد بن سليمان^(٧) ، وقد تقدم في آخر باب القرض ما يدل من النصوص على وجوب ذلك على الإمام ، وأنه لم يقضه عنه كان
عليه وزره ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ ﴾^(٨) إلى آخره ، فلاحظ وتأمل ، لكن ذلك غير ما نحن فيه ، إنما الكلام في إعطائه
هذه المؤن من بيت المال وإن لم تحتسب على المديون ، وهو لا يخلو من إشكال ، والله أعلم .

(٢) التذكرة ١٤ : ٤٩ .

(١) المبسوط ٢ : ٢٦٩ .

(٤) (٥) القواعد ٢ : ١٤٦ ، ١٤٥ .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ٢٤٧ .

(٧) الوسائل ١٨ : ٣٣٦ ، ب ٩ من الدين والقرض ، ح ٣ .

(٦) التذكرة ١٤ : ٣٤ - ٣٥ .

(٨) التوبة : ٦٠ .

(ولا يجوز تسليم مال المفلس) لمن اشتراه (إلا مع قبض الثمن) منه سابقاً [١].

بل لو رضي المفلس والغرماء أمكن للحاكم المنع في وجه [٢]، وإن كان الأوجه خلافه [٣].

(و) على كل حال فـ (إن تعاسرا تقابضاً معاً) كما في كل بائع ومشتري، ولا وجه لجبر المشتري على

التسليم سابقاً [٤].

ولا يبيع إلا بثمن المثل فصاعداً إن أمكن حالاً.

بل (قد يقال) [٥] بأنه لا يبيع إلا بنقد البلد [٦]. قلت: هو كذلك إذا لم يتفق المفلس والغرماء على البيع

بغير نقد البلد، وإلا أتجه الجواز، وخصوصاً إذا كان أعود لهم وموافقاً لجنس الدين.

بل قد يقال: بجواز البيع بدون ثمن المثل مع رضاهم [٧].

ولو لم يوجد باذل لثمن المثل لم يجز تأخير طلباً لمصلحة المفلس مع عدم رضا الغرماء.

ولعل المراد بثمن المثل [٨] ما يبذل في مقابلته في ذلك المكان والزمان. نعم [٩] لو كان بقرب بلد ملك

المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس أنفذ الحاكم إليهم ليتوفر الثمن على المفلس [١٠]، [بل وفي

غير العقار ولا بأس به].

ولو كانت المصلحة للمفلس في البيع بغير نقد البلد لم يجب إليه إذا كان مخالفاً لجنس حق الغرماء، بل بيع

بالنقد وإن خالف حقهم ثم يصرف إليه إذا لم يرضوا به عوضاً عن حقهم [١١].

[١] لمنافاته الاحتياط اللازم مراعاته في المقام.

[٢] لأن له نظراً في المال، ولجواز ظهور غريم.

[٣] لأصالة عدم غريم آخر.

[٤] خلافاً لما عن المبسوط في أول كلامه^(١).

[٥] [كما] صرح الفاضل^(٢).

[٦] لأنه أوفر، ولأن التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف.

[٧] لأصالة عدم غريم آخر.

[٨] [الوارد] في كلام الأصحاب.

[٩] [كما] في محكي التذكرة^(٣).

[١٠] وفي جامع المقاصد^(٤): «لا وجه لتخصيص العقار وكذا غيره». ولا بأس به.

[١١] وعن التحرير: «أنه إذا بيع بغير جنس الحق من النقد دفع إلى الغرماء بالقيمة»^(٥)، ولمعه يريد مع التراضي.

(١) المبسوط ٢: ٢٧٠.

(٢) (٣) التذكرة ١٤: ٥٠.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢٤٨.

(٥) التحرير ٢: ٥٢٤.

وكيف كان فما يقبضه الحاكم من الأثمان على التدريج ، فإن كان الغريم واحداً سلم إليه من غير تأخير ، وكذا إن أمكنت قسمته بسرعة .

وإن كان يعسر قسمته لقلته وكثرتهم جاز له التأخير ، إلا إذا امتنعوا ، فإنه يقسم عليهم حينئذ .
ولا يكلفوا حجة على انتفاء غيرهم لعسرهما بل يكتفى باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر [١] .
(ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة قيل) [٢] : (يجعل) المال (في ذمة ملي) بقرض ونحوه (احتياطاً) لحفظ المال [٣] (وإلا) يوجد ملي بجعله في ذمته (جعل) ودیعة ؛ لأنه موضع ضرورة) حينئذ [٤] .
لكن قد يقال : إن [الظاهر] [٥] وجوب مراعاة الأصلح للأمين الشرعي الذي في الحقيقة نائب عن الشارع في ذلك ، ومعلوم أن الأصلح واجب المراعاة على الشارع [٦] .

وعلى كل حال يكون ذلك هو المدار في المسألة وأفراده مختلفة لا يسع الفقيه ضبطها .
وينبغي حينئذ اعتبار الأمانة مع الملاءة ، بل لعل الأولى أخذ الرهن مع التمكن منه ، وربما أغنى هو عن الملاءة ، بل والأمانة ولا يؤجل القرض بعقد بيع ونحوه ؛ لأن الديون حالة .
للهم إلا أن لا يوجد مقترض بدونه وكان هو مع الأجل أرجح من الوديعة فإن المتجه القرض .
وبالجملة المدار في المسألة بالنسبة إلى التطلب على عدم المفسدة ، ولا يجب عليه تطلب المصلحة فضلاً عن الأصلح .

نعم لو وجدا اعتبر مراعاتهما ، بل لا يجوز له ترك الأصلح حينئذ ، بناءً على ما عرفت ، فتأمل .

[١] وتكليف الورثة الحجة على انتفاء غيرهم باعتبار كونهم أضبط من الغرماء لا يستلزمه هنا ، والله أعلم .

[٢] والقاتل الشيخ في المحكي عن مبسوطه والفاضل في قواعد^(١) .

[٣] إذ هو أولى من الإبداع المحتمل للتلف بلا ضمان .

[٤] وظاهرهما وجوب الأول مع التمكن عنه وإن لم يكن في غيره مفسدة .

ونوقش في ذلك بأن فرض الحاكم - في الأموال التي يليها - الاستيداع كما في أموال اليتامي وغيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس ، والفرق بأن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له من شراء تجارة أو عقار ونحوهما ، وقرضه قد ينافي ذلك ، بخلاف مال المفلس المعد للغرماء خاصة ، كما ترى ، ولعله لذا نسب المصنف إلى القليل مشعراً بتمريضه ، بل في التذكرة القطع بجواز الإبداع مع التمكن من القرض وإن كان هو أولى ، واستحسنه في المسالك^(٢) .

[٥] [إذ هو] الموافق لما تقدم من المسالك وغيرها .

[٦] لفتح ترجيح المرجوح بالنسبة إليه ، ولعل ذلك هو مبنى ما تقدم سابقاً وإن كان هو متخلفاً في بعض أفراده ؛ ضرورة الفرق بين مراعاة الأصلح من الأفراد الموجودة وبين تطلب الفرد الأصلح وإن لم يعلم بوجوده ، فإنه يمكن منع وجوب الثاني بخلاف الأول ، بل قد يمنع وجوب تطلب ذي المصلحة فضلاً عن الأصلح .

وينبغي أيضاً اعتبار العدالة في الودعي [١]. [وقيل : ينبغي ارتضاء الغرماء والمفلس].

ولا ريب في أنه ينبغي مراعاته أيضاً، فيودع حينئذٍ ممن يرتضيه الثلاثة . وقد عرفت المدار في أصل المسألة . نعم قد يقال بعدم اعتبار الحاكم في المقام إذا قطع بانتفاء غريم آخر ؛ ضرورة انحصار الحق حينئذٍ في المفلس والغرماء ، بل ومع احتماله أيضاً [٢].

أما لو كان بعض الغرماء غائباً أو ناقصاً اعتبر الحاكم حينئذٍ وتكليفه حينئذٍ في الحفظ ما عرفت ، والله أعلم .
(ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها) [٣].

[١] بل في المسالك : « ومراعاة من يرتضيه الغرماء والمفلس ومع الاختلاف يعين الحاكم »^(١)، لكن اقتصر في التذكرة على الغرماء ، فقال : « وينبغي أن يودع ممن يرتضيه الغرماء ، فإن اختلفوا وعينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم وعين من أراد من الثقات ، ولا يودع من ليس بعدل »^(٢).

[٢] لأصالة عدمه .

[٣] إجماعاً محكياً عن المبسوط وفي الغنية والتذكرة^(٣) :

١ - لقول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي أو صحيحه : « لا تباع الدار ولا الجارية في الدين ؛ لأنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخدام يخدمه »^(٤).

٢ - وفي صحيح ذريح المحاربي : « لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين » ، وهو الذي ذكره ابن أبي عمير على ما رواه إبراهيم بن هاشم قال : إن محمد بن أبي عمير كان رجلاً بزّاراً فذهب ماله واقتقر وكان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع داراً له كان يسكنها بعشرة آلاف درهم وحمل المال إلى بابه فخرج إليه محمد بن أبي عمير فقال : ما هذا فقال ؟ هذا مالك الذي عليّ قال : ورتنه ؟ قال : لا ، قال : وهب لك ؟ قال : لا ، قال : فهل هو ثمن ضيعة بعثها ؟ قال : لا ، قال : فما هو ؟ قال : بعث داري التي أسكنها لأقضي ديني ، فقال محمد بن أبي عمير : حدّثني ذريح المحاربي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين » ارفعها لا حاجة لي فيها ، والله إني محتاج في وقتي هذا إلى درهم واحد ، وما يدخل ملكي منها درهم^(٥) ، وكان ذلك من ابن أبي عمير لكمال ورعه وعلوّ همته ، وألا فليس مراد الصادق عليه السلام عدم بيع المالك برضاه واختياره لوفاء دينه ؛ إذ لا ريب في جوازه ، بل لا أجد خلافاً فيه . ويمكن دعوى الإجماع أو الضرورة على خلافه ، بل المراد أنه لا يلزم بيعها ويجبر عليه ؛ إذ لا يجب عليه شرعاً الوفاء بها . نعم قد يفهم من خبر عثمان بن زياد أنه لا ينبغي لذي الدين أن يكون سبباً لبيع المديون داره ولو برضاه أو يرضى له بذلك ، قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن لي على رجل ديناً وقد أراد أن يبيع داره فيقضي ؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام : « أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه »^(٦).

(١) المسالك ٤ : ١٢٣ .

(٢) التذكرة ١٤ : ٥٢ .

(٣) المبسوط ٢ : ٢٧٦ . الغنية : ٢٤٩ . التذكرة ١٣ : ١٤ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٣٣٩ - ٣٤٠ ، ب ١١ من الدين والقرض ، ح ١ ، وفيه : « وذلك أنه ، بدل ، لأنه » .

(٥) المصدر السابق : ٣٤١ - ٣٤٢ ، ح ٥ ، مع اختلاف .

(٦) الوسائل ١٨ : ٣٤٠ - ٣٤١ ، ب ١١ من الدين والقرض ، ح ٣ ، مع اختلاف .

وعلى كل حال فلا تباع الدار في الدين [١].

وقد يلحق بالدار بيوت الأعراب وبالجارية خدمة الأحرار إذا كان من أهل ذلك، فيعزل من ماله حينئذٍ مقدار إيجاراتهم، وستعرف في آخر المبحث أن مدار ذلك كله العسر والحرَج الشاملان لذلك وغيره مما يضطر إليه لمعايشه أو رفع النقص عنه.

وكيف كان فلو فرض كون الدار زائدة عما يحتاجه سكن ما احتاجه (وبيع منها ما يفضل عن حاجته) لو فاء دينه الواجب عليه [٢].

وكذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى بثمنها داراً يسكنها ويقضي أيضاً بالثمن دينه [٣].

و[المختار] [٤] أنه لو فرض زيادة قيمتها عليه وجب بيعها وشراء اللائقة بحاله وأخذ الزائد [٥].

[١] لكن في خبر سلمة بن كهيل: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: «أنظر إلى أهل المعك والمطل ودفع حقوق الناس من أهل القدرة واليسار مَن يدي بأموال المسلمين إلى الحكام فخذ للناس بحقوقهم بيع فيه العقار والديار، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين، ومن لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه» ^(١).

وينبغي حمله على المؤسر المماطل، أو على الزائد عن قدر الحاجة، أو على التقية، أو غير ذلك.

[٢] كما صرح به الفاضل في القواعد وثاني الشهيدين ويحيى بن سعيد في المحكي عن جامعهم ^(٢) وغيره، بل لا أجد فيه خلافاً، وبرشد إليه التعليل في صحيح الحلبي المتقدم ^(٣)، وقال الصدوق: «كان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه يروي: إن كانت الدار واسعة يكفي صاحبها بعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه ويقضي ببقيتها دينه» ^(٤).

[٣] وفي موقوف مسعدة بن صدقة: سمعت جعفر بن محمد عليه السلام وسئل عن رجل عليه دين وله نصيب في دار وهي تغل غلة قريباً بلغت غلتها قوته وربما لم تبلغ حتى يستدين فإن هو باع الدار وقضى دينه بقي لا دار له، فقال: «إن كان في داره ما يقضي به دينه وبفضل منها ما يكفيه وعياله فليبع الدار، وإلا فلا» ^(٥).

كل ذلك مضافاً إلى أصالة لزوم الوفاء مع التمكن، الذي يجب الاقتصار في الخروج منه على المتيقن، وهو غير ذلك، بل هو المنساق من دليل الاستثناء.

[٤] [كما] منه وبعض ما تقدم يعلم [ذلك].

[٥] لكن عن التذكرة المنع من بيعها، وكذا الخادم وشراء أدون منهما ^(٦)؛ للأصل المقطوع بما سمعت والنهي عن بيعهما. وفيه ما لا يخفى، بعد ما عرفت، مع أن الذي وجدته فيها في باب الدين أنه لا يكلف بيع داره وشراء أدون إذا كانت داره بقدر كفايته، وكذا لا يكلف بيع خادمه وشراء أدون، ولا بيع فرسه وشراء أدون؛ للأصل، وعموم النهي عن بيع هذه الأشياء، وهو غير صريح في الخلاف، فتأمل.

(١) المصدر السابق: ٣٤٣، ح ٩، مع اختلاف. (٢) القواعد ٢: ١٤٦. المسالك ٤: ١٢٣. الجامع للشرائع: ٢٨٤.

(٣) تقدم في ص ٢٧٦.

(٤) الفقيه ٣: ١٩٠، ذيل الحديث ٣٧١٥. الوسائل ١٨: ٣٤٢، ب ١١ من الدين والقرض، ح ٦.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٤٢، ب ١١ من الدين والقرض، ح ٧. (٦) التذكرة ١٣: ١٧.

ولو كان له دور متعدّدة وفرض احتياجه إلى سكنائها لم يبع شيء منها [١].
 (وكذا) البحث في (أتمته التي تخدمه) المحتاج إليها [٢] (والخادم).
 بل المتعدّد كالمُتَّحِد مع الحاجة نحو ما سمعته في المسكن.
 نعم قد يتوقّف في عدم جواز بيع ذلك إذا كانت الحاجة من حيث الشرف، لا من حيث الاضطراب حتى
 بالنسبة إلى الدار الواحدة والخادم الواحد [٣].
 بل [الظاهر] [٤] بيع داره المملوكة لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكنائها، وكذا الخادم [٥].
 لكن قد يقال: إنّ ما احتاج إليه من حيث الشرف أشقّ على النفوس من الضروريات والمدار في المسألة، كما
 سمعته على العسر والحرّج، فتأمل جيّداً [٦].
 وكذا يستثنى الكفن من الدين [٧].

[١] كما صرّح به ثاني الشهيدين^(١)؛ للتعليل السابق، وإرادة الجنس من الدار.
 [٢] ١ - الذي حكى الإجماع عن المبسوط، وفي الغنية وظاهر التذكرة على عدم بيعها في الدين^(٢).
 ٢ - مضافاً إلى صحيح الحلبي المتقدّم^(٣) المحمول لفظ «الجارية» فيه على المثال للخادم ولو عبداً.
 [٣] لأصالة لزوم وفاء الدين، وظهور التعليل في أنّ المدار على الاضطراب.
 [٤] [كما] منه [= ممّا تقدّم] قد ينقدح [ذلك].
 [٥] وفي المسالك سابقاً: أنّه «لو كانت له أمّ ولد تحصل خدمته بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكته لصدق
 المملوكة وإن تشبّثت بالحرية فيباع ما سواها مع احتمال عدمه»^(٤).
 وفيه نوع إيماء إلى ما ذكرنا.
 [٦] وكيف كان فقد ظهر لك ممّا قدّمنا ضعف المحكي عن ابن الجنيّد من جواز الإلزام ببيع الدار والخادم في الدين وإن كان الأوّل
 تركه.

قال: «ويستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا يحوجه إلى بيع مسكنه وخادمه الذي لا يجد غناء
 عنهما ولا ثوبه الذي يتجمل به، وأن ينظره إلى أن ينتهي خبره إلى من في يده الصدقات إن كان من أهلها، أو الخمس
 إن كان من أهله، فإن لم يفعل ذلك وثبت دينه عند الحاكم وطالب الحاكم ببيع ذلك، فلا بأس أن يجعل ذلك الملك
 رهناً في يد غريمه، فإن أبى إلا استيفاء حقّه أمره الحاكم بالبيع وتوفية أهل الدين حقوقهم، فإن امتنع حبسه إلى أن
 يفعل ذلك، فإن دافع باع عليه الحاكم»^(٥).

إذ هو كما ترى اجتهد في مقابلة النصّ والفتوى، بل الإجماع، كما عرفت، وخبر سلمة بن كهيل المتقدّم^(٦) محمول على

(٢) المبسوط ٢: ٢٧٦. الغنية: ٢٤٩. التذكرة ١٣: ١٦.

(٤) المسالك ٤: ١١٨.

(٦) تقدّم في ص ٢٧٧.

(١) المسالك ٤: ١٢٣.

(٣) تقدّم في ص ٢٧٦.

(٥) نقله في المختلف ٥: ٤٥١-٤٥٢.

ما سمعت . هذا ولم نعر فيه ما وصل إلينا من النصوص على استثناء غير الدار والجارية والكفن .
 لكن في الغنية : « ولا دابته التي يجاهد عليها بدليل إجماع الطائفة »^(١) ، وفي المسالك : بعد ذكر الدار
 والجارية اللاتين بحاله ، قال : « وفي حكمها دابة ركوبه ، ولو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد »^(٢) ، وكذا
 الروضة^(٣) ، وفي الإرشاد : « ولا فرس ركوبه إذا كان من أهلها »^(٤) ، ونحوه التذكرة من دون شرط ، وكذا جامع
 المقاصد^(٥) .

قلت : لعل المدار في ذلك وغيره مما تسمعه من ثياب التجمل ونحوها عدم الحرج في الدين وإرادة الله بنا اليسر دون العسر ،
 ونحو ذلك مما دل على هذا الأصل ، وربما كان في دين التذكرة إشارة إليه^(٦) ، فلاحظ وتأمل .
 ولعل في قوله : ﴿ وَإِنْ كَانَ دُوْ عَسْرَةٍ فَنَنْظِرُهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾^(٧) نوع إيماء إليه كالتعليل في صحيح الحلبي^(٨) ؛ ضرورة
 حصول العسر والحرج والمشقة التي لا تتحمل في بيع الضروريات ولو بحسب الشرف الذي يكون في عدمه نقص وإذلال لا ترضى به
 الأنفس العزیزة ، بل ربما كان عليها أشد مراعاة من الضروريات للمعاش ، بل قد يهون عليهم في مقابلة إزهاقها ، ومن هنا أسقط
 الشارع التكاليف له في باب الوضوء والغسل واستطاعة الحج وغير ذلك .

ودعوى أن ذلك لا يتم في حقوق المخلوقين كما عن بعض الشافعية^(٩) واضحة المنع ؛ ضرورة إطلاق الأدلة ، كدعوى أنه
 مشترك بينه وبين صاحب المال ؛ إذ فيه أنه لا عسر ولا حرج في الانتظار ولو فرض حصوله في خصوص شخص لم يكن معتبراً ؛ لأن
 المدار على المشقة على الصنف لا الشخص ، كما حقق في محله . كل ذلك مع أنه يمكن دعوى صدق ذي العسرة على من لم يجد غير
 ذلك ، وأنها لا يتحقق صدق الميسرة بها ؛ لأن المراد بذي العسرة الشدة والضيق عليه لو أراد الوفاء وعكسه الميسرة ، ولا ريب في
 تحقق الشدة والضيق عليه لو كلف ببيع ضرورياته ، ولعله لذا استدلل بها الفاضل في المختلف على استثناء الدار
 والجارية^(١٠) ، وحكي عن الأردبيلي أنهم قد يستثنون بعض الأمور المحتاج إليها مثل الكتب العلمية لأهلها^(١١) . لكن
 في التذكرة : « ولا يترك له الفرش والبسط ، بل يسامح باللبد والحصر القليل القيمة »^(١٢) . ويمكن منعه عليه ، بناءً على
 الأصل الذي قد ذكرنا ، على ما يظهر من بعضهم من الاقتصار على بعض الضروريات .

اللهم ! لأن يريد المثال ، بل ستمتع ما في موضع آخر من التذكرة من شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج
 إليه المفلس في ضروريات معاشه^(١٣) .

(١) الغنية : ٢٤٩ .

(٢) المسالك ٤ : ١٢٣ .

(٣) الروضة ٤ : ٤٣ .

(٤) الإرشاد ١ : ٤٠٠ .

(٦) التذكرة ١٣ : ١٦ - ١٧ .

(٨) تقدم في ص ٢٧٦ .

(١٠) المختلف ٥ : ٤٥١ - ٤٥٢ .

(١٢) التذكرة ١٤ : ٥٨ .

(٥) التذكرة ١٤ : ٥٧ . جامع المقاصد ٥ : ٢٤٩ .

(٧) البقرة : ٢٨٠ .

(٩) الحاوي الكبير ٦ : ٣٢٨ .

(١١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١١٥ .

(١٣) التذكرة ١٤ : ١٧٨ .

وبالجملة فالمدار في المسألة على ما ذكرنا. نعم قد يشك في تحقق العسر بالنسبة إلى بعض الأمور فتباع حينئذ في الدين [١].

(ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد) إذا لم يكن ذلك بخيار ونحوه [٢].

(ولو التمس من المشتري الفسخ لم يجب عليه الإجابة) [٣].

(لكن يستحب) [الفسخ] قطعاً في كل طالب للإقالة فضلاً عن المقام، ولو كان البيع بخيار فسخ [٤].

(وهل يجب الفسخ وإن كان قد بيع بضمن المثل مع الخيار؟).

قلت: ينبغي الجزم بذلك مراعاة للأصلح مع تسره.

وفرق واضح بينه وبين ما إذا لم يكن خيار وإن بذل المشتري الإقالة؛ لعدم حق للمفلس ينبغي مراعاته، فلا

يجب على الحاكم الإجابة لو بذلها المشتري فضلاً عن وجوب الالتماس عليه وإن علم إجابة المشتري له.

نعم يستحب للحاكم الفسخ مع رضا المشتري [٥].

[١] لأصالة وجوب وفائه حينئذ، فتأمل جيداً، هذا.

وفي المسالك: «لا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا»^(١).

قلت: قد استشكل فيه الفاضل في المحكي عن تحريره والشهيد في الحواشي^(٢) لتعارض العمومين، بل قد يقال بظهور نصوص المقام في غير الفرض، فيكون دليل الفسخ بلا معارض، بل لعل مثله ليس بيعاً في الدين، لكن قد يشعر قوله في المسالك عندنا بالإجماع.

وربما ظهر ذلك أيضاً من التذكرة حيث لم يحك الخلاف فيه إلا عن أحمد؛ لقوله: «من أدرك متاعه... إلى آخره»^(٣). وأجاب عنه بأنه ليس على إطلاقه؛ لأنه مشروط إجماعاً بشرائط تخرجه عن الاحتجاج به في صورة النزاع؛ لأن شرط الأخذ: «عندنا» أن لا يكون ممّا يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه»^(٤).

[٢] بلا خلاف أجده فيه؛ للأصل السالم عن المعارض.

[٣] للأصل أيضاً.

[٤] بل في جامع المقاصد: «لا ريب في الوجوب»^(٥).

وفي المسالك: «في الوجوب نظر، أقربه ذلك، وإن كان قد بيع بضمن المثل للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع»^(٦).

[٥] كما نصّ عليه في القواعد^(٧) وغيرها.

(١) المسالك ٤: ١٢٤.

(٢) التحرير ٢: ٥٢٥. ولم نعر على الحواشي.

(٣) سنن البيهقي ٦: ٤٥. كنز العمال ٤: ٢٧٦، ح ١٠٤٧٠، وفيها: «ماله» بدل «متاعه».

(٤) التذكرة ١٤: ١٧٧-١٧٨.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٢٥٥.

(٦) القواعد ٢: ١٤٧.

(٧) المسالك ٤: ١٢٤.

بل قد يقال باستحباب التماس الحاكم للمشتري عليها [١]. (ويجري عليه نفقته) وكسوته (ونفقة من تجب عليه نفقته وكسوته ، ويتبع في ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم) [٢].

[١] بل عليه يحمل ما عن المبسوط : « إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بضمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع وانقطاع الخيار ، سئل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة ويستحق للمشتري الإجابة إلى ذلك ؛ لأن فيه مصلحة المفلس وإن لم يجبه إلى ذلك يجبر عليه ؛ لأن البيع الأول قد لزم »^(١) ، إذ احتمال ارادة وجوب السؤال مخالف للأصل بلا مقتض . ومن الغريب ما في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد عند قول الفاضل : « ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ »^(٢) ، قال : « هذا إن كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو غبن ، وإلا فلا ، نعم يستحب للمشتري الإقالة »^(٣) . ويحتمل في الأول الوجوب . وقد استشكله في باب الوكالة^(٤) خصوصاً على قول الشيخ أن المبيع لا يملك إلا بعد انقضاء الخيار^(٥) . قلت : المتحتم أيضاً وجوب الفسخ على الوكيل مع الخيار وعموم وكالته له مراعاة للمصلحة ، كما هو واضح ، ولعل الذي دعاه إلى ما ذكره ظهور قول الفاضل « استحب الفسخ » في أن له ذلك ، وإن لم يرض المشتري وليس إلا مع الخيار . وفيه : أن المراد استحباب الفسخ مع رضا المشتري بالإقالة ، كما ذكرناه سابقاً ، والله اعلم .

[٢] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، وفي محكي المبسوط : « لا خلاف في أنه يجب أن ينفق عليه وعلى من تجب عليه نفقته من أقاربه وزوجته ومماليكه من المال الذي في يده ، ولا يسقط عنه نفقة أحد منهم » . وفيه أيضاً : « يجب أن يكسَى ويكسَى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته وأقاربه إجمالاً ، وقدرها ما جرت به عادته من غير سرف ، وقد حدّ ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله وإن كان من عادته أن يتطلسّ دفع إليه طيلسان وإن كان برداً شديداً زيد في ثيابه محشوة ، وأما جنسها فإنه يرجع أيضاً فيها إلى عادة مثله مع الاقتصاد »^(٦) . وفي التذكرة : « يجب على الحاكم أن يترك له دست ثوب يليق بحاله وقميص وسراويل ومنديل ومكعب ويزيد في الشتاء جبة ويترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة يلبسها فوق القميص إن كان لبسها يليق بحاله ؛ لأن حظها عنه يزري بحاله ، وفي الطيلسان والخف نظر - إلى أن قال - . ويجوز أن يترك له نفقة يوم القسمة ، وكذا نفقة من عليه نفقته »^(٧) . إلى غير ذلك من كلماتهم وإن اقتصر بعضهم على ثياب التحمل^(٨) ، إلا أن المدرك في الجميع واحد ، وهو ما ذكرناه سابقاً . مضافاً إلى ما تسمعه مما ورد في الكفن الذي هو كسوة الميت ، فإن الحيّ أعظم حرمة منه . وإلى ما يشعر به في الجملة خبر علي بن إسماعيل عن رجل من أهل الشام : أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه وهو يخالط الناس وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب فهل يحلّ له أم لا ؟ وهل يحلّ أن يتطلع من الطعام أم لا يحلّ له إلا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه ؟ قال : « لا بأس بما أكل »^(٩) ، والنبوي : « أبداً بنفسك ثم بمن تعول »^(١٠) . وإلى ما دلّ على وجوب الإنفاق الذي يرجّح على ما دلّ على وفاء الغريم بوجوده منها فتوى الأصحاب . واختص نفقة ذلك اليوم لعدم انضباط غيره ، ولا احتمال تعلق وجوب نفقة اليوم الشامل لليل عليه بأول اليوم دون غيره من الأيام .

(١) (٦) القواعد ٢ : ١٤٧ . المبسوط ٢ : ٢٧٥ .

(١) (٥) المبسوط ٢ : ٢٧٨ ، ٨٤ .

(٢) (٨) التذكرة ١٤ : ٥٨ - ٥٩ . الارشاد ١ : ٤٠٠ . للغة : ١٢٦ .

(٣) (٤) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٣٦ .

(١٠) لم نعر عليه في الأصول ، وأرسله في التذكرة ١٤ : ٥٩ .

(٩) الوسائل ١٨ : ٣٦٩ ، ب ٢٧ من الدين والقرض ، ح ١ .

وإن قلنا بارتجاع نفقة من يموت من عيلته في اثناء النهار، بناءً على أنه يملكه المنفق عليه بشرط اجتماع الشرائط لا مطلقاً [١]. ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فـ[سقيلاً] [٢] إن الأقرب إجراء النفقة إلى يوم وصوله [٣]. وهذا [قد قيل:] [٤] إن كل ما يترك له إذا لم يوجد في ماله اشترى له وهو جيد بالنسبة إلى النفقة دون الدار والخادم والفرس ونحو ذلك مما لم يكن متخذاً لها، وإن كان محتاجاً إليها [٥].

[وإن كان له صنعة تكفيه لمؤنته، فلا تنافي وجوب الانفاق].

[وهل الاعتبار بما يليق في حال الإفلاس أو الثروة؟] قلت: إن المدار على اللائق بحاله في حد ذاته، مع قطع النظر عن حاله إفلاسه وثروته.

نعم لو كان مقتراً على نفسه لم يزد على ذلك [٦].

[١] وإن احتمله في المسالك^(١).

وعلى كل حال بذلك يفتقر عن الكسوة التي لا معنى لاعتبارها يوماً فيوماً، ومن هنا لاحظوا فيها المعتاد فيها كفاً وكيفاً وزماناً.

[٢] [كما] في القواعد^(٢) وجامع المقاصد^(٣) ومحكي الايضاح^(٤).

[٣] بل في الثاني: أن احتمال العدم ضعيف جداً إذا لم يكن دون منزله بلد آخر؛ للإضرار المؤدي إلى الهلاك أو المشقة العظيمة، قال: «ولو كان بلد دون منزله ففي الإجراء إلى وطنه المألوف إشكال»^(٥).

[٤] [كما] في التذكرة^(٦) [ذلك].

[٥] لعدم الدليل، وفيها أيضاً: أنه لو كان للمفلس صنعة تكفيه لمؤنته وما يجب عليه لعياله أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء^(٧). وكأنه مناف لإطلاق الأصحاب الذي قد عرفت أن منشأ تقديم ما دل على وجوب الإنفاق والقدرة على التكسب لا تنافيه، ولا تقتضي تقديم حق الديان على حق من وجبت نفقته عليه، فتأمل جيداً.

وفيها أيضاً: «أن الأولى الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في حال ثروته، ولو كان يلبس قبل الإفلاس أزيد مما يليق بحاله رد إلى اللائق وإن كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه في الإفلاس ويترك لعياله من الثياب ما يترك له»^(٨).

[٦] كما ذكره [في التذكرة].

(١) المسالك ٤: ١٢٤.

(٢) القواعد ٢: ١٤٦.

(٣) (٥) جامع المقاصد ٥: ٢٥٠-٢٥١.

(٤) الإيضاح ٢: ٦٩.

(٦) التذكرة ١٤: ٥٩.

(٧) المصدر السابق، ولكنه لم يتعرض للصنعة.

(٨) التذكرة ١٤: ٥٨.

(ولو مات قَدَمَ كَفَنَهُ على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه) [١].

ومثله باقي مؤن التجهيز [من السدر والكافور وماء الغسل وغيرها]، فينبغي حينئذٍ الاقتصار على الواجب منه دون المندوب، الذي قد ورد فيه أنه ليس من الكفن.

نعم لا بأس بالرجوع في جنس الواجب إلى الوسط [٢].

ثم إن [الظاهر] [٣] عدم الفرق في هذه المستثنيات بين كون الدين لطاعة أو مباح أو معصية، وبين كونه عوض غصب وسرقة وإتلاف محرم وغيرها، وبين كونه لمعين وغيره كالزكاة والكفارة والخمس والندور ونحوها.

[١] بلا خلاف أجده.

وقال زرارة: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفننه، قال: «يكفن بما ترك إلا أن يتجر عليه إنسان فيكفنه ويقضي بما ترك دينه» (١).

وخبر إسماعيل بن أبي زياد: عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: إن أول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث» (٢).

وهما الحجة، مضافاً إلى: محكي الإجماع في جامع المقاصد (٣) وإلى ما دل على التكفين من أصل المال (٤) المرجح على ما دل على وفاء الدين (٥) بما عرفت، بل ليس في الخبرين الاقتصار على الواجب، فقد يقال بتقديم الكفن المتعارف بالنسبة إلى ذلك الشخص على وفاء الدين.

خصوصاً إذا قلنا: إن المنشأ في تقديمه كونه من النفقة التي قد عرفت الرجوع فيها إلى عادة أمثاله، كما يومئ إليه إلحاق باقي مؤن تجهيزه من السدر والكافور وماء الغسل ونحو ذلك بالكفن في التقديم، بل ومؤن تجهيز كل من وجب عليه تجهيزه؛ ضرورة عدم المدرك لذلك إلا كونه من الإنفاق، الذي قد عرفت تقديمه على وفاء الدين، فالوجه في ذلك كله الرجوع إلى المتعارف وإن زاد على الواجب ما لم يقدح إجماع على خلافه.

اللهم إلا أن يقال: إننا نمنع كون المنشأ في وجوب الكفن الإنفاق، ولذا لم يجب تكفين من وجبت نفقته عليه من أقاربه، بل المنشأ الخبران وتقديم ما دل على التكفين من أصل المال على ما دل على وفاء الدين.

[٢] مع أن المحكي عن البيان الاقتصار على الأدون (٦)، واحتمله غيره (٧) أيضاً. وقد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الطهارة، فلاحظ وتأمل.

[٣] [كما هو] الظاهر من النص والفتوى.

(١) الوسائل ١٨: ٣٤٥، ب ١٣ من الدين والقرض، ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٢.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٢٥١.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٢٨، ب ٢٧ من الوصايا، ح ١، ٢.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٣٢٤، ب ٤ من الدين والقرض.

(٦) (٧) البيان: ٧٤. احتمله في مفتاح الكرامة ٥: ٣٣٣.

أما تارك الحجِّ عمدًا حتى ذهب ماله فالممتَّجِه وجوب بيعها في أدائه [١] .

[١] للمقدمة ، ولعدم شمول أدلة المقام له حتى نفي الحرج ؛ ضرورة كونه هو الذي أدخله على نفسه ، على أنه معارض بما دلَّ على وجوب حجة على كلِّ حال .

لكن عن فقه الرضا عليه السلام : « إن كان غريمك معسرًا وكان أنفق ما أخذ منك في طاعة الله فأنظره إلى ميسرة ، وهو أن يبلغ خبره الإمام عليه السلام فيقضي عنه أو يجد الرجل طولًا فيقضي دينه ، وإن كان أنفق ما أخذ [هـ] منك في معصية الله فطالبه بحقك فليس من أهل هذه الآية (١) » (٢) .

وفي خبر محمد بن سليمان عن رجل من أهل الجزيرة يكتنأ أبا نجاد ، قال : سئل الرضا عليه السلام عن رجل وأنا أسمع فقال له : جعلت فداك إن الله عزَّ وجلَّ يقول : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ (٣) أخبرني عن هذه النظرة « التي ذكر الله تعالى في كتابه لها حدٌّ يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لابتدأ من أن ينظر وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفق على عياله وليس له غلَّة فينظر إدراكها وليس له دين ينظر محلَّه ولا مال غائب ينتظر قدمه ؟

قال : « نعم فينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الإمام فيقضي ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفق في طاعة الله عزَّ وجلَّ ، وإن كان أنفق في معصية الله فلا شيء على الإمام له ، قلت : فما لهذا الرجل الذي اتتمنه وهو لا يعلم فيما أنفق في طاعة الله أم في معصيته ؟ قال : يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر » (٤) .

وعن الصدوق الفتوى بمضمونها فجوز المطالبة للمعسر إذا كان قد أنفق في معصية (٥) ، ولعلَّ الدين إذا كان معصية في نفسه كالسرقة والغصب أولى من ذلك عنده .

وربما استحسِن بعض متأخري المتأخرين الجمع بين خبر السكوني (٦) الدالَّ على تسليم المديون إلى غرمائه ليستعملوه وغيره ممَّا دلَّ على عدم بذلك أيضاً .

إلا أنَّ الجميع كما ترى ، بعد عدم ثبوت حجية الكتاب المزبور عندنا ، وضعف خبر أبي نجاد واضطراب منته بدلالة أوله على الإنفاق على العيال وذيله على أنه لم يعلم ، بل ما فيه من عدم وفاء الإمام عنه مع الجهل بحاله ، مخالف لأصالة صحَّة فعل المسلم .

كلُّ ذلك مضافاً إلى ما قيل : من أولوية الإنظار بالمنفق في المعصية من المنفق بالطاعة (٧) باعتبار عدم حلية الزكاة للأزول دون الثاني ، فلا ريب حينئذٍ في أنَّ الإطلاق المزبور الذي قلنا : إنَّه الظاهر من النصِّ والفتوى أولى .

(١) (٣) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) فقه الرضا عليه السلام : ٢٦٨ . المستدرک : ١٣ : ٤١٣ ، ب ٢٣ من الدين والقرض ، ح ٧ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٣٣٦ ، ب ٩ من الدين والقرض ، ح ٢ ، وفي المصادر : « أبا محمد ، بدل « أبا نجاد » ، و « سأل الرضا عليه السلام رجل » ، و « ينتظر » بدل « ينتظر » في المواضع الثلاثة .

(٥) المنقح : ٣٧٦ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٤١٩ ، ب ٧ من الحجر ، ح ٣ .

(٧) الدروس ٣ : ٣١٤ .

كما أن [الظاهر] [١] عدم التسامح في الزائد على المستثنيات [٢].

(مسائل ثلاث) :

[ظهور الغريم بعد التقسيم] :

(الأولى : إذا قسم الحاكم مال المفلس) على غرمائه (ثم ظهر غريم) لم يكن يعلم به وليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها (نقضها) بل هي انتقضت في نفسها (وشاركهم الغريم) [٣].
و[المختار] [٤] أنه لا فرق بعد الأمر بالقسمة التي عرفت توقّف صدقها على ما سمعت بين اشتراك عين

[١] [كما هو] الظاهر منهما [= النص والفتوى] أيضاً .

[٢] ضرورة وجوب وفاء الدين الذي يمكن دعوى استقلال العقل فيه ، فضلاً عما ورد فيه من الشرع . وربما وسوس فيه بعض متأخري المتأخرين ، مدعياً أن الظاهر من النصوص التوسعة في ذلك^(١) ، فإن عمر بن يزيد قال : قد أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه وأنا حاضر فقال له : ليس عندنا شيء ولكن يأتينا خطر وسمه فتبايع ونعطيك إن شاء الله ، فقال له الرجل : عدني ، فقال له عليه السلام : «كيف أصدقك وأنا لما لا أرجو أرجى مني لما أرجو»^(٢) وهو دالٌّ على التوسعة وعدم ما ذكره من التضييق ، فإنه يبعد كل البعد أن لا يكون له مال بالكلية سوى المستثنيات المذكورة ؛ إذ المستفاد من الأخبار أنه كان ذا ثروة وأملاك وإن تعدّر عليه النقد في ذلك الوقت . وهو من غرائب الكلام ، فإنه ليس في الخبر دلالة على مضايقة الديان له هذه المضايقة ، وإنما تقاضاه بتخيّل وجود شيء عنده فأرضاه بالكلام حتى أراد منه الوعد على ما ذكره ، فأجابه بما سمعت . نعم ربما يستفاد من خبر يزيد بن معاوية نوع سعة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن عليّ ديناً يعوزني^(٣) - وأظنه قال : ولأيتام - وأخاف إن بعت ضيعتي بقيت ومالي شيء ، فقال : « لا تبع ضيعتك ولكن أعط بعضاً وأمسك بعضاً »^(٤) . لكن يمكن أيضاً أن لا يكون مقتضى لتعجيل دينهم وأتهم محتاجون إلى الإنفاق الذي يحصل بالدفع تدريجاً ، بل ربما أذن عليه السلام له في ذلك باعتبار ولايته عليه السلام عليهم ، وكل ذلك مع عدم دلالة في الخبر على إلزام الولي له بذلك ، وأنه إنما سأل الإمام عن أصل وجود الدين عليه لهم ، وأنه يريد وفاءه وإن لم يكن ملتزماً بذلك ، بل هو الظاهر من الخبر ، والله أعلم .

[٣] كما في الإرشاد والتحرير والمسالك ومحكي المبسوط والتذكرة^(٥) ؛ لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام ؛ ضرورة أنها إخراج الحصص المشاعة إلى التعيين ، ومع فرض ظهور الغريم المشارك لهم بسبب سبق دينه على الحجر مثلاً لم تخرج حصّته من الإشاعة إلى التعيين ؛ لحصولها في كلّ حصّة دفعت إلى كلّ غريم ، فتبطل القسمة التي من مقوماتها وصول نصيب كلّ إلى صاحبه ، فلا يتحقق صدقها إلا بدفع الحصّة الأخيرة إلى صاحبها لو فرض وقوعها على التدرّج .

[٤] [إذ] من هنا ظهر لك [ذلك] .

(١) الحدائق ٢٠ : ١٩٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٢٩ ، ب ٨ من الدين والقرض ، ح ٤ .

(٣) ليس في المصدر .

(٤) الوسائل ١٨ : ٣٤٠ ، ب ١١ من الدين والقرض ، ح ٢ ، وفيه : «عن بريد المجلي» .

(٥) الإرشاد ١ : ٤٠٠ . التحرير ٢ : ٥٢٥ . المسالك ٤ : ١٢٥ . المبسوط ٢ : ٢٦٨ . التذكرة ١٤ : ٥٤ .

المال وعدمه كما في المقام [١] .

[فما يقال بعدم نقضها فيرجع كل واحد بحصته بمقتضى الحساب غير صحيح] .

[١] فإن المال وإن كان ملكاً للمفلس بل لا يتوقف تعيين نصيب كل منهم على التراضي ، إلا أنه علق الشارع فيه ديون الغرماء على الإشاعة ، على معنى استحقاق كل منهم الوفاء منه بحصة مشاعة على نسبتها إلى باقي الديون وأمر بقسمته على ذلك ، وقد عرفت توقف صدقها على ما سمعت ، بل لعلها كذلك في شركة الأموال ، فإن المال المشترك بين ثلاث لو فرض كونه نصيفين مثلاً وتراضي اثنان منهما على أن يكون نصيب كل منهما في أحد النصيفين عوضاً عن الآخر فيبقى للثالث مع كل منهما حصته المشاعة لم تصح القسمة وإن لم يكن فيها تصرفاً في مال الثالث ولا إخراجاً له عن الإشاعة ، إلا أن القسمة لا يتحقق صدقها مع بقاء الحصة المشاعة للثالث ، بل قد يشكل الصحة مع التراضي من الجميع ما لم يكن بعقد صلح مثلاً ، فأتضح من ذلك أن المانع في الجميع متحد وهو عدم صدق القسمة بدون ذلك .

فما في ظاهر القواعد - أو محتملها في المقام - من عدم انتقاضها وأنه يرجع إلى كل أحد بحصة يقتضيها الحساب ، واضح الضعف ، وإن اختاره في جامع المقاصد . محتجاً بأن « كل واحد قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله في محله ، فلا يجوز النقض ؛ لأنه يقتضي إبطال الملك السابق ، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فإنها غير مملوكة فتستعاد »^(١) . وحاصله أنه قبض نصيبه وغيره ، فهو صحيح في نصيبه باطل في غيره ؛ لوجود المقتضي في الأول ؛ إذ هو الدفع من المالك على جهة القضاء وقبض الديان له على هذا الوجه ، بخلاف الزائد فإنه ليس له دفعه وفاء فيختص المانع به . وبقاؤه مشاعاً غير قاذح ؛ لأنه مال الدافع ؛ إذ هو كما لو دفع المديون خمسة عشر إلى الديان اشتبهاً فإنه يصح الدفع والقبض في خمسة فقط وإن بقيت مشاعة في العشرة المشتركة بينهما ، وبذلك افرق المقام عن الأموال المشتركة بين ملاك متعددة . لكنك خبير بما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ، مضافاً إلى أن مقتضاها الصحة حتى في صورة الاشتباه في التوزيع بين الغرماء الحاضرين وفي صورة نسيان بعضهم ، وفي صورة العمد إلى اختصاص أحدهم بالزائد أقصاه أن الغريم يضرب بالحصة ، وأما القابض فإنه يملك مقدار نصيبه ، ولا أظن أحداً يلتزمه ، فإنه لا يتصور القسمة الأمور بها في بعض أفرادها ، كما لو خص أحدهم بجميع المال أو خرج حصة أحدهم مستحقة للغير ولم يكن للمفلس إلا غريمان . ودعوى أن المراد بالقسمة في المقام أمر لا ينافيه شيء من ذلك لا شاهد له ، بل الشاهد بخلافه متحقق ؛ ضرورة ظهور النصوص والفتاوى بصحة الدفع والقبض إذا كان جامعاً لوصف القسمة ، فلا يترتب عليه ملك بدونه ، كما هو واضح . هذا . وعن فخر المحققين : « أن مبنى المقام على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالهرن أو الجنانية برقبة العبد ؟ فعلى الأول يكون قضاء ويرجع بحصة يقتضيها الحساب ؛ لأنه يكون بمنزلة صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه ، وعلى الثاني تبطل ؛ لأنها تكون قسمة الكل المشترك حقيقة بين بعض المستحقين »^(٢) . وهو كما ترى ، خصوصاً الشق الثاني ؛ إذ لا يلزم من كون تعلقه بها تعلقاً كتملأ أرش الجنانية ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية ؛ لأن المجني عليه لا يملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرد الجنانية وإن استحق ذلك مطلقاً أو في صورة العمد ، وأما الشق الأول ففيه ما لا يخفى أيضاً ، بناءً على ما ذكرنا .

ثم إنّه لا يخفى ثمره القولين بأدنى تدبّر في كون النماء للمفلس على النقض فيحسب حينئذٍ له من ديونه لظهور بطلان القسمة من الأصل لا حين ظهور الغريم، وللغرماء على تقدير عدم النقض عدا نماء الحصّة الباقية للغريم فإنّه يكون حينئذٍ للمفلس فيقسّم بين غرمائه ولا يختصّ به صاحب الحصّة؛ لعدم ملكه إيّاها قبل القبض كما هو واضح [١].

ومنها تحقّق الزكاة على القابض إذا بلغ نصيبه النصاب على عدم النقض ولا زكاة على النقض، ومنها مضي التصرف فيه على عدم النقض وعدمه على الآخر إلى غير ذلك ممّا هو واضح بأدنى تأمل.

ولو كان قد تلف المال في يد الغرماء فالظاهر احتسابه عليهم على كلّ حال [٢].

هذا كلّّه في ظهور الغريم المطالب بدين.

أمّا إذا كان غريم له عين قائمة في أموال المفلس [٣].

[١] لكن في القواعد بعد أن ذكر عدم النقض أوّلاً ثم احتمل النقض قال: «ففي الشركة في النماء المتجدّد إشكال»^(١).

ولعلّه للإشكال في أصل المسألة.

وما عن الإيضاح من «أنّه تفريع على النقض وعدمه، فإن قلنا بالنقض شارك، وإلا فلا، ومنشأ الإشكال [أنّه] هل هو رفع القسمة من أصلها أم فسخ متجدّد؟»^(٢)

وهو كما ترى، وكذا احتمال أنّه تفريع على النقض.

وإن قيل: إنّه المبادر من العبارة^(٣)، إلّا أنّه واضح الفساد.

[٢] أمّا على عدم النقض فواضح، وأمّا على النقض فلاّنه قبضوه استيفاءً والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه، ولعموم «على اليد»^(٤).

[٣] ففي المسالك: «إمّا أن يجدها مع بعض الغرماء أو مع غيرهم بأن يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله أو يجدها بأيدي الغرماء بالسوية وفيما عدا الصورة الأخيرة لا يتوجّه إلّا نقض القسمة؛ لأنّ العين إذا انتزعت من أحدهم بقي بغير حق، وفي الأخيرة الخلاف السابق»^(٥).

قلت: مبني هذا الكلام على عدم بطلان الخيار بالبيع أو بالدفع إلى أحد الغرماء، وهو أحد الاحتمالين أو الثلاثة أو الأربعة في المسألة، كما أوضحناه في محلّه.

وعلى تقديره فظاهره انحصار الخلاف في الصورة المتأخّرة، مع أنّه يمكن جريانه في الصورة الأولى، بناءً على ما سمعته من جامع المقاصد ممّا لا فرق فيه بين ظهور الغريم وحضوره، وكذا الثانية إذا فرض اختصاص أحد الغرماء بالثمن أمّا لو فرض توزيعه.

(٢) الإيضاح ٢: ٧٠.

(١) القواعد ٢: ١٤٦.

(٤) المستدرک ١٧: ٨٨، ب ١ من النصب، ح ٤.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٢٥٣.

(٥) المسالك ٤: ١٢٥.

فالمتمجه [فيما لو وجد العين مع بعض الغرماء أو مع غيرهم بأن يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله] عدم نقض القسمة؛ لعدم رجوع أحد الغرماء على الآخر بحصة مشاعة، وإنما يرجع عليهم صاحب الثمن على حسب حصصهم وهو لا يقتضي بطلان القسمة.

وكذا الصورة الثالثة التي هي فرض تسوية الغرماء في العين [بأن وجدها في أيدي الغرماء بالسوية] فإنه مع انتزاعها منهم أجمع لم يرجع أحدهم على الآخر بشيء.

نعم لو جعل مبنى النقض في ذلك أن صاحب العين من جملة الغرماء وقد وقعت القسمة قبل حضوره فهو يستحق حصة مشاعة يختار بينها وبين انتزاع العين.

فالنقض حينئذٍ لذلك، بناءً على أن النقض بمثله ولو على جهة التخيير كان أولى، لكن عليه ينبغي أن لا يتفاوت الحال في الصور الثلاثة.

بل ينتج النقض حينئذٍ لو وجد العين على ملك المفلس وقد قسم ما عداها فانتزعا [١].

[ولا يحتاج نقض القسمة فيما لو ظهر غريم بعدها إلى حكم الحاكم، بل هي منتقضة بنفسها].

ولو خرج المبيع مثلاً من مال المفلس ظاهراً مستحقاً للغير، فإن كان الثمن موجوداً لم يدفع بعد إلى الغرماء رجع به صاحبه.

وإن كان قد تلف في يد المفلس أو وليه كان ضامناً له فيضرب صاحبه مع الغرماء إن كان قد ألتفه المفلس، بناءً على ضرب مثله وإن كان بعد الحجر، كما تقدم سابقاً.

اللهم إلا أن يفرق بينهما بأن مانح فيه قد وقع باختيار من المالك ورضاً منه وإن كان على جهة الضمان فلا يضرب به، بخلاف السابق المفروض إلتاف المفلس قهراً على مالكه بسرقة أو غصب أو خطأ ونحوها [٢].

[١] هذا، وربما توهم من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما احتياج نقض القسمة إلى حكم الحاكم بذلك.

وهو واضح الفساد، كما نص عليه في جامع المقاصد^(١)، وإنما أسند النقض إليه باعتبار فرض كونه القاسم، وإلا فهي منتقضة بنفسها، بناءً على النقض، كما هو ظاهر.

[٢] لكن خيرة الفاضل والمحكي عن الشيخ وفخر المحققين أنه يقدم على الغرماء ولو كان التلف بأفة سماوية بعد أن احتمل الضرب معهم، واستجوده في جامع المقاصد^(٢)، معللين له بأنه من مصالح الحجر؛ لئلا يرغب عن شراء مال المفلس.

وهو كما ترى لا يصلح مثله أن يكون مدركاً لذلك، وإنما وقع من بعض العامة^(٣)، بناءً منهم على حجية الاستحسان والمصالح المرسلة.

(١) جامع المقاصد ٥: ٢٥٤.

(٢) القواعد ٢: ١٤٦-١٤٧. المبسوط ٢: ٢٧٦. الخلاف ٣: ٢٧٤. الإيضاح ٢: ٧١. جامع المقاصد ٥: ٢٥٥.

(٣) المزيب في شرح الوجيز ٥: ٢١.

وكذا لو تلف في يد الغرماء واختار هو الرجوع على المفلس [١].

وعلى ما ذكرنا يتجه البقاء في دمة المفلس [ولا يضرب مع الغرماء].

أما لو رجع عليهم أتجه تغريم كل منهم مقدار ما قبض من ماله، ولا يرجع به على المفلس؛ لأنه قبض مضمون عليهم، وإنما لهم الرجوع بدينهم؛ لأنه باق.

وإن رجع على المفلس رجع هو على الغرماء؛ لأن قرار الضمان على من تلف في يده المال، والله أعلم.

[لو فليس وكان عليه ديون حالة ومؤجلة بعد قصور ما عنده عن الحالة]:

المسألة (الثانية: إذا كان عليه ديون حالة و) ديون (مؤجلة) وقد فليس لقصور ما عنده عن الحالة (قسمت^(١))

أمواله على الحالة خاصة) ولا يدخر منها شيء للمؤجلة [٢].

نعم لو حلت قبل قسمة الكل فـ [ثقل]: [٣] شاركت. بل [قيل]: [٤] إنه لو حل بعد قسمة البعض شارك

في الباقي وضرب بجميع المال وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم [٥].

وعلى كل حال فالظاهر عدم الفرق في حلول المؤجل بين انتهاء المدة وبين إسقاطه بالصلح على الأنقص منه

مثلاً مع المفلس الذي لا يمنع من مثل هذا الصلح؛ لعدم كونه تصرفاً في المال الذي تعلق به حق الغرماء.

وإن كان بعد الصلح يشاركونه صاحبه؛ لصدق حلول المؤجل قبل القسمة [٦].

[١] فيقدم عليهم عند الفاضل، واحتمل الضرب^(٢).

[٢] بلا خلاف ولا إشكال؛ لعدم استحقاقها قبل الأجل، كما تقدم سابقاً في أول كتاب المفلس.

[٣] [كما] في التذكرة والمسالك والروضة^(٣).

[٤] [كما] فيها [= في الكتب المذكورة] جميعها.

[٥] ولعل الوجه في ذلك بعد كونه أولى من المتجدد كأرش الجناية وعوض الإلتلاف أن المقتضي للمشاركة موجود، وهو كونه

دينياً سابقاً على الحجر وكان الأجل مانعاً، فإذا ارتفع عمل المقتضي عمله، فهو كما لو أسلم الوارث قبل القسمة، وتعلق حقوق

الغرماء غير مانع من تعلق حق غيرهم ممن شاركهم في سبب الاستحقاق.

وبذلك ترتفع المناقشة من بعض متأخري المتأخرين في أصل المشاركة بسبق تعلق حق الغير^(٤)، فمنع تعلق غيره به؛ إذ

هو حينئذ كالمراهون وإن كانت هي لا تخلو من وجه، خصوصاً بناء على ما تقدم سابقاً من عدم الرجوع لصاحب العين لو كان دينه

مؤجلاً وقد حل قبل القسمة ونحوه مما هو مبني على سبق تعلق الحق المانع من تعلق حق الغير.

[٦] ودعوى المنع من مثل هذا الصلح على وجه يلحق الغريم به؛ لأنه يؤول إلى الضرر على الغرماء، ولأنه كالدين الحاصل بعد

الحجر يمكن منعها؛ لما عرفت، ولأنه ليس ديناً جديداً، بل هو صلح عن ذلك الدين ببعضه، فيكون الصلح بالنسبة إلى الزائد

كالإبراء وإن كان هو في مقابلة إسقاط الأجل، فتأمل جيداً، والله أعلم.

(١) في الشرائع: «قسم».

(٢) (٤) القواعد ٢: ١٤٦-١٤٧. الحدائق ٢٠: ٤١٢.

(٣) التذكرة ١٤: ١٧٦. المسالك ٤: ١٢٦. الروضة ٤: ٣٧-٣٨.

[جنائية العبد المفلس]:

المسألة (الثالثة : إذا جنى عبد المفلس كان المجني عليه أولى به) من الغرماء الذين لا يزيد تعلّق حقّهم بالمال على الرهانة التي قد عرفت تقدّم الجنائية عليها [١] ، فيستوفى منه حقّ الجنائية حينئذٍ فإن زاد فهو للغرماء .
(و) على كلّ حال (ملو أراد مولاه فكّه) بما تعلّق به الحق من الأموال (كان للغرماء منعه) لأنّه تصرف مالي وقد حجر عليه في ذلك [٢] .

[وقد يمنع ذلك أيضاً حتّى لو اتّفق في فكّه مصالح للمفلس] ، وكذا لو كان له رهن على دين مؤجل وكانت المصلحة في فكّه لم يلترزم الغرماء بذلك ، فلمعل إطلاق [المنع من الفك] [٣] لا يخلو من قوّة .
ولو كان الجاني المفلس بما يوجب مالاً كان المجني عليه أسوة الغرماء ، كما قدمناه سابقاً [٤] .
ولو كانت جنائته عمداً فصالح على الدية لم يشارك ، بناءً على أنّ الواجب أولاً القصاص وأنّ الدية تثبت بالصالح . نعم لو قلنا الواجب أحد الأمرين من أوّل الأمر والخيار بيد المجني عليه أمكن القول حينئذٍ بالمشاركة للغرماء . بل لو قلنا في الصلح : إنّه ليس من قبيل المعاوضات وإنّما هو إسقاط لحقّ القصاص ورجوع إلى الدية الثابتة شرعاً أمكن القول بالشركة .
فيكون الفرق بين القولين أنّ الخيار في الأوّل بيد المجني عليه ، والثاني بأيديهما معاً [٥] . [واحتمل عدم المشاركة فيه] . هذا تمام الكلام في حكم المفلس .

[١] للوجه السابقة الآتية هنا منضمة إلى عدم الخلاف في ذلك في المقامين . ومنه يعلم أنّ تعلّق الغرماء هنا ليس كتعلّق أرض الجنائية ، وإلاّ أمكن القول بالاشتراك بينهما ، كما لو جنى العبد الجاني قبل انتهاء حال الجنائية الأولى . وبالجملة يتّجه فيه ذلك الحكم ، فعدم الخلاف في التقديم هنا ممّا يؤمّن إلى عدم كون التعلّق كأرض الجنائية وإن احتمله الفخر سابقاً .
[٢] لكن في المسالك : « إنّما يمنع المولى من فكّه مع عدم المصلحة في فكّه ، فلو فرضت بأن كان كسوباً يثمر مالاً إلى حين القسمة وقيمته باقية فله فكّه لمصلحته » ^(١) .

قلت : قد يمنع أيضاً معها ؛ لتعلّق الحق في المال على وجه لا يتصرّف به إلّا في بيعه للوفاء وإن اتّفق حصول مصالح للمفلس .
[٣] [كما أطلق المصنّف وغيره المنع .

[٤] إذ الفرق بينه وبين عبده بالتعلّق بالذمة والعين واضح .
[٥] ولعلّ قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٢) إلى آخره لا يخلو من إشعار بذلك ، وكأنّه لذا لم يجزم الفاضل في التذكرة بعدم المشاركة في الصلح أيضاً ، فإنّه بعد أن حكى عن أحمد المشاركة مطلقاً ، قال : « ويحتمل عندي أن لا يشارك ؛ لأنّ الجنائية موجبها القصاص ، وإنّما يثبت المال صلحاً وهو متأخّر عن الحجر ، فلا يشارك كما لو استدان » ^(٣) ، فتأمل جيّداً ، والله أعلم .

[الكلام في المعسر وحكمه]:

(و) لكن (يلحق بذلك النظر في حبسه) بل حبس كل مديون.

فنقول: (لا يجوز حبس المعسر مع ظهور إعساره) سواء كان مفلساً أي منعه الحاكم من التصرف فيما يتجدد من الأموال أو لا [١].

(و) كيف كان فد (يثبت ذلك) أي إعساره (بموافقة الغريم) جميعهم وإلا ففي حق الموافق ولو فرض تعدده وجمعه لشرائط الشهادة ثبت حينئذٍ واندراج تحت قول المصنف [٢]: (أو قيام البيئة).

لكن على التفصيل الآتي [٣].

(فإن تناكرا) أي الغريم والمديون في الإعسار وعدمه (وكان له) أي للمديون (مال ظاهر) غير المستثنيات لم يقبل دعواه (و) (أمر) الحاكم (بال تسليم) إن كان المال من جنس الحق أو تراضيا به، وإلا صرف إليه ببيع ونحوه. (فإن امتنع فالحاكم بالخيار بين حبسه حتى يوفي) بنفسه لوجوبه عليه، بل مباطلته فيه تحل عقوبته بالحبس وغيره وعرضه [٤].

نعم لا إشكال في حلية العرض للغريم، بأن يقول له: يا ظالم ونحوه [٥].

وعلى كل حال فهو بالخيار بين ما عرفت (و) بين (بيع أمواله وقسمتها بين غرمائه)؛ لأنه ولي الممتنع.

[١] للإنظار المأمور به في الكتاب والسنة بل والفتوى، فإنني لا أجد خلافاً في ذلك، إلا ما تقدم سابقاً من الصدوق في المعسر بصرف ما استدانه في معصية^(١)، وقد عرفت ضعفه.

[٢] كغيره من الأصحاب.

[٣] خلافاً لبعض العامة حيث جعل قيام البيئة به غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر^(٢). وهو كما ترى.

[٤] لقوله عنه «لَيُؤَاجِدْ بِحَلِّ عَقُوبَتِهِ وَعَرْضِهِ»^(٣) المعمول بإطلاقه بين الأصحاب من غير ملاحظة مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقد سمعت النصوص المتضمنة لفعل أمير المؤمنين عليه السلام فيمن كان يلتوي على غرمائه^(٤)، بل لعل إطلاق الخبر المزبور يقضي بحلية ذلك للغريم وغيره.

اللهم إلا أن يدعى أن الحبس ونحوه من وظائف الحاكم؛ لأنه كالتعزير الملحق بالحدود.

[٥] لذلك، وقوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾^(٥)، ولا يلزم التفكيك في الخبر؛ إذ المراد من الحبس حينئذٍ أن يحبسه عند الحاكم، فيكون التحليل له فيهما، بل الظاهر جواز ذلك للحاكم؛ لإطلاق الخبر المزبور، بل وغيره في وجهه.

(٢) الباب في شرح الكتاب ٢: ٧٤.

(١) المقنع: ٣٧٦.

(٤) الوسائل ١٨: ٤١٦، ب ٦ من الحجر، ج ٦، ح ١ وذيله.

(٣) السنن الكبرى ٦: ٥١.

(٥) النساء: ١٤٨.

وإن كان لا يتعيّن عليه ذلك بل يختَر بينه وبين الفرد الأوّل [١]. (و) كيف كان فـ (لو^(١)) لم يكن له مال ظاهر وادّعى الإعسار فإن وجد البيّنة قضى) الحاكم (بها) بالشرط الآتي. (وإن عديمها وكان له أصل مال) معهود (أو كان أصل الدعوى مالاً) كالقرض ونحوه وقد أثبتّها الغريم (حبس حتى يثبت إعساره) [٢]، هذا. وقد [يقال] [٣] [بـ] أنّه لا يمنع الحبس تعلّق حقّ الغير في عينه بإجارة ونحوها، وهو كذلك مع إمكان الجمع أمّا مع عدمه ففيه إشكال [٤]. (وأما الحبس في دين الولد فلا يخلو القول بعدم الجواز من قوّة). (و) على كلّ حال، فإذا تصدّى لإثبات إعساره، فـ (بأن^(٢)) شهدت البيّنة بتلف جميع (أمواله قضى بها ولم يكلف اليمين ولو لم تكن البيّنة مطلعة على باطن أمره) بالصحبة المتأكّدة [٥]، فيلزمه حينئذ ثبوت الإعسار [٦].

[١] وقد تقدّم نظير ذلك في الرهن، كما أنّه تقدّم التأمل فيه، والمحكي في النصوص^(٣) هنا من فعل أمير المؤمنين عليه السلام أنّه كان يحبسه بالاتّواء ثمّ يأمر بقسمته ماله بين الغرماء، فإن أبي باعه وقسمه بينهم، بل وفي وخبر السكوني منها أنّه: «كان يحبس في الدين ثمّ ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء»^(٤). وعلى كلّ حال هو غير التخيير المزبور، اللهمّ إلّا أن يقال: أنّه لا دلالة في فعله عليه السلام على عدم جواز غير هذا الفرد. وفيه: أنّ نقل الأئمة عليهم السلام لهم بهذا اللفظ ظاهر في أنّ الحكم ذلك، فتأمل جيّداً، والأمر سهل. [٢] لأصالة بقاء المال، ولاشتراط الإنظار بالإعسار ولم يثبت، ولأنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس بمجرّد الاتّواء^(٥). نعم في التذكّرة: «أنّه إذا لم يكن له بيّنة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فإذا حلفوا حبس»^(٦). ولعلّه مراد غيره مع احتمال العدم؛ لما عرفت من عدم اشتراط الحبس باليسار مع المماطلة كي يحتاجوا إلى إثباته، بل يكفي فيه عدم ثبوت اليسار، وهو حاصل وإن لم يحلفوا.

[٣] [كما قد صرح الفاضل في التذكّرة والقواعد بذلك]^(٧).

[٤] من تعارض الأدلّة ولا ترجيح واحتمال ترجيح الإجارة بالسبق معارض بصورة سبق الدين وإن تأخّرت المطالبة. نعم قد يتمّ في صورة سبق الإجارة عليه، كما أنّه يتمّ ترجيح الدين عليها في صورة سبقه، بل قد يقال: بترجيحه مطلقاً، باعتبار انجبار المستأجر بالخيار بخلافه، إلّا أنّ الجميع محلّ للنظر. كما أنّ ما في القواعد من أنّه يجوز الحبس في دين الولد^(٨) لا يخلو من إشكال؛ لخبر الحسين بن أبي العلاء^(٩)، وللنصوص الدالة على أنّ الولد وماله لأبيه، وعلى عظم حقّ الوالدين، ونحو ذلك. ولعلّه لذا جزم في التذكّرة بالعدم، وفي جامع المقاصد: أنّه لا يخلو من قوّة^(١٠)، وهو كذلك، والله أعلم.

[٥] لأنّها بيّنة إثبات، فيشملها جميع ما دلّ على قبول البيّنة، ولا يقدح تضمّنها النفي؛ لأنّ كلّ بيّنة إثبات تضمّن ذلك حتى بيّنة ملك العين مثلاً لزيد المتضمّنة لعدم بيعه خفية، وعدم هبته، وغير ذلك من المحتملات التي لا تقدح، بعد أن كان شهادة البيّنة أمراً إثباتياً يمكن علمها به، وآثمه هو المستند لها فيما هو مخالف للأصل.

[٦] ضرورة اقتضاء تلف جميع الأموال ذلك.

(٣) (٥) الوسائل ١٨: ٤١٦، ب ٦ من الحجر، ح ١. وذيله.

(٦) التذكّرة ١٤: ٦٩.

(٨) القواعد ٢: ١٥٣.

(١٠) التذكّرة ١٤: ٧٧. جامع المقاصد ٥: ٣٠٢.

(١) (٢) في الشرائع: «إن»، في الشرائع: «إذا».

(٤) الوسائل ١٨: ٤١، ب ٧ من الحجر، ح ٣.

(٧) التذكّرة ١٤: ٧٨. القواعد ٢: ١٥٣.

(٩) الوسائل ١٧: ٢٦٥، ب ٧٨ ممّا يكتب به، ح ٨.

ولا يحتاج إلى اليمين معها [١]. (أما لو شهدت بالإعسار مطلقاً) أي من دون تعرض لتلف المال المعلوم أصله وغيره (لم تقبل حتى تكون مطلّعة على) باطن (أمره بالصحة المؤكدة) [٢].

(و) يتّجه حينئذٍ [٣] من أنّ (للغرماء إحلافه) حينئذٍ (دفعاً لاحتمال الخفي) وهو احتمال عدم اطلاعيها على أصل المال وخفائه عليها [٤].

نعم لو شهدت بتلف الظاهر واعترف الخصم بعدم غيره لم يحتج حينئذٍ بثبوتها إلى يمين، كما هو واضح [٥].

[١] للأصل، وظهور قوله: «البينة على المدعي... إلى آخره»^(١) في عدم الشركة بينهما، مضافاً إلى أنّها كاسائر البينات المعلوم عدم توقف ثبوت ما شهدت به على اليمين؛ لمعلومية عدم اشتراط قبولها بالإطلاع على باطن أمره بالصحة المتأكدة؛ إذ هي بعد ما سمعت كباقي بينات الإثبات التي لا ينحصر طريق علمها بما تشهد به لذلك.

[٢] لأنّها حينئذٍ بيّنة نفي؛ ضرورة رجوعها إلى عدم الملك الذي يمكن أن يكون مستنداً في الأصل المعلوم نقضه عند غيرها، ويمكن أن يكون اطلاعيها على التلف، إلّا أنّها مع فرض الصحة المؤكدة يحصل الظنّ القوي، بل المتأخّم أن يكون مستنداً الثاني. فيقوى حينئذٍ جانب مدّعي الإعسار، بل ظاهر الأكثر تقديمه حينئذٍ على خصمه الموافق للأصل، وكم من ظاهر قدّم عليه، كما في دعوى الزوجة مع الخلوة الدخول بها وغيرها.

[٣] ما ذكره المصنّف وغيره، بل نسب إلى الأكثر.

[٤] وإنّما شهدت بالأصل المفروض انتقاصه. وبذلك ظهر الفرق بين بينة التلف وبينة الإعسار، كما أنّه ظهر كون اليمين لقوة جانب مدّعي الإعسار حينئذٍ واليمين تنفع من قوى جانبه بالأصل أو بالظاهر الذي ثبت ملاحظته للشارع، فالبينة في المقام لحصول الظاهر المرجح بدعوى الإعسار، فيكون به حينئذٍ منكراً، فيتوجّه اليمين عليه لذلك، لا أنّه باق مدّع واحتجاج إلى اليمين مع البينة كيمين الاستظهار؛ ضرورة ظهور قوله عليه السلام: «البينة على المدعي»^(٢) في قطع الشركة، ولا دليل بالخصوص هنا على اليمين، كالاستظهار.

مضافاً إلى عدم تنقيح مستند شهادة البينة هنا وإن كان قد حصل الظنّ القوي بالصحة المتأكدة أنّه التلف لا الأصل، لكنّه إذا لم يصل إلى حد العلم غير مجد في قبول مثل هذه البينة التي قد عرفت رجوعها إلى بيّنة النفي المعلوم عدم قبولها مالم تؤول إلى الإثبات بالحصر ونحوه ولو فرض كونها في المقام كذلك رجعت إلى البينة الأولى ولم يحتج معها إلى اليمين قطعاً، كما أنّ الأولى لو فرض شهادتها على تلف المال الظاهر ولم تعلم بغيره ولا اعترف الخصم بعدم غيره أنّجه أيضاً توقف ثبوت الإعسار على اليمين؛ ضرورة رجوع الحال حينئذٍ إلى دعواه ممّن لم يعلم له أصل مال، وستعرف احتياجه حينئذٍ إلى اليمين.

[٥] وبذلك تمّ كلام الأكثر وسقط ما أطنب به في المسالك، فإنّه بعد أن قرّر المشهور حاكياً له عن المصنّف والعلامة في غير التذكرة قال: «أما فيها فمكس الحكم وأثبت اليمين، في بينة التلف دون بينة الإعسار، محتجاً بأنّ البينة إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادّعى ما لا غيره فإنّه يلزمه اليمين وأفتى في موضع آخر منها بأنّه لا يمين في الموضوعين، محتجاً بأنّ فيه تكذيباً للشهود، ولقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على المنكر»^(٣) والتفصيل قاطع

للشركة»^(١).

ثم قال: «إن تلخيص الحكم في ذلك لا يخلو من إشكال، والفرق لا يخلو من نظر، وذلك لأنَّ شهود تملك ماله إيماناً تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفة لهم بحال باطن أمره، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف، كما هو الظاهر من قول الجماعة، وتعليلهم المسألة وتصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبرة بحاله، ويشكل مع هذا ثبوت إعساره؛ لأنَّ حاله بالنسبة إلى المال باطناً مجبول مطلقاً حتى لو فرضنا أنَّ هذا المال الظاهر لم يكن له، لم يناف ثبوت ماله باطناً والحال أنَّه لم يختبر، وإن أرادوا بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن أمره أنَّ الحاكم لا يعتبر اطلاعاً على ذلك مع أنَّ اطلاعهم معتبر في نفس الأمر اكتمالاً على عدالتهم وأنَّ العدل لا يجازف في شهادته كما صرح بهذا المعنى بعض الأصحاب، أشكل الفرق بين الأمرين؛ لأنَّ ذلك آتٍ في الشهادة على مطلق الإعسار وتحويلها نحو الإثبات لثلاث متمخض للنفي غير متوقف على هذا الشرط، فإن مرجعه إلى تحرير شهادتهم، لا إلى علمنا بأخبارهم وحكم اليمين متفرع على ما قررناه، فإن اكتفينا في بَيِّنَةِ التلف بالإطلاع على ظاهر ماله فلا بدَّ من القول باليمين؛ لأنَّه يصير بهذه البَيِّنَةِ كمن لا يعلم له أصل مال مع احتمال. ويتوجه عدم الافتقار إلى اليمين في بَيِّنَةِ الإعسار المطلعة على الحال؛ لأنَّ ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعاً في التفحص، فلا يكلف مع البَيِّنَةِ أمراً آخر؛ لأصالة البراءة، أو لظاهر الخبر، وإن اعتبرنا اطلاع بَيِّنَةِ التلف على باطن أمره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه. ويمكن أن يوجه كلام الجماعة الدالَّ على عدم اعتبار الخبرة الباطنة في شهادة التلف لا بالنظر إلى الحاكم، ولا بالنظر إلى الشهود بأنَّ هذا المديون لما كان يعرف له أصل مال ولو يكون الدعوى كذلك فلا بدَّ لهذا المال الثابت ظاهراً من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال وإن أمكن بقاء بعضه، إلا أنَّه غير معلوم والتكليف إنما هو بالظاهر بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره فإنَّ المراد أنَّهم لم يطلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه فلا بدَّ مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال، وإنما يحصل بذلك.

فظهر الفرق بين الحالين وتوجه به ما اختاروه من ثبوت اليمين في الأول دون الثاني ؛ لأن الأول لا يدفع المال الباطن يقيناً ولا ظناً ؛ لعدم الاطلاع عليه .

بخلاف الثاني ؛ لأن كثرة ملاسته ومجاورته والإطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عادة يفيد الظن الغالب بعدم المال فلا يتجه مع ذلك انضمام اليمين إلى البينة ، نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمدينون واعترف بعدم غيره فشهد الشهود بتفله لم يجب اليمين في الأول أيضاً ولم يعتبر إطلاع الشهود على باطن أمره ، إلا أن هذه مادة خاصة ، والمسألة أعم منها ، والظاهر من عبارة الأصحاب وغيرهم في هذه المسألة هو ما وجهناه أخيراً من أن شهود التلف لا يعتبر إطلاعهم على حاله في أنفسهم ولا عند الحاكم ، بخلاف شهود الاعسار ، ووجه ما بيناه .

لكن المحقق الشيخ علي عليه السلام قَرَّرَ كلامهم على ما نقلنا من الوجه، وهو أنَّ المراد عدم علم الحاكم بأطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر، فحتمل الالتباس في الفرق على تقريره ونفي الميمين في الأول وإثباتها في الثاني على تقريرهم، فَإِنَّ الإطْلَاعَ على باطن

أمره إن كان معتبراً فيها ، فإمّا أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضاً أو نفيه عنهما اتكالا على العدالة فالفرق ليس بجيد ، وإذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف على ما ذكره يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر ، كما ذكره في التذكرة دون العكس ؛ لأنّ الخبرة الباطنة أفادت ظناً قوياً مضافاً إلى اليقينة بعدم المال ، ومختار التذكرة في إثبات اليمين في الأول دون الثاني أجود^(١) . ونقلناه بطوله ليطهر لك مواقع النظر فيه من غير ما ذكرناه أيضاً ، خصوصاً فيما ذكره من التوجيه لكلام الجماعة ، الذي جعل نتيجته ما لا يقولون به من إثبات اليمين لليقينة التلف دون بيّنة الإعسار . ومن الغريب قوله : بعدم احتياج الثانية إليه مع اعترافه بأنّها إمّا تفيد الظنّ القوي بسبب الصحة بأنّ مستندها التلف ، ومعلوم أنّ مثل ذلك لا يخرجها عن كونها بيّنة نفي ، وعن احتمال كون مستندها الأصل المعلوم قطعه ، كما أوضحناه سابقاً . وأغرب منه عدم ذكره الوجه الظاهر من كلماتهم في تشقيقه عدم اعتبار الإطّلاع في بيّنة التلف من أنّ مرادهم تلف جميع الأموال المستلزم لثبوت الإعسار ، وأنّ مثله لا يعتبر فيه الإطّلاع بالصحة ولا اليمين ؛ لأنّها فرد من بيّنة الإثبات ، ولا ينحصر طريق علمها بذلك في الصحة . ولو فرض أنّ بيّنة الإعسار كذلك استغنت عن اليمين أيضاً ، إلّا أنّك قد عرفت احتمالها ، وأنّها ظاهرة مع الصحة في أنّ مستندها الإطّلاع على التلف . كما أنّه لو فرض كون بيّنة التلف على تلف مال مخصوص أتجه اعتبار اليمين من المديون في نفي دعوى غيره ، وما حكاه عن التذكرة من عكس الأمر^(٢) إمّا ذكره احتمالاً ، مع أنّ الظاهر خروجه عن موضوع البحث ، كما اعترف به في جامع المقاصد^(٣) ؛ لأنّ ظاهر كلامه فرض شهادة البيّنة على تلف المال الذي في يده ظاهراً لا لجميع الأموال ، واليمين حينئذ مع عدم اعتراف الخصم بعدم غيره متوجّه كما ذكرناه ، بل لعلّ ما حكاه عنها أيضاً من عدم احتياج اليمين في البيّنتين خارج أيضاً ، لظهور كلامه في عدم اليمين مع بيّنة الإعسار التي تؤوّل إلى بيّنة التلف في معلومية كون مستندها العلم بتلف جميع أمواله ، وأنّها غير محتملة لأن يكون مستندها الأصل ، فإنّه جعلها كالبيّنة على عدم الوارث ، فلا حظ وتأمل . وبالجملّة كلامه في المقام لا يخلو من نظر من وجوه .

ثم قال : « واعلم أنّ الخبرة المعتبرة في شهود الإعسار إن أطلع الحاكم عليها فلا كلام ، وإلا ففي الاكتفاء بقولهم له : إنهم بهذه الصفة وجه قوي ، وقطع به في التذكرة »^(٤) .

قلت : لا ريب في ضعفه ؛ ضرورة عدم الدليل على ثبوته بقولهم الذي مرجعه إلى دعوى لا يثبت بها مثله بعد اعتبار أنصافهم به كالعدالة ، فلا بدّ من العلم به ولو ببيّنة شرعية ، كما هو واضح ، وأوماً إليه في جامع المقاصد^(٥) . وقد تلخّص ممّا ذكرناه أنّ بيّنة الإعسار عندهم لم يعلم رجوعها إلى إثبات حتى يتوجّه الاستغناء عن اليمين ؛ للخبر القاطع للشركة ، بل هي بسبب الصحة المؤكّدة أفادت كون الظاهر مع دعوى الإعسار ، فقدّمه على الأصل بيمين المعسر ، كما أوضحناه سابقاً . ولو فرض العلم برجوعها إلى إثبات أغنت عن اليمين قطعاً ، وكانت كبيّنة التلف حينئذ ، بناءً على المعلوم من مذهب الأصحاب من قبول بيّنة النفي إذا رجعت إلى إثبات ، خلافاً لبعض العامة^(٦) ؛ ضرورة شمول ما دلّ على حجّية البيّنة حينئذ لها ، بخلاف ما إذا لم يعلم رجوعها إلى إثبات لا احتمال كون مستندها أصل المعلوم انتقاضه ، كما في المقام ، أو لا تزيد على إنكار المنكر ، والله أعلم .

(١) التذكرة : ١٤ : ٧٥ .

(٢) المسالك : ٤ : ١٣٣ .

(٣) اللباب في شرح الكتاب : ٢ : ٧٤ .

(٤) المسالك : ٤ : ١٣١ - ١٣٣ .

(٥) جامع المقاصد : ٥ : ٣٠٠ .

(٦) جامع المقاصد : ٥ : ٣٠١ .

(و) كيف كان فـ (إن لم يعلم له أصل مال) ولا كانت الدعوى الثابتة عليه مالا (و ادعى الإعسار قبلت دعواه ولا يكلف البينة وللغرماء مطالبته باليمين) [١].

نعم لو فرض العلم بذلك [بأنه يملك شيئاً قل أو كثر] أتجه [منع قبول قوله إلّا بالبينة] [٢].
بل لعلّه متجه أيضاً فيما لو حصل العلم باتلافه مالا أيضاً [٣].

إلّا أنّ الواجب على المديون الوفاء حتى يثبت إعساره الذي هو الشرط في الانظار، لا أنّ اليسار شرط في صحة المطالبة، فيتجه حينئذ حيسه إلى ثبوت إعساره، فتأمل جيداً، والله أعلم.

(و) على كلّ حال فـ (إذا قسّم المال) الذي عنده (بين الغرماء وجب إطلاقه) ولا يجوز إبقاؤه في الحبس الذي هو اذنية حينئذ بلا حق.

(و) لو فرض كونه مفلساً فـ (يهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء) والاقتراس [٤] (أم يفتقر إلى حكم الحاكم) [٥].

(الأولى) عند المصنّف [٦] (أنّه يزول بالأداء لزوال سببه) ولا بأس به مع فرض كون الحجر بالنسبة إلى المال الموجود، لا إذا كان فيه وفي المتجدّد، ولا في الإطلاق إذا فرض شموله لهما، كما هو واضح، والله أعلم.

[١] لأنّه بموافقته للأصل كان منكراً.

وقد قال رحمته: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)، بل منه ينقدح الإشكال في قبول البينة منه لو أقامها على وجه يعلم رجوعها إلى إثبات، بناءً على عدم قبولها من المنكر.

لكن جزم في التذكرة بقبولها وإسقاط اليمين عنه حينئذ^(٢).

ولا يخلو من بحث، كما يأتي إن شاء الله.

ومن الغريب من بعض العامة منع قبوله هنا إلّا بالبينة^(٣)، بناءً على أنّ الظاهر من حال الحرّ أنّه يملك شيئاً قل أو

كثر. وفيه منع اعتبار هذه الظاهر بدون دليل بحيث يقطع الإصل.

[٢] [كـ] بما ذكره [ذلك البعض].

[٣] لانقطاع أصل الدّعم فيه قطعاً، وحصول المال في الجملة معارض بالعلم باتلافه كذلك، فلا يستصحب شيء منهما؛ لرجوعه إلى استصحاب الجنس، فيكون قول كلّ منهما خالياً عن الأصل.

[٤] لأنّه إنّما حجر عليه بالنسبة إلى الموجود من ذلك المال، وقد فرض قسمته.

[٥] لأنّه قد حصل بحكمه، فلا يرتفع إلّا بحكمه للاستصحاب كالسفيه.

[٦] والفاضل^(٤) وغيرهما.

(١) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ - ٢٣٤، ب ٣ من كَيْفِيَةِ الْحُكْم، ح ١ - ٣.

(٢) التذكرة ١٤: ٧٢.

(٣) المجموع ١٠: ٢٢٧. الميزب في شرح الوجيز ٥: ٢٨.

(٤) التذكرة ١٤: ٦٣.

(كتاب الحجر)

(الحجر) مثلثاً لغة (هو المنع) والتضييق، ومنه سُمِّي الحرام حجراً [١].

(والمحجور شرعاً هو الممنوع) عند الشرع (من التصرف في ماله) ولو البعض [٢].

فيشمل حينئذٍ المريض الممنوع من بعض ماله والصبي والمجنون والعبد، بناءً على ملكه والحجر عليه [٣].

(و) كيف كان فتمام (النظر في هذا الباب يستدعي فصلين):

[موجباته]:

(الأول: في موجباته، وهي) كثيرة متفرقة في تضاعيف الأبواب كالرهن والبيع والمكاتبه والمرتد وغير ذلك، لكن التي جرت عادة الفقهاء بالبحث عنها، وعقد كتاب لها (سنة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس، والسفه).

[١] لما فيه من المنع، قال الله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حَجَرًا مَّحْجُورًا﴾^(١) أي حراماً محرماً. وسُمِّي العقل حجراً؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح؛ وما تضرَّ عاقبته، قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرِ﴾^(٢).

[٢] إذ هو [= المال] مفرد مضاف لا يدلُّ على العموم، وكذا لفظ «التصرّف»، ولكن يصلح له إن أُريد به.

[٣] كما مال إليه المصنّف سابقاً. وحينئذٍ فلا يرد ما قيل^(٣): من أنه إن أراد جميع المال خرج المريض، وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون، وأنَّ العبد لا يملك شيئاً فلا يدخل في التعريف، فلا معنى لذكر «الرق» من الأسباب. وأنَّ أحداً لا يمنع من التصرف في ماله بالأكل والشرب ونحوهما من الأمور الاضطرارية؛ إذ [يدفع ذلك بما] قد عرفت أنه ليس في التعريف ما يدلُّ على التعميم والتخصيص، بل من صدق عليه المنع في ماله على أيِّ وجه كان فهو محجور عليه. ودخول العبد مبني على ما ذهب إليه المصنّف كما عرفت [من القول بملكيته]. نعم في المسالك: «ربّما ينتقض في طرده بالممنوع من التصرف فيه لعصب ونحوه، فإنه لا يسمّى محجوراً عليه شرعاً، فلو أضاف إليه ما يدلُّ على المنع الشرعي كان حسناً»^(٤). وفيه - بعد سهولة الأمر في نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مرّة، ولذا تجوز وعَرَفَ الفلاس بهذا التعريف مع أنه أخَصَّ من الحجر -: وضوح إرادة المنع الشرعي من «الممنوع» فيه، والأمر سهل.

(١) الفرقان: ٢٢.

(٢) الفجر: ٥.

(٣) نقله في المسالك ٤: ١٤٠. بلفظ «ما أورد عليه».

(٤) المسالك ٤: ١٤٠.

ولعل مرجع الصور إلى قسمين : من يحجر عليه لحق نفسه ، ومن يحجر عليه لحق غيره .
 فالأول : الصبي والمجنون والسفيه ، والثاني الباقي . ثم الحجر إما عام في سائر التصرفات ، أو خاص ببعضها ،
 والأول إما أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا . والأول الصغر ، والثاني الجنون .
 والخاص إما أن يكون فيه مقصوداً على مصلحة المحجور أو لا . والأول السفه .
 والثاني إما أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا ، والأول الفلاس ، والثاني المرض ، وباقي الأسباب تعرف
 بالمقايسة ، والأمراً في هذا سهل . وإنما الكلام في تفصيل البحث فيها ، وقد تقدّم الكلام في الرق والفلس منها .
 (أمّا الصغير فمحجور عليه ما لم يحصل له وصفان : البلوغ والرشد) [١] . والمراد بالأول الذي هو في اللغة
 الإدراك : بلوغ الحلم ، والوصول إلى حدّ النكاح بسبب تكوّن المني في البدن ، وتحرك الشهوة والنزوع إلى الجماع ،
 وإنزال الماء الدافق الذي هو مبدأ خلق الإنسان بمقتضى الحكمة الربّانية فيه وفي غيره من الحيوان لبقاء النوع ، فهو
 حينئذٍ كمال طبيعي للإنسان يبقى به النسل ، ويقوى معه العقل ، وهو حال انتقال الأطفال إلى حدّ الكمال والبلوغ
 مبالغ النساء والرجال . ومن هنا إذا اتفق الاحتلام في الوقت المحتمل حصل به البلوغ ولم يتوقف على بيان
 الشائع [٢] . وعلى كلّ حال فلا يخفى على من لاحظ كلماتهم أنّ من المعلوم لغة كالعرف كون الغلام متى احتلم بلغ
 وأدرك ، وخرج عن حدّ الطفولية ودخل في حدّ الرجولية ، وكذا الجارية إذا أدركت وأعصرت ، فإنّها تكون امرأة
 كغيرها من النساء . نعم يرجع إلى الشرع في مبدأ السن الذي يحصل به البلوغ مثلاً إذا حصل فيه الاشتباه . بخلاف
 الاحتلام والحيض والحمل ونحوها ممّا لا ريب في صدق البلوغ معها لغة وعرفاً ، ولو للتلازم بينها . أمّا الأمور
 المقارنة له في العادة غالباً كقوّة التمييز وغلظ الصوت وشق الغضروف وتنوّ الحنجرة ونهود الشدي ونحو ذلك
 فأقصاها إفادة الظن بحصوله [٣] .
 (و) كيف كان فلا ريب في أنّه (يعلم بلوغه) أي الصغير (بإنبات الشعر الخشن على العانة) التي هي حول
 الذكر والقبل (سواء كان مسلماً أو مشركاً) [٤] .

- [١] بلا خلاف أجدّه فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل الكتاب والسنة دالان عليه أيضاً .
 [٢] فإنّ البلوغ من الأمور الطبيعية المعروفة في اللغة والعرف ، وليس من الموضوعات الشرعية التي لا تعلم إلا من جهة الشرع
 كألفاظ العبادات ، بل قد ذكر أهل اللغة في ترتيب أحوال الإنسان ، وأنّه له بكلّ حال اسماً مخصوصاً في الرجال والنساء من أول
 الخلقة التي يستمرّ به جيناً إلى حال الشيخوخة في الرجال ، والقلع والظلمة في النساء .
 [٣] لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع ، ولا دليل على اعتباره في المصداق ، بل الدليل على خلافه قائم .
 ودعوى أنّها كإنبات الشعر الخشن على العانة ، يدفعها أنّ الفارق بينهما الدليل .
 [٤] خلافاً للشافعي^(١) في أحد قوليّه ففي حقّ الكفّار خاصّة ؛ لكونه علامة مكتسبة تستعجل بالمعالجة ، وإنّما اعتبرت
 في الكفّار ؛ لانتفاء التهمة بالاستعجال في حقّهم . ولأنّه لا طريق إلى معرفة بلوغهم سوى ذلك بخلاف المسلمين ؛ لجواز الرجوع

إليه في معرفة البلوغ. والجميع كما ترى؛ إذ الاستجمال قائم في الفريقين، وكذا الحاجة إلى هذه العلامة، فإن الاحتلام والسكن كثيراً ما يشبه الأمر فهنا ما بخلافها [= هذه العلامة]. مضافاً إلى ما سترهه من إطلاق الأدلة، ولذا اتفق أصحابنا ظاهراً على خلافه. نعم ربما نسب^(١) ذلك إلى الشيخ، ولم نتحققه. قال في الخلاف: «الإنبات دليل على بلوغ المسلمين والمشركون بإجماع الفرقة»^(٢). وفي التذكرة: «نبات هذا الشعر دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في أحد قوليه»^(٣). وقال أبو حنيفة: إنه لا اعتداد بالإنبات مطلقاً؛ لأنه كغيره من شعر الرأس والبدن^(٤). وبدل عليه - مضافاً إلى ما عرفت مؤيداً بالعادة - الأخبار المروية من الطرفين. فمن طريق الجمهور:

١ - ما روي: أن سعد بن معاذ لما حكم على قريضة كان يكشف عن عورات المراهقين، ومن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جمل في الذراري^(٥).

٢ - وما روي عن عطية القرظي قال: عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريضة، وكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلى سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلي^(٦). ومن طريق الأصحاب:

١ - خبر أبي البخري عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن رسول الله ﷺ عرضهم يومئذ على العانات، فمن وجده أنبت قتله، ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري»^(٧).

٢ - وما في خبر حمزة بن حرمان عن أبي جعفر عليه السلام من أن «الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت [قبل ذلك]»^(٨).

٣ - وما في خبر يزيد الكاسي: «أن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك، وبلغ خمس عشر سنة، أو يشعر في وجهه، أو ينبت في عانته»^(٩).

٤ - وفي المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم في قوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا﴾ إلى آخره قال: «ومن كان بيده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم - إلى أن قال - وإن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فإنه يمتحن بربيع يبطه أو نبت عانته، فإن كان ذلك فقد بلغ»^(١٠). بناءً على أن الضمير في قوله [«اتقي»] راجع إلى الصادق عليه السلام المذكور في [ذيل] الآية السابقة، كما عن الصافي^(١١) روايته عنه مسنداً إليه. ولعله وجده كذلك [= مسنداً عن الصادق عليه السلام] فيما وصل إليه من النسخ، وإلا كان من كلامه على عادة القدماء، وهو وإن لم يكن حجة، لكنه لا يخلو من تأييد.

(١) نقله في مصابيح الأحكام: الورقة ٤٢ (مخطوط). (٢) الخلاف ٣: ٢٨١.

(٣) التذكرة ١٤: ١٨٧. (٤) الحاوي الكبير ٦: ٣٤٣.

(٥) المفتي والشرح الكبير ٤: ٥١٣ - ٥١٤. سنن البيهقي ٥٨.

(٦) الوسائل ١٥: ١٤٧، ٦٥ من جهاد العدو، ح ٢. و ١: ٤٤، ب ٤ من مقدمة العبادات، ح ٨.

(٨) الوسائل ١: ٤٣، ب ٤ من مقدمة العبادات، ح ٢. (٩) الوسائل ٢٠: ٢٧٨، ب ٦ من عقد النكاح، ح ٩، مع اختلاف.

(١٠) تفسير القمي ١: ١٣١. المستدرک ١٣: ٤٢٨، ب ٢ من الحجر، ح ١.

(١١) تفسير الصافي ١: ٣٩١.

وعلى كل حل فلا ينبغي التوقف في أصل الحكم . نعم قد يشكل عمومه للإناث [١] .
[لكن الطاهر عمومه للإناث] [٢] . [ولا اعتبار للشعر الزغب والضعيف في اختبار البلوغ] .
والتقييد بالعانة لإخراج سائر الشعور فلا يكون دليلاً على البلوغ [٣] .
[نعم لا يخلو القول بإلحاق الشارب واللحية بالعانة من قوة] [٤] .

[١] بظهور النصوص في الذكور خاصة ، بل قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها [= النصوص] بهم ، وإن لم يعرف نقل الخلاف في ذلك .

[٢] لكن قد عرفت العموم في معقد إجماعي الخلاف والتذكرة ^(١) ، بل صرحا به وإن لم يكن [التصريح] في العقد المزبور مؤيداً [للعموم] ينتج أكثر العبارات ، وبأن الإنبات أمانة طبيعية اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الإدراك فلا يختلف . وبقضاء العادة بتأخر إنبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير ، ولعل ذلك هو السبب في ترك التعرض له في النصوص ؛ لندرة الاحتياج إليه فيهن كالاتحلام . وإنما اعتبر الأصحاب الخشونة مع عدم التقييد به في النصوص ؛ لمعلومية عدم اعتبار الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر ، ولأن الخشن هو الممهود في اختبار البلوغ ، فيحمل عليه الإطلاق ؛ لوجوب صرفه إلى الممهود .
[٣] وفي المسالك : « لا عبرة بها عندنا ، وإن كان الأغلب تأخرها عن البلوغ ؛ إذ لم يثبت كون ذلك دليلاً شرعاً ، خلافاً لبعض العامة » ^(٢) .

قلت : هو قواه في صوم الروضة ، فقال : « وفي إلحاق اخضرار الشارب ونبات اللحية بالعانة قول قوي » ^(٣) . وقال الشيخ في المبسوط في كتاب الحجر : « لا خلاف أن نبات اللحية لا يحكم بمجرده بالبلوغ ، وكذلك سائر الشعور ، وفي الناس من قال : إنه علم على البلوغ ، وهو الأولى ؛ لأنه لم تجر العادة بخروج اللحية من غير بلوغ » ^(٤) . وفي كتاب الصوم : « وحده - أي البلوغ - الاحتلام في الرجال ، والحيض في النساء ، والإنبات والإشعار » ^(٥) إلى آخره . وفي النهاية : « وحد بلوغ الصبي إما بأن يحتلم أو يكمل عقله أو يشعر » ^(٦) . وعن ابن البراج في المهذب : « وحد بلوغ الغلام احتلامه أو كمال عقله أو يشعر » ^(٧) . وفي التحرير : « الأقرب أن إنبات اللحية دليل على البلوغ ، أما باقي الشعور فلا » ^(٨) . وحكى في التذكرة عن الشافعية وجهين في إلحاق اللحية والشارب بالعانة : أحدهما الإلحاق ، ثم قال : « ولا بأس به عندي بناءً على العادة القاضية بتأخر ذلك عن البلوغ » ^(٩) بل هو لا يخلو من قوة .
[٤] للعادة ، وللخيرين السابقين اللذين لا يقصر سندهما عن حجية أخبار الآحاد ، فينقطع الأصل حينئذ بهما .

وأما ما قيل ^(١٠) - من أنه لو كان علامة لاستغنى بها عن اختبار شعر العانة ، بل لم يجز الكشف عنها - فضعفه ظاهر ؛ ضرورة خروج العانة عن العورة أولاً ، وعدم الاستغناء عنها لتقديم نباتها على اللحية والشارب .

(١) الخلاف ٣ : ٢٨١ . التذكرة ١٤ : ١٨٧ .

(٢) المسالك ٤ : ١٤١ .

(٣) الروضة ٢ : ١٤٥ .

(٤) المبسوط ٢ : ٢٨٣ .

(٥) النهاية ٦١١ .

(٦) المبسوط ١ : ٢٦٦ .

(٧) المهذب ٢ : ١١٩ .

(٨) التحرير ٢ : ٥٣٥ .

(٩) التذكرة ١٤ : ١٨٩ .

(١٠) المتامل ٨٩ (حجرية) .

بل قد يقوى إلحاق العذار والعارض والعنفقة ونحوها بهما [١]. نعم [الظاهر] لا عبرة بسائر الشعور عدا ما عرفت [٢]. وكيف كان فـ [الظاهر] [٣] كونه [= الإنبات] بلوغاً لا دليلاً على سبقه كالحمل [٤].

[١] لعموم المستند [أي المادة والخبرين]. إلا أنَّ ظاهر باقي الأصحاب الاختصاص بالمعانة، بل هو صريح بعضهم^(١)، ولذا اقتصرنا عليها في العلامات. ويمكن أن يكون ذلك منهم لتأخر نباتهما عن البلوغ عادة بكثير، ومدارهم على ذكر العلامات النافعة عند الاشتباه، لا حال معلومية البلوغ الحاصلة غالباً عند نباتهما بحيث لا يحتاج إلى استناد العلامات، وخرق العادات لا ينافي الاطمئنان المعترف في الأحكام الشرعية.

[٢] [كما] في ظاهر كلام الأصحاب؛ للأصل، وعمومات الكتاب والسنة من غير معارض يعتد به. وفي التذكرة: «ولا اعتبار بشعر الإبط عندنا، وللشافعي فيه وجهان»^(٢). ومن ذلك يعلم شذوذ ما في بعض الأخبار من عدّ شعر الإبط من العلامات، وآل فنصوص الإشعار خاصة يمكن حملها على الإنبات خاصة، أو مع غيره مما عرفت من الحية والشارب ونحوها.

[٣] [كما] قد استفيد من المتن هنا والصوم والنافع^(٣) في المقام [أي بحث الحجر].

[٤] بل في مفتاح الكرامة نسبت به إلى صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده، وصايا النهاية والمهذب، وخمس الوسيلة، وصوم السرائر، وصاياها، وكشف الرموز، وصوم الجامع، وحجره، وجهاد المنتهى والتذكرة، وصوم التحرير وحجره، وحجر الارشاد والتبصرة، وصوم اللعمة والروضة، ومجمع البيان وجامع الجوامع، والغنية وكنز العرفان والجعفرية، بل في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان، ونوادير قضاء السرائر، وكشف الرموز وكنز العرفان، وصوم المسالك، الإجماع عليه^(٤). لكن لم أتحمق كثيراً ممن نسب إليهم ذلك، وإنما في كثير منها ظهور بل إشعار لا يتق به الفقيه؛ لأنهم ليسوا بصدد بيان ذلك. على أنَّ جملة منها كالمبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك قد صرّحت في مقام آخر بأنه دليل لا بلوغ^(٥). ومنه يعلم عدم الوثوق بتلك الإشعارات، وأنها لم تسق لبيان ذلك، بل عنون بعضهم^(٦) البحث بمثل هذه العبارات التي ادّعى ظهورها في البلوغ، ثم صرح بعد ذلك بأنه دليل لا بلوغ، فعلم عدم إرادتهم من أمثال تلك العبارات ذلك. ويؤيده أنَّ العلامة الطباطبائي على شدة تبعه في المسألة حتى أنه حكى عبارات القوم بأنفاظها على طولها، ونقّر في كلّ واحدة منها قد اعترف بأنه لم يجد بهذا القول مصرّحاً من الأصحاب. قال: وإنما حكاها العلامة في التذكرة عن الشافعي في أحد وجهيه، لكنّه ظاهر ابن حمزة وابن إدريس والمحقق^(٧)، بل يؤيد أيضاً أنه في المسالك^(٨) نسب القول بكونه دليلاً إلى المشهور. ولو صحت النسبة المزبورة كان الأمر بالعكس؛ لأنّه نسب القول الثاني - أي أنه دليل لا بلوغ - في الكتاب المزبور [أي مفتاح الكرامة] إلى حجر المبسوط والخلاف وحجر التذكرة وكشف الحق وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الإيضاح^(٩)، ولا ريب في أنَّ الشهرة حينئذٍ بالعكس. ومن الغريب دعواه [= مفتاح الكرامة] أنَّ الشيخ في الخلاف ادّعى الإجماع عليه. ومن لاحظ عبارة الخلاف قطع بأنه ليس في صدد ذلك، وإنما بحثه مع الشافعي^(١٠).

(١) لم نثر على المصرح، نعم يظهر من التذكرة ١٨٩: ١٤. (٢) (أ) التذكرة ١٨٩: ١٤. المسالك ١٤١: ٤.

(٣) الشرائع ١: ١٩٨. المختصر النافع: ١٦٤. (٤) مفتاح الكرامة ٥: ٢٣٥، وفيه: «الجامع الجامع».

(٥) انظر المبسوط ٢: ٢٨٣. التذكرة ١٤: ١٨٦. التحرير ٢: ٥٣٥، وفيه: «يحصل به البلوغ». المسالك ٢: ١٤١.

(٦) (٩) مثل التذكرة ١٤: ١٨٣ - ١٨٤. مفتاح الكرامة ٥: ٢٣٥.

(٧) مصابيح الأحكام: الورقة ٤٥ (مخطوط). (١٠) الخلاف ٣: ٢٨١.

وكيف كان فلا ريب أنَّ الأقوى كونه دليلاً لا بلوغاً [١].
وكذلك الكلام فيما ألحق به من الشعر [شعر اللحية والشارب] [٢].
(و) كذا يعلم البلوغ - خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضوع المعتاد كيف كان [٣].

[١] قيل: لتعليق الأحكام في الكتاب والسنة على الاحتلام؛ ولأنَّ البلوغ غير مكتسب، والإنبات قد يكتسب بالمعالجة^(١).
وفيهما نظر واضح.

والأولى الاستدلال بأنَّه [= الإنبات] تدريجي الحصول، والبلوغ لا يكون كذلك، وعدم معلومية أول آتات تحقّق الشعر
الخنث، وقضاء العادة بتأخّره عنه.

[٢] وتظهر فائدة الخلاف في قضاء ما يجب قضاؤه من العبادات، وفي نفاذ إقراره وتصرفاته المتقدّمة على الاختبار بزمان يعلم
عدم تأخّر بلوغه عنه، والله اعلم.

[٣] بلا خلاف من المسلمين فضلاً عن المؤمنين.

بل الإجماع بقسميه عليه.

مضافاً إلى الكتاب والسنة المستفيضة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾^(٢).
﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(٣).

﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾^(٤).

وقال الصادق عليه السلام في خبر هشام بن سالم: «انقطاع يتمم اليتيم الاحتلام، وهو أشده»^(٥).

وقال في مؤثّق ابن سنان: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾^(٦)، قال: «الاحتلام»^(٧).

وفي النبوي الذي رواه المخالف والمؤلف بل عن ابن إدريس^(٨) أنّه مجمع على روايته: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى
يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»^(٩).

وفي المحكي عن الخصال^(١٠) أنّه روى بإسناده عن ابن ظبيان، قال: أتني عمر بمجنونة قد زنت فأمر بجرمها، فقال

(١) المسالك ٤: ١٤١.

(٢) النور: ٥٩.

(٣) النساء: ٦.

(٤) الاسراء: ٣٤.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٠٩، ب ١ من الحجر، ح ١.

(٦) الأحقاف: ١٥.

(٧) الوسائل ١٩: ٣٦٣، ب ٤٤ من الوصايا، ح ٨.

(٨) السرائر ٣: ١٨.

(٩) الأحقاف: ١٥.

(٩) السنن الكبرى ٦: ٨٤، ٢٠٦. دعائم الإسلام ١: ١٩٤. البحار ٤٠: ٢٧٧، ح ٤١.

(١٠) الخصال: ٩٤، ١٧٥، ح ٤٠، ٢٣٣ - وفيه: «عن أبي ظبيان».

[وهو المراد من الاحتلام].

علي عليه السلام : «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة :

١ - عن الصبي حتى يحتلم .

٢ - وعن المجنون حتى يفيق .

٣ - وعن النائم حتى يستيقظ » ^(١) .

وعلى كل حال فهو حديث مشهور رواه الفريقان .

وذكره أصحابنا في كتب الفروع ^(٢) والإمامة ^(٣) في مطاعن الثلاثة .

وفي الفقيه ^(٤) عن حماد بن عمر وأنس بن محمد عن أبيه جميعاً عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي ﷺ لي : «يا علي لا يُتم بعد احتلام» ^(٥) .

وفي المصباح : «رواه الشيخ في المبسوط وغيره ، وهو أيضاً من الأحاديث المشهورة المتلقاة بالقبول» ^(٦) .

والمرسل فيه [في الفقيه ^(٧)] أيضاً : «على الصبي إذا احتلم الصيام ، وعلى المرأة إذا حاضت الصيام» ^(٨) .

وخبر طلحة بن يزيد عن الصادق عليه السلام «إن أولاد المسلمين الموسومون عند الله بشافع ومشفع ، فإذا بلغوا اثني عشر كتبت لهم الحسنات ، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات» ^(٩) .

وخبر علي بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الاسناد ^(١٠) : سألت عن اليتيم متى ينقطع بتمه ؟ قال : «إذا احتلم وعرف الأخذ والإعطاء» ^(١١) .

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يقدح تعبيرها بـ «لا احتلام» كـ بعض الأصحاب ^(١٢) ؛ للقطع بعدم إرادة خصوصيته .

بل قيل : المراد منه هنا خروج المني مطلقاً ، سواء كان في النوم أو اليقظة ^(١٣) .

وليس المراد منه معناه اللغوي الذي هو الرؤية في المنام ، فإنه قد يتحقق بدون خروج المني ، كما أن خروج المني ربما يتحقق بدون .

(١) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ١١ .

(٢) الناصريات : ٢٨٢ ، الخلاف ٢ : ٤١ ، ٢١٨ - ٢١٩ ، المبسوط ٣ : ٣ ، الغنية : ١١٨ .

(٣) الإيضاح (للفضل بن شاذان) : ١٩٣ - ١٩٤ ، تقريب المعارف : ٣١٨ ، الطرائف : ٤٧٣ ، نهج الحق وكشف الصدق : ٣٥٠ .

(٤) الفقيه ٤ : ٢٦٧ ، ح ٥٧٦٢ .

(٥) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ٩ .

(٦) مصابيح الأحكام : الورقة ٤٠ (مخطوط) .

(٧) الفقيه ٢ : ١٢٢ ، ح ١٩٠٧ .

(٨) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ١٠ .

(٩) الوسائل ١ : ٤٢ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ١ ، وفيه : «عن طلحة بن زيد» ، مع اختلاف .

(١٠) قرب الاسناد : ٢٨٤ ، ١١٢٥ .

(١١) الوسائل ١ : ٤٤ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ٦ ، وفيه : «والمطاء» .

(١٢) التذكرة ١٤ : ١٩ ، اللمة : ٦٦ .

(١٣) المناهل : ٨٦ .

والعبرة حينئذ في البلوغ بالخروج [أي المني] دون الرؤية [في المنام] (١). بل قد يقوى كون العلامة الاستعداد لخروج المني بالقوة القريبة من الفعل، وذلك بتحريك الطبيعة والإحساس بالشهوة، سواء انفصل المني معه عن الموضوع المعتاد أو لم يفصل، لكن بحيث لو أراد ذلك بالوطء أو الاستمناء تيسر له ذلك (٢).

[١] ولعله لذا جعل الحمل دليلاً على سبقه في الأنثى؛ لكونه مسبوqاً بالإنزال، وقد سمعت قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ﴾ (١) فإنه لو كان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقق البلوغ في الرجال ما لم يتحقق الاحتلام، وإن نكحوا وأولدوا، وهو واضح البطلان.

[٢] وكونه [= الخروج] شرطاً في الغسل لا يقضي بكونه كذلك في البلوغ؛ ضرورة دوران الأمر في الأول على الحديث المتوقف صدقها - ولو شرعاً - على الخروج، بخلاف الثاني الذي هو أمر طبيعي لا يختلف بظهور الانفصال وعدمه. خصوصاً مع تهيؤ النطفة للانعقاد، بل تكون الولد في الأنثى لا يكاد يتحقق معه الخروج إلى خارج.

بل عن المفسرين أن المراد بقوله تعالى: ﴿بَلَغُوا النُّكَاحَ﴾ شهوة النكاح والوطء والقدرة على الإنزال (٢)، بل قد عرفت سابقاً أن البلوغ من موضوعات الأحكام الشرعية التي مرجعها العرف والعادة، ومثل هذا [= المستعد للإنزال] لا شك في كونه بالغا فيهما. وإنما يتعين الرجوع إلى الشرع في تحديد الموضوعات مع الشك دون اليقين الذي قد عرفت حصوله في المقام.

وقد أومأنا سابقاً إلى أن البلوغ حال في الإنسان، بل مطلق الحيوان يخرج بها من حد الطفولية إلى غيرها، وأنها ينبعث عنها خروج المني ونحوه، وإن لم يجعل خروج المني علامة على سبقه؛ لاحتمال مقارنة خروجه لتلك الحالة، فالمدار عليها لا عليه، فمتى علم حصولها تحقق البلوغ وإن لم يحصل الخروج الحسي. لكن في عبارات الأصحاب اشتباه على غير المحصل؛ إذ المصنف والفاضل (٣) وغيرهما قيدوا خروج المني بكونه من الموضوع المعتاد.

وقال ثاني الشهيدين: «إنما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلة؛ لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصاً وفي بعضها بلوغ النكاح، وإنما يكون من المعتاد، فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به» (٤). والجميع موهم باعتبار ذلك [= المعتاد] فيه [= في البلوغ] كالفصل، لكن قد عرفت التحقيق، فلاحظ وتأمل. كما أنه قد يتوهم من المتن ونحوه اعتبار تكون الولد منه، فلا عبرة بالذي لا يتكون منه.

بل في المسالك نسبة هذا الفهم من العبارة إلى جماعة قال: «وفي حاشية الشهيد على القواعد نقلاً عن بعض العلماء: يعلم المني الذي منه الولد مما ليس منه بأن يوضع في الماء فإن طغى فليس وإن رسب فممنه الولد» (٥).

ولا يخفى عليك فساد هذا التوهم؛ ضرورة كون المعتبر مطلق خروج المني؛ للإطلاق فتكون الصفة [الذي يكون منه الولد] في عبارة المتن وغيره كاشفة باعتبار إرادة المنشأة، فلا يقدر تخلف التكون من بعض الأفراد، بل لعل المراد التخلف من صنفه فلا يقدر عدمه في بعض الأشخاص، كما هو واضح لا يحتاج إلى إطناب.

(٢) نسبة في المصايح الورقة: ٤١ (مخطوط).

(٤) المسالك ٤: ١٤٣.

(١) النساء: ٦.

(٣) القواعد ٢: ١٣٣.

(٥) المسالك ٤: ١٤٢، وفيه: «طفاء بدل طغى».

نعم يشترط في خروج المنى كونه في الوقت المحتمل للبلوغ، فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك [١].
[وقد يقال بامتناع خروج المنى فيما دون العشر في الذكور]، وهو كذلك [٢].
وأما ما تجاوز العشر فالظاهر فيه الإمكان، فيحكم بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فيه [٣].

[١] كما صرح به بعض الأساطين^(١). بل في التذكرة: «البلوغ منوط بخروج المنى مع إمكانه باستكمال تسع سنين مطلقاً عند الشافعي، وعندنا في المرأة خاصة، وأما في جانب الذكر فما وقفت له على حد لأصحابنا» إلى أن قال: «لأن في النساء حدة في الطبيعة وتسارعاً إلى الإدراك»^(٢). وفي المسالك: «وحد الإمكان عندنا في جانب القلة في الأنثى تسع سنين، وأما في الذكر فما وقفت له على حد يعتد به» إلى أن قال: «ولا يبعد أن يكون ما بعد العاشرة محتملاً»^(٣). ومقتضى كلامه الامتناع فيما دون العشر.
[٢] تمسكاً بمقتضى العادة.

[٣] عملاً بعموم الأدلة فيما لم يثبت امتناعه، بل فيما دل على تحديد السن في الذكور بعشر سنين تنبيه عليه. وكذا ما دل على التفريق بينهم في المضاجع بعشر. نحو خبر القداح عن أبي عبد الله عليه السلام: «يفرق بين الغلمان وبين النساء في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين»^(٤). وخبره عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: الصبي والصبية يفرق بينهم في المضاجع بعشر سنين»^(٥). ويؤيد ذلك ما عن الآبي في شرح النافع: كل رواية دلت على البلوغ فيما بين الخمسة عشر والعشر محمولة على ما إذا كان الغلام قد احتلم أو أنبت شعر العانة، توفيقاً بين الروايات؛ ولأن الاحتلام في تلك السنين قد يقع كثيراً^(٦)، ولقد شاهدنا من احتلم في ثلاث عشر سنة واثنى عشر سنة. وقال بعض الأفاضل: «ينبغي القطع بالإمكان في الثلاثة عشر فما فوقها: ١ - لقضاء العادة بالاحتلام في ذلك غالباً. ٢ - ولما رواه المشايخ عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين، احتلم أول ما يحتلم»^(٧). وعن عيسى بن زيد عنه أيضاً: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: يفتر الصبي لسبع سنين، ويؤمر بالصلاة لتسع، ويفرق بينهم في المضاجع لعشر، ويحتلم لأربع عشرة»^(٨)». قلت: على كل حال لم يظهر له فائدة في الأنثى بناءً على عدم الحكم به إلا بعد التسع ومع فرض العلم بها لم يحتج إليه. نعم قد يقال: إن الفائدة تظهر في مجهولة السن، فإنه إذا خرج المنى منها حكم ببلوغها، وإن لم يعلم قدر سنّها، وكذا في الغلام ونظير ذلك قدمناه في باب الحيض، فلاحظ. لكن عليه يكون خروج المنى من الأنثى دليلاً على البلوغ كالحيض لا بلوغاً في نفسه. وهو خلاف كلمات الأصحاب [من كونه بلوغاً]، فتأمل.

(١) المسالك ٤: ١٤٣.

(٢) التذكرة ١٤: ١٩١-١٩٢، وليس فيه: «وأما في جانب... لأصحابنا» نعم هي موجودة في مفتاح الكرامة ٥: ٢٣٧.

(٤) الوسائل ٢١: ٤٦١، ب ٧٤ من أحكام الأولاد، ح ٦، وفيه: «عن ابن القداح».

(٥) المصدر السابق: ٤٦٠، ح ٢، وفيه زيادة: «الصبي والصبي... والصبي والصبي».

(٦) إلى هنا تم ما في كشف الرموز ٢: ٦٩، وما بعده إلى كلمة «سنة» موجود في المناهل: ٨٧.

(٧) الكافي ٧: ٦٩، ح ٧، الفقيه ٤: ٢٢١، ح ٥٥١٩، التهذيب ٩: ١٨٣، ح ٧٣٩، الوسائل ١٧: ٣٦١، ب ١٤ من عقد البيع وشروطه، ح ٣.

(٨) الكافي ٧: ٦٩، ح ٨، الوسائل ١٩: ٣٦٤، ب ٤٤ من الوصايا، ح ١٠.

(٩) المناهل: ٨٧.

ثم لا يخفى عليك عدم العبرة بأوصاف المني بعد العلم به .

أمّا إذا اشتبه فالوجه الرجوع إليها [١] .

(و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنه (يشترك في هذين) العلامتين (الذكور والاناث) .

وقد عرفت الحال في الأولى .

وأمّا الثانية فـ [سهي مشتركة بينهما أيضاً] [٣] .

[١] لإزالة الحكم بالجنابة و وجوب الغسل بها [أي بالأوصاف] مع انتفاء العلم ، والسبب فيها [= في الجنابة] منحصر في الوطء وإنزال المني اتفاقاً ، فإذا انتفى الأول تعين الثاني .

ويحتمل العدم [أي عدم الرجوع] ؛ لأنّ اعتبارها [= الأوصاف] فيها [= في الجنابة و وجوب الغسل] لا يستلزم اعتبارها في البلوغ ؛ لجواز تقدّم الأسباب عليه [= على البلوغ] ، ولا يثبت بها .

لكنّه مبني على إمكان خروج المني قبل البلوغ .

وفيه بحث بل منع ؛ لأنّ الظاهر عدم تكوّنه إلّا حال وصول الطفل إلى حدّ البلوغ ، كما يؤمّن إليه إطلاق ما دلّ على أنّ خروجه علامة البلوغ من النصوص السابقة وغيرها .

ومن ذلك يعرف ما في الكلام السابق - من اعتبار الإمكان في خروج المني احترازاً من خروجه في غير زمن الإمكان ، كما إذا كان السن خمساً أو أربعاً - من النظر والتأمّل .

اللهم إلّا أن يراد الحكم بكونه غير مني ، وإن جمع صفاته نحو الدم الخارج من الجارية قبل التسع ، فإنّه ليس بحيض وإن جمع وصفه .

لأنّ المراد عدم العبرة به وإن كان متيّناً ظاهراً و واقعاً ، حتى يستلزم إمكان خروجه من غير البالغ ، فتأمّل ، والله اعلم .

[٢] [كما] لا خلاف بيننا فيه [هـ] .

[٣] [كما] قد نصّ على التسوية المزبورة غير واحد .

بل في التذكرة :

« الاحتلام خروج المني ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع ، ولا نعلم فيه خلافاً في الذكر ... وهو في النساء كذلك ، وللشافعي قول - بأنّ خروج المني من النساء لا يوجب بلوغهن ؛ لأنّه نادر فيهنّ - ساقط العبرة » .

قال : « وإطباق أكثر العلماء على خلاف هذا » ^(١) .

وفي المسالك في شرح المتن : « هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق ، وإنّما نبّه به على خلاف الشافعي » إلى أن

قال : « وفساده واضح » ^(٢) .

(١) التذكرة ١٤ : ١٩٠ - ١٩١ .

(٢) المسالك ٤ : ١٤٣ - ١٤٤ .

قلت : قد يلوح - من الفقيه ^(١) و صايا النهاية ^(٢) وصوم المبسوط ^(٣) وباب الأوصياء من المذهب ^(٤) ، ونكاح الوسيلة وخمسها ^(٥) ، ونوادير القضاء من السرائر ^(٦) موافقة الشافعي أو يظهر ، خصوصاً في بعضها .

لكن ما ذكره [الشافعي] من « النذرة » فيهن ، وأنه لا يحصل إلا بعد العلم ببلوغ التسع جعل للاقتصار عليه في الرجال وجهاً وجيهاً .

بل ولبعض النصوص المقتصر فيه على كونه علامة للرجال .

بل الفقيه الماهر يقطع بكون النص والفتوى مبنيين على ذلك .

خصوصاً بعد معروفة ذكر الحمل في كلامهم علامة على سبق البلوغ بالإنزال ، وخصوصاً بعد تصريح الشيخ ^(٧) وابني

حمزة ^(٨) وإدريس ^(٩) في مقام آخر بالاشتراك .

فإجماع التذكرة ^(١٠) مما يشهد التتبع مع التأمل بصحته ، فهو الحجة .

مضافاً إلى عموم ﴿ وَابْتَلُوا ﴾ ^(١١) إلى آخره ، و« لا يتم بعد احتلام » ^(١٢) وأصالة الاشتراك في الأحكام ما لم يثبت خلافه .

وما عرفت من أن البلوغ حال طبيعي ينبعث عنها ذلك ، من غير فرق بين الرجال والنساء ، كما هو المشاهد في العرف .

والى ما عَنِ الشيخ ^(١٣) والفاضل ^(١٤) من أنهما استدلاً عليه بما روي من أن أم سلمة : سألت عن المرأة ترى في منامها ما يرى

الرجل ؟ فقال : « إذا رأت ذلك فلتغتسل » ^(١٥) .

ولكنه مبني على استفادة الفورية المقضية لثبوت التكليف المشروط بالبلوغ ، وإلا فسيببية الاحتلام للغسل بناءً على حصوله

من الصغیر لا يتنافي عدم البلوغ حال وجود السبب ، كما في الحدث الأصغر ، والأمر سهل بعد قطعية الحكم ، والله أعلم .

(١) انظر الفقيه ٢ : ١٢٢ . و ٤ : ٢٢٠ - ٢٢٢ .

(٢) النهاية : ٦١٢ - ٦١٣ .

(٣) المبسوط ١ : ٢٦٦ .

(٤) المذهب ٢ : ١١٩ .

(٥) الوسيلة : ٣٠١ - ١٣٧ .

(٦) السرائر ٢ : ١٩٩ .

(٧) المبسوط ٢ : ٢٨٢ .

(٨) لم نثر عليه في الوسيلة .

(٩) السرائر ١ : ٣٦٧ . و ٣ : ٢٠٦ .

(١٠) التذكرة ١٤ : ١٩٠ .

(١١) النساء : ٦ .

(١٢) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ٩ .

(١٣) المبسوط ٢ : ٢٨٢ .

(١٤) التذكرة ١٤ : ١٩١ .

(١٥) سنن البيهقي ١ : ١٦٨ .

(و) كذا يعلم البلوغ شرعاً إن لم يكن عرفاً (بالسنّ وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر) (١).

[١] على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كما اعترف بذلك في المسالك^(١).

بل نقلها [= الشهرة] مستفيض أو متواتر، كالإجماع صريحاً وظاهراً على ما في مفتاح الكرامة، حيث قال: «كادت تبلغ إجماعات المسألة اثني عشر إجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به، بل هو معلوم»^(٢).

وربما يشهد له التمتع، بل ربما يزيد على ذلك مع إطلاق الإشعار؛ لأنه كما حكاها العلامة الطباطبائي عن صريح الغنية والظاهر كائن من خلاف والتذكرة وظاهر مجمع البيان وكنز العرفان وكنز القوائد والمسالك والمسالك الجوادية وتلويح المنتهى وكشف الرموز وتلخيص الخلاف ونقد الشرائع، وقضية انحصار المخالف في ابن الجيند على ما يظهر من المختلف والمهذب البارع وشرح الشرائع وعوالي اللآلي. وهو مع أنه معلوم النسب لا يقدر في الإجماع، خصوصاً مع ضعف مأخذه وشدة وهنه وشذوذه. على أنه لو تطرّق المنع إلى الإجماع من خلافه، وخلاف بعض متأخري المتأخرين فلا ارتباب في تحقيقه فيما بينهما حيث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهرة إلى زمن ثاني الشهيدين، كما تشهد به تصانيفهم المضبوطة^(٣)، بل قطع بعضهم^(٤) بالحكم ولم يعتد بخلافه فحكي الإجماع بل نفي الخلاف. فلا ينبغي للفقهاء التردد بعد ذلك في فساد قوله، بل وما حدث في هذه الأزمنة المتأخرة، خصوصاً بعد ملاحظة غير ذلك من الأدلة من الاستصحاب، فإن الأصل عدم البلوغ والتكليف وبقاء الحجر والولاية ما لم يعلم الناقل عنه، ولا يعلم إلا بإكمال الخمسة عشر، فيكون بلوغاً دون ما قبله.

ولا وجه للمناقشة في الاستصحاب هنا، بعد كون المطلوب منه إثبات الحكم؛ إذ المشتبه حكم السنّ المعلوم، لا أصل السنّ المعلوم الحكم؛ ضرورة اقتضاء الاستصحاب فيه نفي الأكثر، فالموضوع والحكم هنا متماكسان في الاستصحاب.

فلو علم سنّ البلوغ ولم يعلم بلوغ ذلك السنّ فمقتضى الاستصحاب نفي الأكثر، بخلاف ما لو بلغ سنّاً [كأربع عشر سنة]، ولم يعلم أنه بلوغ، فإن الأصل عدم البلوغ، كما عرفت، ومقتضاه نفي الأقل.

اللهم إلا أن يقال - كما أومأنا إليه سابقاً -: إن البلوغ شرعاً هو بلوغ الحلم، فيكون حالة طبيعية مخصوصة في الإنسان، بل مطلق الحيوان، وجميع ما ذكر علامة له، فهو كاشف عن الوصول إليها حتى السنّ.

فيكون المشتبه حينئذ الموضوع، والمنفي بالاستصحاب الأقل؛ إذ الأصل عدم بلوغ الحد الكاشف.

لكنه خلاف ما عليه الأصحاب من أن السنّ بلوغ في الشرع، وإن كانت العلة فيه كشفه عن غيره، ومتى كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع، وموضوعية البلوغ لبعض الأحكام لا ينافي بكونه حكماً؛ لأن الحكم قد يكون موضوعاً لحكم آخر. ولا استحالة في ذلك، مع اختلاف الجهة، ومثله كثير. فالاستصحاب بجمع وجوه المذكورة [حكماً أو موضوعاً] حينئذ حجة في المسألة، وإن كان ألصقها بالمذمى، وأغناها عن الضمان استصحاب عدم البلوغ، فإنه نفي صريح، والمطلوب منه عين المستصحب دون لازمه، والتمسك به لا يتوقف على ضمنية عدم القول بالفصل ونحوه. على أنه من الأمور القارئة الثابتة كغيره، وإضافته إلى ما يرجع إلى الزمان لا يخرجها عن القرار، فمعنى أصل عدم البلوغ أن الأصل عدم حضور زمان البلوغ، لا بقاء زمان عدم البلوغ،

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٤٠.

(١) المسالك ٤: ١٤٤.

(٤) تلخيص الخلاف ٢: ١١٩.

(٣) مصابيح الأحكام: الورقة ٣٠ (مخطوط).

واستصحاب غير القارِ إنما يلزم لو أريد الثاني دون الأول. وقد يتمسك بأصل البراءة من التكليف على المطلوب [وهو البلوغ بخسة عشر]، لا لكونه حادثاً منفياً بأصل العدم لرجوعه إلى الاستصحاب، ولا للأصل الشرعي المستفاد من نحو قولهم: «كُلْ شَيْءٍ مَطْلُقٍ حتى يرد فيه نهي»^(١) و«الناس في سعة ما لم يعلموا»^(٢) وغيرهما. فإنَّ المفهوم من ذلك سقوط التكليف كما يظهر بالتدبر، بل لأنَّ التكليف فرع البيان، وهو مفقود في محلِّ النزاع. ودعوى وجود البيان - وهو الخطاب العام الصالح لكل مميّز - يدفعها أنه [أي التكليف] مشروط بالبلوغ، ولم يثبت قبل اكمال الخمسة عشر. اللهمَّ إلا أن يمنع الشرطية على وجه ينافي الاستدلال بالعمومات في المجهول، وفيه بحث ذكرناه في غير المقام. والأمر سهل بعد الغنية عن ذلك بما سمعته أولاً [من الشهرة والاجماع وغير ذلك]. ومضافاً إلى ظاهر الكتاب، كقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣).

ضرورة دلالة بمفهومه على انتفاء الحكم بالدفع - المشروط بإنباس الرشد - بانتفاء بلوغ النكاح، فهو متناول لأسنان التمييز وحدود الابتلاء التي هي في الغالب من العشر إلى الخمسة عشر، وأحقها بالدخول سنَّ الاحتلام، وتوقع بلوغ النكاح، وهي من الثانية عشر إلى السادسة عشر، إلا أنَّ الإجماع على خروجها، فيتعين كون الخمسة عشر هي البلوغ بحسب السن.

وربما نوقش: بأنَّ «إذا» قد تخرج عن الظرفية فلا تكون شرطاً، ومنه [= من الخروج عن الظرفية] المقام.

فإنَّ المراد «وابتلاو اليتامى» إلى وقت بلوغ النكاح، وحينئذٍ فلا دلالة فيها على الاشتراط المزبور.

ويدفعه - بعد تسليم خروجها عن الظرفية -: أنه نادر جداً لا يحمل عليه التنزيل، بل يقتضي انقطاع الابتلاء [من حيث الرشد] بالبلوغ، وليس كذلك كما ستعرف؛ لاستمراره إلى ظهور الرشد أو اليأس منه، بل ذلك مع ظهور كون المراد إنباس الرشد المسبب عن الابتلاء المأمور به السابق على البلوغ.

ومقتضى ذلك الحجر على البالغ الرشيد إذا لم يؤنس منه رشد قبل البلوغ، وارتفاعه [= الحجر] عمن لم يبلغ إذا أونس منه الرشد؛ لانتهاء الشرط [وهو الرشد] في الأول [أي البالغ]؛ ووجوده في الثاني [أي الذي لم يبلغ]، إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلى بلوغ النكاح حصوله قبله، لا استمراره [= الابتلاء] إليه؛ لأنَّ الابتلاء متى وجد وتبين به الحال لم يتكرر، فالمرة تكفي في هذا الأمر، ولو بني الكلام في الشرط على خلاف الظاهر، فإما أن يراد به إنباس الرشد مطلقاً، أو إنباسه بعد البلوغ. ويلزم على الأول جواز دفع المال إلى غير البالغ إذا ابتلي وأونس منه الرشد، وإهماله بدونه إلى أن يظهر الرشد بنفسه وإن طال الزمان وسهل الاختبار.

وأما الثاني فمع حصول المطلوب يلزمه جواز الإهمال، كما في الأول. فبان من ذلك كله أنَّ «إذا» في الآية ظرف على الأصل فيه، وأنَّ الكلام لا ينتظم إلا به، والمعنى لا يستقيم بدونه، فسقط احتمال خروجها عن الشرطية بخروجها عن الظرفية.

نعم على الظرفية يحتمل الخروج عن الشرطية بتقدير العامل، [والمعنى] وابتلاو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح نظرتم، أو ابتلوهم حتى تنظروا في وقت بلوغهم النكاح، فإن آنستهم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم.

(١) . الوسائل ٢٧: ١٧٣ - ١٧٤، ب ١٢، من صفات القاضي، ح ٦٧.

(٢) . المستدرک ١٨: ٢٠، ب ١٢ من مقدمات الحدود، ح ٤. (٣) . النساء: ٦.

وهذا [المعنى المترتب على الخروج عن الظرفية] وإن صحَّ، وصحَّ الاستدلال به، غير أنه يستدعي تقديراً في الكلام، وخروجاً عن الظاهر في «إذا» من تضمنها معنى الشرط في الغالب. ومن هنا قال الفاضل الطباطبائي: «الأصوب أن تكون «إذا» للشرط، كما هو الأصل فيها، وجوابها مجموع الشرط والجزاء، وهو قوله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾، و«حتى» حرف ابتداء، وغايتها مضمون الجملة التي بعدها، وهو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح، وإنما كان كذلك؛ لأنَّ دفع المال في الآية مشروط بإيناس الرشد، فيكون مؤخراً عنه، وهذا الدفع المشروط بإيناس مشروط بالبلوغ، فيكون المشروط بشرطه المتقدم عليه متأخراً عن البلوغ الذي هو شرط فيه، وترتب الشروط بحسب الوقوع، ترتيبها في الذكر، فإنَّها في الآية قد وقعت على التوالي، ولو تعاكست [الشروط] كان الشرط المتقدم في الذكر مؤخراً في الوجود، والمؤخَّر في الذكر مقدماً في الوجود، فلو أردت نقل المضمون إليه، قلت: «ادفعوا إليهم أموالهم إن رشدوا إن بلغوا» ولا يصحَّ إن بلغوا إن رشدوا؛ لأنَّه يقتضي أن يكون الرشد شرطاً في البلوغ، والأمر بالعكس. ومن ثمَّ لو قال قائل: «لله عليّ نذر إن شربت إن أكلت» فأكل ثمَّ شرب إلزام، بخلاف ما لو شرب ثمَّ أكل، ولو عكس انعكس»^(١).

قلت: هو جيّد، لكن قد يقال: المنساق من الآية إنَّهما معاً شرطان مستقلان في الدفع، لأنَّ أحدهما شرط في الآخر كالمثال الذي ضربته، فتأمل جيّداً. وعلى كلّ حال فالمنافضة المزبورة واضحة الدفع، كالمنافضة [أولاً] في أصل حجية مفهوم الشرط، و[ثانياً] في عمومها، و[ثالثاً] في خصوص «إذا» من أدواته، بل وغيرها ممّا هو ليس بعريق في الشرطية، بخلاف «إن»، و[رابعاً] بأنَّه لو سلّم ذلك كلّهُ فإنَّما يقتضي المفهوم عدم وجوب الدفع لا حرمة؛ ضرورة اندفاع الأولى [أي المناقشة في حجية مفهوم الشرط] بل والثانية بما حررناه في الأصول، والعرف أعدل شاهد به. والثالثة: بأنَّه لا فرق بين «إن» وغيرها من أدوات الشرط؛ لابتناء العموم على أنَّ الاختصاص بمورد الشرط يقتضي الانتفاء في غيره فيعم، وليس الحكم في المنطوق بعموم الإثبات؛ ليكون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الإثبات في محل النطق، ومفهومه السلب عمّا عداه، ويلزمه عموم السلب، وهذا المعنى لا يتفاوت في الأدوات كأصل المفهوم، وكلمات الأصحاب في الأصول والفروع شاهدة بذلك، وأنَّه لا فرق بينها جميعاً في ذلك كلّهُ.

وأما الرابعة فواضحة بناءً على أنَّ المفهوم في الشرط النهي، كما يقتضيه كلام بعضهم، ومال إليه العلامة الطباطبائي^(٢)، وربما يشهد له العرف، بل وإن لم نقل بذلك وكان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٣) إلى آخره، بل وإن لم يكن المراد منه ذلك، لكن المقام منحصر بين الوجوب والحرمة؛ إذ الخطاب للأولياء، والدفع إمّا أن يجب عليهم أو يحرم ولا ثالث لهما، فتكون الحرمة حينئذٍ من لوازم عدم الوجوب هنا، والله أعلم.

وكذا [يدفع] المناقشة: بأنَّ الاستدلال في الآية إمّا يتمُّ لو أُريد ببلوغ النكاح حصول الإنزال، أو صلاحية خصوص الشخص؛ لأنَّ ينزل بالوطء ونحوه، وهو غير متعيّن؛ لاحتمال كون المراد بلوغ وقت الصلاحية للنكاح صلاحية نوعية وإن تخلّفت عن خصوص الشخص، وهذا المعنى حاصل فيمن كان سنّه أربعة عشر بل وثلاثة عشر، فلا دلالة في الآية على نفي البلوغ بهما.

(١) مصابيح الأحكام: الورقة ٣١ (مخطوط).

(٢) مصابيح الأحكام: الورقة ٣٢ (مخطوط).

(٣) النساء: ٥.

إذ يدفعها أولاً : أن بلوغ النكاح عرفاً هو أن يبلغ الصبي ويدرك ، وهو غير بلوغ زمان النكاح ؛ لصحة سلب الأول عمن ثبت له الثاني ، وأقل ما يصدق معه ذلك صلاحية الشخص لأن ينكح ، وأما مجرد القابلية النوعية فلا يتحقق معه الصدق عرفاً .

وثانياً : أنه لو أريد الزمان فالظاهر إرادة الوقت الذي يغلب فيه ذلك ويكثر ، والغلبة منتفية فيما دون الخمسة عشر ، فلا يتحقق به بلوغ النكاح . وإرادة التحقق في الجملة ولو على سبيل الندرة يقتضي صدق بلوغ النكاح بالاثني عشر ، بل بما دونه أيضاً ، بناءً على أن ما فوق العشرة من زمان إمكان الاحتلام كما ستعرف . ودعوى إرادة ما تجاوز حدّ الوقوع ولم يبلغ الغلبة لا دليل عليها ، بل هي تحكم محض ، كما هو واضح . وقد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال في دلالة الآية على المطلوب .

بل منه ظهر دلالة قوله تعالى أيضاً : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ ^(١) بالتقريب السابق ، فإن بلوغ الحلم كبلوغ النكاح يعتبر في صدقه القابلية بحسب الشخص ، بل فعليه الإنزال إما مطلقاً أو مع التقييد بالتمام كالاحتلام . أما القابلية النوعية ببلوغ السن الذي يتفق فيه ذلك ، فلا يصدق معها بلوغ الحلم إلا بتأويل أو تقدير ؛ لتبادر الغير ، وصحة السلب ، ونص أهل اللغة . فعن القاموس : « الحلم بالضم والاحتلام : الجماع في النوم » ^(٢) .

والمصباح : « حلم الصبي واحتلم : أدرك وبلغ مبالغ الرجال : فهو حالم ومحتلم » ^(٣) .

بل عنه أيضاً : « أدرك الغلام : بلغ الحلم » ، و « بلغ الصبي احتلم وأدرك » ^(٤) .

والغريبين : « أنه أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالم ديناراً .

قال أبو الهيثم : « أراد بالحوالم كل من بلغ الحلم ، حلم أو لم يحلم ، ومنه الحديث : « الغسل يوم الجمعة واجب على كل حالم » ^(٥) .

والمغرب : « حلم الغلام احتلم حلاماً من باب طلب ، والحوالم المحتلم في الأصل ، ثم عمّ فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال : حالم ، وهو المراد في الحديث » ^(٦) .

والنهاية : « أراد بـ « الحالم » في الحديث : من بلغ الحلم ، وجرى عليه حكم الرجال ، سواء احتلم أو لم يحتمل ، ومنه الحديث « الغسل ... إلى آخره ، وفي رواية - « على محتلم » - أي بالغ مدرك » ^(٧) .

والظاهر إرادته من قوله : « وجرى عليه حكم الرجال » : معنى بلغ مبلغ الرجال الذي عتبر به غيره ، بل لو كان المراد كل من جرى عليه الحكم شرعاً فالمقصود بيان المعنى المراد ، دون حقيقة اللفظ ، فإن الحقيقة اللغوية لا تثبت بالحكم الشرعي . أما ما عن الفائق في معنى الحديث : « قيل : المراد كل من بلغ وقت الحلم ، حلم أو لم يحلم » ^(٨) ، فالظاهر أنه أراد بالقول ما تقدم ، وهو ما حكاه الهروي عن أبي الهيثم ، والمراد به وقت الإدراك والبلوغ بالاحتلام وشبهه دون السن ، فلا يتنافى ما قلنا .

(١) التور : ٥٩ .

(٢) القاموس المحيط ٤ : ٩٩ .

(٣) المصباح المنير : ١٤٨ .

(٤) الغريبين ٢ : ٨٨ .

(٥) المغرب ١٢٦ .

(٦) المصباح المنير : ١٩٢ ، ٦١ .

(٧) الفائق ١ : ٣٠٤ .

(٨) النهاية (لابن الأثير) ١ : ٤٣٤ .

وأما وجوب الاستئذان [له في الدخول إلى البيت]، فإنه وإن قلَّ من تعرض له في كتب الفروع، ومن ثم لم يشتهر الحكم به بين الناس حتى صار كالشريعة المنسوخة [١].

[١] لكن عن التبيان^(١) ومجمع البيان^(٢) وروض الجنان^(٣) وكنز العرفان^(٤) وآيات الأحكام^(٥) والمسالك الجوادية^(٦) وقلاند الدرر^(٧) النص عليه.

وبدّل عليه:

١ - مضافاً إلى أمر الكتاب الذي هو أحق الأوامر بالإيجاب.

٢ - وإطلاق النهي في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ﴾^(٨) إلى آخره.

وما في التهجّم على الساكن المختصة من الأذية والخروج عن الآداب العقلية والشرعية صحيح ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام:

﴿لَيْسَتْ أُنُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْعَنُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾^(٩) إلى آخره.

«ومن بلغ الحلم منكم فلا يلج على أمّه ولا على أخته ولا على ابنته، ولا على من سوى ذلك إلا بإذن»^(١٠).

ونحوه خبر جراح المدائني عن الصادق عليه السلام^(١١).

وصحيح أبي أيوب عنه أيضاً: «ويستأذن^(١٢) الرجل إذا دخل على أبيه، ولا يستأذن [الأب] على الابن، قال: ويستأذن الرجل على ابنته وأخته إذا كانتا متزوّجتين»^(١٣).

وخبر الحلبي: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يستأذن على أبيه؟ فقال: «نعم قد كنت أستأذن على أبي وليست أمّي عنده، وإنما هي امرأة أبي، توفت أمّي وأنا غلام، وقد يكون من خلوتهما ما لا أحبُّ أن أفجأهما عليه، ولا يجبان ذلك منّي، والسلام أحسن وأصوب»^(١٤).

(١) التبيان ٧: ٤٦٠.

(٢) مجمع البيان ٤: ١٥٤.

(٣) روض الجنان ١٤: ١٧٩ - ١٨٠.

(٤) كنز العرفان ٢: ٢٢٤.

(٥) زبدة البيان: ٥٥٠.

(٦) المسالك (للفاضل الجواد) ٣: ٢٩١.

(٧) قلاند الدرر: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٨) النور: ٢٧.

(٩) النور: ٥٨.

(١٠) أورد صدره في الوسائل ٢٠: ٢١٧، ب ١٢١ من مقدّمات النكاح، ح ١، وذيله في ٢١٦، ب ١٢٠، ح ٤.

(١١) الوسائل ٢٠: ٢١٨، ب ١٢١ من مقدّمات النكاح، ح ٣.

(١٢) في المصدر: «يستأذن».

(١٣) الوسائل ٢٠: ٢١٤، ب ١١٩ من مقدّمات النكاح، ح ١، وذيله في ٢١٥، ب ١٢٠، ح ١.

(١٤) الوسائل ٢٠: ٢١٤، ب ١١٩ من مقدّمات النكاح، ح ٢، وفيه: «توفّيت» بدل «توفّت».

بناءً على ما هو الظاهر من كون السؤال عن الوجوب لا الجواز ، فإنه لا يسأل عنه ، والتعليل لا ينفيه ، بل يؤكد .
 وخبر جابر عن أبي جعفر عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال : خرج رسول الله ﷺ يريد فاطمة عليها السلام وأنا معه ، فلما انتهينا إلى الباب وضع يده عليه فرفعه ، ثم قال : « السلام عليكم ، فقالت ، فاطمة : عليك السلام يا رسول الله ، قال : أدخل ، قالت : أدخل يا رسول الله ، قال : أدخل أنا ومن معي ؟ قالت : يا رسول الله ليس علي قناع ، قال : يا فاطمة خُذي ملحفتك فقنعي بها رأسك ففعلت ، ثم قال : السلام عليكم ، فقالت فاطمة عليها السلام : عليك السلام يا رسول الله ، قال جابر : فدخل رسول الله ﷺ ودخلت فإذا وجه فاطمة أصفر كأنه بطن جرادة ، فقال رسول الله ﷺ : ما لي أرى وجهك أصفر ، قالت يا رسول الله الجوع ، فقال رسول الله : اللهم شبع الجوعة دافع الصفرة^(١) أنشعب فاطمة بنت محمد ، قال جابر : فوالله نظرت إلى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها أحمر فما جاعت بعد ذلك [اليوم] »^(٢) .

وعن مجمع البيان^(٣) : « روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ أستأذن على أمي . فقال : « نعم قال : إنها ليس لها خادم غيري أفستأذن عليها كلما دخلت قال : « تحب أن تراها عريانة ، قال الرجل : لا ، قال : فاستأذن عليها »^(٤) .

وعن الكشاف : « وكان أهل الجاهلية يقول الرجل منهم إذا دخل بيتاً غير بيته : حَيِّتُمْ صباحاً ، وحَيِّتُمْ مساءً ، ثم يدخل ، فربما أصاب الرجل مع امرأته في لحاف واحد ، فصَدَّ الله عن ذلك ، وعَلَّمَ الأحسن والأجمل ، وكم من باب من أبواب الدين هو عند الناس كالشريعة المنسوخة ، قد تركوا العمل به ، وباب الاستئذان من ذلك بينما أنت في بيتك إذ رفع عليك الباب واحد من غير استئذان ولا تحية من تحايا إسلام ولا جاهلية ، وهو ممن سمع ما أنزل الله فيه وما قال رسول الله ﷺ ، ولكن أين الأذن الواعية »^(٥) .

وعنه أيضاً في تفسير قوله : ﴿ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ﴾^(٦) ما حاصله :
 إنَّ حكم الأطفال ذلك ، فإن خرجوا عن حدِّ الطفولية بالاغتلام ، أو بلوغ السنَّ وجب أن يقطعوا عن تلك العادة ، وبحملوا على أن يستأذنوا في جميع الأوقات كالرجال الكبار الذين لم يعتادوا الدخول عليكم إلا بأذن ، وهذا ممَّا الناس في غفلة عنه ، وهو عندهم كالشريعة المنسوخة ... إلى آخره^(٧) .
 إلى غير ذلك من النصوص المروية عند الفريقين .

(١) في المصدر : « الضيمة » .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢١٦ ، ب ١٢٠ من مقدمات النكاح ، ح ٣ .

(٣) مجمع البيان ٤ : ١٣٥ .

(٤) المستدرک ١٤ : ٢٨٢ ، ب ٩٢ من مقدمات النكاح ، ح ٤ ، مع اختلاف .

(٥) الكشاف ٣ : ٢٢٧ .

(٦) التور : ٥٨ .

(٧) الكشاف ٣ : ٢٥٤ .

هذا كله حكم من بلغ الحلم .

أما من لم يبلغه فلا يجب عليهم الاستئذان مطلقاً ، أما في غير العورات الثلاث فظاهر [١] .

وأما فيها [= في العورات الثلاث التي هي قبل صلاة الفجر ، وحين وضع الثياب من الطهيرة ، وبعد صلاة العشاء] فـ [كذلك] [٢] .

[١] ١ - للأصل .

٢ - ونص الكتاب والسنة .

[٢] لأن إيجاب الاستئذان تكليف ، ولا تكليف على غير البالغ .

ولاشتراط الإيجاب بالبلوغ ، فينتفي بانتفائه مطلقاً ، عملاً بعموم المفهوم .

وعن التبيان : أنه حكى عن الجبائي القول بوجود الاستئذان على المميزين في الأوقات الثلاثة أخذاً بظاهر الأمر ، قال :

« وقال قوم : في ذلك دلالة على أنه يجوز أن يؤمر الصبي [الذي يعقل] ؛ لأنه أمره بالاستئذان » ^(١) .

والجميع كما ترى .

وبدلّ على المطلوب [وهو البلوغ بخمس عشرة] أيضاً بالتقريب السابق عموم الأحاديث الدالة على « رفع القلم عن الصبي

حتى يحتلم » ^(٢) .

وأن « انقطاع يتم اليتيم الاحتلام » ^(٣) .

كل ذلك مضافاً إلى النصوص الدالة عليه بالخصوص .

فمنها : النبوي المرسل في محكي الخلاف والتذكرة : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه ، وأخذ منه

الحدود » ^(٤) .

والآخر : أن عبد الله بن عمر عرض عليه عام بدر وهو ابن ثلاث عشرة سنة فردّه ، وعرض عليه عام أحد وهو ابن أربع عشرة

سنة فردّه ، ولم يره بالغاً ، وعرض عام الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه في المقاتلة ^(٥) .

بل قيل : « إن الثاني منهما مشهور ، رواه جماعة من أرباب المغازي والسير ممن يوثق بنقلهم » ^(٦) .

وعن عيون الأثر : « أن عمر بن عبد العزيز لما حدث به دعا كاتبه ، فقال : إعجل عليّ كاتباً للأمصار كلها ، فإن رجلاً يقدمون

إليّ يستفرضون لأبنائهم واخوانهم ، فانظروا من فرضت له فأسألوهم عن أسنانهم ، فمن كان منهم ابن خمس عشرة سنة فافرضوا له ،

واقضوا لهم في المقاتلة ، ومن كان دون ذلك فافرضوا لهم في الذرية » ^(٧) .

وفيه : « أنه عليه السلام عرض عليه يوم أحد أسامة بن زيد وزيد بن ثابت واستأذن ظهير فردّهم ، ثم أجازهم يوم الخندق ، وهم

(١) التبيان ٧ : ٤٦٠ .

(٢) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدّمه العبادات ، ح ١١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٠٩ ، ب ١ من الحجر ، ح ١ ، وفيه : « بالاحتلام ، بدل « الاحتلام » .

(٤) الخلاف ٣ : ٢٨٣ . التذكرة ١٤ : ١٩٦ . (٥) سنن البيهقي ٦ : ٥٥ ، مع اختلاف .

(٦) عيون الأثر ١ : ٤١٠ ، ٤١١ . انظر سنن البيهقي ٦ : ٥٥ . (٧) مصباح الأحكام : الورقة ٣٤ (مخطوط) .

أبناء خمس عشرة سنة ، وأن من جملة من ردّ في ذلك اليوم البراء بن عازب وأبو سعيد الخدري وزيد بن أرقم^(١) .

ومنها : صحيح ابن محبوب عن عبد العزيز العبدى عن حمزة بن حمران^(٢) : قال : سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها ؟ فقال : « إذا خرج عن اليتيم وأدرك ، قلت : فذلك حدّ يعرف ؟ فقال : إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أثبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها ، وأخذت له ، قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها وتؤخذ لها ؟ قال : إنّ الجارية ليست مثل الغلام ، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع إليها مالها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع ، وأقيمت عليها الحدود التامة ، وأخذ لها وبها ، قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك »^(٣) . وهو مع صراحته في المطلوب وانجباره بالشبهة العظيمة ومحكي الإجماع أو محضه ، لا قدح في سنده .

إذ حمزة - مع كونه من آل أعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم في الشيعة - سديد الحديث كثير الرواية ، قد روى عنه الأجلاء كعبد الله بن مسكان ، وابن بكير ، وابن أبي عمير ، وحسن بن محبوب ، بل في بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى وهم من أصحاب الإجماع . وما عن ظاهر التجاشي ورسالة أبي غالب الزراري - من أنه من أصحاب الصادق عليه السلام خاصة ، وربما يؤيده أن الخبر في الوسائل والوافي^(٤) عن حمزة بن حمران عن أبي جعفر عليه السلام - يدفعه تصريح غيره بأنه من أصحابهما معاً ، وإن كان روايته عن الصادق عليه السلام أكثر وأشهر ، فلا إرسال حينئذ في الخبر المزبور . وفي مصابيح العلامة الطباطبائي : « أن الذي وجدته في بعض النسخ المصححة من الكافي والتهذيب رواية حمزة بن حمران عنه عليه السلام . وقد رواه في المستطرفات كذلك^(٥) ، وكأنه الأصح »^(٦) .

على أنّ حمران بن أعين أبو حمزة أجل من أن يتعرّض لبيان حاله ، فالرواية لا قدح فيها من هذه الجهة . نعم عبد العزيز لم ينصّ عليه بمدح ولا ذم ، لكن رواية الحسن بن محبوب عنه ، وخصوصاً في كتاب المشيخة المعروف بالاعتماد قد يحصل منه الظنّ بعदائه . كلّ ذلك مضافاً إلى الاعتضاد بما عرفت .

ومنها : حسن يزيد الكناسي أو صحيحه عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوّجت وأقيمت عليها الحدود التامة [عليها] ولها ، قال : قلت : الغلام إذا زوّجه أبوه ودخل بأهله ، وهو غير مدرك ، أيقام عليه الحدود وهو على تلك الحال ؟ قال : فقال : أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلّها على مبلغ سنّه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة ، فلا تبطل حدود الله في خلقه ، ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم »^(٧) . وحسنه الآخر أو

(١) عيون الأثر ١ : ٤١٠ . انظر سنن البيهقي ٦ : ٥٥ .

(٢) في المصدر بعدهما : وعن حمران .

(٣) الوسائل ١ : ٤٣ ، ب ٤ من مقدّمات العبادات ، ج ٢ .

(٤) الوافي ١٥ : ٣٠٠ ، ح ١٥١٠٤ . أقول : ومثله الكافي ٧ : ١٩٧ ، ح ١ . التهذيب ١٠ : ٣٧ ، ١٣٢ المتداول بين أيدينا .

(٥) السرائر ٣ : ٥٩٦ .

(٦) مصابيح الأحكام : الورقة ٣٤ (مخطوط) .

(٧) الكافي ٧ : ١٩٨ ، ح ٢ . الوسائل ٢٨ : ٢٠ ، ب ٦ من مقدّمات الحدود ، ح ١ .

صحيحه في حديث : قلت لأبي جعفر عليه السلام أقيم عليها الحدود وتؤخذ بها ، وهي في تلك الحال إنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض ؟ قال : « نعم ، إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها ، وأقيمت الحدود النافذة عليها ولها ، قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية ؟ فقال : يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك ، وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك ، قلت : فإن زوجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرك أقيم عليه الحدود وهو في تلك الحال ؟ قال : أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنه ، فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة » ^(١) الحديث .

ومنها : صحيح ابن وهب : سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام ؟ قال : « فيما بينه وبين خمس عشرة سنة ، وأربع عشرة سنة ، فإن هو صام قبل ذلك فدعه » ^(٢) بناءً على إرادة معنى « أو » من الواو فيها . بل عن النهاية ^(٣) روايته بها ، بل لابد من كون المراد ذلك ؛ لاستحالة الجمع هنا كما هو ظاهر .

وحينئذ فمقتضى السياق والترديد كون ما تقدم عليهما [= على خمس عشرة أو أربع عشرة] وقتاً للتمرين والأخذ على سبيل التأديب ، فيكون البلوغ حينئذ بأحدهما ويمتنع أن يكون الأقل ، وإلا لم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الأكثر تمرينياً ، فيتعين كونه الأكثر .

ولعل النكتة في الترديد التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما والمتقدم عليهما في التضييق وعدمه بالنسبة إلى التمرين ، فإن الصبي يضيق عليه فيما بين الأربعة عشر والخمسة عشر ، بخلاف ما تقدم من الزمان فإنه لا يضيق عليه لبعده عن البلوغ .

ومنها : صحيحه الآخر : سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلاة ؟ فقال : « فيما بين سبع سنين وست سنين ، قلت : وفي كم يؤخذ بالصيام ؟ قال : فيما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة ، فإن هو صام قبل ذلك فدعه ، ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركه » ^(٤) بالتقريب السابق .

ومنها : المروي في المحكي عن الخصال باسناده عن العباس بن عامر عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ست عشرة سنة » ^(٥) .

ومنها : مرسل المقتنع : « روي أن الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربع عشرة إلى ستة عشر سنة ، إلا أن يقوى قبل ذلك » ^(٦) . وإرسالهما غير قاذح بعد الانجبار بما عرفت ، وهما صريحان في المطلوب ؛ إذ المراد من « الخمسة عشر » نصاً وفتوى ما هو المنساق منهما من إكمال العدد لا الدخول فيه .

(١) الوسائل ٢٠ : ٢٧٨ ، ب ٦ من عقد النكاح ، ح ٩ ، وفيه : « عن بريد الكناسي » ، مع اختلاف .

(٢) الوسائل ١٠ : ٢٣٣ ، ب ٢٩ مَن يَصُحُّ منه الصوم ، ح ١ ، وفيه : « ما ، بدل وفيما » .

(٣) النهاية : ٣٥٤ .

(٤) أورده صدره في الوسائل ٤ : ١٨ ، ب ٣ من أعداد الفرائض ، ح ١ ، وذيله في ١٠ : ٢٣٣ ، ب ٢٩ مَن يَصُحُّ منه الصوم ، ح ١ .

(٥) الخصال : ٥٠٢ ، ح ٣ . الوسائل ١٠ : ٢٣٧ ، ب ٢٩ مَن يَصُحُّ منه الصوم ، ح ١٣ .

(٦) المقتنع : ١٩٥ . الوسائل ١٠ : ٢٣٧ ، ب ٢٩ مَن يَصُحُّ منه الصوم ، ح ١٤ ، مع اختلاف فيهما .

[والمراد من الخمسة عشر في البلوغ إكمال العدد لا الدخول فيه] [١].

[وهو قوي].

[١] وبه صرح غير واحد بل نسبة جماعة إلى المشهور، بل عن مجمع البيان وظاهر التذكرة والمسالك الجوادية نسبته إلى أصحابنا^(١)، بل عنهما وكثر الفوائد: أنه لا يكفي في البلوغ الطعن في الخامسة عشر عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب^(٢).

وزاد في الأولين: أن الاكتفاء به وجه للشافعية منشؤه توهم صدق اسم العدد بالدخول فيه^(٣).

وعلى كل حال فلا ريب في أن المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الإكمال، وأنه لا يكفي الدخول [في الخامس عشر].

وبذلك يتضح دلالة المرسلين المتقدمين. كما أنه اتضح لك قوة القول المشهور.

وأنه يدل عليه الكتاب والسنة والعقل.

وقد يقال: والإجماع؛ إذ المسألة وإن كان قد يتوهم أنها سداسية الأقوال، الخمس عشر دخولاً وكماً، وكذا الأربع عشر،

وكمال الثلاث عشر، و[كمال] العشر.

لكن التحقيق أنه ليس فيها إلا قولان: أحدهما: المشهور وهو كمال الخمس عشر، والثاني: قول ابن الجنيدي^(٤) وهو كمال

الأربع عشر.

أمّا القول بالدخول في الخمس عشر فلم نعرف القائل به.

نعم عن الأردبيلي أنه حكاه عن بعض أصحابنا واختاره^(٥)، وعن الكفاية موافقته في الحكاية دون الاختيار^(٦).

لكن الظاهر أنه وهم، خصوصاً بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاء بالطعن فيها، وأنه لابد من إكمالها.

اللهم! ألا أن يكون النظر في هذا القول إلى قول ابن الجنيدي بالأربع عشر، بناءً على أن العلم بإكمالها لا يحصل إلا بالدخول فيما

بعدها، لكن عليه يتحد هذا القول مع قول ابن الجنيدي.

ضرورة كون اعتبار الدخول في الخمس عشر للعلم بحصول الحد، لا لاعتباره في أصل التحديد، وكان العدول في التعبير

حينئذٍ للتنبيه على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك.

وفيه حينئذٍ ما عرفت من عدم قابلية بعضها لذلك، وظهور الإجماع على خلافه.

وأمّا الدخول في الأربع عشر فإنه وإن كان قد يفهم من السيوري وابن فهد وابن أبي جمهور^(٧) أنه مذهب ابن الجنيدي، حيث

استدلوا له بخبر ابن سنان^(٨) الذي هو نص في ذلك.

(١) مجمع البيان ٢: ٩. التذكرة ١٤: ١٩٨. المسالك (للفاضل الجواد) ٣: ١٢٩، وفيه: «علمائنا».

(٢) التذكرة ١٤: ١٩٨. المسالك (للفاضل الجواد) ٣: ١٢٩ - ١٣٠. انظر كنز الفوائد ١: ٥٣٤.

(٣) التذكرة ١٤: ١٩٨. المسالك (للفاضل الجواد) ٣: ١٢٩.

(٤) نقله في المختلف ٥: ٤٣١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٨٨، ١٩٠.

(٦) كفاية الأحكام ١: ٥٨١.

(٧) التقيع ٢: ١٨٠. المذهب الجارح ٢: ٥١٣. هوالى اللآكي ٣: ٢٣٨، ح ٣.

(٨) الرسائل ١٧: ٣٦١، ب ١٤ من عقد البيع وشروطه ٣: ٣٧.

لكن التحقيق خلافه؛ إذ الأصل في حكاية قول ابن الجنيّد الفاضل في المختلف^(١)، والظاهر ممّا نقله إرادة الإكمال الذي هو المفهوم من العدد لغة وعرفاً وخصوصاً مع اقترانه بالقول المشهور الذي قد عرفت كون المراد منه ذلك [= الاكمال لخمس عشر]. وفي المصابيح: «وكانّ منشأ التوهم [في مذهب ابن الجنيّد] احتجاج الفاضل له برواية الشمالي^(٢) المتضمنة لجريان الأحكام على الصبيان في ثلاث عشر وأربع عشر، ففهم السيوري منها تحديد البلوغ بالأخذ في الأربع عشر. وربما ساعده قول المصنّف [في النافع]: «وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة»، مشيراً إلى هذه الرواية كما هو الظاهر. وانضمّ إليها رواية ابن سنان^(٣) المصّرح بهذا المعنى، واحتجّ بهما لابن الجنيّد بناءً على أنّ الاحتجاج برواية الشمالي واقع في كلامه كما توهمه عبارة المختلف. وتبعه على ذلك ابن فهد، غير أنّه أورد الحديث بلفظ المتن ظناً منه أنّه منقول فيه باللفظ واقتضى أثرهما ابن أبي جمهور.

ولا يخفى ما في ذلك كلّ من التساهل والتسامح، فإنّ استناد ابن الجنيّد إلى رواية الشمالي غير معلوم، وإن أوردتها العلامة في المختلف حجة له، فإنّ من عادته فيه الاحتجاج للمذاهب بما يناسبها وإن لم يستند إليه القائل. وعلى تقدير الاستناد فالمعنى الذي أشار إليه المحقّق غير متعيّن في الحجة؛ لجواز أن يكون الوجه فيها الأخذ بأكثر العديدين [وهو الأربع عشر] نظراً إلى احتمال توهم الراوي.

ويؤيّد العطف بـ «أو» في بعض النسخ.

وعلى التعيين فلا ينافي ذلك إرادة الإكمال؛ لا احتمال أن يكون المراد انتهاء الاحتمال بانتهاء الأكثر دون الطعن فيه. وعلى تقدير المنافاة فلا يتعيّن فيها الحمل على ما يطابق رواية ابن سنان، فإنّها محتملة لإرادة البلوغ بإكمال الثلاثة عشر، وهو خلاف البلوغ بالدخول في الرابعة عشر.

وبالجملة فرواية الشمالي مضطربة اللفظ، محتملة المعنى، فلا يصح الحكم بمطابقتها لرواية ابن سنان، ولا يصلح الاستناد إليها في تعيين مذهب ابن الجنيّد وإن علم استناده إليها في القول المذكور.

بل المتعيّن الرجوع في ذلك إلى ما يقتضيه الخلاف المحكي عنه في المسألة وقد عرفت أنّه ظاهر في الإكمال بل صريح فيه^(٤)، هذا. ولكن في المدارك^(٥) حكاية هذا القول من دون تعيين القائل.

بل عن المجمع وفلائد الدرر^(٦) نسبته إلى ظاهر الصدوق.

بل زاد الأوّل نسبته إلى الشيخ في الاستبصار، ومال إليه سيّد المدارك^(٧)، بل عن بعض متأخري المتأخّرين اختياره^(٨)، كما عن القاساني تقويته^(٩)، والأردبيلي احتماله تارة وتقويته أخرى^(١٠).

(١) المختلف ٥: ٤٣١. (٢) الوسائل ١٩: ٣٦٧، ب ٤٥ من الوصايا، ح ٣.

(٣) مصابيح الأحكام: الورقة ٢٨ (مخطوط).

(٤) الوسائل ١٩: ٣٦٤، ب ٤٤ من الوصايا، ح ١١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٤. قلاند الدرر: ٢٣٥.

(٦) المدارك ٦: ١٥٩.

(٧) كفاية الأحكام ١: ٥٨٢.

(٨) المدارك ٦: ١٥٩.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٩٠، و ٨: ١٥٢.

(١٠) المفاتيح ١: ١٤.

وفيه : أنه لم يتحقق نسبته إلى الصدوق والشيخ ، بل لعلّ المتحقق منهما خلافه ، فينحصر القائل حينئذٍ في بعض متأخري المتأخرين ، وهو مسبوق بالإجماع .

وأما القول بالثلاث عشر وإن حكاها في المسالك^(١) قولاً من دون تعيين .

بل عن المجمع والكفاية نسبته إلى ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار^(٢) ، بل عن الأول الظاهر أن غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضاً^(٣) ، وعن الثاني بعد إيراد ما تضمنّ الثلاث عشر من النصوص : وهذه أخبار معتبرة ، فالعمل بمقتضاها متّجه^(٤) ، وظاهره القول به .

لكن لا يخفى عليك أن مرجع هذا القول وسابقه إلى شيء واحد ؛ لتوافقهما في الثمرة واتّحادهما في الدليل . بل لا يبعد أن يكون المراد بالأول [أي الدخول في الأربع عشر] أن حدّ البلوغ إكمال الثلاث عشر واعتبار الدخول في الأربع عشر مقدمة للعلم ، نحو ما سمعته في الخمس عشر ، والأمر في ذلك هيّن . وإنّما الكلام في إثبات هذا القول من أصله ، فإنّا لم نجد به قائلًا معيّنًا ، وكلام متأخري الأصحاب في حكاية هذا القول وتعيين المحكي عنه لا يخلو من تلجّج واضطراب .

والمجتمع ممّا قالوه بعد ردّ بعضه إلى بعض نسبة القول به إلى ابن الجنيّد ، وظاهر الشيخ والصدوق ، وقد عرفت أن مذهب ابن الجنيّد كمال الأربع عشر ، والشيخ موافق للمشهور ، [وهو إكمال الخمس عشر] ؛ لنصّه عليه في مواضع من كتبه . ونقله في الخلاف إجماع الفرقة عليه^(٥) ، وإيراده نصوص الثلاث عشر في كتابي الأخبار^(٦) مع كونه معارضاً بمثله لا يقتضي أن يكون ذلك مذهباً له .

وكذا إيراده حديث الثمالي في النهاية^(٧) ، مضافاً إلى ما فيه من الإجمال المانع من تعيين المذهب . وما يومه الاستبصار^(٨) من الأخذ بحديث عمار مؤوّل بالضرورة ؛ لمخالفته الإجماع بل الضرورة . وأمّا الصدوق فقد أورد في الخصال والفتاوى^(٩) على ما قيل^(١٠) ما يناسب هذا القول ، وما ينافيه . وظاهر كلامه في صوم الفقيه^(١١) موافقة المشهور ، بل كلامه في المقنع^(١٢) يؤيد ذلك . مضافاً إلى خلوّ الكتب المعدّة لنقل الخلاف حتى النادر عن نسبة ذلك إليهما [= الشيخ والصدوق] ، بل ظاهر بعضها أو صريحه قصر الخلاف على ابن الجنيّد^(١٣) .

- | | |
|--|---|
| (١) المسالك ٢ : ٤٩ . | (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٨٨ - ١٨٩ . كفاية الأحكام ١ : ٥٨٢ . |
| (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٨٩ . | (٤) كفاية الأحكام ١ : ٥٨٢ . |
| (٥) الخلاف ٣ : ٢٨٣ . | |
| (٦) التهذيب ٩ : ١٨٢ - ١٨٤ ، ح ٧٣٩ ، ٧٤١ ، الاستبصار ١ : ٤٠٨ ، ح ١٥٦٠ . | |
| (٧) النهاية : ٣٥٤ . | (٨) الاستبصار ١ : ٤٠٨ ، ح ١٥٦٠ . |
| (٩) الخصال : ٤٩٥ ، ح ٤ . الفقيه ٤ : ٢٢١ ، ح ٥٥١٩ . | (١٠) مصابيح الأحكام : الورقة ٢٩ (مخطوط) . |
| (١١) انظر الفقيه ٢ : ١٢٢ . | (١٢) المقنع : ١٩٥ . |
| (١٣) انظر مصابيح الأحكام : الورقة ٢٠ (مخطوط) . | |

وأما القول بالعرض فإنه وإن حكاه الخراساني^(١) من غير تعيين القائل ، لكن لم نتحققه ، بل لم يحكه أحد من أصحابنا غيره ، بل ظاهراً الكتب المعتمدة لذكر الخلاف الإجماع على عدمه .

ولعل منشأ الوهم قول بعضهم^(٢) بصحة بيعه ، ومضى تصرفه في الوصية والعق ، وجواز مؤاخذته على الجنابة والسرقة والارتداد .

ولكنك خبير بأن شيئاً من ذلك لا يقتضي البلوغ ، وغايته ثبوت حكم البالغ الذي العشر في مواضع مخصوصة ورد بها النص . نعم جعل المصنف في النافع خبر العشر رواية في البلوغ^(٣) ، لكنه لم يعمل به ، والعامل به لم يجعله بلوغاً ، بل نص على خلافه ، فلم يثبت للأصحاب قول بالعشر .

كما أنه ظهر لك عدم قول في المسألة غير قول ابن الجنيد ، وأن ما عدها بين ما لا أصل له ، وبين ما استقر الإجماع على خلافه .

بل يمكن دعوى ذلك في قول ابن الجنيد ؛ إذ هو وإن كان معروف الحكاية عنه إلا أنه قد استقر الإجماع بعده على خلافه . مضافاً إلى ضعف ما ذكر دليلاً له من خبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قلت له : جعلت فداك في كم تجري الأحكام على الصبيان ؟ قال : « في ثلاث عشرة وأربع عشرة ، قلت : فإنه لم يحتلم فيها ، قال : وإن كان لم يحتلم فإن الأحكام تجري عليه »^(٤) . وعموم أدلة التكليف وصحة توجه الخطاب إلى المميزين عقلاً ؛ لوجود شرطية العلم والقدرة خرج الأقل [من الأربع عشر] بالنص والإجماع ، فيبقى ذو الأربع عشر .

ولأن نصوص الخمس عشر^(٥) محتملة للأخذ فيها وللإكمال والبناء على الأول هو الموافق للاحتياط في العبادة ، وإن كان مخالفاً له بالنسبة إلى ما يتعلق بالولي .

ولأن أحوال البدن في الإنسان مرتبة على الأسابيع ، فيجب أن يكون بلوغه كذلك ، وليس في الأسبوع الأول ولا الثالث قطعاً ، فيكون الثاني وهو المطلوب .

أما الأول فبالعقل والنقل . أما الأول فلما ذكره الأطباء من أن استكمال الإنسان وتراجعه في السنين يشبه أحوال القمر في استكمالها وتراجعها في دورها ، فإن القمر يبدو هلالاً ضعيفاً ثم لا يزال يزداد إلى الليلة السابعة ، فيقوى ويشد نوره ولا يزال في الاشتداد حتى يصير في الليلة الرابعة عشر بديراً كاملاً ، ثم يرجع فينقص شيئاً شيئاً حتى يكون في الواحد والعشرين من الشهر كهياتة في السابع منه ، ثم يزداد نقصه وخفاءه إلى أن ينتهي إلى العدم والمحاق في الثمانية والعشرين .

وهكذا الصبي إذا ولد كان ضعيف الخلقة نحيف التركيب إلى أن يتم له سبع سنين ، فإذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوة في

(١) كفاية الأحكام ١ : ٥٨٢ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ١٥٢ .

(٣) المختصر النافع : ١٦٤ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٣٦٧ ، ب ٤٥ من الوصايا ، ح ٣ .

(٥) الوسائل ١ : ٤٣ ، ب ٤ من مقدمة العبادات ، ح ٢ . و ١٧ : ٣٦٠ ، ب ١٤ من عقد البيع وشروطه ، ح ١ .

العقل والبدن، ثم لا يزال يترقى إلى أن يتم له أربع عشرة سنة، فإذا دخل في السنة الخامسة عشر دخل في الأسبوع الثالث، فهناك يكمل له العقل وتشتد قوته، وتتحرك فيه الشهوة، ثم لا يزال يترقى على هذه الحالة إلى السنة الحادية والعشرين، ثم يدخل في الأسبوع الرابع، وهو آخر أسابيع النشوء والنماء، فإذا تم له ذلك بإتمام السنة الثمانية والعشرين انتقل إلى سن الوقوف، وهو الزمان الذي يبلغ فيه أشده، وهو الأسبوع الخامس، ويمتد إلى ست وثلاثين سنة، ثم يبدو له الرجوع بعد ذلك ويكون عوده كبده.

وأما الثاني فلما رواه الصدوق في الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «يربى الصبي سبعا، ويؤدب سبعا، ويستخدم سبعا، ومنتهى طوله في ثلاث وعشرين سنة، وعقله في خمس وثلاثين، وما كان بعد ذلك فبالتنجارب»^(١).

وعن الصادق عليه السلام: «دع ابنك يلعب سبع سنين، ويؤدب سبع سنين، وألزمه نفسك سبع سنين، فإن أفلح وإلا فإنه ممّا لا خير فيه»^(٢).

وخبر عيسى بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ينتظر الصبي لسبع سنين، ويؤمر بالصلاة لتسع، ويفرق بينهم في المضاجع لعشر، ويحتلم لأربع عشرة، وينتهي طوله لأحدى وعشرين سنة، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلا التجارب»^(٣).

وفي الجميع ما لا يخفى؛ إذ في الأول مضافاً إلى الطعن في سنده - بجهالة السندي بن ربيع، ويحيى بن المبارك، ووقف عبد الله بن جبلة - يمكن منع دلالة على المطلوب؛ لاشتغاله على التريديد المنافي للتعين.

وحمله على التقسيم أو التريديد من الراوي - لعلّو مرتبة الإمام عنه، فيجب البناء على الأكثر؛ للأصل، وبثبوت المطلوب - ليس بأولى من إبقاء العطف على ظاهره، وحمله على التمرين القابل من حيث استحبابه للدرجات، بخلاف الإيجاب. بل هو أولى بملاحظة ما سمعته من أدلة الخمس عشر، كما هو واضح.

و[يناقش] في الثاني أنّ البلوغ شرط ثالث مغاير للعلم والقدرة، وحصوله بالأربع عشر مشكوك فيه، فيشك حينئذٍ في التكليف المشروط به.

على أنّ الأصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المفروض، وبانتفائه ينتفي المشروط. و[يناقش] الثالث ما عرفت من عدم الإجمال في نصوص الخمس عشر^(٤)؛ لأنها بين ما هو نص في الإكمال [في الخمس عشر]، وبين ما هو ظاهر فيه.

وجوب الاحتياط موقوف على التكليف، فلو توقّف التكليف عليه دار. على أنّ الاحتياط في نفسه لا يقتضي الوجوب مع عدم اشتغال الذمة بما يتوقف عليه كما نحن فيه؛ إذ ذمة الصبي خالية عن الشواغل.

(١) الفقيه ٣: ٤٩٣، ح ٤٧٦. الوسائل ٢١: ٤٧٥، ب ٨٣ من أحكام الأولاد، ح ٥.

(٢) الفقيه ٣: ٤٩٢، ح ٤٧٤، وفيه: «ومن لا خير فيه». الوسائل ٢١: ٤٧٥، ب ٨٣ من أحكام الأولاد، ح ٤.

(٣) الكافي ٧: ٦٩، ح ٨، وفيه: «عيسى بن زيد» و«يفتر» بدل «ينتظر». الوسائل ١٩: ٣٦٤، ب ٤٤ من «الوصايا»، ح ١٠ وذيله.

(٤) تقدّم في ص ٣١٧.

و[يناقش] الرابع إننا نمنع أطراد الأسابيع في كل شيء حتى البلوغ بالمعنى الذي يترتب عليه الأحكام الشرعية ، والوجه العقلي مع كونه ظنيّاً لا يقتضيه ، والنقلي مسوق لشيء آخر ، فلا يقاس عليه البلوغ .
وقوله عليه السلام : « يحتلم لأربع عشر »^(١) لا عموم له ، وإنما المراد به الغلبة أو الامكان في ذلك الزمان دون ما قبله ، فإن الاحتلام قد يتأخر عن المدة المذكورة .

فظهر من ذلك كله أنه لا ينبغي للفقهاء التوقف في المسألة .

و[أمّا] القول بالثلاثة عشر مضافاً إلى ما سمعته سابقاً فيه إنما يشهد له موثق عمار عن الصادق عليه السلام : سألته عن الغلام متى يجب عليه الصلاة ؟ -

قال : « إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك إن أتت لها ثلاث عشرة سنة ، أو حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلاة ، وجرى عليها القلم »^(٢) .
وعبد الله بن سنان عنه أيضاً : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى : ﴿ حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ ﴾^(٣) ؟ قال : « الاحتلام ، قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها ، فقال : [لا] ، إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره ، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً »^(٤) .

وسوّقته الآخر عنه أيضاً : « إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات ، وكتبت عليه السيئات وعوقب ، وإذا بلغت الجارية تسع سنين كلّفت ، وذلك أنّها تحيض لتسع سنين »^(٥) .

وصحيحه الآخر عنه أيضاً : « إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتملين احتلم أو لم يحتلم ، وكتبت عليه السيئات وكتب له الحسنات ، وجاز له كل شيء إلا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً »^(٦) .
و[المنافسة في] الأول مع كونه من قسم الموثق ومشتمل على ما أجمع الإمامية على خلافه من عدم زيادة بلوغ الجارية على العشر غير صالح لمعارضة ما تقدم من وجوه .

وكذا ما بعده من النصوص التي هي في قوة خبر واحد باعتبار كون الأصل فيها عبد الله بن سنان ، وأن التعدد إنما هو في الطريق إليه .

مع أنّها عدا الأخير منها من قسم الموثق المعلوم حاله .

و[أمّا] الأخير مشتمل على الحسن بن علي بن زياد الوشاء ، وعن ظاهر الأكثر عدّ حديثه من الحسن لا الصحيح .

(١) الوسائل ٢١ : ٤٦١ ، ب ٧٤ من أحكام الأولاد ، ح ٥ .

(٢) الوسائل ١ : ٤٥ ، ب ٤ من مقدّمة العبادات ، ح ١٢ .

(٣) الأحقاف : ١٥ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٣٦٣ ، ب ٤٤ من الوصايا ، ح ٨ .

(٥) المصدر السابق : ٣٦٥ ، ح ١٢ ، وفيه : « وكذلك ، بدل كلّفت » .

(٦) المصدر السابق : ٣٦٤ ، ح ١١ ، وليس فيه : « الغلام » .

بل في المحكي عن المسالك التصريح بذلك ، قال : « ووصفه بالصحة في كلام بعض الأصحاب يراد به الصحة الإضافية دون التحقيقية »^(١).

مضافاً إلى اختلاف ألفاظ الحديث واضطراب متنه ؛ لأنه على ما رواه الوشاء يقتضي توقف البلوغ على الدخول في الأربع عشر .

وهو خلاف المدعى ، وخلاف ما رواه غيره من البلوغ بالثلاثة عشر ، الذي هو غير ! ! ! الدخول في الأربع عشر ، ولذا كان بلوغ الأنثى بالتسع لا الدخول في العشر ، والصبي الخمس عشر لا الدخول في الستة عشر ، هـ .
وإن أمكن دفعه بما سمعته سابقاً من أن اعتبار الدخول [في الأربع عشر] للعلم لا للبلوغ ، إلا أن عدم معرفيته عن ذلك بمثله في نظائره ، واختلاف ألفاظ الرواية مما يحصل به الارتياح في سلامة اللفظ المسموع من الإمام عليه السلام .
وعلى كل حال فلا ريب في قصورها عن معارضة ما تقدم من وجوه .

واحتمال ترجيحها عليها [= على نصوص الخمس عشر] بالمخالفة لجميع مذاهب العامة - بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقة لمذهب الأوزاعي^(٢) والشافعي^(٣) وأبي يوسف^(٤) ومحمد بن الحسن^(٥) وأحمد بن حنبل^(٦) - يدفعه استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين ، سيما مع معرفية ما يقع منهم عليه : تقية بين خواصهم ، حتى كان بعضهم يقول لبعض قد أعطاه من جراب النورة .

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم العارف بلسانهم وما يلحنونه في أقوالهم بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقية .

على أن أكثرها عن الباقر والصادق عليه السلام ، وزمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف ، بل وكذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعي .

لكن قيل : الذي يظهر من تتبع الأخبار أن التقية منه ومن الباقر عليه السلام من فقهاء الحجاز والعراق ، دون الشام التي الأوزاعي منها ، بل لم يكن بحيث يتقى منه^(٧) .

على أن في جملة من تلك النصوص تحديد بلوغ الأنثى بالتسع ، المخالف لما أجمع عليه العامة ، وهو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقية التي لو بني فيها الأمر على الاحتمال كما اختاره بعض المحدثين^(٨) كان حمل خبر ابن سنان عليها [= التقية] أولى .

باعتبار معرفيته عند العامة واتصاله [= ابن سنان] بالمنصور والمهدي والهادي والرشد من خلفاء بني عباس ، وكثرة وقوع

(١) المسالك ١٠ : ٣٨١ - ٣٨٢ . (٢) المجموع ١٣ : ٣٦١ .

(٣) المجموع ١٣ : ٣٦١ . (٤) المغني (لابن قدامة) ٤ : ٥١٢ .

(٥) المغني (لابن قدامة) ٤ : ٥١٢ . (٦) المجموع ١٣ : ٣٦١ .

(٧) مصابيح الأحكام : الورقة ٣٧ (مخطوط) ، وفيه : « الكاظم عليه السلام » بدل « الباقر عليه السلام » .

(٨) الحدائق ١٣ : ١٨٥ .

التقية من الصادق عليه السلام ، بخلاف الباقر عليه السلام .

فلا ريب في قصورها عن المعارضة لتلك النصوص [أي نصوص الخمس عشر] المتعددة التي فيها الصحيح وغيره ، الموافقة للأصل والعمومات ، وظاهر الكتاب والسنة ، ومحكي الإجماع والشهرة العظيمة .
بل صحيح ابن وهب ^(١) منها صريح في نفي الثلاثة عشر ؛ لأن أقصى ما يحتمل فيه - وإن كان خلاف الظاهر - تحقق البلوغ بالدخول في الخمس عشر .

بناءً على أن المراد من العديدين فيه الأخذ فيهما لا كمالهما ، وهو غير مكافئ له سنداً ، كما هو واضح .
بل ودلالة ؛ لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكد الاستحباب ، أو تحقق البلوغ بغير السن من الأسباب ، أو غير ذلك .
وإن أبيت فصاعة الفقه تقتضي طرحه في مقابله .

كطرح ما تضمن التحديد بخمسة أشبار في خبر السكوني عن الصادق عليه السلام : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتضى منه ، وإن لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالدية » ^(٢) .
أو تأويله بما يرجع إلى المشهور .

والتحديد بثمان سنين في خبر سليمان بن حفص المروزي قال : « إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره ، ووجب عليه الفرائض والحدود ، وإذا تم للجارية تسع سنين فكذلك » ^(٣) .

والموثق عن الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام : « إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، وإذا تم للجارية تسع فكذلك » ^(٤) المخالفين للإجماع كما عن الآبي ^(٥) الاعتراف به .
والتحديد بالعشر في خبر أبي أيوب الخزاز : سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال : إذا بلغ عشر سنين ، قال : قلت : ويجوز أمره .

قال : فقال : إن رسول الله ﷺ دخل بعائشة وهي ابنة عشر سنين ، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة ، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته ^(٦) .

المقطوع سنده ، بل في طريقه العبيدي عن يونس ، وفيه كلام .

وقد ورد بالعشر نصوص كثيرة في الوصية والعق والوقف وغيرها ، ولعل منها ما أشار إليه المصنف بقوله : [وفي أخرى ...] .

(١) الوسائل ١٠ : ٢٣٣ ، ب ٢٩ مَن يَصِحُّ مِنْهُ الصَّوْمُ ، ح ١ .

(٢) الوسائل ٢٩ : ٩٠ ، ب ٣٦ مِنْ الْقَصَاصِ فِي النَّفْسِ ، ح ١ .

(٣) الوسائل ٢٨ : ٢٩٧ ، ب ٢٨ مِنْ حَدِّ السَّرْقَةِ ، ح ١٣ ، وفيه : « وجبت بدل » و « وجب » .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢١٢ ، ب ١٥ مِنْ الْوُقُوفِ وَالصَّدَقَاتِ ، ح ٤ ، وفيه : « ثمان » بدل « سبع » ، و « تسع » .

(٥) كشف الرموز ٢ : ٦٩ .

(٦) الوسائل ٢٧ : ٣٤٤ ، ب ٢٢ مِنْ الشَّهَادَاتِ ، ح ٣ ، وفيه : « بنت » بدل « ابنة » .

(وفي [رواية] أخرى إذا بلغ عשרاً وكان بصيراً أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته^(١) واقتص منه^(٢)) وأقيمت عليه الحدود الكاملة [١].

[١] وإن كُنّا لم نعر على اجتماع ذلك في رواية، كما اعترف به في المسالك، قال: «أما رواية العشر في جواز الوسية فهي صحيحة، وفي معناها روايات^(٣)، إلا أنها لا تقتضي البلوغ؛ لجواز اختصاصه بهذا الحكم، ومن ثم لم يعمم. وأما بلوغ خمسة أشبار فهو في رواية أخرى^(٤)، وإن كان المفهوم من العبارة أنهما في واحدة، ومعنى قولنا: «أقيمت عليه الحدود» أنه لا ينقص منها شيء؛ لأن الصبي إذا فعل ما يوجب الحدّ على غيره يؤدّب بما لا يبلغ الحدّ، ولنا رواية أخرى: أن الأحكام تجري على الصبيان من ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وإن لم يحتمل^(٥)، وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحّة سندها، وهذه الرواية قدّمها المصنّف في النافع ثمّ عقّبها بقوله: «وفي أخرى»، وهنا عبّر بـ «الأخرى» من غير سبق رواية، وليس بجيد^(٦).

قلت: الأمر في ذلك كلّهُ سهل بعد أن لم يكن في شيء من نصوص العشر المتفرقة في الأبواب ما يدلّ على كون العشر بلوغاً، وغايتها ارتفاع الحجر بها عن الصبي في تلك الأمور المخصوصة، وبعضها كالصرح في ذلك، والأصحاب بين عامل بمضمونها في تلك الموارد، وبين رادّ لها في الجميع، وبين مفضل فأجاز وصيته؛ لصحة الأخبار الواردة فيها، ومنع فيما عدا ذلك. وأما حصول البلوغ - الذي هو مناط التكليف بالعشر - فلم نعرف قائلًا به. نعم أرسله في الكفاية كما سمعت^(٧)، ولم نتحقّق، بل مقتضى اسناد بعض الأصحاب له إلى الرواية عدمه. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ لتقصورها عن المعارضة من وجوه، بل النصوص مستفيضة في عدم حصوله بالعشر. ففي صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة» يجلد الغلام دون الحدّ، وتجلد المرأة الحدّ كاملاً، قيل له: وإن كانت محصنة؟ قال: لا ترجم؛ لأنّ الذي نكحها ليس بمدرك^(٨). والحلي: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ فقال: «أما التزويج فصحيح، وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنّه كان طلق امرأته^(٩)». وصحيح صفوان عن إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين أيحج؟ قال: «عليه حجة الإسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحجّ إذا طمشت^(١٠)»، ونحوه غيره^(١١). إلى غير ذلك من النصوص.

فلا إشكال في المسألة بحمد الله من هذه الجهة، بل ولا من غيرها كما بأنّ لك ذلك مفصلاً.

(١) انظر الوسائل ١٩: ٣٦٢، ٣٦٣، ب ٤٤، من الوصايا، ح ٣، ٥-٧.

(٢) انظر الوسائل ٢٩: ٩٠، ب ٣٦، من القصاص في النفس، ح ١.

(٣) انظر الوسائل ١٩: ٣٦٢، ٣٦٣، ب ٤٤، من الوصايا، ح ٣، ٥-٧.

(٤) انظر الوسائل ٢٩: ٩٠، ب ٣٦، من القصاص في النفس، ح ١.

(٥) الوسائل ١٩: ٣٦٧، ب ٤٥، من الوصايا، ح ٣.

(٦) المسالك ٤: ١٤٤.

(٧) تقدّم في ص: ٣٢٢.

(٨) الوسائل ٢٨: ٨٢، ب ٩، من حدّ الزنا، ح ١.

(٩) الوسائل ٢٦: ٢٢١، ب ١٣، من ميراث الأزواج، ح ٤، مع اختلاف.

(١٠) الوسائل ١١: ٤٥، ب ١٢، من وجوب الحجّ وشرايطه، ح ١. (١١) المصدر السابق: ح ٢.

هذه كله في الذكر .

(و) أما (الأنثى) فبلوغها (ب) كمال (تسع) [١] .

[١] على المشهور بين الأصحاب ، بل هو الذي استقر عليه المذهب .
 خلافاً للشيخ في صوم المبسوط وابن حمزة في خمس الوسيلة فالعشر^(١) .
 إلا أنَّ الشيخ قد رجح عنه في كتاب الحجر^(٢) ، فوافق المشهور .
 وكذا الثاني في كتاب النكاح منها^(٣) . بل قد يرشد ذلك [= الرجوع] منهما إلى إرادة توقف العلم بكمال التسع على الدخول في العشر . وعلى كلِّ حال فيمكن بعد رجوع المخالف دعوى تحصيل الإجماع كما وقع من بعضهم^(٤) .
 بل في السرائر بعد أن حكي عن صوم المبسوط ما سمعت . وعن نهايته التسع قال : « وهو الصحيح الظاهر من المذهب ؛ لأنه لا خلاف بينهم أنَّ حدَّ بلوغ المرأة تسع سنين ، فإذا بلغتْها وكانت رشيدة سلَّم الوصي إليها وهو بلوغها الوقت الذي يصحُّ أن تعقد على نفسها عقدة النكاح ، ويحلُّ للبلع الدخول بها بغير خلاف بين الشيعة الإثني عشرية »^(٥) .
 ويدلُّ عليه مضافاً إلى ذلك وإلى ما تقدم من خبري ابن حمران^(٦) ويزيد الكناسي^(٧) وموثقي عبد الله بن سنان^(٨) والحسن بن راشد^(٩) ، ومرسل الفقيه : قال أبو عبد الله عليه السلام : « إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها ، وجاز أمرها في مالها ، وأقيمت الحدود التامة لها وعليها »^(١٠) .
 والنصوص^(١١) الدالة على جواز الدخول بالجارية إذا بلغت تسعاً ، وأنها تحيض لتسع^(١٢) ، وهي كثيرة . وأما البلوغ بالعشر فقد رواه الشيخ مراسلاً^(١٣) ، ولم أجد به رواية مسندة . نعم ربَّما يستدلُّ له برواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام : أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قال : « لا توطأ جارية لأقلَّ من عشر سنين ، قال : فإن فعل فبييت [فقد] ضمن »^(١٤) .
 لكنَّها كما ترى - مع أنَّها ضعيفة السند بيَّنة الشذوذ - معارضة بالروايات المستفيضة الدالة على جواز الدخول بالجارية لتسع ، بل عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « أنه دخل بعائشة قبل تجاوز التسع »^(١٥) غير صريحة في تحديد البلوغ بالعشرة ؛ لجواز استناد المنع فيها إلى أمر آخر غير عدم البلوغ ، فليس للفقيه محيص عن المشهور ، كما هو واضح .

(١) المبسوط ١ : ٢٦٦ . الوسيلة : ١٣٧ . (٢) المبسوط ٢ : ٢٨٣ .

(٣) الوسيلة : ٣٠١ . (٤) مصابيح الأحكام : الورقة ٣٩ (مخطوط) .

(٥) السرائر ١ : ٣٦٧ . (٦) الوسائل ١ : ٤٣ ، ب ٤ من مقدِّمة العبادات ، ح ٢ .

(٧) المصدر السابق : ح ٣ .

(٨) الوسائل ١٩ : ٣٦٥ ، ب ٤٤ من الوصايا ، ح ١٢ .

(٩) الوسائل ١٩ : ٢١٢ ، ب ١٥ من الوقوف والصدقات ، ح ٤ .

(١٠) البغية ٤ : ٢٢١ ، ح ٥٥٢٢ . الوسائل ١٩ : ٣٦٧ ، ب ٤٥ من الوصايا ، ح ٤ .

(١١) انظر الوسائل ٢٠ : ١٠١ ، ب ٤٥ من مقدِّمات النكاح .

(١٢) الوسائل ١٩ : ٣٦٥ ، ب ٤٤ من الوصايا ، ح ١٢ . ٢٢٠ ، ١٧٩ ، ١٨٣ ، ب ٢ ، ٣ من العدد ، ح ٤ ، ٥ .

(١٣) المبسوط ٢ : ٢٨٣ - ٢٨٤ .

(١٤) الوسائل ٢٠ : ١٠٣ ، ب ٤٥ من مقدِّمات النكاح ، ح ٧ ، وفيه : « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام » .

(١٥) صحيح البخاري ٧ : ٢٢٢ .

وعلى كل حال فالمراد بـ «السنة» فيها - وفي الذكر هنا بل وفي غيره [= غير البلوغ] من التحديدات - القمرية [١].

وعلى هذا فيعتبر في الذكر مضي أربع عشرة سنة وأحد عشر شهراً هلالياً في السنة الأولى، ويكمل الشهر الأول منها من السادسة عشر ثلاثين يوماً إن كان تاماً، وإلا ففي تكملته ثلاثين كالأول أو بقدر ما فات منه تم أو نقص احتمالان [٢].

وكذا الكلام في الأنثى [٣]، هذا.

ولا يخفى أن تحديد البلوغ بالسنة كغيره من التحديدات أمر واحد غير مختلف بالقياس إلى أنواع التكاليف [٤].

[١] لأنه المعهود من الشرع والمعروف عند العرب، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ﴾^(١).

وقال: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسُ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عِدَّةَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ﴾^(٢).

وقال: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾^(٣).

[٢] أظهروا عند بعض^(٤) الأساطين الأول.

[٣] وربما قيل بانكسار الشهور والسنين كلها بانكسار الشهر الأول، فيبطل اعتبار الأهلة ويرجع إلى العدد في الجميع.

وهو ضعيف.

والظاهر انتفاء القول هنا وإن قيل بمثله في غيره.

وقد تقدم لنا شطر صالح من الكلام في ذلك، فلاحظ وتأمل.

[٤] لما عرفت من أن البلوغ مرتبة خاصة في جميع أفراد الحيوان فضلاً عن الإنسان؛ لإجماع العلماء، وللنصوص الكثيرة الواردة في التحديد على اختلافها فيه، إلا أنها متفقة في عدم الاختلاف المزبور.

بل خبر عبد الله بن سنان^(٥) منها - الذي قواه المتأخرون، ومال إلى الأخذ به الفاضل^(٦) المذكور - ظاهر الدلالة على ما

ذكرنا. وكذا حديث الثمالي^(٧) وخبر حمزة بن حمران^(٨) بل النبوي^(٩) صريح في ذلك.

(١) التوبة: ٣٦.

(٢) يونس: ٥.

(٣) البقرة: ١٨٩.

(٤) مصابيح الأحكام: الورقة ٣٩ (مخطوط).

(٥) الرسائل ١٩: ٣٦٥، ب ٤٤ من الوصايا، ح ١٢.

(٦) المفاتيح ١: ١٤.

(٧) الرسائل ١٩: ٣٦٧، ب ٤٥ من الوصايا، ح ٣.

(٨) الرسائل ١: ٤٣، ب ٤ من مقدمة العبادات، ح ٢.

(٩) صحيح البخاري ٧: ٢٢.

وفي المروي عن قرب الاسناد عن علي بن الفضل : أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام ما حدّ البلوغ ؟ قال : « ما أوجب على المؤمنين الحدود » ^(١).

وبه يظهر العموم في خبر يزيد الكناسي ^(٢)، حيث دلّ على أنّ الحدود لا تثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر .
فما تفرد به الفاضل الكاشاني ^(٣) - من أنّ التحديد بالسن مختلف في التكليفات ، وأنّ الحدّ في كلّ شيء هو التحديد الوارد فيه ، نظراً منه أنّ التوفيق بين النصوص الواردة في السن إنّما يحصل بذلك - واضح الفساد ؛ لمخالفته إجماع الإمامية بل المسلمين كافة ، فإنّ العلماء مع اختلافهم في حدّ البلوغ بالسن مجمعون على أنّ البلوغ الراجع للحجر هو الذي يثبت به التكليف ، وأنّ الذي يثبت به التكليف في العبادات هو الذي يثبت به التكليف في غيرها ، وأنه لا فرق بين الصلاة وغيرها من العبادات فيه .

بل هو أمر ظاهر في الشريعة ، معلوم من طريقة فقهاء الفريقين ، وعمل المسلمين في الأعصار والأمصّر من غير نكير .
ولم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السن ، بأن يكون بعضهم بالغاً في الصلاة مثلاً غير بالغ في الزكاة ، أو بالغاً في العبادات دون المعاملات ، أو بالغاً فيها غير بالغ في الحدود .

وما ذاك إلا لكون البلوغ بالسن أمراً متحدّاً غير قابل للتجزئة والتنوع .
على أنّ في جملة من نصوص المقام خبري المروزي ^(٤) وابن راشد ^(٥) المصرّحين بوجوب الفرائض والحدود على الغلام باكمال الثمان ، والتوفيق بينهما وبين التحديدات غير ممكن .

وكذا ما ورد في الوجوب على ذي ست ^(٦) ، وعدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ، أو أربع عشر ^(٧) .

وما دلّ على وجوب الصوم على الجارية بالتسّع ^(٨) .

وما دلّ على عدمه عليها إلا بالثلاث عشر ^(٩) .

وبالجملة فالنصوص مختلفة اختلافاً لا يرجى جمعه بنحو ذلك [الجمع الذي ارتكبه الفاضل الكاشاني] .

وإنّما الواجب النظر في أخبار المسألة بالنسبة إلى المكافأة وعدمها ، ثمّ الأخذ بالراجح وترك المرجوح .

أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التمرين والتأديب ، أو غير ذلك ، كما فعله الأصحاب ، وقد بانّ لك بحمد الله الراجح منها والمرجوح ، والله أعلم بحقيقة الحال .

(١) قرب الاسناد : ٣٩٤ ، ١٣٨٣ . الوسائل ١ : ٤٤ ، ب ٤ من مقدّمة العبادات ، ح ٧ ، وفيها : « عليّ بن الفضل » .

(٢) الوسائل ١ : ٤٣ ، ب ٤ من « مقدّمة العبادات » ، ح ٣ .

(٣) المفاتيح ١ : ١٤ .

(٤) الوسائل ٢٨ : ٢٩٧ ، ب ٢٨ من حدّ السرقة ، ح ١٣ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٢١٢ ، ب ١٥ ، من الوقوف والصدقات ، ح ٤ .

(٦) الوسائل ٤ : ١٨ ، ب ٣ من أعداد الفرائض ، ح ١ .

(٧) الوسائل ١٠ : ٢٣٧ ، ب ٢٩ من يصحّ منه الصوم ، ح ١٣ .

(٨) الوسائل ١ : ٤٣ ، ب ٤ من مقدّمة العبادات ، ح ٢ ، ٣ .

(٩) المصدر السابق : ٤٥ ، ح ١٢ .

هذا كله في السن والإنبات والإنزال .
(أما الحمل والحيض فليسا بلوغاً في حق النساء) [١] .

- [١] بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل نفاه عنه غير واحد من دون استثناء .
ففي المسالك : « لا خلاف في كون الحيض والحمل دليلين على البلوغ ، كما لا خلاف في كونهما بلوغاً بأنفسهما »^(١) .
بل هو ظاهر العلامة في التذكرة^(٢) والتحريير^(٣) حيث نفى الخلاف في كون الحيض دليلاً على البلوغ .
والدليل في كلامهم هنا خلاف السبب .
لكن في المبسوط : « أن البلوغ يحصل بثلاثة : الاحتلام والحيض والسن » ثم قال : « والحمل دلالة على البلوغ ، وكذا الإنبات على خلاف فيه »^(٤) .
وظاهره كون الحيض بلوغاً لا دليلاً على سبقه .
ومثله ما في الوسيلة^(٥) .
لكن يمكن أن يريدنا بذلك عدم دلالة على السبق بزمان يسع التكليف ؛ لجواز اتصاله بالسن ، و وقوعه بعد كمال التسع بلا فصل ، فيكون كالسبب في البلوغ ، لا بمعنى جواز التقدم عليه ، فإن امتناعه مقطوع به في كلام الأصحاب .
كما أنه يمكن إرادة ثاني الشهيدين من العبارة السابقة أنه لا خلاف في كون الحمل والحيض دليلين على سبق البلوغ .
كما لا خلاف في كون هذين الأمرين المذكورين في المتن المفهومين ضمناً من دلالة الحمل والحيض على السبق ، بلوغاً في أنفسهما ، ويمكن إرجاع الضمير [في قوله في الشرايع : « فليسا بلوغاً »] إلى الحمل والحيض على معنى إرادة تعليق أحكام البلوغ عليهما في الشرع ، وإن كانا كاشفين عنه حقيقة .
ففي خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : « ثلاث يتزوجن على كل حال - وعد منها - التي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قلت : وما حدها ؟
قال : إذا أتى لها أقل من تسع سنين »^(٦) .
وروايته الأخرى عنه أيضاً : « ثلاث يتزوجن على كل حال » وذكر من جملتها « التي لم تحض ومثلها لا تحيض » ، قال :
قلت : ومتى يكون كذلك ؟
قال : « ما لم تبلغ تسع سنين ، فإنها لا تحيض ومثلها لا تحيض »^(٧) .

(١) المسالك ٤ : ١٤٥ .

(٢) التذكرة ١٤ : ١٩٨ .

(٣) التحريير ٢ : ٥٣٤ .

(٤) المبسوط ٢ : ٢٨٣ .

(٥) الوسيلة ١٣٧ .

(٦) الوسائل ٢٢ : ١٧٩ ، ٢ من العدد ، ح ٤ .

(٧) الوسائل ٢٢ : ١٨٣ ، ٣ من العدد ، ح ٥ .

ورواية عبد الله بن عمر قلت لأحدهما: الجارية [الصغيرة] يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد يئست من المحيض؟ قال: «لا بأس بأن لا يستبرأها»^(١).

وموثق عبد الله بن سنان: «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيئة وعوقب، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، وذلك أنها تحيض لتسع سنين»^(٢).

وخبر يونس بن يعقوب أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصلي في ثوب واحد؟ قال: «نعم»، [قال: قلت: فالمرأة، قال: لا، ولا] يصلح للحرّة إذا حاضت إلّا الخمار إلّا أن لا تجده»^(٣).

وغيرها من النصوص المتعلقة لأحكام البلوغ على الحيض. أما الحمل فقد يدلّ عليه الحسن كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: في رجل ابتاع جارية ولم تطمث. قال: «إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس [له] عليها عدة، وليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإنّ عليها العدة»^(٤).

ومرسل جميل عن أحدهما عليه السلام: في الرجل يطلّق الصبية التي لم تبلغ ولا يحمل مثلها وقد كان دخل بها والمرأة التي قد يئست من المحيض وارتفع حيضها ولا يلد مثلها؟ قال: «ليس عليهما عدة وإن دخل بهما»^(٥).

وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «التي لا تحبل مثلها لا عدة عليها»^(٦). وخبر منصور بن حازم: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية لا يخاف عليها الحمل؟ قال: «ليس عليها عدة»^(٧). وخبر ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام أيضاً: في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل، قال: «ليس عليها عدة يقع عليها»^(٨).

بل قد يشهد ذلك أيضاً فحوى الأخبار المستفيضة^(٩) المتضمنة لنفي العدة عن الصغيرة والتي لم تبلغ المحيض، فإنّ الوجه في انتفاء العدة في مثلها على ما يستفاد من النصوص عدم الاسترابة بالحمل في مثلها، ومقتضى ذلك خروجها عن حدّ الصغر بإمكان الحمل، فخروجها عنه بتحقيقه أولى.

(١) الوسائل ١٨: ٢٦٠، ب ١١ من بيع الحيوان، ح ١، وفيه: «فقال، بدل «قال».

(٢) الوسائل ١٩: ٣٦٥، ب ٤٤ من الوصايا، ح ١٢.

(٣) الوسائل ٤: ٤٠٥، ب ٢٨ من لباس المصلي، ح ٤.

(٤) الوسائل ٢١: ٨٣، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٥) الوسائل ٢٢: ١٧٨، ب ٢ من العدد، ح ٣، وفيه: «فلا يلد، بدل «ولا يلد».

(٦) الوسائل ٢٢: ١٨٢، ب ٣ من العدد، ح ٢.

(٧) الوسائل ٢١: ٨٣، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٨) المصدر السابق: ح ٣.

(٩) انظر الوسائل ٢٢: ١٧٧، ب ٢ من العدد.

وعلى كل حال فـ [المختار] [١] عدم كونهما بلوغاً بأنفسهما، (بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ) في مثل المجهول حالها، بأن يكون الحيض منها كاشفاً عن حصول العدد لها [٢].
نعم يعتبر معلومية كونه حيضاً من الصفة أو غيرها [٣].

[١] [كما] قد بان لك مما ذكرنا [ذلك].

[٢] فلا يرد [الإشكال] بأنّ الدم الذي تراه قبل التسع ليس بحيض، ويعدّها يكون بلوغها بالنس، فلا أثر للحيض في الدلالة؛ إذ الجواب ما أومأنا إليه من ظهور القاعدة في مجهولة السن، فإنّ بلوغها يعرف بالحيض؛ لدلالته على السن الدالّ عليه، لا بالنس لفرض جهالة.

[٣] ولا يكفي هنا ما اشتهر بين الفقهاء من قاعدة الإمكان؛ إذ هو مشروط ببلوغ التسع كما صرحوا به، والفرض في المقام الاشتباه. ومن هنا قال في التذكرة: «لو اشتبه الخارج أنّه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ، ولا يحكم إلا مع اليقين عملاً بالاستصحاب»^(١). وهو كذلك ومعه يسقط اعتبار الصفة، فإنّها إنّما تعتبر في صورة الشك. وأمّا دلالة الحمل على سبق فباستتار قضاء العادة بتقدم الحيض، وباعتبار كونه مسبوqاً بالإنزال الذي قد عرفت سببته للبلوغ؛ لأنّ تكون الولد إنّما يكون من اختلاط مجموع المائين، وهو المراد من «الأمشاج» في الآية^(٢) الكريمة على ما هو المشهور بين المفسرين، كإعادة صلب الرجل وترايب المرأة من قوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾^(٣) لا صلب الرجل وترايبه، ولا أنّ المراد بـ «الأمشاج» الأخلاط من الطبايع التي تكون في الإنسان من الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة، ولا الأطوار والشؤون، ولا الاختلاط من مني الرجل وحيض المرأة، مع أنّه على الأخير يتمّ المطلوب أيضاً. وما ذكرناه في الآيتين هو المروي عن ابن عباس^(٤)، بل هو موافق للنصوص الكثيرة عن النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام، على أنّ خلق الولد من المائين، وأنّ ماء الرجل أبيض غليظ، وماء المرأة أصفر رقيق، وأنّ العظم والعصب والعروق من نطفة الرجل، والشعر والجلد واللحم من نطفة المرأة، وأنّ الذكورة والأنوثة والشبه بالأعمام والأخوال من تسابق المائين، وعلو أحدهما على سابقه^(٥). روى ذلك الصدوق والراوندي والطبرسي في المحكي عن العلل^(٦) والقصص^(٧) والمجمع^(٨) والاحتجاج^(٩). وما عن الحكماء والأطباء من الاختلاف في مني المرأة، فعن أرسطو^(١٠) وأتباعه أنّه لا مني لها، وإنّما ينفصل عنها رطوبة شبيهة بالمني إذا امتزج بها مني الرجل تولّد منها مادة الجنين، وذلك لوجود القوّة العاقدة في مني الرجل والمنعقدة في رطوبة المرأة. وعن جالينوس^(١١) وأكثر الأطباء أنّ للمرأة منياً كالرجل، وفي كلّ منهما قوّة عاقدة ومنعقدة، لكن مني الذكر أشدّ وأقوى في الفعل والتأثير من مني الأنثى. وعن الحكماء أنّ مبدأ التصوير في مني الرجل، ومبدأ التأثير والتصور في مني المرأة، وإنّما المنّي إنّما يقال عليها بمحض اشتراك الاسم، وإلا فمني الرجل حار نضيج نخين، ومنّي المرأة جنس من دم الطمث، وإنّما حصل به استحالة يسيرة، لا يبعد عن الدم بعد مني الرجل منه، ولذا يسمّونه طمثاً لا منياً. وعن بعض^(١٢) المحققين أنّ المنّي عند الحكماء، وهو الماء الجامع لبياض اللون ورائحة الطلع، والدفق واللذة والقوّة العاقدة غير قاذح في شيء ممّا ذكرنا؛ ضرورة كون النزاع بين الفريقين لفظياً، وأنّ الاتفاق بينهما واقع على أنّ تكون الولد من مجموع المائين، والعبارة في التسمية بالعرف واللغة، ورطوبة المرأة تسمّى منياً فيها، وخروجها عنه باصطلاح الحكماء لا يقدر في ثبوت الحكم الشرعي المنوط بغيره، كما هو واضح.

(١) (٢) (٣) التذكرة ١٤: ١٩٩، الإنسان ٢: الطارق ٧. (٤) (٩) تفسير التبيان ١٠: ٢٠٦، ٣٢٤-٣٢٥، الاحتجاج ١: ٩٠-٩١.

(٥) (١١) (١٢) مصابيح الأحكام: الورقة ٤٤ (مخطوط). (٦) علل الشرائع ١: ٩٤-٩٨، ح ١-٦.

(٧) (٨) قصص الأنبياء: ٢٩٦، ح ٣٦٩، مجمع البيان ٥: ٤٠٦. (١٠) نقله في القانون (لاين سيناء) ٢: ٧٢٧.

وعلى كل حال فـ [قد يقال] [١] [بدلالة الحمل على البلوغ منوطة بالوضع].

قلت: الأجود إناطة الحكم بالعلم في أصل الحمل وابتدائه، فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ. وكذلك لو علم بكونه لأكثر من ستة أشهر حكم به؛ لما يحتمل النقص عنه.

ولا فرق في دلالة الحمل على البلوغ بين أن يكون الولد تاماً أو غير تام، إذا علم أنه مبدأ نشوء آدمي، كما في العلقه والمضغة.

ويسقط اعتبار الستة أشهر هنا. وللرجوع إلى الأربعين [٣] وجه وجيه.

ثم لا يخفى عليك أن الحاجة إلى هذه العلامة فيما إذا تحقق الحمل للمرأة من غير إحساس بالإنزال، فلو أحسّت به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك، وجرى عليها القلم.

وإن توقف الحكم به ظاهراً على ظهور الحمل، أو تحقق الوضع، والله هو العالم بحقيقة الحال.

(تفريع: الخنثى المشكل):

بناءً على الانحصار في الرجل والمرأة وأنه لا قسم ثالث إن نبت شعره الخشن حول الفرجين أو بلغ ستة الخمس عشر (لو^(١) خرج منيه من الفرجين) أو أمني من فرج الذكر بعد مضي تسع وإمكان الإماء من الذكر (حكم ببلوغه) [٤].

نعم (لو^(٢) خرج) منيه (من أحدهما لم يحكم به) بناءً على اعتبار اعتياد المخرج في الدلالة على البلوغ؛ لجواز كون ذلك الفرج زائد، فلا يكون معتاداً.

أما لو صار ذلك معتاداً أو قلنا بدلالة خروج المني مطلقاً على البلوغ اتّجه الدلالة، هذا [٤].

[١] [كما في التذكرة والقواعد والمسالك: أن دلالة الحمل على البلوغ منوطة بالوضع^(٣)؛ لعدم العلم بتحقيقه بدونه، فبعد الوضع يحكم بالبلوغ قبله.

[٢] كما دلّت عليه الروايات في مراتب النشوء.

[٣] بلا خلاف أجمده بيننا، (و لا إشكال؛ ضرورة حصول سبب البلوغ في الفرضين، إن كان رجلاً أو امرأة.

[٤] وفي المسالك بعد أن حكم بعدم الدلالة، قال: «ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصة هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء، وبعض العامة قول بأن ذلك كافٍ في البلوغ؛ لأن خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة، وكذا القول في الحيض والمني من فرج الأنثى، ولأن خروج مني الرجل من المرأة، والحيض من الرجل مستحيل، وكان دليلاً على التعيين، ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ، ولأن خروجهما معاً دليل على البلوغ، فخرج أحدهما أولى؛ لأن خروجهما يفضي إلى تعارضهما، وإسقاط دلالتهما؛ إذ لا يتصور حيض صحيح ومني رجل، ونفى في التذكرة: البأس عن هذا القول، وهو في محله، نعم لو صار ذلك معتاداً قويت الدلالة»^(٤).

[وأما الحيض ف]قلت: لا ينبغي التأمل في دلالة الحيض بعد فرض العلم بكونه حيضاً، لا أنه بصفاته وإن احتمل كونه غير حيض على التعيين وعلى البلوغ.

كما أنه لا ينبغي التأمل في دلالة المنى الخارج من الفرج بعد العلم بكونه منياً عليهما أيضاً إذا كان خروجه في زمان عدم إمكان خروجه من الذكر؛ لاستحالة ذلك من غير الانثى كما هو واضح.

أما لو كانا [أي الحيض والمنى] بالصفة مع احتمالهما غيرهما فالمتجه [١] عدم الدلالة على أحدهما [٢].
(ولو حاض من فرج الإناث وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه) [٣].

(الوصف الثاني) الذي يتوقف عليه رفع الحجر: (الرشد) في المال [٤].

والمرجح فيه العرف كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقة شرعية لها، ولا لغوية مخالفة للعرف [٥].

[١] ما هو المشهور من [عدم الدلالة].

[٢] لما عرفت. وقياسه على البول مع أنه منصوص هو مع الفارق؛ ضرورة كون المفروض أنهما بالصفات، وإن لم يقطع بكونهما حيضاً أو منياً.

ودعوى أن الصفات مما تورث العلم ظاهرة الفساد، وإلا لم يمكن فرض التعارض فيهما في المسألة التي ذكرها المصنف وغيره بقوله: [ولو حاض...].

[٣] على المشهور بين الأصحاب نقلاً^(١) إن لم يكن محصلاً.

بل في المسالك: «أن دلالة ذلك عليه واضحة؛ لأنه إما ذكر فقد أمنى، وإما أنثى فقد حاضت، وللعمامة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك؛ لتعارض الخارجين وإسقاط كل واحد منهما الآخر، ولهذا لا يحكم والحال هذه بالذكورة ولا بالأنوثة، فيبطل دلتهمَا كالبيتين إذا تعارضتا»^(٢) بل في المسالك: «هو وجه في المسألة»^(٣).

قلت: هو مع أنه منافٍ للوضوح الذي ادّعه سابقاً. اللهم إلا أن يريد بالوجه مطلق الاحتمال وإن كان واضح الضعف - تعارضهما بالنسبة إلى الدلالة على الذكورة أو الأنوثة لا يقضي به بالنسبة إلى البلوغ؛ ضرورة عدم التلازم بينهما، كما هو واضح، والله أعلم.

[٤] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الكتاب والسنة دالة عليه أيضاً.

[٥] وما عن الكشف من أن الرشد الهداية^(٤) والقاموس الاهتداء^(٥) والنهاية والصاحح خلاف الغي المفتر فيهما بالفضلال^(٦) لا ينافي ما ذكره الأصحاب في المقام؛ إذ هو بالنسبة إلى خصوص المال. ولو سلم فالعرف مقدّم على اللغة عندنا، كما حرّرناه في محله.

(١) التذكرة ١٤: ١٩٢.

(٢) (٣) المسالك ٤: ١٤٨.

(٤) الكشف ١: ٤٧٣.

(٥) القاموس المحيط ١: ٥٧٠.

(٦) النهاية (لابن الأثير) ٢: ٢٢٥ و ٣: ٣٩٧. الصاحح ٢: ٤٧٤ و ٦: ٢٤٥.

(و) على كل حال (فهو أن يكون مصلحاً لما له) [١].

والمراد باصلاح المال حفظه والاعتناء بحاله ، وعدم تبذيره والمبالاة به ونحو ذلك مما ينافيه الصرف بالأعمال التي لا تليق بحاله .

[١] وقد قيل : إنه طفحت به عباراتهم ^(١) .

بل عن التنقيح : « أنه لا شك فيه عند العرف » ^(٢) .

و[عن] مجمع البرهان : « هو الظاهر المتبادر منه عرفاً ، وأنه هو الذي ذكره الأصحاب » ^(٣) .

وعن مجمع البيان : أنه « العقل واصلاح المال ... وهو المروي عن الباقر عليه السلام » ^(٤) .

وعن مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية أنه « حفظ المال » ^(٥) .

ولعل مرجع الجميع إلى شيء واحد ، وهو ما صدق عليه عرفاً أنه : رشد بالنسبة إلى المال .

إلا أن قاعدتهم في مثل هذه الألفاظ الراجعة إلى العرف عدم التحديد التام انكساراً عليه [= على العرف] ، بل ربما لا ينافي في

بعض المقامات تحديده على الوجه التام ، ومن هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت .

وفي القواعد وعن غيرها : « أنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال ، وصرفه في غير الوجه الثلاثة بأفعال العقلاء » ^(٦) .

وكثير منهم ممن فسرّه بالإصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر . وجميع ذلك عند التأمل فضول ؛ لوفاء العرف في مصداقه ، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه فضلاً عن الاطناب .

نعم جرت عادتهم بذكر تفسير له على جهة الإجمال ، ولذا تختلف في القيود .

ومن هنا يعرف ما في المسالك في شرح عبارة المتن معترضاً بها عليه ، بل وعلى غيره . قال : « ليس مطلق الإصلاح موجباً

للرشد ، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال ، وتمنع من إفساده ، وصرفه في غير الوجه الثلاثة بأفعال العقلاء ،

واحترازنا به « الملكة » عن مطلق الكيفية ، فإنها ليست كافية ، بل لابد من أن تصير ملكة يعسر زوالها ، وباقتضاءها إصلاح المال

عملاً لو كان غير مفسد له ، ولكن لا رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء ، فإن ذلك غير كافٍ في تحقق الرشد .

ومن ثم يختبر باعتناؤه بالأعمال الثلاثة بحاله ، كما سيأتي ، وبمنعه من إفساده عملاً لو كان له ملكة الإصلاح والعمل ، وجمع

المال ، ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله ، فإنه لا يكون رشيداً » ^(٧) .

وفيه أولاً : أنه من المعلوم إرادة الصفة اللازمة ؛ ضرورة عدم صدق الرشيد عرفاً على من حصل منه ذلك على وجه الاتفاق ،

ومرجع « الملكة » إلى ذلك ، فهي مرادة للجميع بهذا المعنى قطعاً .

(١) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٤٤ .

(٢) التنقيح ٢ : ١٨١ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٩٤ .

(٤) مجمع البيان ٢ : ٩ .

(٥) مجمع البحرين ٢ : ٧٠١ - ٧٠٢ . الوسائل ١٩ : ٣٦٨ ، ب ٤٥ من الوصايا ، ح ٦ .

(٦) القواعد ٢ : ١٣٤ .

(٧) المسالك ٤ : ١٤٨ .

أما تنميته والتكسب به فقد يمنع اعتباره في الرشد عرفاً، من غير فرق بين أولاد الرؤساء وغيرهم [١].
 (و) أولى من ذلك البحث في أنه (هل يعتبر) فيه (العدالة) أو لا؟ حتى قال المصنف: (فيه تردّد) [٢].
 [يمكن دعوى عدم اعتبارها].

[١] وستعرف عدم وجوب الاختبار بالأعمال الثلاثة بحاله. وإنما هو طريق من طرق معرفة الرشد كالغزل والاستغزال، والنسج والاستنتاج في الأنثى، والجمع بينهما في الخنثى؛ ضرورة عدم توقف تحقق الرشد عرفاً على ذلك، بل قد يتحقق عرفاً بدونه، كما هو واضح بأدنى تأمل. وبالجمله إطالة الكلام في تحقّق مصداق الرشد في المال مع وفاء العرف به تضييع للمعنى لا ينبغي.

[٢] بل وخلاف، فعن الشيخ والراوندي وأبي المكارم وفخر الإسلام^(١) اعتبارها. بل عن الغنية الإجماع عليه^(٢). والمشهور نقلاً^(٣) وتحصيلاً، بل في المسالك ومحكي التذكرة نسبته إلى أكثر أهل العلم^(٤) عدم؛ إذ لا ريب في صدق العرف بدونها ولو كانت معتبرة في الابتداء لاعتبرت في الاستدامة، وهو معلوم الفساد بالسيرة القطعية في معاملة المخالفين وأهل الذمة والفسقة وغيرهم. ومن هنا حكى عن التذكرة الإجماع على عدم التحجير بطرؤ الفساد الذي لم يستلزم تبيّراً، وعلى عدم مدخلة ترك المروءة ككشف الرأس ومذ الرجل وأشباه ذلك في العدالة على تقدير اعتبارها في دفع المال^(٥). قلت: بل يمكن دعوى كونه ضرورياً يشك في إسلام منكره. وقد صرح الأصحاب بجواز بيع الخشب لمن يعمل الأصنام والتمر والزبيب لمن يصنع الخمر. فمن الغريب النقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن زهرة^(٦) التزام ذلك، بل هو في المبسوط لم يجعل ذلك احتياطاً، كالمحكي^(٧) عن الخلاف والغنية المستظهر من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب. مع أن الإنكار عليهما في الاحتياط لو أريد منه الاستحباب واضح، فضلاً عما لو لم يكن احتياطاً. وأغرب من ذلك استدلالهما عليه بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٨) بضميمة ما روي عنهم من أن «شارب الخمر سفیه»^(٩). وبأن الفاسق موصوف بالغي الذي هو ضد الرشد المعتبر في المال، ولأن المتيقن العدل دون غيره. ونحو ذلك مما لا يليق بالفقيه جعل شيء منها مدركاً للحكم الشرعي، كما هو واضح. وأطرف من ذلك كله القول بأنه لا يرد عليهما على تقدير قولهما بذلك شيء مما ذكر؛ لأن العدالة عندهما ظاهر الإسلام مع عدم ظهور الفساد، أو حسن الظاهر، وهما معاً متحقّقان في غالب الناس؛ إذ هو كما ترى. نعم لهما الفرق بين الابتداء والاستدامة. مع أنه ليس لهما أيضاً [ذلك]؛ للقطع بتحقّق الرشد عرفاً بدونها، فلا يجوز منع مال الناس بأمثال هذه المزخرفات. وبعض أفراد الفسق الذي يرتفع معها وصف الرشد ويثبت بها وصف السفه لا يقضي باعتبار العدالة في ماهية الرشد قطعاً، كما هو واضح. وبالجمله الإطناب في ذلك كما وقع لبعضهم^(١٠) أيضاً من تضييع العمر فيما لا ينبغي، كالمسألة السابقة، والله أعلم.

(١) الخلاف ٣: ٢٨٣. المبسوط ٢: ٢٨٤. فقه القرآن ٢: ٧٣. شرح الارشاد: ١٨٠ (مخطوط).

(٢) الغنية: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) الروضة ٤: ١٠٢.

(٤) المسالك ٤: ١٤٩. التذكرة ١٤: ٢٠٣.

(٥) التذكرة ١٤: ٢٠٤-٢٠٥.

(٦) الخلاف ٣: ٢٨٣. المبسوط ٢: ٢٨٤. الغنية: ٢٥٢.

(٧) مفتاح الكرامة ٥: ٢٤٥.

(٨) النساء: ٥.

(٩) عوالي اللآلئ ٣: ٢٤٠، ح٧. الوسائل ١٩: ٣٦٨-٣٦٩، ب٤٥ من الوصايا، ح٨. و٣٧١-٣٧٠، ح٢.

(١٠) انظر مفتاح الكرامة ٥: ٢٤٤-٢٤٧.

(و) كيف كان فـ (إذا لم يجتمع الوصفان) أي البلوغ والرشد (كان الحجر باقياً) [١].

(وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السن) [٢].

وعلى كل حال (و) أمّا ما (يعلم) به (رشده) فهو أيضاً بطرق لا تنحصر عرفاً.

ومنها معرفته (باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوّته على المكايسة في المبايعات، وتحفظه من الانخداع).

(وكذا تختبر الصبية) وحينئذ فيعرف (رشدّها) بـ (أنّ تحفظ من التبذير، وأنّ تعتنى بالاستغزال - مثلاً -

(و) بـ (الاستنتاج إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاھيه من الحركات المناسبة لها)، ويأتي تمام الكلام في آخر المبحث إن شاء الله تعالى.

(و) كيف كان فـ (يثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال) [٣].

(وبشهادة الرجال) منفردين (والنساء) كذلك (في النساء) أو مع التلقيق [٤] (دفعاً لمشقة الاقتصار) على

الرجال فيهن وغيره [٥].

والخنائي كالنساء على الظاهر.

إنّما الكلام في اعتبار قيام بيّنة الرشد عند الحاكم وحكمه بها في الثبوت.

أو يكفي قيامها بعد معلومية جمعها للشرائط من العدالة ونحوها عند من في يده المال ربّما احتمل الأوّل

[أي عند الحاكم] [٦].

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] لإطلاق الأدلّة.

خلافاً لبعض العامة فأوجب دفع المال إليه إذا بلغ خمسة وعشرين سنة^(١).

[٣] إجماعاً.

[٤] بلا خلاف أجده فيه.

بل قيل: «عليه الإجماع في كثير من عبارات»^(٢). وإن كنّا لم نتحقّقه.

[٥] فيندرج [قبول شهادة النساء] فيما دلّ على نفيهما من الآية والرواية.

بل قد يندرج فيما دلّ على قبول شهادتهنّ فيما يعسر اطلاع الرجال عليه من النصوص.

وإن كان لا يخلو من بحث لولا الاعتضاد باتّفاق الأصحاب ظاهراً عليه.

فظهر حينئذ عدم الإشكال في الحكم بجميع أفرادها.

[٦] لمعلومية اعتبار الحاكم في الشهادة، والفرض أنّ المقام من موضوعها، وإلا لاكتفي بخبر الواحد.

وقد يقوى الثاني ، خصوصاً مع تعذر الحاكم أو تعسر الوصول إليه [١] .

هذا كله في الرشيد .

(وأما السفيه) بالنسبة إلى المال (فهو) المقابل له فيكون عبارة عن (الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة) عند العقلاء ولو أبناء الدنيا؛ لما عرفت من أن الرشد إصلاح المال ، وتحققه لا يحصل إلا بعدم الصرف في غير الأغراض الصحيحة .

وتمام الكلام فيه يعرف مما قدمناه في الرشد ، وأن مرجعه إلى العرف الذي لا شك في عدم تحققه بمجرّد الصرف في مطلق المعاصي [٢] .

[١] لعموم قبول البينة ، ومنع اشتراطها بالحاكم في المقام ، وأمثاله الذي قيل : إنه يكتفى فيه بالظاهر ؛ للسيرة القطعية في معاملة مجهول الحال ، والبينة لا تقصر عنه ^(١) .

كما أنه قيل ^(٢) بتحقيق وصف الرشد بقيامها ولو عند غيره [= غير من بيده المال] ، فيحصل حينئذ شرط الدفع ، وإن كان لا يخلو من نظر .

وتمام الكلام في المسألة في مقام آخر ؛ ضرورة كثرة أفرادها ، والله أعلم .

[٢] إما لأنه ليس تبذيراً ، أو لأنه به لا يتحقق السفه عرفاً .

لكن في المحكي عن التحرير إن استلزم فسقه التبذير - كسواء الخمر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق - لا يسلم إليه شيء لتبذيره ^(٣) .

وفي المحكي عن التذكرة : الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ... ويتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ، ولا تدفع إليه أمواله إجماعاً ^(٤) .

بل قيل : الظاهر أنه إجماع الأمة ^(٥) .

وفيه : أن مثله قد لا يعد عرفاً سفيهاً ، خصوصاً الإنفاق على الفاسق ، وإلا لآتجه ما عن الأردبيلي ^(٦) من « الإشكال بأنه قلما يخلو عن ذلك الإنسان ، فإنهم يشترون ما لا يجوز ويستعملون الربا ، ويعطون الأموال للمعني واللاعب بالمحرّم ، وإلى من يأخذ من الناس الأموال قهراً ، خصوصاً الحكّام والظلمة ، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومناكد [أ] تهم وأخذ عطاياهم ، وزكواتهم وخمسهم ، فإنهم سفهاء ، بإجماع الأمة كما فهمناه من التذكرة ، مع أنهم صرّحوا وأطلقوا معاملاتهم ومناكد [أ] تهم ، وقبول جوائزهم ، وقالوا بكرهاتها بل يمكن أن يقال : إن صرفه في العنب بأن يعمل خمراً ، وفي الخشب بأن يعمل صنماً ، ونحو ذلك صرف في المحرّم ، فيكون فاعله سفيهاً لا تجوز معاملته ومناكحته ، مع أنهم جوزوا ذلك وقالوا بكرهاتها ، ولا شك أن صرفه ولو

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٩٩ .

(٢) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ١٩٩ .

(٣) التحرير ٢ : ٥٣٦ .

(٤) التذكرة ١٤ : ٢٠٤ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٢٠ .

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٢٠ - ٢٢٢ .

كان قليلاً من الإطعام للرياء والسمة وغير ذلك من الأغراض الغير الصحيحة شرعاً حرام ، فيكون موجباً للسفه .
ومن الذي يخلو عنه من أرباب الأموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكاة والخمس منهم ؟ ! فتأمل .
وبالجملة فالتنزه عنه متعسر جداً ، فإنه لو لم يعامل السفیه ، فإنه يعامل معاملة .
ويصعب ذلك أيضاً إنهم قالوا : إن الرشد شرط ، فلا بد من تحققه ليعمل بالمشروط ، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك ، بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالإجماع ، فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ويتركون الأصل ، فإن حال الإنسان أنه لم يفعل حراماً ، ولا يصرف ماله فيه .

ولعل هذا المقدار كافٍ للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكة ، ولهذا ما نقل الامتناع والتفحص عنهم عليه السلام ، ولا عن أحد من العلماء المتدينين ، ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال ؛ للنص والإجماع ^(١) .
وفيه : أن ذلك لا يجدي في المعلوم حالهم كالحكام وغيرهم .
ومن هنا التجأ بعضهم ^(٢) إلى الجواب بأن السفیه لا تجوز تصرفاته بعد الحجر عليه لا قبله ، وليس السفه بنفسه موجباً للمنع .

وهو أيضاً منافٍ لإطلاق النص والفتوى ، بل وقوله : ﴿ وَلَا تَوُتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ ^(٣) وغيره .
فالتحقيق ما عرفته من أن المناط في تحققه وصدقه العرف .
ولا ريب في عدمه عرفاً في جميع ما ذكره ؛ ضرورة اختلاف أصناف الناس فقد يليق بالسلطان ما لا يليق بغيره ولا يعد به سفياً ، وإن كان صرفه في محرم ، كما هو واضح .
وقد عرفت أن السيرة القطعية على معاملة مجهول الحال ، عملاً بظاهر الحال ، وأصل الصحة وغير ذلك .
وحيث عرفت أن المدار في السفه والرشد على العرف ، فقد يقال بتحقيق الأول [أي السفه] منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البر ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال .

كما أوما إليه رب العزة بقوله : ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ ﴾ ^(٤) ، وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ ^(٥) .

وهو كما عن الصادق عليه السلام : « الوسط من غير إسراف ولا إقتار » ^(٦) .

والباقر عليه السلام : « ما فضل عن قوت السنة » ^(٧) .

(١) إلى هنا تم ما عن الأردبيلي . (٢) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٧٤ .

(٣) النساء : ٥ .

(٤) الإسراء : ٢٩ .

(٥) البقرة : ٢١٩ .

(٦) مجمع البيان ١ : ٣١٦ .

(٧) التبيان ٢ : ٢١٤ . عوالي اللآلي ٢ : ٧٣ ، ح ١٩١ .

وابن عباس : « ما فضل عن الأهل والعيال ، أو الفضل عن الغنى »^(١) .

وعن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ لَمَنْ أَتَاهُ بَيْضَةٌ مِنْ ذَهَبٍ أَصَابَهَا فِي بَعْضِ الْغَزَاةِ : « يَجِيءُ أَحَدَكُمْ بِمَالِهِ كَلَّهَ يَتَصَدَّقُ بِهِ ، وَيَجْلِسُ فَيَكْنِفُ النَّاسَ ، إِنَّمَا الصَّدَقَةُ عَنْ ظَهْرِ غِنًى »^(٢) .

والمرسل عن الصادق عليه السلام : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَنْفَقَ مَا فِي يَدِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا كَانَ أَحْسَنَ وَلَا وَفَّقَ لِلْخَيْرِ ، أَلَيْسَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ »^(٣) »^(٤) .

وعن الصادق عليه السلام أيضاً : قوله : « وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا »^(٥) فبسط كَفَّهُ وَفَزَقَ أَصَابِعَهُ ، وَحَنَاهَا شَيْئًا ، وَقوله : « وَلَا تَبْسُطْهَا »^(٦) فبسط راحته ، وقال : هكذا ، وقال : « الْقَوَامُ مَا يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الْأَصَابِعِ وَيَبْقَى فِي الرَّاحَةِ مِنْهُ شَيْءٌ »^(٧) .

وعنه أيضاً : أَنَّهُ تَلَاهُ هَذِهِ آيَةَ^(٨) فَأَخَذَ قَبْضَةً مِنْ حَصَى وَقَبَضَهَا بِيَدِهِ ، فَقَالَ : « هَذَا الْإِنْفَاقُ الَّذِي ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ ، ثُمَّ قَبْضُ قَبْضَةٍ أُخْرَى فَأَرْخَى كَفَّهُ كُلَّهَا ثُمَّ قَالَ : هَذَا الْإِسْرَافُ ، ثُمَّ قَبْضُ أُخْرَى فَأَرْخَى بَعْضَهَا وَأَمْسَكَ بَعْضَهَا ، وَقَالَ : هَذَا الْقَوَامُ »^(٩) .

وفي صحيح الوليد بن صبيح عنه أيضاً : « أَنَّ رَجُلًا كَانَ مَالُهُ ثَلَاثِينَ أَوْ أَرْبَعِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ شَاءَ أَنْ لَا يَبْقَى مِنْهَا إِلَّا وَضَعَهَا فِي حَقِّ فَيْقَى لَمْ يَلَمْ لَهُ فَيَكُونَ مِنَ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ يَرِدُّ دَعَاؤُهُمْ ، قُلْتُ : مَنْ هُمْ ؟ قَالَ : أَحَدُهُمْ رَجُلٌ كَانَ لَهُ مَالٌ فَأَنْفَقَهُ فِي [غَيْرِ] وَجْهِهِ ، ثُمَّ قَالَ : يَا رَبِّ ارْزُقْنِي فَيَقَالَ لَهُ : أَلَمْ أَرْزُقْكَ ؟ ! »^(١٠) .

بل في صحيح ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام : سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَأَتُوا حَقَّهُ ﴾^(١١) إِلَى آخِرِهِ « كَانَ أَبِي يَقُولُ : مِنَ الْإِسْرَافِ فِي الْحَصَادِ وَالْجَذَازِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِكَفِّهِ جَمِيعًا ، وَكَانَ أَبِي عليه السلام إِذَا حَضَرَ شَيْئًا مِنْ هَذَا فَرَأَى أَحَدًا مِنْ غُلَمَانِهِ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِكَفِّهِ صَاحَ أُعْطِ بَدَ وَاحِدَةً ، الْقَبْضَةُ بَعْدَ الْقَبْضَةِ ، وَالضَّغْتُ بَعْدَ الضَّغْتِ مِنَ السَّنْبِلِ »^(١٢) .

وفي خبر ابن المشي : سَأَلَ رَجُلٌ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ : ﴿ وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ﴾^(١٣) ؟ فَقَالَ : « كَانَ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْأَنْصَارِيِّ - سَفَاهَ - وَكَانَ لَهُ حَرْثٌ وَكَانَ إِذَا جَذَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ وَيَبْقَى هُوَ وَغِيَالُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، فَجَعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ سِرْفًا »^(١٤) .

(١) مجمع البيان ١ : ٣١٦ .

(٢) عوالي اللآلي ٢ : ٧٣ ، ح ١٩٢ . المستدرک ٧ : ٢٤٠ ، ب ٣٩ من الصدقة ، ح ٢ .

(٣) البقرة : ١٩٥ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٥٥٢ ، ب ٢٥ من التفقات ، ح ٧ ، مع اختلاف .

(٥) الفرقان : ٦٧ .

(٦) الإسراء : ٢٩ .

(٧) الوسائل ٢١ : ٥٥٨ ، ب ٢٩ من التفقات ، ح ١ .

(٩) المصدر السابق : ٥٥٩ - ٥٦٠ ، ح ٦ .

(١٠) الوسائل ٩ : ٤٢١ ، ب ٢٣ من الصدقة ، ح ١ .

(١١) الأنعام : ١٤١ .

(١٢) الوسائل ٩ : ٢٠٢ ، ب ١٦ من زكاة الغلات ، ح ١ .

(١٤) الوسائل ٩ : ٤٦١ ، ب ٤٢ من الصدقة ، ح ٣ ، وفيه : « أَخَذَ ، بَدَلَ » جَذَّهُ .

وعنه أيضاً: أنه لما دخل الصوفية عليه فُكر عليهم ما يأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين^(١).

وفي بعض الأخبار: «أن السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك»^(٢).

وفي بعضها: «أن السرف أمر يبغيضه الله عز وجل حتى طرحك التواة، فإنه تصلح لشيء، وحتى فضل شرابك»^(٣).

وفي خبر إسحاق: «ليس فيما أصلح البدن إسراف، - وفيها - إنما الإسراف فيما أفسد المال وأضر بالبدن، قيل: وما الإقتار؟ قال: أكل الخبز والملح، وأنت تقدر على غيره، قيل: فما القصد؟ قال: الخبز واللحم واللبن والخَل، والسمن مرة هذا، ومرة هذا»^(٤). ونحوه غيره.

لكن في القواعد: «إن صرف المال في وجوه الخير ليس تبذيراً»^(٥) كما عن ظاهر مجمع البرهان^(٦)، بل وعن مجمع البيان^(٧).

بل في المسالك: «إن المشهور ذلك [= عدم التبذير]؛ لأنه لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف»^(٨).

و [فيه أنه]: لم يثبت كونه خيراً.

وعن النبي ﷺ أنه قال لعلي عليه السلام: «وأما الصدقة فجهدك»^(٩).

وبالنصوص^(١٠) الدالة على الترغيب في ذلك.

بل في المسالك: «ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمة كالحسن عليه السلام صلوات^(١١) من أموالهم في الخير»^(١٢).

وقصة صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بالإقراض مشهورة^(١٣).

و [المنافسة] في الأول أنه لا دلالة فيه على القرض كالنصوص.

و [أما] المستفيض عنهم؛ لعله لأنه يليق بهم ما لا يليق بغيرهم.

وعلى كل حال فالمحكم العرف كما عرفت، والله أعلم.

(١) الكافي ٥: ٦٥ - ٧٠، ح ١. وأورد بعضه في الوسائل ٩: ٤٣٢، ب ٢٨ من الصدقة، ح ٨.

(٢) الوسائل ٥: ٢٢، ب ٩ من أحكام الملابس، ح ٣.

(٣) الوسائل ٢١: ٥٥١، ب ٢٥ من النفقات، ح ٢.

(٤) الوسائل ٢١: ٥٥٥، ب ٢٦ من النفقات، ح ١.

(٥) القواعد ٢: ١٣٥.

(٦) استظهره عنه وعن مجمع البيان في مفتاح الكرامة ٥: ٢٠٥. انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٠٠.

(٧) مجمع البيان ٥: ٤٠٥.

(٨) المسالك ٤: ١٥٢.

(٩) الوسائل ٩: ٣٧٩، ب ٦ من الصدقة، ح ١.

(١٠) انظر الوسائل ٩: ٣٧٩، ب ٧ من الصدقة.

(١١) كذا في الجواهر، وليس في المصدر.

(١٢) المسالك ٤: ١٥٢.

(١٣) البحار ٤٠: ٣٠، ب ١٠٢، ح ١.

وكيف كان (فلو باع والحال هذه) أي غير رشيد (لم يمض بيعه) ولا شراؤه ولا غير ذلك من عقود ومعاملات إذا حجر عليه الحاكم، أو مطلقاً على الخلاف [في المسألة].

(وكذا لو وهب أو أقر بمال) والضابط: المنع من التصرفات المالية [١].

من غير فرق في ذلك بين ماناسب أفعال العقلاء منها أو لا، ولا بين العين والذمة، ولا بين الذكر والأنثى، بل هي أولى منه [٢].

والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولي، أما الذكر فـ [دخوله في التصرفات المالية] ظاهر؛ لأنّ الصداق منه [٣].

(نعم يصح طلاقه وظهاره وخلعه وإقراره بالنسب وبما يوجب القصاص) ونحو ذلك مما ليس هو تصرفاً

[١] بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل عن مجمع البرهان^(١) دعواه، وهو الحجة بعد الاعتضاد بما دلّ عليه من كتاب وسنة.

[٢] لتقصان عقلا ويسر انخداعها.

ومن هنا حكى عن بعض^(٢) العامة بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة.

[٣] وما عن نكاح القواعد من «أنّ السفية إذا كان به ضرورة إلى النكاح وتعذر الحاكم والولي فإنه يجوز أن يتزوج واحدة لا أزيد بمهر المثل»^(٣).

[وهو] خارج عما نحن فيه.

كالمحكمي من نكاح التذكرة أيضاً: من أنه «لو نكح السفية بغير إذن الولي مع حاجته إليه وطلبه من الولي فلم يزوجه، قال الشيخ رحمه الله: الأقوى الصحة؛ لأنّ الحق تعين له، فإذا تعذر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه وتعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضا المديون.

وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية: أنّ النكاح يبطل ولا حد ولا مهر^(٤).

وعن بعض: أنّ لها مهر المثل^(٥).

وعن بعض: أنّ لها أقل ما يتمول رعاية لحق السفية، و وفاءً لحق العقد؛ إذ به يتميز عن السفاح^(٦)»^(٧).

ولتحقيق ذلك مقام آخر.

إنما الكلام في أنّه ممنوع من التصرفات المالية بدون إذن الولي، وحال تعذر الولي أو مخالفته شيء آخر، كما هو واضح.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٠٩ - ٢١٠.

(٢) المغني (لابن قدامة) ٤: ٥١٧.

(٣) القواعد ٣: ١٢.

(٤) السراج الوهاج: ٣٧١.

(٥) المصدر السابق.

(٧) التذكرة ٢: ٦١١ (حجربة).

مالياً [١] (إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الإتلاف) فيختص منعه بما يقتضيه دون ذلك مما ليس مالياً [٢] .
 (و لا يجوز تسليم عوض الخلع إليه) إذا كان مالاً .
 وإن كان هو الذي يقع الخلع .
 (ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة) مثلاً (جاز لأن السفه لم يسلبه) حكم عبارته (ولا أهلية) مطلق (التصرف)

[١] للأصل السالم عن المعارض .

[٢] ولا يشكل الخلع إذا كان بدون المثل ؛ لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلاً فمعه بطريق أولى .

اللهم إلا أن يفرق بين الخلع مطلقاً وغيره بصدق المالية حينئذ ، فيراعى إذن الولي بمقتداره وجنسه ونحو ذلك .

وكذا قد يشكل الإقرار بالنسب إذا تضمن الإنفاق ونحوه ممّا يرجع إلى المال .

ويدفع بأن المال فيه تبعي لا أصلي .

وقد يقال بقبوله في النسب خاصة دون الإنفاق .

ويؤيده أنه ربما يجعل ذلك وسيلة لإتلاف المال لو قلنا بقبوله [في الإنفاق] .

بل جزم به في المسالك ^(١) .

بل ظاهره أن هذا هو المعروف ، قال : « وإن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر إلا أن تلازمهما غير معلوم ، بل هو كالإقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز ، فإنه يثبت به المال دون القطع ، وبالعكس لو أقتر بها السفه ، فإنه يقبل في القطع دون المال ، وحينئذ فالنفقة من بيت المال المعد لمصالح المسلمين .

وللشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله ؛ لأنه فرع ثبوت النسب ؛ ولأن الإنفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين ، فكما يمنع من الإضرار بماله يمنع من الإضرار بغيره » ^(٢) .

ورده بأن إقراره إنما ينفذ فيما لا يتعلق بالمال ، وبيت المال معد لمصالح المسلمين ، فكيف يقال : إن مثل ذلك يضرّ بهم ؛ إذ ذلك أت في كل من يأخذ منه جزاء ^(٣) .

قلت : للشهيد أن يقول : إن عموم الإقرار يشملها ، بعد أن لم يكن تصرفاً مالياً ، والمال من التوابع ، فيبقى على مقتضى الضوابط ، فتأمل جيداً .

وعلى كلّ حال فمما سمعت قد ينقدح الإشكال في الإقرار بما يوجب القصاص ، وقد تقدّم لنا البحث في نظير ذلك إذا أراد فداء نفسه بالمال .

لكن الأقوى كما في المسالك ^(٤) وجوب الفداء .

أما إذا لم يكن كذلك فلا إشكال في القبول ، والله أعلم .

(١) المسالك ٤ : ١٥٣ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المسالك ٤ : ١٥٣ - ١٥٤ .

(٤) المصدر السابق .

بل في ماله خاصة [١].

(ولو أذن له الولي في النكاح) الذي فيه مصلحته التي سَوَّغت للولي الإذن فيه (جاز) إن عَيَّن له المهر والزوجة ونحو ذلك ، بحيث يؤمن معه من اتلاف المال [٢].

بل وإن عَيَّن الزوجة وأطلق المهر [٣]. وكذا غيره من العقود على الأقوى [٤].

وقد ظهر [٥] أنه ليس مسلوب العبارة .

(و) حينئذ - لو باع فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الإنخداع) حينئذ [٦].

(و) الخامس: (المملوك) ، وهو (ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى) كما تقدّم البحث فيه مفصلاً في باب

القرض .

(و) السادس: (المريض) ، وهو (ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث) كالصحيح (إجماعاً) [٧].

[١] فيبقى غيره مندرجاً فيما دلّ على الصحة ، كما هو واضح ، خلافاً لبعض العامة^(١).

[٢] بلا خلاف ولا إشكال .

[٣] لأنّه ينصرف حينئذ إلى مهر المثل .

[٤] واحتمال الفرق بين النكاح والبيع - مثلاً بأنّ المقصود من الثاني المال دون الأوّل ، وبأنّ السوق يختلف ساعة فساعة فناسب أن يكون الولي هو العاقد احتياطاً للمال ، بخلاف النكاح ولذا حكى عن الشيخ والقاضي^(٢) المخالفة ، بل وعن غيرهما - كما ترى مجرّد اعتبار لا يصلح أن يكون مدركاً .

[٥] من ذلك [المتقدّم] وغيره .

[٦] ولأنّه أولى من الفضولي بذلك ، خلافاً لما سمعته من الشيخ والقاضي^(٣) ؛ ضرورة أولوية المنع هنا ممّا سمعته سابقاً من تقدّم الإذن ، بل حكاة في المسالك^(٤) عنهم هنا ، وقد يفرق بين المقامين ، والله أعلم .

[٧] ١ - محصلاً ومحكياً مستفيضاً أو متواتراً .

٢ - كالنصوص^(٥) المشتمل جملة منها على أنّه الحيف والتعدي ، وأنّه يردّ إلى الثلث الذي هو المعروف والغاية في

الوصية .

وخلاف عليّ بن بابويه غير قادح ، أو غير ثابت ؛ لأنّه قال كما في المختلف : « فإن أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، وإن

أوصى بماله كلّهُ فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصي إنفاذ وصيّته على ما أوصى »^(٦) .

(١) المجموع ١٠ : ٢٨٩ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢٨٦ . ولم نعر على قول القاضي في كتبه ونقله في المختلف ٥ : ٤٣٤ .

(٣) تقدّم عنهما آنفاً .

(٤) المسالك ٤ : ١٥٥ .

(٥) انظر الوسائل ١٩ : ٢٦٧ ، ب ٨ من الوصايا .

(٦) المختلف ٦ : ٣٩٣ .

وهو عين المحكي عن فقه الرضا^(١)، ولعلّه بعد قوله: «هو الغاية» غير صريح في الخلاف، ويكون قوله «يلزم... إلى آخره» كلاماً مستأنفاً.

كما أنّ قوله: «وإن أوصى بماله... إلى آخره» محمول على إرادة إلغاء وصيته أو على إرادة حمل ذلك لو وقع منه على الوصية بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أو كفارة أو نحو ذلك، حملاً لتصرّفه على الوجه الصحيح.

إذ الكتاب والسنة قد توافقا على وجوب إنفاذ الوصية، وعدم جواز تبديلها إلا مع الحيف، وهو لا يثبت بالاحتمال، وهذا وإن كنّا لم نقل به إلا أنّه به يخرج عن الخلاف عمّا نحن فيه.

ضرورة رجوعه إلى حمل إطلاق الوصية بجميع المال على الوجه الصحيح، وهو غير الوصية بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البرّ أو العطية أو نحو ذلك.

لكن فيه حينئذ أنّه أيضاً مخالف للنصوص^(٢) المتضمنة لإبطال هذه الوصية [أي الوصية المطلقة] وإرجاعها إلى الثلث. فأصالة الصحة إنّما هي في التصرف بماله لا بما يخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد.

وإطلاق ما دلّ على نفوذ الوصية وأنها مقدّمة على الإرث محمول بقريضة النصّ والفتوى على الثلث فما دون، فلا وجه للاستناد إليه في ذلك، ولا في الأوّل على تقدير خلافه فيه.

وكيف كان فلا ريب في عدم صراحة كلامه في الخلاف فيما نحن فيه. خصوصاً بعد عدم نقل ولده عنه ذلك، وتصريحه^(٣) بعدم الجواز الوصية بالزائد على الثلث من غير إشارة إلى خلاف والده.

بل عنه في المقنع أنّه روي عن الصادق عليه السلام: أنّه سئل عن رجل أوصى بماله في سبيل الله عزّ وجلّ، فقال: «اجعله إلى من أوصى له به، وإن كان يهودياً أو نصرانياً، فإن الله عزّ وجلّ يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٤)» ثمّ قال: عقيب ذلك: «ما له هو الثلث»^(٥)؛ لأنّه لا مال للميت أكثر من الثلث.

مضافاً إلى اقتضاء القواعد - بعد الإغضاء عن أدلّة الإرث، وكونها مطلقة - بطلان أصل الوصية، فيقتصر على المتيقّن في

الخارج عن ذلك وهو الثلث.

وخبر ابن عبدوس: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتبت إليه رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي أخت له فراكب في ذلك؟ فكتب إليّ: «مع ما خلف وابتعث به إليّ، فبعت وبعثت به إليه، فكتب إليّ: قد وصل»^(٦).

محتمل لإجازة الوارث.

(١) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٨.

(٢) انظر الوسائل ١٩: ٢٦٧، ٣٥١، ٣٨، ٨، من الوصايا.

(٣) المقنع ٤: ٢٠٢، ذيل الحديث ٥٤٦٦، ٥٤٦٨.

(٤) المقنع: ٤٨١. الوسائل ١٩: ٣٣٧، ٣٢٢ من الوصايا، ح ١. وذيله.

(٥) قاله في الفقيه ٤: ٢٠٠، ذيل الحديث ٥٤٦٢.

(٦) الوسائل ١٩: ٢٨٠، ١١ من الوصايا، ح ١٦.

أو لكونه مخالفاً بحيث يحرم .

و[محتمل] لطلب الإمام ليأخذ ثلثه ويرد الباقي ، أو يحفظه لهما لصغرهما .

أو لجواز ذلك بالنسبة إلى الإمام خاصة .

و[محتمل] للتنجيز في حال الصحة ، أو غير ذلك [من المحامل] ممّا لا بأس به .

بعد قصوره عن معارضة غيره من وجوه ، وخصوصاً ما تضمنّ منه نحو هذه الواقعة ، كما لا يخفى على من لاحظ هذه

النصوص .

وكذا خبر عمار : « الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّهُ فهو جائز »^(١) .

الواجب حمله بعد معارضته بالمتمنّات من النصوص على إرادة الثلث من ماله أو على إرادة الجواز الموقوف على إجازة الورثة

أو على إرادة التنجيز من قوله : « أوصى » ، فيكون من أدلة القائلين بكون المنجزات من الأصل ، أو على غير ذلك .

لكن عن الشيخ^(٢) والصدوق^(٣) حمله على من لا وارث له ، ومقتضاه نفوذ الوصية بجميع المال مع عدم الوارث غير الإمام ،

وهو مخالف أيضاً لإطلاق النصوص ومعاهد الإجماعات وغيرها .

و[كذا] خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام : أنّه سئل عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبه ؟ فقال : « يوصي بماله

حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل »^(٤) .

مع قصوره عن المقاومة واحتماله الثلث من ماله يمكن أن يكون ذلك إذناً منه عليه السلام ؛ لأنّ الإرث إليه .

وأما خبر محمد بن أحمد بن عيسى قال : كتب إليه محمد بن إسحاق المتطّيب : وبعد أطال الله بقاءك نعلمك يا سيّدنا أنّا في

شبهة من هذه الوصية التي أوصى بها محمد بن يحيى بن رثاب ، وذلك أنّ موالى سيّدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنّه ليس للميت أن

يوصي إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله ، وقد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف ممّا خلف من تركته ، فإن رأى سيّدنا ومولانا

أطال الله بقاءه أن يفتح غياهب هذه الظلمة التي شكونا ويفسر ذلك لنا نعمل عليه إن شاء الله ، فأجاب عليه السلام : « إن كان أوصى بها من

قبل أن يكون له ولد فجائز وصيّته ، وذلك أنّ ولده ولد من بعده »^(٥) .

فهو غير موافق لهما أيضاً ، فلا بدّ من طرحه أو تأويله .

لكن في الوسائل : أنّه « قد عمل به الشيخ والصدوق بظاهره »^(٦) .

ولا ريب في ضعفه .

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٨ ، ب ١٧ من الوصايا ح ٥ .

(٢) التهذيب ٩ : ١٨٨ ، ذيل الحديث ٧٥٣ .

(٣) الفقيه ٤ : ٢٠٢ ، ذيل الحديث ٥٤٦٨ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢٨٢ ، ب ١٢ من الوصايا ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق : ٢٨٣ ، ح ٢ وفيه : « رثاب » بدل « رثاب » .

(٦) الوسائل ١٩ : ٢٨٣ ، ب ١٢ من الوصايا ، ذيل الحديث ٢ .

نعم لا تنفذ الوصية بالزائد (ما لم يجز الورثة) ، فإن أجازوا بعد الموت نفذت [١] [بلا إشكال] .
 إنما البحث في الإجازة قبل الموت [٢] .
 [والظاهر أنها كالأجازة بعد الموت في عدم جواز الرجوع بها] [٣] .
 ولو أجاز البعض [من الورثة] نفذ في حصته .
 ويعتبر في المميز جواز التصرف ، فلا عبرة بإجازة الصبي والمجنون .

[١] بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى ، بل الإجماع بقسميه عليه .

فلا جهة للإشكال فيه بأنه كالأجازة للفضولي من تجدد له الملك بعده ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأن التصرف هنا فيما بعد الموت الذي هو وقت الانتقال إلى المميز ، بخلافه في الفرض الذي يتوجه فيه الإشكال في الإجازة على تقدير الكشف بأنه لا وجه له من حين العقد ؛ لكون المفروض تجدد الملك للمميز ، فلا يملك المعقود له قبل ملك المميز .
 ولا من حين تجدد الملك للزوم إلغاء السبب فيما قبله .
 وكيف كان فلا إشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت .

[٢] والمشهور نقلاً^(١) إن لم يكن تحصيلاً ، خصوصاً بين المتأخرين أنها كالأجازة بعد الموت في عدم جواز الرجوع بها ، بل نسب^(٢) إلى عاقبتهم .

[٣] بل عن الطوسي الإجماع عليه^(٣) ؛ للنصوص المستفيضة التي منها صحيحا ابني مسلم وحازم^(٤) : في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقرّوا به ؟ قال : « ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة »^(٥) .

واطلافتها - كغيرهما من معقد الإجماع وغيره - عدم الفرق بين الصحيح والمريض في ذلك .
 خلافاً للمحكي عن المفيد^(٦) والدليمي^(٧) والحلي^(٨) فجوّزوا [للورثة] الرجوع بها .
 بل ظاهر تعليلهم أنه لا أثر لها أصلاً فضلاً عن جواز الرجوع بها ؛ لعدم حق للورثة حال الحياة حتى يكون إسقاطه مجدياً ، فهو كإسقاط المرأة صداقها قبل التزويج ، والشفيع قبل البيع .

ولأنه لو جازت إجازتهم لجاز ردّهم بحيث لا يلزمون لو أجازوا بعد الموت ، والتالي باطل ، فالمقدم مثله .
 وفيهما - بعد التسليم - : أنه اجتهد في مقابلة النص ، وقياس لا نقول به ، بل مع الفارق ، كما هو واضح .

(١) المفتاح ٣ : ٢٢٥ . (٢) الرياض ٩ : ٥١٤ .

(٣) نقله في كشف الرموز ٢ : ٨٣ . انظر الخلاف ٤ : ١٤٤ - ١٤٥ .

(٤) الكافي ٧ : ١٢ ، ذيل الحديث ١ . الوسائل ١٩ : ٢٨٤ ، ب ١٣ من الوصايا ، ذيل الحديث ١ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٢٨٤ ، ب ١٣ من الوصايا ، ح ١ .

(٦) المقننة : ٦٦٩ - ٦٧٠ .

(٧) المراسم : ٢٠٣ .

(٨) السرائر ٣ : ١٨٥ ، ١٩٤ .

أما المفلس فقد يتجه نفوذ إجازته حال الحياة؛ إذ لا ملك له حينئذٍ، وإنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصي .
وأما [إجازة المفلس] بعد الموت ففي صحتها وجهان مبنيان على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت،
وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصي له، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت؟
فعلى الأول لا تنفذ؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة .
وعلى الثاني احتمل الأمران، ولعل الأقوى منهما النفوذ [١] .
وكذا الكلام في المنجزات إذا زادت عن الثلث، بناءً على أنها كالوصية في الخروج منه .
وهذا حديث إجمالي ذكرناه تبعاً لذكر المصنف حكم الوصية للمريض توطئة لذكر منجزاته؛ إذ لا فرق بين
المريض والصحيح في حكم الوصية، وإنما الفرق بينهما في المنجزات [٢] .
(وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا) [٣] .

[١] خصوصاً على ما هو الظاهر من الفتاوى، من كون ذلك تنفيذاً من الوارث لتصرف الموصي، لا أنه يكون هو المتصرف على
معنى أنه هو الواهب والمعق والواقف مثلاً، وإن احتمله بعضهم^(١) .

لكن لا ريب في ضعفه، سيما في حال الحياة بل والموت؛ ضرورة اقتضاء الإجازة منه لفعل الموصي عدم الدخول في ملكه
بالموت، كما هو مقتضى الوصية التي هي سبب لذلك مع الإجازة .

[٢] [كما] عند جماعة، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله: [وفي منعه...]

[٣] فخيرة الكليني والصدوق والشيخين والسيد بن القاضي وإبني إدريس والبراج^(٢) وسعيد والآبي والأردبيلي
والخراساني والحرز العاملي والطباطبائي وصاحب الرياض^(٣)، على ما حكى عن بعضهم عدم المنع، وأنها من الأصل
كالصحيح، بل عن كشف الرموز نسبتها إلى الأكثر^(٤) .

وفي الرياض: «أنه المشهور بين القدماء ظاهراً، بل لعله لا شبهة فيه»^(٥) .

بل في هبة الانتصار والغنية الإجماع عليه^(٦) :

١ - للأصل بمعنييه .

٢ - وقاعدة التسلط .

٣ - وحسن أبي شعيب المحاملي - بإبراهيم - عن أبي عبد الله عليه السلام: «الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه»^(٧) .

(١) الرياض ٩: ٥١٥ . (٢) كذا في النسخ، ولكنه تكرر .

(٣) الكافي ٧: ٧ . الفقيه ٤: ٢٠١ . المقنعة ٦٧١ . النهاية ٦٢٠ . الانتصار ٤٦٥ . الغنية ٣٠١ . المهذب ١: ٤٢٠ . السرائر ٣: ١٩٩ -

٢٠٠ . الجامع للشرائع ٤٩٧ . كشف الرموز ٢: ٩١ . مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢١٤ . كفاية الأحكام ٢: ٧٢ . الوسائل ١٩: ٣٠٢ ، ذيل

الحديث ١٦ ، ولم نثر على قول الطباطبائي، والظاهر أن المراد منه: بحر العلوم . الرياض ٩: ٥٤٧ .

(٤) كشف الرموز ٢: ٩١ - ٩٢ .

(٥) الرياض ٩: ٥٤٥ .

(٦) الانتصار ٤٦٥ . الغنية ٣٠١ .

(٧) التهذيب ٩: ١٨٧ ، ح ٧٥١ . الوسائل ١٩: ٢٩٩ ، ب ١٧ من الوصايا ، ح ٨ وذيله .

وموثق الساباطي عنه أيضاً: «الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال: بعدي فليس له إلا الثلث»^(١).
وموثقه الآخر: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز»^(٢).
وخبره الثالث عنه أيضاً: «صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء»^(٣).
وموثقه الرابع عنه أيضاً: قال له: الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال: «نعم، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث»^(٤).
وموثقه الخامس عنه أيضاً: في الرجل يجعل [بعض] ماله لرجل في مرضه، فقال: «إذا أبانه جاز»^(٥).
وخبر سماعه قال له أيضاً: الرجل له الولد يسمعه أن يجعل ماله لقريبه؟ قال: «هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت»^(٦).
ونحوه خبر أبي بصير وزاد: «إن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حياً، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل في أن لا يضيّع من يعوله، ولا يضر بورثته»^(٧).
ومرسل مرارم عنه أيضاً: في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه، قال: «إن أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث»^(٨).
ومرسل الكليني عن النبي ﷺ: أنه عاب رجلاً من الأنصار أعتق ممالিকে لم يكن له غيرهم، فقال: «ترك صبية صفاراً يتكففون الناس؟!»^(٩).
بل رواه الصدوق مسنداً إلى جعفر بن محمد عليه السلام وفيه: «فأعتقهم عند موته»^(١٠).
والضعف فيه سنداً أو دلالة منجبر بما عرفت.
مضافاً إلى كونها مخالفة للمحكي عن جميع العامة التي جعل الله الرشد في خلافها.
وإلى تأييدها بالسيرة المستمرة على عدم امتناع المريض أيام مرضه عن تبرّعاته مع زيادتها عن الثلث، وعلى عدم ضبطها بطومار ونحوه، وعلى منع الغير له، ولا الضبط عليه.

(١) الوسائل ١٩: ٢٧٨، ب ١١ من الوصايا، ح ١٢.

(٢) المصدر السابق: ٢٨٢، ح ١٩.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٩٨، ب ١٧ من الوصايا، ح ٤.

(٤) المصدر السابق: ٢٩٩، ح ٧.

(٥) المصدر السابق: ٣٠٠، ح ١٠.

(٦) المصدر السابق: ٢٩٦، ح ١.

(٧) المصدر السابق: ٢٩٧، ح ٢.

(٨) المصدر السابق: ٢٧٣، ب ١٠ من الوصايا، ح ٤.

(٩) الكافي ٧: ٩، ذيل الحديث ١٠. الوسائل ١٩: ٢٩٩، ب ١٧ من الوصايا، ح ٩.

(١٠) الفقيه ٤: ١٨٦، ح ٥٤٢٧. علل الشرائع: ٥٦٦. الوسائل ١٩: ٣٠٠، ب ١٧ من الوصايا، ذيل الحديث ٩.

لكن (و) مع ذلك كله فد (الوجه المنع) من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثة إلا مع إجازتهم [١].

[١] وفقاً للفاضل والشهيد والكركي والمحكي عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط^(١) وغيرهم.

بل نسبه غير واحد إلى عامة المتأخرين .

بل في المسالك نسبته إلى الأكثر وسائر المتأخرين^(٢) .

بل ربما حكى عن الشيخ^(٣) في باب العتق ما يقتضي أنه المعروف بيننا .

وفي المفاتيح : أن الأخبار به أكثر وأشهر^(٤) .

وفي جامع المقاصد : قد دلت عليه صحاح الأخبار^(٥) ، وفي موضع آخر منه : أن النصوص به متواترة^(٦) .

وهو كالإجماع المنقول في الحجة ، خصوصاً بعد شهادة التنع له .

إذ في خبر أبي حمزة عن بعض الأئمة عليهم السلام : « أن الله تبارك وتعالى يقول : يا بن آدم تطولت عليك ثلاث : سرت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك ، وأوسعت عليك فاستقرضت منك عليك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في تلك فلم تقدم خيراً »^(٧) .

وصحيح يعقوب بن شعيب : سألت أبا عبد الله عليه السلام الرجل يموت ما له من ماله ؟ فقال : « له ثلث ماله »^(٨) . ونحوه خبر أبي بصير^(٩) .

وخبر عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام : « للرجل عند موته ثلث ماله ، وإن لم يوص فليس على الورثة إمضاءه »^(١٠) .

وصحيح علي بن يقطين : سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : « الثلث ، والثلث كثير »^(١١) .

وذيل خبر العلاء عن الصادق عليه السلام الذي تسمعه في مسألة الإقرار الوارد في المرأة التي أودعت عند رجل مالا ، قال فيه : « إنما لها من ماله ثلثة »^(١٢) .

بل في غيره نحو ذلك أيضاً .

وخبر علي بن عقبة عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك

كيف القضاء منه ؟ قال : « ما يعتق منه إلا ثلثة ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ، ولهم ما بقي »^(١٣) . ونحوه خبر عقبة بن

(١) القواعد ٢ : ١٤١ . المختلف ٦ : ٤١٢ - ٤١٣ . الدروس ٢ : ٣٠٢ . المسالك ٤ : ١٥٦ . جامع المقاصد ٥ : ٢١٤ . ونقله عن الصدوق وأبي

علي في المختلف ٦ : ٤١٣ . المبسوط ٤ : ٤٤ - ٤٦ . (٢) المسالك ٦ : ٣٠٥ .

(٣) المبسوط ٦ : ٥٨ . (٤) المفاتيح ٣ : ٢٢٥ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٢١٤ . (٦) جامع المقاصد ١٠ : ٢٠٦ .

(٧) الوسائل ١٩ : ٢٦٣ ، ح ٤ من الوصايا ، ح ٤ .

(٨) الكافي ٧ : ١١ ، ح ٣ . الوسائل ١٨ : ٤١٣ ، ح ٣ من الحجر ، ح ١ ، وفيهما : « شعيب بن يعقوب » بدل « يعقوب بن شعيب » .

(٩) الوسائل ١٩ : ٢٧٢ ، ب ١٠ من الوصايا ، ح ٢ .

(١٠) المصدر السابق ٢٧٣ ، ح ٧ .

(١١) المصدر السابق ٢٧٤ ، ح ٨ .

(١٢) الوسائل ١٩ : ٢٩١ ، ب ١٦ من الوصايا ، ح ٢ . (١٣) الوسائل ١٩ : ٢٧٦ ، ب ١١ من الوصايا ، ح ٤ .

خالد^(١).

وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام: إن أعتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتقت الجارية من ثلثه، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية^(٢).

وخبر أبي ولاد: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرأه منه في مرضها؟ قال: «بل تهبه له، فتجوز هبتها له وبحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً»^(٣). ونحوه خبر سماعة^(٤).

وخبر جراح المدائني: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده ببينة؟ قال: «إذا أعطاه في صحته جاز»^(٥).

وخبر سماعة: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال: «أما إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء، فأما في مرضه فلا يصلح»^(٦). وصحيح الحلبي: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرأه منه في مرضها؟ فقال: «لا»^(٧). وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: أن رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره؟ قال: «سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة»^(٨).

بل وخبره الآخر عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أيضاً: «أنه كان يرذّ النحلة في الوصية، وما أقرّ به عند موته، بلا ثبت ولا بينة رده»^(٩). بناءً على أنّ المراد منه ردّ العطية إلى الوصية في الخروج من الثلث.

بل لعلّ الظاهر منه والمرسل في جامع المقاصد وغيره^(١٠): «المريض محجور عليه إلا في ثلثه»^(١١).

والخبر العامي - المروي في المسالك^(١٢) عن صحاح الجمهور، بل قال: «إنه أجود ما في الباب متناً وسنداً، ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة تردّد دعواه، وعليها اقتصر ابن الجيند في كتابه الأحمدى»^(١٣) وهو [أي الخبر العامي]: «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم، فأعفق اثنين، وأرق أربعة»^(١٤). وخبر إسماعيل بن همام عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته، وأعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته؟ قال: «يبدأ بالعتق فينفذه»^(١٥). ضرورة ظهور قوله: «يبدأ» في إرادة الإنفاذ من الثلث.

(١) الوسائل ١٩: ٣٠١، ب ١٧ من الوصايا، ح ١٣.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٧٦ - ٢٧٧، ب ١١ من الوصايا، ح ٦.

(٣) المصدر السابق: ٢٧٨، ح ١١.

(٤) المصدر السابق: ٣٠٠، ح ١١.

(٥) المصدر السابق: ٣٠١، ح ١٥.

(٦) الوسائل ٢٣: ١٠١، ب ٦٤ من العتق، ح ٥.

(٧) الوسائل ١٩: ٢٩٥، ب ١٦ من الوصايا، ح ١٢.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٩٧.

(٩) المسالك ٦: ٣٠٩.

(١٠) المستدرک ١٤: ١٠٤، ب ١٦ من الوصايا، ح ٣. سند أحمد ٥: ٥٩٥، ح ١٩٣٦٥. سنن البيهقي ٦: ٢٦٦.

(١١) الوسائل ١٩: ٤٠٠، ب ٦٧ من الوصايا، ح ٢.

(١٢) المسالك ٦: ٣٠٧.

ومنه يعلم إرادة ما يشمل المنجز من « الوصية » ، وإلا فلا وجه لتقديم العتق لو فرض كونه وصية ، بل ينبغي تقديم المنّدم منها .

بل منه يظهر حينئذ أن إطلاق « أخرى » في خبر أبي بصير المتقدم^(١) سابقاً باعتبار سبق التنجيز الذي يطلق عليه الوصية بشهادة الخبر المزبور [وهو خبر إسماعيل] الموافق له في المضمون ، وصحيح ابن الحجاج الآتي^(٢) . لا أن المراد من « أعتق » فيد « أوصى » فلا يكون دالاً على المطلوب .

كما أن منه يظهر الاستدلال بصحيح محمد بن مسلم : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : « يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي »^(٣) .

إذ الظاهر إرادة كون مجموع التنجيز والوصية أكثر من الثلث ، فأجابه عليه السلام بنضي العتق ، وأن النقصان الذي في الثلث يكون في الوصية ، كما هو واضح .

بل منه يعلم الاستدلال بحسنه عنه أيضاً : في رجل أوصى بأكثر من ثلثه ، وأعتق مملوكه في مرضه ، فقال : « إن كان أكثر من الثلث يردّ إلى الثلث ، وجاز العتق »^(٤) .

إذ الظاهر إرادة جوازه منه لا من الأصل ؛ إذ حمل « الواو » فيه على الاستثناء خلاف الأصل فيها ، فيكون المجموع حينئذ هو جواب الشرط ، كما هو الظاهر . خصوصاً بعد ملاحظة أن كلامهم عليه السلام جميعاً بمنزلة كلام واحد ، يفسر بعضه بعضاً .

وخصوصاً مع تقارب السؤال والجواب في هذه النصوص ، واتحاد الراوي [وهو محمد بن مسلم] في الخبرين .
فمن الغريب استدلال بعضهم^(٥) بهما على الأول [أي الإخراج من الأصل] حتى ادّعى صراحة الثاني منهما ، وأنه غير قابل للتأويل ، مع أنه لو أغضينا النظر عما ذكرنا لم يكن فيه دلالة على الجواز من الأصل ، كما هو واضح .

وموثق الحسن بن الجهم : سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستمئة وعليه دين ثلاثمئة درهم ولم يترك شيئاً غيره ، قال : « يعتق منه سدس ؛ لأنه إنما له منه ثلاثمئة درهم ويقضي عنه ثلاثمئة درهم ، وله من الثلاثمئة درهم ثلثها ، وله السدس من الجميع »^(٦) الذي يشهد بصحته صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، بل هو فيه دلالة على المطلوب أيضاً وغيره ، فلا بأس بنقله على طوله قال : سألتني أبو عبد الله عليه السلام هل يختلف بين أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت فسألها عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء ، فإنه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل

(١) الوسائل ١٩ : ٤٠٠ ، ٦٧ من الوصايا ، ح ٣ . (٢) يأتي في ص .

(٣) الوسائل ١٩ : ٣٩٩ ، ٦٧ من الوصايا ، ح ١ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٤٠٠ ، ٦٧ من الوصايا ، ح ٤ ، وفيه : « عن أبي جعفر عليه السلام » .

(٥) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٩٨ .

(٦) الكافي ٧ : ٢٧ ، ح ٣ . الوسائل ١٩ : ٣٥٤ ، ٣٩ من الوصايا ، ح ٤ وذيله .

عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء وقال : سبحان الله يا بن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلت إلا طلب خلافي ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : « فمن رأى أيهما صدر ؟ قال : قلت : بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى ، وكان له في ذلك هوًى ، فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمخ أيهما من قبلكم ؟ فقلت : مع ابن شبرمة ، ورجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال : أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وإن كان قد رجع عنه ، فقلت : له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني قلت : أنا أقايسك ، فقال : لتقولن بأخذ ما تدخل فيه من القياس ، فقلت : له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره وقيمة العبد ستمئة درهم ودينه خمسة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسة درهم ويأخذ الورثة مئة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مئة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المئة حين أعتقه ؟ قال : إن العبد لا وصية له ، إنما ماله لوالديه ، فقلت : له : فإن كان قيمة العبد ستمئة درهم ، ودينه أربعمئة درهم ، فقال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمئة درهم ويأخذ الورثة مئتين ولا يكون للعبد شيء ، قلت : فإن قيمة العبد ستمئة درهم ودينه ثلثمئة درهم ، فضحك عليه السلام فقال : من ها هنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته ، وأجيزت وصيته على وجهها ، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، ويكون له السدس ^(١) .

إذ ذيله صريح في نفوذ العتق المنجز في الثلث ، لا الأصل ، وإلا كان نصفه حرّاً .

واحتمال أنه في الوصية لا المنجز المقطوع بفساده ، أو كالمقطوع كما اعترف به في الرياض ^(٢) ، خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب في حكم مضمونه ، فإنه صريح في إرادة التنجيز منه ، أو الأعم منه ومن الوصية .

بل جزم الشهيد الثاني ^(٣) بالأوّل .

وإن خالفه فيه في الرياض ^(٤) ، ومال منه [= من الصحيح] إلى تعدية الحكم المزبور إلى الوصية ، وفقاً للمحكي عن الشيخ ^(٥) . وهو لا يخلو من وجه .

وأولى منه التعدية إلى غير العتق من المنجزات كالهبة والوقف ونحوهما . وعلى كلّ حال فهو ظاهر الدلالة على المطلوب ، بل صدر المقايسة فيه واضح الدلالة على معلومية أن ليس له في التنجيز إلا الثلث .

كوضوح إرادته عليه السلام - من قوله أخيراً : « وصيته » - التنجيز بشهادة المحكي من عمل كثير من الأصحاب به فيه ، حتى بعض القائلين بأن المنجزات من الأصل كالمقيد والقاضي والشيخ ^(٦) .

وما في المسالك من أن أكثر المتأخرين ردّوه لمخالفته القواعد المقررة ^(٧) ، حسن لو قصرت الرواية عن الصحة .

(١) المصدر السابق : ج ٥ .

(٢) الرياض ٩ : ٤٦٣ .

(٣) المسالك ٦ : ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٤) الرياض ٩ : ٤٦٤ .

(٥) النهاية : ٦١٠ .

(٦) المقننة : ٦٧١ . انظر المذهب ١ : ٤٢٠ . النهاية : ٦٢٠ .

(٧) المسالك ٦ : ٢٢٨ .

أو لم يجز تخصيص العمومات القطعية بالآحاد ، لكنه خلاف التحقيق ، خصوصاً بعد تعدّد الصحاح وصراحتها .
وترجيح الأصول بالشهرة فرع ثبوتها ، ففي الرياض لم اتّحقّقها ولا وقفت على متصدّد لنقلها عداه [= الشهيد في المسالك] .
وإنما حكى الخلاف عن العلامة خاصة ، ولم أقف على من تبعه غيره ، وبعض ممّن سبقه ^(١) .
نعم رده ابن إدريس ^(٢) وأنفذ العتق من الأصل ، وأسقط الدين من رأس .
ولا ريب في ضعفه ، بل هو اجتهاد في مقابل النصّ .
وأصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصّونه بالنسبة إلى الورثة ، وإلا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره .
بل لمّ مقابلته بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزامحة المزبورة .
وعلى كلّ حال فلا ريب في دلالة الصحيح المزبور على المطلوب .
بل منه ينقدح الاستدلال بصحيح جميل أيضاً المروي في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين ، فقال : « إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه ، وإلا لم يجز » ^(٣) .
ويحتمل ثنتية « مثل » الثانية كما عن نسخة من الفقيه ^(٤) ، وحينئذ يكون الواو فيه بمعنى « أو » فيوافق الصحيح المزبور .
وعن الكليني أنّه رواه عن جميل عن زرارة ^(٥) فيمكن أن يكون خبراً آخر .
وعلى كلّ حال فهو دالّ على المطلوب بعد إرادة الجواز فيه على النحو المذكور في خبري ابني الجهم ^(٦) والحجّاج ^(٧) ، كما هو واضح .
وفي دعائم الإسلام ^(٨) : وقد جاء عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه قال في العطية للوارث والهبة في المرض الذي يموت فيه المعطي والواهب : « إنها غير جائزة » ^(٩) .
وفي محكي الهداية : وسئل - أي الصادق عليه السلام - عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا لك ؟ قال : « ما يعتق منه إلّا ثلثه » ^(١٠) .
وقد ظهر لك من ذلك كلّ أنّه لا غرابة في دعوى تواتر النصوص به ، خصوصاً إذا أريد منها القطع به منها ، لا التواتر

(١) الرياض ٩ : ٤٦٢ .

(٢) السرائر ٣ : ١٩٩ .

(٣) لم نعث عليه في الكافي ، نعم هو المروي في الفقيه ٤ : ٢٤٤ ، ح ٥٥٢٨ . وعنه في الوسائل ١٩ : ٣٥٦ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ح ٦ .

(٤) أشير إليها في هامش الفقيه ٣ : ١١٨ ، ح ٣٤٥٢ .

(٥) الكافي ٧ : ٢٧ ، ح ٧ . الوسائل ١٩ : ٣٥٦ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ذيل الحديث ٦ .

(٦) (٧) تقدّم في ص ٣٥٣ .

(٨) دعائم الإسلام ٢ : ٣٥٩ ، ح ١٣٠٧ .

(٩) المستدرک ١٤ : ١٠٤ ، ب ١٦ من الوصايا ، ح ١ .

(١٠) الهداية : ٣٢١ . المستدرک ١٤ : ٩٩ ، ب ١٠ من الوصايا ، ح ٧ ، وفيهما : « ذلك » بدل « لك » .

المصطلح ، فإنه غير عزيز ، بل لعل الغرابة من عدمه ، كما لا يخفى على من لاحظها وغيرها ممّا دلّ على عدم الإضرار بالوارث الذي هو الحكمة أو العلة في حجر الوصية عليه بالزائد . ولأحظ نصوص الإقرار^(١) الآتية التي بعضها يظهر منه معلومية انحصار الأمر على المريض لو أراد حرمان الوارث ، وأنه لا طريق له إلا الإقرار الذي ستعرف علاج الشارع له بالتهمة وعدمها . وغيرها من النصوص^(٢) التي في بعضها ما يظهر منها مرجوحية ذلك في حال الصحة .

بل في سؤال هذا البعض دلالة واضحة على معلومية الفرق بين حالي الصحة والمرض بالنسبة إلى النفوذ من الأصل وعدمه ، وغير ذلك ، خصوصاً اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث ؛ ضرورة التجاء كل من يريد حرمان الورثة حينئذٍ أو بعضهم عند حضور موته إلى التنجيز .

وأغرب شيء حمل هذه النصوص الكثيرة على التقية التي مع عدم قابلية البعض لها يمكن القطع بعدمها في مثل هذه النصوص التي رواها من البطانة .

بل لا يخفى على من مارس أخبارهم عليه السلام أنّ عاداتهم الإشارة في نصوص التقية إليها ، بذكر لفظ الناس ونحوه ، بل قد يقطع بعدمه في خصوص المقام ؛ إذ لو كان الحكم مخالفاً للعامة عندنا لكان في جملة من النصوص إشارة إلى الإنكار عليهم ، وإلى بيان بطلان ما هم عليه ، ومخالفتهم الكتاب أو السنة ، كما هي عاداتهم .
بل لكان ذلك معروفاً بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمة العامة . إلى غير ذلك ممّا يعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقية .

وأغرب من ذلك ما في المسالك - فإنه بعد ما أورد منها صحيحي ابن يقطين^(٣) وشعيب^(٤) ، وأخبار ابن عقبة^(٥) ، وأبي ولّاد^(٦) ، والحسن بن الجهم^(٧) ، والخبر العامي^(٨) دليلاً للثلاث ، ناقش فيها بأنّه لا دلالة في الصحيحين اللذين هما العمدة على المطلوب الذي هو قبل الموت . بل صحيح بن يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت ، كما أنّ الخبر الثاني^(٩) باعتبار كون « عند » من ظروف المكان مقتضية للمصاحبة دلالة على الوصية أقوى . بل يمكن ذلك في خبر ابن عقبة ؛ إذ حضور الموت مانع من مباشرة العتق ، فإراد منه حينئذٍ الوصية ، وتكون النسبة إليه باعتبار أنّه السبب الأقوى في الوصية على أنّه في العتق خاصة ، وكذا الكلام في خبر ابن الجهم . أمّا خبر أبي ولّاد فاشتماله على ما يخالف المجمع عليه من صحّة الإبراء دون الهبة يمنع من الاستدلال به ، مضافاً إلى اشتراك الجميع في ضعف السند عدا الصحيحين^(١٠) .

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ب ١٦ من الوصايا ، ح ٥ ، ٧ ، ١٠ .

(٢) انظر الوسائل ١٩ : ٢٩٦ ، ب ١٧ من الوصايا . (٣) الوسائل ١٩ : ٢٧٤ ، ب ١٠ من الوصايا ، ح ٨ .

(٤) المصدر السابق : ٢٧٢ ، ح ٢ . (٥) الوسائل ١٩ : ٣٠١ ، ب ١٧ من الوصايا ، ح ١٣ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٢٧٨ ، ب ١١ من الوصايا ، ح ١١ . (٧) الوسائل ١٩ : ٣٥٤ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ح ٤ .

(٨) تقدّم في ص ٣٥٢ .

(٩) كذا في الشيخ والصحيح : « الأول » ، حيث وردت « عند » في خبر ابن يقطين .

(١٠) المسالك ٦ : ٣٠٦ - ٣٠٩ .

إذ هي كماترى ؛ ضرورة كون المراد من الصحيحين - بقرينة غيرهما ممّا ذكرنا وما لم نذكره - الإشراف على الموت .
ودعوى صراحة صحيح [ابن] يعقوب فيما بعد الموت واضحة الفساد ؛ إذ ليس للميت بعد الموت شيء إذا لم يوص به .
بل لا ريب في كون المراد منه ، خصوصاً بعد كونه كمذاق غيره ممّا لا يقبل ذلك مجال المشاركة الذي كشف عنه باقي
النصوص بلفظ « عند » ، و « حضر » و « أتاه الموت » ونحوها ، كما هو واضح بأدنى تأمل . ومنه يعلم فساد المناقشة في خبري ابن
الجهم وعلي بن عتبة .

وأما خبر ابن أبي ولاد المعتضد بغيره ممّا عرفت فلا يقدح في الاستدلال به على المطلوب [وهو الإخراج من الثلث] اشتماله
على غيره ممّا لا نقول به ، خصوصاً بعد منع بطلان هبة ما في الذمّة التي مرجعها إلى الإبراء .
بل قد يقال بكون المراد منه الترقى إلى جواز الهبة ، على معنى أنّه لو وهبته شيئاً جاز ويحسب من الثلث ، فضلاً عن الإبراء
الذي هو أولى بالجواز .

وبالجملة من أحاط خبراً بما ذكرناه من النصوص وتدبرها وتدبّر اعتضاد بعضها ببعض يقطع بفساد هذه المناقشة . كما أنّه
يقطع بفسادها من حيث السند ؛ إذ لا تبيين أعظم من هذا الاعتضاد ، وعمل من عرفت بها ، على أنّ فيها الصحيح والموتقّ والحسن .
بل قد عرفت استغنائها [= النصوص] عن النظر في أسانيدها ببلوغها درجة القطع ، كما لا يخفى على من أعطاه الله قوّة حدس
في كلماتهم عليه السلام .

وأخرف شيء قوله : « إنّ أجود ما في هذه الباب الخبر العامي سنداً ودلالة ، ومن ادّعى خلاف ذلك فالسير يردّه » ^(١) .
إذ قد عرفت ممّا ذكرنا أنّ غيره من النصوص أوضح ، كما هو ظاهر ، كلّ ذلك مضافاً إلى ما في نصوص الأصل من قلة العدد ،
وقصور السند ، واتحاد الراوي في كثير منها ، وكونها مطلقة قابلة للتقييد بغيرها .

إذ ليس في حسن المحاملي ^(٢) وما كان نحوه ^(٣) صراحة في شمول الأحقية للتنجيز ، فيمكن حملها على غيره .
بل محتمل لإرادة الثلث ، خصوصاً إذا قرئ بفتح « اللام » ، ولو حظ ما دلّ من النصوص على أنّ الذي له عند الموت الثلث .
بل قد يبيّن ذلك قوله في موتقّ عمار : « إذا أوصى به كلّهُ فهو جائز » ^(٤) إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصية من الأصل عدا ما
سمعه ^(٥) من علي بن بابويه .

واحتمال إرادة خصوص التنجيز منها - لا الوصية شرعاً ، ولا الأعمّ منها ومن التنجيز - لا شاهد له ، وليس بأولى من الاحتمال
الذي ذكرنا .

بل منه يعلم المراد من باقي نصوص عمّار المتقاربة في المذاق ، مع اتّحاد الراوي فيها .

(١) المسالك ٦ : ٣٠٩ .

(٢) التهذيب ٩ : ١٨٧ ، ح ٧٥١ . الوسائل ١٩ : ٢٩٩ ، ب ١٧ من الوصايا ، ذيل الحديث ٨ .

(٣) مثل الموتقات للساباطي المتقدمة في ص ٣٥٠ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢٩٨ ، ب ١٧ من الوصايا ، ح ٥ .

(٥) تقدم في ص ٣٤٥ .

والموجود في نسخة الأصل في الوسائل والوافي عن الكافي: «فإن تعدى فليس له إلا الثلث»^(١)، ومعناه أنه إن تجاوز وتعدى في الوصية بالزائد أو التنجيز فلا يمضي منه إلا الثلث.

وظنتي - والله أعلم - أن الرواية كذلك، إلا أنه لما صعب فهم ذلك على بعض الناس صَحَّفَهَا بلفظ «بعد» بالباء الموحدة ثم أضاف إليها لفظ «قال».

على أن اختلاف النسخ يسقط الخبر عن الحجية؛ إذ لم يعلم الخبر منهما.

ورواية الشيخ: له «فإن أوصى»^(٢) عن الكافي - بعد ذلك الاختلاف في النسخ - غير مجيد. ومع الإغضاء عن ذلك كله فهو مطلق مقيد بالنصوص السابقة كثيره من نصوص عمار^(٣) حتى الرابع^(٤) منها، فإن الإبانة أعم من التبرع.

بل و[خبر] الخامس^(٥) الذي لم يعلم المرض فيه أنه مما يخرج به التنجيز من الثلث أو الأصل؛ لما استعرف من أنه ليس كل مرض يقضى بالتنجيز من الثلث، مع إجمال لفظ «الإبانة» فيه وفي غيره.

وإن قيل: إن المراد منها انفصاله عنه وتسليمه له^(٦)، إلا أنه كما ترى، خصوصاً بعد معلومية عدم اشتراط ذلك، فإن الهبة مشاعاً مع الإقباض لا بأس بها أيضاً، بل يمكن كون المراد من «الإبانة» الإظهار على وجه يحصل العلم بعدم رد الورثة بإجازتهم ورضاهم، فتأمل.

وأما خبر سماعه^(٧) فيمكن أن يكون المراد من إتيان الموت فيه ما تضمنه نصوص^(٨) الثلث، من حضور الموت وإتيانه وعند موته ونحوها، فلا يكون حينئذٍ منافياً.

على أنه عام يخص بالنصوص السابقة. وكذا خبر أبي بصير - وقوله فيه: «فإن أوصى إلى آخره»^(٩) - غير منافٍ؛ لإمكان إرادة بيان أن الوصية على كل حال تخرج من الثلث، بخلاف غيرها فإنه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت. ومرسل مrazم^(١٠) محتمل لبعض ما ذكرنا، مع أن كشف الحال فيه، وفي غيره [من النصوص] أن نقول: إن المستفاد من نصوص الثلث - بعد ملاحظة الجمع بين مطلقها ومقيدها، خصوصاً مفهوم خبر أبي بصير القاضي بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت، وملاحظة أصالة خروج التصرف من الأصل - عدم العبرة بمطلق المرض الذي منه ما يستمر السنين المتعددة المقطوع بالسيرة القطعية عدم خروج منجزاته فيه من الثلث قبل بلوغه ما يتحقق به صدق حضور الموت وإتيانه ونحوهما.

(١) الكافي ٧: ٨، ح ٧. ولم نعرف في الوسائل المتداول عندنا. الوافي ٢٤: ٦٧-٦٨، ح ٢٣٦٦٧.

(٢) التهذيب ٩: ١٨٧، ح ٧٥٣.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٧٨، ٢٨٢، ب ١١ من الوصايا، ح ١٢، ١٩. و ٢٩٨، ب ١٧، ح ٤.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٩٩، ب ١٧ من الوصايا، ح ٧.

(٥) المصدر السابق: ٣٠٠، ح ١٠.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٩٧.

(٧) الوسائل ١١: ٢٩٦، ب ١٧ من الوصايا، ح ١.

(٨) الوسائل ١٩: ٢٧٦، ٢٧٨، ب ١١ من الوصايا، ح ٤، ٦، ١١.

(٩) الوسائل ١٩: ٢٩٧، ب ١٧ من الوصايا، ح ٢. (١٠) المصدر السابق: ٢٩٨، ح ٦.

[ولا عبرة بمطلق المرض الذي منه ما يستمر السنون المتعددة في اخراج منجزاته من الثلث].

وكذا المرض الذي هو كعدم المرض عرفاً ، وإن اتفق مقارنة الموت له بحيث لا يظهر كونه به .

وإنما المدار على المرض الذي يصدق عليه عرفاً أنه حضره الموت وأتاه ونحو ذلك ، وإن بقي أياماً بل وأكثر من ذلك فإنه ليس له حدّ جامع لأفراده ، إلا أن العرف وافٍ بتنقيح كثير من مصاديقه كغيره من الأمور التي ترجع إليه . ومع الشك فالأصل الخروج من الأصل .

كما أنه هو الأصل في غير المرض ، وإن خيف به الموت أو ظنّ أو علم كالغرق والمراصة ونحوها [١] .

[التحقيق أن محلّ البحث في منجزات المريض هو التبرع بالمال - ولو المنفعة والدين - على وجه يضّر بالوارث ولو كان حقّ التحجير وحريم الملك] [٢] من دون قصد عوض دينوي ، ولو حفظ عرضه أو حفظ ماله أو نفسه أو من يعول به أو نحو ذلك .

[١] بل قيل: والطلق^(١).

وكيف كان فما في القواعد وغيرها من أنه مطلق المرض الذي يتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أو لا^(٢) ، لا تساعد عليه الأدلة ، خصوصاً ما يظهر من إطلاقه من إتفاق الموت معه ، ولو بغيره قتل ونحوه ، اللهم إلا أن يقطع بعدم إرادته ما يشمل ذلك . بل وكذا ما يحكى عن الشيخ من أن المدار فيه [أي في مرض الموت] على المرض المخوف^(٣) .

واختاره في جامع المقاصد^(٤) حتى أنهم احتاجوا إلى معرفة كونه مخوفاً ، وذكروا فيه أنه لابدّ من شهادة عدلين من الأطباء الذين هم أهل الخبرة في ذلك . بل في جامع المقاصد : أنه لو حصل الظن القوي بصدق قول من لم يكن عدلاً منهم أو كان واحداً ففي الحكم إشكال^(٥) . ثم حكى عن التذكرة الجزم بعدم قبول قول رجل وامرأتين أو شاهد ويمين ، واحتمال قبول شهادة النساء إذا كان المتبرع امرأة ولم يطلع عليها غير النساء^(٦) ، إلى غير ذلك مما فزعوه على ذلك ، وأطنبوا فيه في باب الوصاية ، وتعرّضوا للكثير من الأمراض وأحوالها ؛ إذ لا يخفى عليك أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم على « المخوف » كي يتّجه له هذا البحث عنه . بل من الواضح ظهور النصوص في دوران الحكم على حال لا يحتاج تحقّقها عرفاً إلى أمثال ذلك ؛ لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كل من تدبّرها ، فلا ريب في أن الأقوى ما ذكرناه .

ومنه يعلم أن مرسل مرازم وغيره غير منافٍ لنصوص الثلث ؛ ضرورة كونه مطلقاً بالنسبة إلى ذلك [= الثلث] فيقتد بها . كما أنه وغيره أيضاً مطلق بالنسبة إلى العطية ، فيقتد أيضاً .

إذ التحقيق أن محلّ البحث التبرع بالمال ، ولو المنفعة والدين على وجه يضّر بالوارث ، بل وحق التحجير وحريم الملك .

[٢] كما صرح به في جامع المقاصد^(٧) .

(١) التحرير ٣ : ٤٠٩ .

(٢) القواعد ٢ : ٥٢٩ .

(٣) المبسوط ٤ : ٤٤ ، ٦ : ٥٧ .

(٤) جامع المقاصد ١١ : ٩٧ .

بل لعل الصدقة المندوبة - المراد منها السلامة - منه [١].

[وما يبذل من المال على نفسه وعياله ولو لزيادة الرفاهية من أكل وتزويج وغيرهما بعد أن يكون بضمن المثل، وعلى حفظ عرضه أو مضاعفة ظالم أو إكرام، أو غير ذلك يبقى على الخروج من الأصل].

[١] ضرورة عدم التعليق على مطلق التنجيز في شيء من نصوص الثلث، بل لا أثر لهذا اللفظ في مطلق النصوص، وإنما الموجود منها عتق وإبراء وعطية، ونحو ذلك مما لا شمول له. وليس المراد من نصوص «أن ليس له إلا ثلثه»^(١) - سوى بيان أن الثلث هو الذي له التصرف فيه بكل حال بوصية وتنجيز وغيرهما، بخلاف غيره، فإنه ليس بهذا الحال. وكذا مرسل جامع المقاصد^(٢) الذي لم نعتز عليه في كتب الأخبار. فمن الغريب ما في المسالك^(٣) من الركون إليه هنا حتى احتاجوا إلى تنقيح دلالة بدعوى: أن المعرف للعموم مطلقاً أو [للعوم] في خصوص نحو المقام. مع أن في المسالك^(٤) لم يذكره في أدلة الثلث. وعلى كل حال فهو مقتد أيضاً بما عرفت من المفهوم المؤيد بأشعار غيره. وحينئذ فكُل ما لم يحصل إجماع على عدم الفرق بينه وبين ما تضمنته النصوص السابقة نحو ما يبذله على نفسه وعياله ولو لزيادة الرفاهية من أكل وتزويج وغيرهما وإن لم يكن من عادته بعد أن يكون بضمن المثل، وعلى حفظ عرضه أو مضاعفة ظالم أو إكرام ضيف أو غير ذلك يبقى على أصل الخروج من الأصل المؤيد هنا بالسيرة المستمرة، والخرج وغيرهما. وبه يعرف ما في الذي ذكره أخيراً القائلون بـ [الخروج من] الأصل. كما أن منه يعرف ما في تحديد الفاضل في القواعد للتبرع المبسوط عنه من أنه «إزالة الملك عن عين مملوكة يجري الإرث فيها من غير لزوم ولا أخذ عوض بمائتها»^(٥). إذ بعد وجوب تنزيل «المثل» فيه على المكافي. ليخرج التزويج بضمن المثل، بل يمكن أن يريد به ما قلناه، فيسلم من بعض ما ذكرنا - فيه: أولاً: [الاقتصار على «العين»، مع أن في جامع لمقاصد^(٦) عدّ العارية من التبرعات، وإن كان لا يخلو من إشكال أو منع. كإيراده^(٧) عليه] = على العلامة [بأنه] = [التعريف] صادق على الإزالة بالإتلاف، مع أنها ليس من التبرعات.

وثانياً: أنه لا يتصور فائدة لقوله: «يجري فيها الإرث» بعد ظهور المقام في إرادة الملك للمزيل؛ إذ لا يتصور إزالة الملك عن عين مملوكة لا يجري فيها الإرث، ويعدّ تبرعاً. كما اعترف به في جامع المقاصد، قال: «إذ ما لا يجري فيه الإرث من الأموال: الوقف، فإزالة الملك فيه إنما تكون بالإتلاف، وليس مما نحن فيه»^(٨).

وثالثاً: يرد على قوله: «من غير لزوم» إزالة الملك اللازمة بالنذر، فإن فيه من الثلث على ما جزم به المحقق الثاني^(٩). ولو قيل الإزالة هنا بالنذر وليس بإيقاعه لازماً.

قلنا: بل الإزالة في مثل ما لو نذر عيناً مخصوصة تكون بالدفع، على أن النذر بالكلي لا إزالة ملك عين فيه، فيرد على التعريف حينئذ من وجه آخر.

واحتمال أنه من الأصل حينئذ كما لو أتلّف مال غيره مثلاً عمداً يدفعه - مضافاً إلى أنه خلاف الفرض - وضوح الفرق بينه وبين الإتلاف المنحل إلى المعاوضة بعد إيجاد سببه، فليس من التبرع في شيء قطعاً. وكيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا.

(١) الوسائل ١٩: ٢٧٨، ب ١١ من الوصايا، ح ١٢. (٢) جامع المقاصد ١١: ٩٧.

(٣) المسالك ٦: ٣١٤. (٤) انظر المسالك ٦: ٣٠٦ - ٣٠٧.

(٥) القواعد ٢: ٥٣١. (٦) (٧) جامع المقاصد ١١: ١٠٥.

(٨) (٩) جامع المقاصد ١١: ١٠٦.

[والأتلانف المنحل إلى المعاوضة بعد إيجاد سببه ليس من التبرع] [١].

وعلى كل حال لا يدخل فيه [= في التبرع] تزويج المرأة نفسها ولو بأقل من مهر المثل ، ولا انعاق الأب قهراً : إذا قبل أنهبه في المرض ، ولا إجارة نفسه بأقل من ثمن المثل ، وإن قلنا بكون المحابة في غيره من التبرعات إلى غير ذلك [٢].

[١] ولعل إليه يرجع ما في المسالك من أنها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض^(١) بناءً على إرادة ما يشمل ما قدمناه من العوض والمال .

[٢] مّا هو غير داخل في الأدلة ، ولا إجماع على إلحاقه فيبقى على الأصل .

وهذا حديث إجمالي قضت الحاجة بإتيانه هنا لبيان عدم صراحة هذه النصوص ، وأنها مطلقة قابلة للتقييد ، وإن اشتملت على العطية ونحوها .

وأما خبر الأنصاري الذي عابه رسول الله ﷺ فقد عرفت أنه ليس فيما رواه في الكافي : « عند موته »^(٢) فهو مطلق حينئذٍ ، وإنما رواه كذلك في الفقيه^(٣) .

ويمكن أن تكون الإغابة على الثلث أيضاً ؛ لمعلومية استحباب الوصية بالأقل من الربع والخمس .

حتى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام ما يقتضي مساواة الإضرار في الورثة بذلك للسرة^(٤) .

خصوصاً مع كون المفروض في الخبر أنه ليس له [= للميت] غيرهم [= العبيد] ، وأنه ترك صبية صغاراً يتكفّفون الناس ، ومن هنا قال رسول الله ﷺ : « لو حضرته ما تركتكم تدفونوه في مقبرة المسلمين »^(٥) .

فقد بان لك بحمد الله وفضله أنه لا مجال للقول بـ [الخروج من] الأصل ، وأنه لا ينبغي للفقيه أن يعدو القول بالثلث . واستبعاداً بأنه لو برأ المريض من ذلك المرض صحّ من الأصل إجماعاً ، يدفعه : أنه لا مانع من التزام الكشف به حينئذٍ كالفضولي .

وأظرف شيء ما وقع لفاضل الرياض^(٦) في المقام ، حيث ذكر أنه في زمنه السابق قد صنف رسالة في المسألة قد اختار فيها

الخروج من الثلث ، ثم اعتذر من ذلك بأنه قد كان في غفلة من إجماعي المرتضى وابن زهرة^(٧) ، فرجع عنه ، ولم يعلم أنهما - بعد

إعراض المتأخرين عنهما ، بل لم يثبت كون شهرة المتقدمين عليهما ؛ إذ بعض من نسب^(٨) إليه ذلك كابن حمزة قد تحقّقنا خلافه في

وسيلته^(٩) ، وبعضهم له قولان^(١٠) في المسألة ، وآخر لا صراحة في كلامه كالكليني^(١١) ، فإنه إنما عنون الباب بلفظ نصوص عمار

التي قد عرفت عدم صراحتها في المطلوب ، بل قد سمعت^(١٢) أنّ الشيخ ربّما حكى عنه ما يقضي بأنّ المعروف بين الأصحاب في ذلك

(١) المسالك ٦ : ٣٠٥ .

(٢) الكافي ٧ : ٩ ، ذيل الحديث ١٠ . الوسائل ١٩ : ٢٩٩ ، ب ١٧ من الوصايا ، ح ٩ .

(٣) الفقيه ٤ : ١٨٦ ، ح ٥٤٢٧ . الوسائل ١٩ : ٣٠٠ ، ب ١٧ من الوصايا ، ذيل الحديث ٩ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢٦٤ ، ب ٥ من الوصايا ، ح ١ . (٥) الكافي ٥ : ٦٧ ، ح ١ .

(٦) الرياض ٩ : ٥٤٧ . (٧) الانتصار ٤٦٥ : ٤٦٥ . الغنية ٣٠١ .

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٩٧ . (٩) لم نثر عليه .

(١٠) القول الأول - تخرج من الأصل - في النهاية ٦١٨ ، ٦٢٠ . والثاني - تخرج من الثلث - في المبسوط ٤ : ٤٦ .

(١١) الكافي ٧ : ٧ . (١٢) تقدّم في ص ٣٥١ .

الزمان القول بالثالث - لا يقاومان [أي اجماعي المرتضى وابن زهرة] ما سمعته من الأدلة، خصوصاً بعد احتمال أو ظن أو قطع كون المراد منهما الإجماع على قاعدة «التسلط على المال» لا خصوص ما نحن فيه. كما أشار إليه ابن إدريس^(١) في استدلاله على [الخروج من] الأصل، بأنه لا خلاف في أن للإنسان التصرف في ماله كيف شاء، وحينئذٍ فمرجعه إلى العام المخصوص [في المقام]، أو المطلق المتقيد بما عرفت ممّا قدمناه كله، مضافاً إلى نصوص^(٢) الإقرار المتضمنة لنفوذ من الثالث مع التهمة، وبدونها من الأصل. ولولا تعلق حق الوارث في الجملة بحيث لا يضي الإقرار عليه لم يكن وجه للنفوذ من الثالث. ولا ينافي النفوذ من الأصل مع عدم التهمة؛ إذ لعله تعلق لا يمنع من الإقرار مع عدم التهمة، فإن تعلق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف؛ إذ قد عرفت^(٣) عدم منع تعلق حق الغرماء من الإقرار بالدين السابق في المفلس عند المصنف وغيره. وعلى كل حال فلا ينكر ظهور هذه النصوص في تعلق حق الورثة في الجملة بالتركة حال المرض. وهو لا يتم إلا على ما ذكرنا [من الخروج من الثالث]. نعم هي مختلفة جداً، والجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الأكثر^(٤):

١ - ففي خبر منصور بن حازم: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: «إن كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له»^(٥).

٢ - ونحوه خبر أبي أيوب^(٦) عنه أيضاً.

٣ - وفي خبر العلاء بن رباح السابري: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، وماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل، فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلا عندك فأحلف لنا مالها بقلبك شيء أفيحلف لهم؟ فقال: «إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، وإن كانت متهمه فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»^(٧).

٤ - وفي خبر أبي بصير: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين وأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة أيجوز ذلك؟ قال: «نعم إذا كان مصدقاً»^(٨). إلى غير ذلك [من النصوص]. والظاهر إرادة معنى واحد من «المرضي» و«المأمون» و«المصدق».

٥ - بل إليه يرجع «الملي» في صحيح الحلبي: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقترض لوارث بدين؟ فقال: «يجوز إذا كان ملياً»^(٩).

٦ - وخبره الآخر: أنه سئل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اقترض لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال: «نعم إذا كان ملياً»^(١٠).

(١) السرائر ٣: ٢١٣.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ب ١٦ من الوصايا، ح ٥، ٧، ١٠.

(٣) تقدم في ص ٢٣٥.

(٤) المسالك ١١: ٩٥.

(٥) الوسائل ١٩: ٢٩١، ب ١٦ من الوصايا، ح ١.

(٦) المصدر السابق: ٢٩٤، ح ٨.

(٧) المصدر السابق: ٢٩١، ح ٢.

(٨) المصدر السابق: ٢٩٦، ح ١٤.

(٩) المصدر السابق: ٢٩٣، ح ٥.

(١٠) المصدر السابق: ح ٧.

بناءً على ما في الصحاح من أنه «ملأ الرجل صار ملياً أي ثقة»^(١). أو على أن الملاءة طريق لرفع التهمة، خصوصاً إذا رجع الضمير في «كان» إلى الوارث. ولعل الأول أولى ليوافق النصوص السابقة.

٧ - والتي يرجع إليها أيضاً مكانة محمد بن عبد الجبار إلى العسكري عليه السلام: «عن امرأة أوصت إلى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبهه وصفر ونحاس وكل ما لها أقرت به للموصي له، وأشهدت على وصيتها، وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان، وتعطى مولاة لها أربعمئة درهم، وماتت المرأة وتركته زوجاً، فلم ندر كيف الخروج من هذا، واشتبه علينا الأمر، وذكر الكاتب أن المرأة استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصي، فقال لها: لا تصح تركتك لهذا الوصي إلا باقاراك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود، وتأمر به بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصية على هذا، وأقرت للوصي بهذا الدين، فأريك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا، وتعرفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله، فكتب عليه بطله: «إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال إن شاء الله، وإن لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها، كفى أو لم يكف»^(٢). فإن الظاهر رجوع ذلك إلى الاتهام بأخبار الكاتب وغيره، ومن هنا علق الأمر عليه على معروفة الدين ومفهوميته، وكونه حقاً. كما أن مرجح غير ذلك من النصوص المطلقة إلى التقييد المزبور [وهو عدم التهمة للاخراج من الأصل].

١ - كخبر إسماعيل بن جابر: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه؟ قال: «يجوز إذا أقر به دون الثلث»^(٣).

٢ - وخبر سماعة: سألت عن رجل أقر لوارث له بدين عليه وهو مريض؟ قال: «يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلاً»^(٤).

٣ - وخبر أبي ولاد: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: «يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء؟ قال: جائز»^(٥).

٤ - وخبر القاسم بن سليمان: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه؟ فقال: «لا تجوز وصية لوارث ولا اعتراف له بدين»^(٦).

٥ - وخبر السكوني المتقدم سابقاً^(٧).

٦ - وخبر الآخر: قال أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أقر عند موته لفلان ولفلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك الحال: أُنهيما أقام البينة فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان»^(٨).

٧ - وخبر سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام قال: سألت عن رجل مسافر حضره الموت فدفع ماله إلى رجل من التجار فقال له: إن هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير، فادفعه إليه بصرفه حيث شاء، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له

(١) الصحاح ١: ٧٣. (٢) الوسائل ١٩: ٢٩٤، ب ١٦ من الوصايا، ح ١٠.

(٣) المصدر السابق: ٢٩٢، ح ٣، ٤. (٤) المصدر السابق: ٢٩٤، ح ٩، وفيه: «لورثة» بدل «لوارث» له.

(٦) الوسائل ١٩: ٢٨٩، ب ١٥ من الوصايا، ح ١٢. (٧) الوسائل ١٩: ٢٩٥، ب ١٦ من الوصايا، ح ١٢.

(٨) الوسائل ١٩: ٣٢٣، ب ٢٥ من الوصايا، ح ١.

بأمر، ولا يدري صاحبه ما الذي حملته على ذلك كيف يصنع؟ قال: « يضعه حيث شاء »^(١).

إلى غير ذلك مما يجب حمله على التقييد المزبور [وهو التهمة] في النصوص السابقة.

ومنه يعلم ضعف جميع الأقوال في المسألة المستلزم كل منها أو أكثرها طرح أكثر النصوص أو بعضها.

فمنها: القول بأنه من الأصل مطلقاً، كما هو المشهور بين القائلين بأن المنجزات منه لا من الثلث^(٢):

١ - لعموم « إقرار العقلاء »^(٣).

٢ - [و] لانتفاء الحكمة قبول إقراره، وإلا بقيت دَمَتُهُ مشغولة في بعض الأحوال، وصاحب المال ممنوعاً من حقه.

ومنها: أنه إن كان عدلاً مضى من الأصل، وإلا فمن الثلث^(٤).

وكان مستنده إرجاع تلك الأوصاف في النصوص المزبورة إلى العدالة. وفيه: أنه لا شاهد عليه، ولا تنافي بين العدالة

والتهمة المفروضة في كلام كثير من الأصحاب من القرائن الحالية أو المقالية، كما لا تنافي بين الفسق وعدمها، كما هو واضح.

ومنها: التفصيل بين الأجنبي والوارث، فالإقرار للأول من الأصل مطلقاً، والثاني كذلك مع عدم التهمة، ومعها

من الثلث، وهو المحكي عن ابن حمزة^(٥). وفيه: طرح للنصوص المقيّدة بالأجنبي أو المطلقة.

ومنها: ما في النافع من أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً، وللأجنبي مع التهمة، وبدونها من الأصل^(٦). وفيه:

طرح للنصوص المقيّدة في الوارث.

ومنها: ما عن المفيد من أنه إن كان بدين مضى من الأصل، وإن كان بعين وكان عليه دين يحيط بجميع التركة

قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً، وإن كان متهماً لم يقبل إقراره^(٧). وفيه: طرح لبعض النصوص السابقة.

ومنها: ما عن التقي من عدم الفرق بين الصحيح والمريض في مضي الإقرار إن كان مأموناً، وعدمه إن كان غير

مأمون^(٨). وهو غريب؛ إذ لا خلاف في مضي إقرار الصحيح من الأصل مطلقاً.

ومنها: ما عن النهاية والقاضي^(٩) من اشتراط العدالة وانتفاء التهمة في المضي من الأصل، واشتراط انتفائها

معاً في المضي من الثلث. قال الأول: « إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي والوارث إذا كان مريضاً موثقاً

بعدائه، فإن كان غير موثق به وكان متهماً... فإن لم يكن مع المقر له بينة أعطي من الثلث ». ويمكن إرجاعه إلى

المشهور، إن لم يكن الظاهر فتكون الأقوال ستة لا سبعة، وربما عدت عشرة^(١٠). والأمر سهل بعد أن عرفت أن الأصح منها الأول

الذي يجتمع عليه جميع النصوص.

(١) الوسائل ١٩: ٢٩٣، ب ١٦ من الوصايا، ح ٦. (٢) المراسم: ٢٠٤. السرائر ٢: ٥٠٦.

(٣) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ب ٣ من الإقرار، ح ٢.

(٤) لم نشر على القائل، وجعله في مفتاح الكرامة (٥: ٣٠٢) راجع الأقوال ولم يذكر قائله.

(٥) الوسيلة: ٢٨٤. (٦) المختصر النافع: ١٩٢.

(٧) المنفعة: ٦٦٢. (٨) الكافي: ٤٣٣.

(٩) النهاية: ٦١٧-٦١٨. المذهب ١: ٤١٩. (١٠) كما عده في مفتاح الكرامة ٥: ٣٠١-٣٠٢.

[والأصح أن إقرار المريض يخرج من الأصل مع عدم التهمة، ومعها يخرج من الثلث].

[ويتدارك ضرر الورثة في العين المقر بها بدفع قيمة ما فات عليهم من ثلث المقر، ولو لم يكن له ثلث كان للورثة منع المقر له من أخذها، وكذا الكلام في المنجزات].

لكن أشكله بعضهم^(١) بأنه ليس في شيء منها الدلالة على النفوذ من الثلث مع التهمة، وإنما تدل على عدم النفوذ مطلقاً بالمفهوم. وفيه: أن خبر العلاء^(٢) وخبر إسماعيل بن جابر^(٣) ظاهران في ذلك.

بل لعله هو مقتضى المفهوم بعد الإجماع على عدم حرمانه لثلاث بلزم اتحاده مع المنطوق حينئذ. نعم قد يشكل بأن المتجه إخراج ثلث ما أقر به من الدين من ثلثه، والإمضاء في ثلث العين المقر بها من دون غرامة قيمة الباقي من ثلثه؛ لأن الدين بعد الموت يتعلق بمجموع التركة، ولذا لو أقر الوارث نفذ في حصته بالنسبة. ولأنه يتعلق حق الورثة بمنع من نفوذ الإقرار في الزائد على الثلث، فلا تقصير منه بوجوب الضمان للمالك، كما أنه لا مقتضى لغرامته للوارث من ثلثه لو أخذها المقر له بالإقرار. ويدفع أيضاً في الدين بظهور الفتاوى وبعض النصوص كخبر إسماعيل بن جابر، بل لعله المنساق من جميعها في خروج ما أقر به منه من الثلث. ولعله للفرق بينه وبين إقرار الوارث الذي قد حصل له سبب ملك حصته وهو الموت، والدين إنما يمنع عنها بالنسبة، بخلاف إقرار الميت المقتضي لشغل ذمته والتأدية من ماله الذي لم يعارضه فيه غيره بتعلق حق ونحوه. [ويدفع] في العين بأن مقتضى عموم الإقرار وكون المال في يده دفعها إلى المقر له؛ لأنه المخاطب بذلك، ولا إثم عليه في الواقع، ولكن في الظاهر منعه الشارع عما يقتضي إضرار الورثة من التصرفات التي لم تكن مستحقة عليه التي منها ما نحن فيه؛ إذ إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجه ينفذ على غيره. فالجمع حينئذ بين الحقوق جميعها يكون بتدارك ضرر الورثة بدفع قيمة ما فات عليهم من ثلثه، فلو لم يكن له ثلث كان للورثة منع المقر له من أخذها، وكذا الكلام في المنجزات.

بل لعل الإقرار بعد عدم ثبوت السبق به منها وإن لم يكن إنشاء؛ إذ هو سبب في الحكم بإزالة الملك في العين، وشغل الذمة بالنسبة إلى الدين، كالنذر في أيام المرض، بناءً على أنه من الثلث. ومنه ينقدح حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها في سائر المنجزات، على معنى أنه إن كان قد أتهم بقصد الإضرار بالورثة بالتنجيز والفرار من الإثراء كان ذلك من ثلثه، وإلا فمن الأصل، وبه حينئذ يجمع بين النصوص السابقة. وربما كان في ذيل صحيح عبد الرحمن^(٤) الطويل إيماء في الجملة إليه. لكن ظاهر الأصحاب خلاف ذلك، بل يمكن دعوى الإجماع على عدم وجود اعتبار التهمة وعدمها في المنجزات. ولعله لعدم إشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك.

بل قد يقال بمنع كون الإقرار من المنجزات التي قد تقدم الخلاف فيها؛ ضرورة تضمن تلك النصوص للعق والهبة ونحوهما مما لا يشمل الإقرار، ولا منقح. فالذي تقتضيه الضوابط كونه من الأصل مطلقاً، لكن النصوص أخرجت عنها صورة التهمة، لا أن مقتضاها الخروج من الثلث باعتبار تعلق حق الورثة، وخرجنا عنها في صورة المأمونية بالنصوص.

إذ الظاهر من النص والفتوى عدم تعلق حق للوارث في العين حال الحياة.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٩١، ب ١٦ من الوصايا، ح ٢.

(١) انظر الرياض ٩: ٥٥٠.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٥٤، ب ٣٩ من الوصايا، ح ٥.

(٣) المصدر السابق: ٢٩٢، ح ٣.

[والظاهر عدم تعلّق حقّ للوارث في العين حال الحياة].

و[الظاهر] [١] في حكم الوساطة أي الذي لم يعلم كونه مأموناً وعدمه، وفيما لو ادّعاها [أي التهمة] الوارث على المقرّ له فإنّ القول قول المقرّ له مع يمينه على عدم العلم بالتهمة، لا على العلم بعدمها؛ لأنّه يمين على نفّي فعل الغير.

ويكفي حينئذ في الحكم للمقرّ له بالحق مجرد الإقرار مع عدم ظهور المانع من صحته وإن لم يعلم صحّة

السبب [٢].

بل وكذا الحكم [٣] فيما لو أقرّ بمنجّز ولم يسنده إلى ما قبل المرض [٤].

وعلى كلّ حال لإقراره يلزم به في الظاهر لو برأ، سواء كان متهماً أو غير متهم [٥].

وتام الكلام في هذه المسائل كلّها في محالّها إن شاء الله.

وإنما اقتضت الضرورة لذكر هذه النبهة منها على الإجمال.

كما أنّها اقتضت البحث في حال تركة الميت مع الدين؛ إذ هي من المال المحجور على مالكه التصرّف فيه،

بناءً على انتقالها إلى الوارث، وأنّ الدين متعلّق بها تعلّق الرهانة.

ولكن تحقيق الحال فيها أنّ [المختار] [٦] تعلّق الديون بها في الجملة وعلى عدم انتقالها إلى الديان.

كما أنّ [المختار] [٧] على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين والوصية [٨].

[١] [كما] من ذلك يظهر لك الحال.

[٢] كما جزم به في المسالك^(١).

[٣] [كما] يظهر [من ذلك] أيضاً.

[٤] لكن في جامع المقاصد: أنّه لا يبعد جعله من الثلث، وإن لم يكن تهمة؛ لأنّ الإقرار إنّما يقتضي اللزوم قبيل

زمان الإقرار بمقدار ما يمكن إنشاؤه^(٢). ومقتضاه حينئذ سقوط حقّ المقرّ له مع عدم وفاء الثلث، وفيه نظر.

[٥] للعموم.

واحتمال أنّه كالوصية في عدم اللزوم إذا كان متهماً، وقلنا بالخروج من الثلث، كما ترى.

[٦] [إذ] الإجماع بقسميه على [ذلك].

[٧] [كما عليه] الإجماع بقسميه أيضاً.

[٨] بل حكاه بعضهم^(٣) أيضاً على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصية، وعلى انتقال الزائد عن الثلث إليهم معها

وإن أوصى به.

(١) المسالك ١١: ٩٧.

(٢) جامع المقاصد ٩: ٢٠٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ١٠٥.

إنما الكلام في انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب، وفي انتقال المقابل للدين منها مع عدمه [١].

[١] فخيرة الحلّي والمصنّف والفاضل في الإرشاد والشهيد ومحكي المقنع والنهاية والمبسوط في أحد النقلين والخلاف^(١) وفقه الراوندي^(٢)، قيل^(٣): ومال إليه الفخر و والده في وصايا المختلف^(٤)، أو قالوا به الثاني، وأنه باق على حكم مال الميت. بل في المسالك والمفاتيح نسبته إلى الأكثر^(٥). بل في وصايا السرائر: «إذا كان على الميت دين يحيط بالتركة فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل في ملك الغرماء، ولا ملك الورثة، والميت قد انقطع ملكه وزال، فينبغي أن تكون موقوفة على انقضاء الدين»^(٦). وفي دينها: «أن أصول مذهبا تقتضي أن الورثة لا يستحقون شيئاً من التركة دون قضاء جميع الديون، ولا يسوغ ولا يحل لهم التصرف في التركة دون القضاء إذا كانت بقدر الدين؛ لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾»^(٧) فشرط صحة الميراث وانتقاله أن يكون ما يفضل عن الدين، فلا يملك الوارث إلا بعد قضاء الدين»^(٨) إلى آخره:

- ١ - للآية الظاهرة في أن ملك السهام بعد الدين؛ لظهور «اللام» في الملك لا استقراره.
 - ٢ - ولصحيح عبّاد بن صهيب أو موثق عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته، فلمّا حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه ممّا يلزمه من الزكاة، ثمّ أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له قال: جائز يخرج ذلك من جميع المال، إنّما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدّوا ما أوصى به من الزكاة»^(٩).
 - ٣ - وصحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام أيضاً: «قضى أمير المؤمنين في دية المقتول أنّه يرثها الورثة على كتاب الله، وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين»^(١٠).
 - ٤ - والسيرة المستمرة على تبعية النماء للتركة في وفاء الدين، وهو مستلزم لبقائها على حكم مال الميت لا الورثة. خلافاً لقواعد الفاضل وجامع المقاصد والمبسوط في النقل الآخر والتحرير والتذكرة وقضاء المختلف وحجر الايضاح وصايا وحواشي الشهيد وقضاء المسالك وموارثه وموارث كشف اللثام فاختاروا الأوّل^(١١).
- بل ربّما استظهر من بعضهم^(١٢) أنّه المشهور، ومن التذكرة الإجماع عليه، حيث قال: «الحق عندنا أن التركة

- (١) السرائر ٢: ٤٧، ٣: ٢١٩. الشرائع ٤: ١٦. الارشاد ٢: ١٣١. الدروس ٢: ٣٥٢. انظر المقنع: ٤٨٥. النهاية: ٦١٨-٦١٩. المبسوط ٨: ١٩٢-١٩٣. الخلاف ٢: ١٤٤-١٤٥. (٢) فقه الراوندي ٢: ٣٣٥.
- (٣) مفتاح الكرامة ٥: ١٠٦.
- (٤) الايضاح ٢: ١٨. المختلف ٦: ٣٤١.
- (٥) المسالك ١٣: ٦١. المفاتيح ٣: ٣١٧.
- (٦) النساء: ١١.
- (٧) السرائر ٢: ٤٧.
- (٨) الوسائل ١٩: ٣٥٧، ب ٤٠ من الوصايا، ح ١.
- (٩) الوسائل ٢٦: ٣٥، ب ١٠ من موانع الارث، ح ١.
- (١٠) القواعد ٣: ٣٥٤، ٤٤٦. جامع المقاصد ٥: ٧١، ٢١٧. المبسوط ٤: ٢٨. التحرير ٥: ١٧٢. التذكرة ١٣: ٢٣٥. المختلف ٨: ٥٣١-٥٣٢. الايضاح ٢: ٦٣-٦٤، ٤٧٦. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥: ١٠٨. المسالك ١٣: ٥٥٠، و١٣: ٦٢. كشف اللثام ٣٩٠: ٩.
- (١٢) مفتاح الكرامة: ١٠٨.

تنتقل إلى الوارث»^(١) لمعلومية عدم بقاء المال بلا مالك . كمعلومية عدم كونه في المقام للغرماء ؛ للإجماع بقسميه وغيره ، بل والميت ؛ ضرورة كون الملك صفة وجودية لا تقوم بالمعدوم كالمملوكية ، ولذا لم يدخل في ملكه جديداً ؛ إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة . و[أما] قضاء الدين من دينه ومما يقع في شبكته بعد موته أعم من ملكيته لذلك فتعين كونه للوارث . ولأنها لو لم تنتقل إليهما لما شارك ابن الابن مثلاً عمه لو مات أبوه بعد جدّه ، وحصل الإبراء من الدين ، والتالي باطل إجماعاً . ولأن الحالف مع الشاهد إنما هو الوارث الخاص في مال الميت ، فلو لا الانتقال لساوى الغريم في عدم إثبات مال الغير بيمينه ، وتعلق الحق لو سلم لا يسوغ ذلك . ولأنه لا خلاف في أنّ الورثة أحق بأعيان التركة من غيرهم ، بل الإجماع بقسميه عليه ، ومن هنا حكمي عن بعضهم^(٢) أنّ النزاع في القيمة لا في نفس الأعيان . وفي كلّ من الحجتين نظر .

أما الآية فالمراد بها . بعد الإجماع على ملك الوارث للثلاث مع الوصية بالثلث والإجماع المحكي^(٣) . الذي يشهد له التتبع . على ملكه الزائد على مقابل الدين . بيان كون تقدير السهام بعد الوصية والدين دعاً لتخيّل كون الثلث مثلاً من أصل المال ، فلا تعرض فيها حينئذٍ لمالك ما يقابل الوصية والدين أنه الميت أو الوارث ؛ ضرورة عدم منافاة المعنى المزبور لكلّ سنهما ؛ إذ مرجعه حينئذٍ إلى نحو النصوص^(٤) الواردة في بيان الحال في تركة الميت من إخراج الكفّ أولاً ، والدين ثانياً ، والوصية ثالثاً ، والسهام رابعاً ، وإن لم يكن فيها بيان تمام ذلك . فالتقدير حينئذٍ هذه السهام من بعد الوصية والدين ، لا أنّ المراد منها تعليق الملك بعد الوصية والدين ؛ لمنافاته حينئذٍ الإجماع المزبور ، سواء أريد بعد إيصال الوصية والدين إلى أهلها ، أو بعد عزلها وتعيينها . واحتمال كون المراد منها تعليق جواز التصرف في الملك أو استقراره مع بعده غير نافع للخصم بل هو ضارّ له ، كتقدير سعة المال بمعنى أنّ هذه السهام من أصل المال لأهلها مع سعة المال للوصية والدين ، وإن وجب عليهم حينئذٍ التأدية منها .

فتبقى السهام حينئذٍ على ما هو المنساق منها ، من كونها من أصل المال ، خصوصاً مع قوله تعالى : ﴿ وَمِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾^(٥) ويكون مورد الآية حينئذٍ والمقصود منها بيان حكم التركة الزائدة ؛ وكذا تقدير العزل والأداء .

وعلى كلّ حال ما ذكرناه أولى من الجميع ، بل هو المقطوع به بعد التأمل الجيد ، وربما يرجع إليه بعض ما سمعت . ومنه يظهر لك ما في الذي أطنب فيه الأردبيلي^(٦) وتبعه عليه غيره ، بل منه يظهر لك ما في كلام كثير من الأصحاب ، فلاحظ وتأمل . وأما احتمال كون المراد من « بعد » فيها الكناية عن ملك الزائد على الوصية والدين ، فهو - مع أنّه لا يساعد عليه اللفظ كمال المساعدة - غير مجدٍ للخصم ؛ ضرورة كون أقصاه بيان حكم الزائد لا غيره .

وإشعار التقييد حينئذٍ بعدم ملكه لغيره ، يدفعه : احتمال كون ثمرة التقييد حينئذٍ بيان أنّه الملك المجدي للوارث النافع له ، بخلاف غيره الذي يزول عنه بأدائه للوصية والدين ، بل لعلّ ذلك أولى من الأوّل الذي لا قرينة على تعيينه .

(١) التذكرة : ١٤ : ٢٧٢ .

(٢) نقله في مفتاح الكرامة : ٥ : ١٠٥ .

(٣) انظر مفتاح الكرامة : ٥ : ١٠٥ .

(٤) انظر الوسائل : ١٩ : ٣٢٩ ، ٢٨ من الوصايا .

(٥) النساء : ١٢ .

(٦) زبدة البيان : ٦٤٩ - ٦٥٠ .

ومما ذكرنا يظهر لك النظر في الاستدلال بصحيح عبّاد^(١) المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك ، وأنه لا معنى لإرادة نفي الملك منه بعد الإجماع المزبور . وتخصيصه بمقابل الوصية والدين منافع لظاهره ؛ إذ لا يرجع لفظ « حتى » فيه إلى معنى محصل ؛ ضرورة أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدّوه وحمله على خصوص التأدية من غير التركة كما ترى .

فلا بدّ من حمله حينئذٍ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك ، وكذا صحيح سليمان^(٢) .

وأما السيرة فقد يمنع تحقّقها على وجه يجدي . ولو سلّم فهي أعمّ من الكون على حكم ملك الميت ؛ إذ يمكن كونه ملك الوارث ، ومع ذلك يجب دفعه في الدين لها كالأصل ، كما هو واضح .

وأما أدلة القول الثاني ففي أولها أنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً في بقاء المال على حكم ملك الميت ، بل لا بدّ من التزامه في مثل الوصية بالتث للعبادة ونحوها . والتزامه فيمن لم يكن له وارث إلّا مملوك يشتري فيعتق حتى يرث . والتزام كونه للورثة في الأوّل - ويجب عليهم تأديته في تلك المصارف كما في جامع المقاصد^(٣) - لا داعي له ولا دليل عليه . مع أنه لا يتمّ في مثل الثاني .

ودعوى الإجماع على عدم بقاء المال بلا مالك بحيث لا يكفي هذا الحكم من الملك واضحة المنع .

وما أبعد ما بين ذلك وبين القول بأنّه يملك جديداً حقيقة كما عن ثاني الشهيدين والفخر^(٤) ناسباً له إلى بعض .

بل قيل : إنّه ربّما أراد به المصنّف في باب القصاص فيما إذ شهد به الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال^(٥) ، محتجاً لوفاء الدين من دينه الحاصلة بعد موته ، ومما يقع في شبكته^(٦) .

وفيه : أنّه أعمّ من صفة الملك حقيقة ، ولعلّه لا يريدها بل يريد ما يرجع إلى حكم الملك ؛ ضرورة معلومية زوال الملك بالموت ، وقد سمعت^(٧) نفي الخلاف فيه من الحلّي . والأمر سهل في ذلك حيث لا ثمرة معتدّة بها فيه . وشركة ابن الابن عنه أعمّ من الدعوى ؛ إذ لعلّه لارثه الاستحقاق الذي كان لأبيه ، فإنّه لا إشكال في استحقاق الوارث المال المقابل للدين لو اتفق ارتفاعه بانباء ونحوه ، وإن قلنا بكونه على حكم مال الميت حاله . ولذا كانت الخصومة في أموال الميت له [= الوارث] ، بل قد عرفت أنّه الذي يحلف مع الشاهد .

ولعلّه لهذا الاستحقاق الذي كان الدين مانعاً عنه جاز يمينه عليه ، وإن لم يكن ملكاً له بالفعل ؛ ضرورة كونه ليس كغيره من الحقوق التي لم تجز اليمين لإثبات المال معها ، كحقّ الرهانة وغرماء المفلس ونحوهم ، والمسلم من أحقية الوارث عدم مزاحمة الغير له لو أراد العين بثمانها ، وهذا أعمّ من الملكية .

ومنه يعلم أنّ دعوى النزاع في القيمة لا العين لذلك في غير محلّها ، بل كلمات الأصحاب صريحة في خلافه ، كما لا يخفى على الملاحظ لها ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه قد بانّ لك من ذلك كلّ النظر في الحجّتين .

(١) (٢) تقدّم في ص ٣٦٧ . (٣) جامع المقاصد ٥ : ٢١٧ .

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ١٠٧ . انظر الروضة ٥ : ٣٨ . الايضاح ٢ : ٤٧٦ .

(٥) مفتاح الكرامة ٥ : ١٠٧ .

(٦) الشرائع ٤ : ٢٢٠ .

(٧) تقدّم في ص ٣٦٧ .

لكن لا ريب في أنَّ الأقوى القول الثاني [وهو الانتقال إلى الورثة] [١].

نعم في الوصية بالثلث بما يرجع إلى الميت لا يبعد البقاء على حكم ماله [٢].

[١] لا لما ذكره، بل لأنّه بعد ما عرفت من عدم دلالة الآية والرواية على البقاء على حكم مال الميت، لم يكن معارضاً لما دلّ على أنَّ جميع تركه الميت لوارثه بموته من العمومات وغيرها، كقوله عليه السلام: «ما تركه الميت لورثته»^(١) وغيره، وجوب الوفاء [بالدين] غير قاذح.

[٢] للنصوص الدالة على أنَّ له مع الوصية من ماله ثلثه، وتعدّر الملك حقيقة يعيّن إرادة بقاء حكم الملك، فهي في الحقيقة مخصّصة لتلك النصوص؛ إذ هو أقرب من احتمال الجمع بينها [النصوص] بإرادة حصول النفع للميت، فلا ينافي ملك الورثة لها، كما هو مقتضى العموم الأول، وإن وجب عليهم صرفها فيما أوصى به، كما لا يخفى على ما لاحظها، فإنّها ظاهرة كمال الظهور في عدم ملك الوارث لها. وبذلك افرقت الوصية عن الدين، فإنّه ليس فيما عثرنا عليه من الأدلّة ما يدلّ على نحو ذلك إلا ما عرفت النظر فيه، مضافاً إلى اقتضاء القول ببقاء مقابل الدين على حكم مال الميت وملك الوارث الزائد [عن الدين] تجسّماً وتكلفاً؛ إذ هو إن رجع إلى الإشاعة على معنى أنّه لو فرض مقابلة النصف وقت الوفاة كان المال بين الميت والورثة نصفين، واتّجه التوزيع لو اتفق نقصان السعر أو التلف، لا اختصاص الوارث وعود المال إلى ملك الميت كما هو المعروف بين الأصحاب. وإن لم يرجع إلى الإشاعة اقتضى ملكاً للمكّي في غير الذمّة، وقد عرفت أنّ التحقيق احتياجه إلى الدليل في باب بيع الصاع من الصبرة، ولا دافع لذلك إلا التزامه للدليل، كما سمعته في خبر الأطنان. أو التزام الأول والتخلّص ممّا سمعته بدعوى المراجعة في الملك لا العود من الوارث، والكلّ تجسّم. ولعلّه مثله لازم في الوصية لو كان قد أوصى بكليّ من ثلثه كألف ونحوه، فإنّه لا ينقص ما دام في الثلث سعة، ولا يرجع إلى حصّة معيّنة منه بحيث لو نقص أصل المال بسعر أو تلف دخلها النقص على تلك النسبة، لكنّ الجميع كما ترى لا يخلو من إشكال. فالأولى ترك الوصية بمثل ذلك، والزام الإشاعة فيها لو وقعت، أمّا الدين فلا يرد فيه شيء من ذلك، بناءً على المختار من كون الجميع ملك الورثة، وربّما نلتزم مثله في نحو هذه الوصية وإن اخترنا كونها على حكم مال الميت لو أوصى بالحصّة المشاعة على الوجه الذي عرفت، فتأمّل جيّداً، فإنّه قلّ من تعرّض للوصية، والذي تعرّض لها جعل حكمها حكم الدين اغتراراً بظاهر الآية، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك. وكيف كان فقد ظهر لك ممّا ذكرنا حكم ما لو لم يكن الدين مستغرقاً؛ إذ على ما قلناه لا فرق بينهما في الانتقال إلى الوارث. أمّا على القول الأول [وهو عدم الانتقال] فقد صرح بعضهم^(٢) بأنّ حكم المقابل (أي المقابل للدين) حكم المستوعب في البقاء على ملك الميت، وأمّا الفاضل [عن الدين] فهو ملك الورثة، وقد سمعت حكاية بعضهم الإجماع عليه. ومن الغريب ما عن الفاضل في ارث القواعد من أنّ التركة مع الاستيعاب للورثة، وأمّا إذا لم يكن مستوعباً فما قابل الدين على حكم مال الميت^(٣). ولم يحضرنا الآن ما يشهد له من أية أو رواية أو اعتبار. والأمر سهل بعد وضوح الحال لديك. كوضوح الثمرات المترتبة على هذا الخلاف التي منها: أنّه لا إشكال في تعلّق الدين بالنماء، بناءً على بقائها على حكم مال الميت. أمّا على الانتقال إلى الوارث فالمتجه عدمه؛ للأصل. ودعوى تبعية النماء للمال في التعلّق أيضاً ممنوعة، وقد سمعت في باب الرهن منها، على أنّك ستعرف أنّ التعلّق هنا ليس كتعلّق الرهن.

[ولا فرق فيما قلنا من الانتقال إلى الورثة بين كون الدين مستغرقاً وغير مستغرق].

فنقول: إنَّ تعلقَ الدين بالتركة هل هو تعلقٌ رهن حتى لا يجوز للورثة التصرف [١]، أو أرش جنابة فيجوز [التصرف] [٢]، أو تعلقاً متقلاً؟ [٣] وكيف كان فالتحقيق أنه تعلقٌ مستقل لا يدخل في أحد التعلقين [من الرهانة وأرش الجنابة] [٤]، وعلى كلِّ حال فهل يشترط في تعلق الدين بمجموعة التركة استغراق الدين إياها أو أزيد، فلو كان أنقص لم يتعلق إلا بقدره [٥] أم لا يشترط [٦]؟

[١] كما هو المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً.

[٢] كما عن السيد الرضي^(١)، بل هو ظاهر قواعد الفاضل في باب الرهن^(٢).

[٣] كما هو خيرة جامع المقاصد والمحكي عن الفخر^(٣). والظاهر أنَّ هذا البحث يأتي على القولين، إلا أنَّ ثمرته في [الدين] المستوعب على الأول نادرة؛ ضرورة عدم جواز تصرف الوراث بعد أن لم يكن مالكاً على كلِّ حال. نعم قد تظهر ثمرته في الوصي باعتبار تصرفه في التركة لقضاء الدين، فإنه لا يجوز على الأول من دون اذنه [الغرماء] كالرهن. وعلى الثاني [أي نحو الأرش] يجوز كالثالث في احتمال. ولو قيل بأنَّ الكلَّ متفقون على جواز التصرف للدين من دون إذن الغرماء وإنما مراد القائل بتعلق الرهانة بالنسبة إلى نفوذ تصرف الوراث سقطت الثمرة من هذه الجهة.

[٤] ضرورة خروجه عن موضوعهما، فلا يشمل دليلهما، والشبه بكلِّ منهما من جهة يقتضي خروجه عنهما، وكثرة وجه الشبه بأحدهما لا تقتضي لحوق أحكامه. ولعلَّ مراد الأصحاب في هذا الخلاف أنَّ الدليل ولو الأصل يقتضي كون التعلق تعلق الرهانة في الأحكام والأرث، وإلا فمعلوم خروجه عن موضوعهما، وأنَّ الشبه في الجملة لا يثبت جميع الأحكام. وعلى كلِّ حال فقد جزم المحقق الثاني والفخر والشهيد^(٤) في المحكي عنهما بخروجه عنهما. نعم قال الأول: يحتمل المنع من التصرف بالعق والبيع ونحوهما؛ لمنافاته حكمة التعلق لانتضاء نفوذ التصرف ضياع الدين، ولضرورة العين به كمالا المشترك، ويحتمل العدم؛ للأصل، بل الأصول، ولا منافاة بعد ثبوت التسلط الذي الحق على الفسخ - إن لم يدفع - له، ففي الصحة حينئذٍ جمع بين الحقيين، وتحتمل الأداء على الوارث حكمة التعلق. كما أنَّ سلطنة الغريم على الفسخ تنفي الضياع، ومن هنا قال: «التحقيق أنَّ القول بالنفوذ أقوى». قلت: هو كذلك، لكن لا ثمرة ظاهرة غالباً حينئذٍ بينه وبين القول بتعلقه تعلق الأرش.

[٥] لأنَّ الحجر إنما وقع لأجل الدين فيختص بقدره.

[٦] ١ - لأنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به؛ لأنَّ الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض؛ لجواز التلف.

٢ - ولظاهر الآية^(٥) بناءً على أنها لتعلق الملك أو جواز التصرف. ٣ - وصحيح عباد^(٦) المتقدم بل وصحيح سليمان^(٧).

٤ - ولأنَّ الميت لما خرج بالموت عن صلاحية استقرار الدين في ذمته وجب أن يتعلق بكلِّ ما يمكن أدائه من أمواله؛ لأنَّ حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه.

(١) مفتاح الكرامة ٥: ١٠٨، ٣٠٣. القواعد ٢: ١١٢. (٣) جامع المقاصد ٥: ٢١٧. الايضاح ٢: ٦٢.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢١٧. الايضاح ٢: ٦٢. نقله عن الشهيد في مفتاح الكرامة ٥: ١٠٩.

(٥) النساء: ١٢.

(٦) الوسائل ١٩: ٣٥٧، ب ٤٠ من الوصايا، ح ١.

(٧) الوسائل ٢٦: ٣٥، ب ١٠ من موانع الإرث، ح ١.

[١] أقربه الأول في القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وجامع الشرائع والمسالك والكفاية^(١) .

والأصح الثاني في جامع المقاصد ، وهو المحكي عن ميراث القواعد ، وحجر الإيضاح ورهنه ، وإراث الدروس ، وإيضاح النافع ، وظاهر المبسوط^(٢) . وقد يؤيد الأول - مضافاً إلى السيرة وإلى استبعاد الحجر على مال كثير بدين يسير ، بل لا يخلو من ضرر وحرص - الحسن أو الصحيح : أنه سئل عن رجل يموت ويترك عبداً وعليه دين أينفق عليهم من ماله ؟ قال : « إن استيقن أن الذي عليه يحيط بجميع المال ، فلا ينفق عليهم ، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال »^(٣) . ونحوه خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام^(٤) .

إذا هذا وإن كانا في التصرف الإتلافي الذي يمكن أن يمنعه أيضاً القائل بتعلق الأرض أو التعلق المستقل ، وإن جاز غيره مما ليس فيه إتلاف للعين ، لكن دال على غيره بطريق أولى ، مع إمكان المناقشة في أدلة الثاني بأنه لا أولوية بعد أن كان التعلق بالمقابل الكلّي . والآية قد عرفت المراد منها . والصحيح كما أنه محتمل لتعليق جواز التصرف ، محتمل لاستقرار الملك ، وأولى منه بذلك صحيح سليمان ، ولا حدوث للتعلق بعد تلف المعزول له ، بل هو انكشاف لكون التعلق بالذي تصرف فيه الوارث . ومنه يظهر الوجه في تسلط الغريم على الفسخ لو فرض تصرف الوارث ولم يؤد الدين وضمانه لو كان قد أتلفه . واحتمال عدم جواز الفسخ للإذن في التصرف الذي وقع حال عدم تعلق الدين في غاية الضعف ، كتعليقه .

فبان لك حينئذٍ من ذلك كله قوة القول بالتفصيل بين المستوعب وغيره ، الذي تظهر ثمرته على تقدير كون التعلق تعلق رهانة ، أو مستقلاً بمنع من التصرف . أما إذا قلنا بعدم منعه حتى في المقابل فلا ثمرة له ظاهرة غالباً . كما أنه بان لك مما ذكرناه عدم الفرق في جواز التصرف عند القائل بأنه تعلق أرض أو مستقل بين الاستيعاب وغيره ، كما هو مقتضى ما سمعته من الأدلة .

لكن عن قضاء الايضاح والمسالك ، وظاهر قضاء دين الميت من السرائر^(٥) الإجماع على عدم جواز التصرف مع الاستيعاب ، وأن الإشكال في غير المستوعب ، قال في الأول : « أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين ، أو إذن الغرام » . ونحوه عن الثاني أيضاً . بل في مفتاح الكرامة : « أنه كذلك يشهد له التتبع »^(٦) . قلت : بل التتبع شاهد بخلافه كما لا يخفى على من لاحظ القواعد ، وجامع المقاصد في باب الحجر^(٧) . مضافاً إلى عدم اقتضاء الأدلة الفرق بين المستوعب والمقابل للدين من غيره . نعم في الزائد [عن التركة] ما سمعته من البحث السابق ، فلا حظ وتأمل .

(١) القواعد ٢ : ١٤١ ، ٣ : ٤٤٦ . نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥ : ١٠٩ ، ٣٠٤ . الجامع للشرائع : ٢٨٦ . المسالك ١٣ : ٦٢ . كفاية الأحكام ٢ : ٨٠٧ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٢١٨ . القواعد ٣ : ٣٥٤ . الايضاح ٢ : ١٨ ، ٦٣ . الدروس ٢ : ٣٥٢ . نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٠٤ . انظر المبسوط ٤ : ٢٢ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٣٣٢ ، ٢٩ ب ، من الوصايا ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ح ٢ .

(٥) الايضاح ٤ : ٣٤٢ . المسالك ١٣ : ٥٠٥ . انظر السرائر ٢ : ٤٧ .

(٦) مفتاح الكرامة ٥ : ١٠٨ .

(٧) القواعد ٢ : ١٤١ . جامع المقاصد ٥ : ٢١٧ .

[فالأقوى التفصيل بين المستوعب وغيره].

ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدواناً فتردّي [متردّ] فيه بعد موته ، أو كان قد سرت جنايته كذلك [= بعد الموت] ، ولم نقل بالكشف بها عن شغل ذمّته قبل الموت ، أو ردّ مبيعته بالعيب بعد أن أتلّف هو الثمن مثلاً .

فإن لم يكن قد تصرّف الوارث بالتركة وجب الأداء منها [١] .

كما أنّه [المختار] [٢] انتقال التركة هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضمان ، وإن كان السبب متقدماً [٣] .

وإن كان قد تصرّف فيها الوارث ببيع ونحوه [هل يفسد أم يصح ؟] [٤] .

فلا ريب أن الأصح الاحتمال الثاني على هذا التقدير [= على نحو تعلّق حقّ الرهانة] ، فضلاً عن المختار [من تعلّق مستقل] .

بل إن لم يقدّم إجماع على تسلّطه على الفسخ إن لم يؤدّ الدين الوارث أمكن منعه [٥] .

[ويتوجه ضمان الوارث لو كان التصرف باتلاف المال بلا معاوضة ، كالأكل وغيره] .

[١] بلا خلاف أجدّه فيه .

[٢] [إذ] لا أجدّه [= الخلاف] أيضاً في [ذلك] .

[٣] ضرورة عدم اقتضاء تقدّمه بقاء التركة على حكم ماله ؛ لعدم تحقّق الدين حينئذ .

اللهمّ إلّا أن يدّعي الكشف ولا دليل عليه ، إذ وجوب الأداء منها أعّم من ذلك .

بل ينبغي الجزم به بناءً على المختار من انتقالها [= التركة] إلى الوارث مع الدين المحقق فعلاً فضلاً عمّا نحن فيه .

[٤] ففي القواعد : « احتمل فساد التصرّف ؛ لتقدّم سبب الدين ، فأشبهه الدين المقارن ، وعدمه [أي عدم الفساد] فإن أدى الوارث الدين ، وإلّا فسخ التصرّف » ^(١) .

وكأنه بنى الأوّل على كون التعلّق تعلّق رهانة ، وقد عرفت ما فيه سابقاً .

مع أنّه لو سلّم في الدين المقارن أمكن منعه هنا ؛ للأصل ، وتقدّم السبب لا يقتضي تقدم المسبب ، وأقصى العهدة تعلّق الدين

الحادث بالتركة ، لا منع الوارث من التصرف .

ودعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجة إلى دليل .

[٥] للأصل .

ونكر ينوي حينئذ تعلّق الدين بالمعوض ؛ لكونه بدل المال ذي العهدة .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّها كالدين في التسلّط على الخيار الذي منشؤه فيهما تضرر الغريم ، وأنّ له حقاً في الجملة ، ومنه حينئذ

يتوجه ضمان الوارث لو فرض أنّ تصرّفه كان باتلاف للمال من غير معاوضة ، كأن يكون طعاماً فأكله ، أو ثوباً فلبسه ، أو وهبه مجاناً ، أو نحو ذلك ، فتأمل جيّداً ، والله أعلم .

[أحكام الحجر]:

(الفصل الثاني: في أحكام الحجر).

(وفيه مسائل):

[ما يثبت به حجر المّلس والسفيه]:

(الأولى:)

[المختار] [١] أنّه (لا يثبت حجر المّلس إلّا بحكم الحاكم).

وإنّما الخلاف في توقف دفعه على حكم الحاكم على ما عرفت.

(وهل يثبت الحجر (في السفيه بظهور سفيهه ؟ فيه تردد) وخلاف (والوجه) عند المصنّف (أنّه لا يثبت،

وكذا لا يزول إلّا بحكمه) [٢].

[١] [كما] قد تقدّم سابقاً أنّه لا خلاف معتدّ به في [ذلك].

[٢] وفقاً للفاضل ومحكي المبسوط^(١) وشرح الإرشاد للفخر وظاهر الغنية^(٢).

قيل^(٣): وكأنّه مال إليه في غاية المراد^(٤).

بل عن تعليق الإرشاد للكركي: « المشهور توقّف الحجر على حكم الحاكم، فيقوى حينئذٍ توقّف إزالته

عليه »^(٥): وإن كان هو كما ترى.

١ - للأصل بمعانيه الثلاثة في توقف الثبوت عليه، وبمعنى الاستصحاب في الزوال، مؤيدة بأنّ موضوع السفه اجتهادي

[فيحتاج في إثباته إلى حكم الحاكم] لوقوع الاختلاف في بعض ما يعدّ فعله سفهاً.

٢ - وبالعسر والحرج؛ إذ أكثر الناس سفهاء سيّما مع اعتبار العدالة وإصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم في الرشد.

لكن فيه: إنّ الأصل يقطعه ظاهر قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا

وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ مَعْرُوفاً ﴾^(٦).

بناءً على أنّ المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسرين بقريظة ﴿ وَارْزُقُوهُمْ ﴾ إلى آخره؛ للإجماع على

عدم وجوب الإنفاق على السفيه من غير ماله.

والحمل على من وجبت نفقته منهم ولا مال له كما ترى.

(١) القواعد ٢: ١٣٧. المبسوط ٢: ٢٨٦.

(٢) شرح الارشاد: ١٨٠ (مخطوط). الغنية: ٢٥٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٧٥.

(٤) غاية المراد ٢: ٢٠٢.

(٥) حاشية الارشاد (حياة الكركي) ٩: ٤٣٤.

(٦) النساء: ٥.

(٧) انظر زبدة البيان: ٤٨٧.

بل يشعر بذلك أيضاً قوله : ﴿ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ بناءً على أنّ المراد الكلام الجميل والوعد بمالهم إذا رشدوا ، وتعليم حفظ المال وصيانيته ونحو ذلك .

بل وما بعد الآية ، بل قيل : وما قبلها^(١) .

ولا ينافي ذلك الإضافة إلى ضمير المخاطب ، باعتبار رجوعها إلى الأولياء بالإرث ، أو باعتبار كونهم قوامين ومتصرفين بها كالملاك ، أو باعتبار الإشارة إلى حفظها كحفظ أموالكم ، أو باعتبار أنّها من جنس أموالهم التي بها قوام الكلّ ، كما في قوله تعالى : وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ^(٢) ، ﴿ فَمَنْ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ قَتِيلَاتِكُمْ ﴾^(٣) .

فإنّ المراد عدم قتل البعض بعضاً وجنس « ماملكت » وجنس « القتيات » ، لا نفس المخاطب وما ملكت يمينه وفتياته ، أو غير ذلك ممّا يكفي في الإضافة التي كثر استعمالها لأدنى ملابسة .

وما في الصافي والعياشي عن الصادق عليه السلام : « هم اليتامى لا تعطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد ، قيل : فكيف يكون أموالهم أموالنا ؟ فقال : « إذا كنت أنت الوارث لهم »^(٤) يمكن عدم إرادة الحصر منه ، خصوصاً بعد استفادة حكم خصوص اليتامى من الآية التي بعدها .

بل روى عنه عليه السلام في هذه الآية أنّه قال : « من لا تثق به »^(٥) . وفي رواية : « كل من يشرب الخمر فهو سفيه »^(٦) .

وعن الباقر عليه السلام : أنّه سئل عن هذه الآية فقال : « لا تؤتوها شراب الخمر ولا النساء ، ثم قال : وأيّ سفيه أسفه من شارب الخمر »^(٧) . ولفظ « الإبتاء » وإن كان ظاهراً في سبق الاستيلاء على المال إلّا أنّه يمكن إرادة التمكن منه .

على أنّه بعد التسليم يمكن دلالتها على المطلوب ، بناءً على ما تسمعه في مفهوم آية الإبتلاء^(٨) .

نعم في الصافي أيضاً عن القمي عنه عليه السلام أيضاً أنّه قال : « السفهاء النساء والولد إذا علم الرجل أنّ امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهما على ماله الذي جعله الله له قياماً يقوم به ، ومعاشاً »^(٩) ، قال : ﴿ وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾^(١٠) .

ولكنك خبير أنّه لا يجوز الخروج عن ظاهر الآية بمثل هذا المرسل الذي يمكن عدم منافاته للمعنى المراد من الآية أيضاً .

فلارب حينئذٍ في استفادة المطلوب من ظاهر الآية ؛ ضرورة إطلاق النهي فيها من دون تعرّض للحاكم .

(١) قاله الباقراني كما في زبدة البيان : ٤٨٧ . (٢) النساء : ٢٩ .

(٣) النساء : ٢٥ .

(٤) تفسير الصافي ١ : ٤٢٢ . تفسير العياشي ١ : ٢٢٠ ، ح ٢٣ . الوسائل ١٩ : ٣٦٩ ، ٤٥ ب من الوصايا ، ح ١٠ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٣٦٩ ، ٤٥ ب من الوصايا ، ح ٩ .

(٦) المصدر السابق : ح ٨ ، وفيه : « شرب » بدل « يشرب » .

(٧) الوسائل ١٩ : ٣٧٩ ، ٥٣ ب من الوصايا ، ح ٢ .

(٨) النساء : ٦ .

(٩) تفسير الصافي ١ : ٤٢٣ . تفسير القمي ١ : ١٣١ . المستدرک ١٣ : ٤٢٧ ، ب ١ من الحجر ، ح ٢ ، مع اختلاف .

(١٠) النساء : ٥ .

بل قد يستفاد [أي المطلوب، وهو عدم توقف الحجر في السفه على حكم الحاكم، بل يثبت بمجرد ظهوره] من مفهوم قوله تعالى أيضاً: ﴿ فَإِنْ أَنْسَمَ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(١).

كاستفادة عدم توقف زواله على حكم الحاكم.

ودعوى خروجها [= الآية] عن محل النزاع؛ للإجماع على عدم اعتبار الحاكم في الإنبات والإزالة بالنسبة إلى السفه المتصل بعد البلوغ، وخصوصاً الزوال؛ إذ لو توقف عليه لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عليه من الحاكم، ولكان عندهم من أهم الأشياء، فالسيرة القطعية شاهدة على ذلك.

وعن المبسوط: «وأما حجر الصبي فإنه يزول ببلوغه ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وفي الناس من قال: لا بدّ فيه من حكم الحاكم، وهو خلاف الإجماع»^(٢).

يدفعها:

أولاً: ما عن نكاح التذكرة^(٣) من ظهور عموم النزاع مؤيداً بإطلاق كثير منهم هنا.

وثانياً: القطع بعدم الفرق؛ ضرورة عدم مدخلة الاتصال بالصغر المنقطع بالبلوغ؛ إذ هو سبب جديد غير الأول، فإن كان لا يمنع من التصرف بالمال إلا بحكم الحاكم وجب اعتباره في منع المالك منه، وكذا الزوال، والاتصال غير مجدي. بل وكذا يستفاد المطلوب من قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ﴾^(٤) إلى آخره حيث أثبت الولاية بمجرد السفه.

وإلى ما ذكرنا يرجع الاستدلال بأنّ العلة السفه، كما يشعر به تعليق الحكم عليه، فوجوده يستلزم وجود المعلول، وعدمها يستلزم عدمه.

وبأنّه إن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطاً، وهو باطل بالآية.

وبأنّ اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضي بأنّ زوال الشرط يستلزم زوال المشروط.

كما أنّ منه يظهر الاستدلال أيضاً بالإجماع السابق، بل وبإطلاق النصوص التي هي نحو آية الابتلاء^(٥).

والتأييد الأول واضح الدفع؛ ضرورة كون الكلام في الحجر بعد ثبوت السفه لا في موضوع السفه.

وأما التأييد الثاني فيدفعه منع كون أكثر الناس سفهاء.

على أنّه مشترك الإلزام؛ ضرورة وجوب التحجير حينئذ على الحاكم من باب الحسبة، وخصوصاً إذا كان هو الولي، وقد

تقدّم في موضوع السفه ما يفيدك حقيقة الحال، فلاحظ وتأمل.

(١) النساء: ٦.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨٦.

(٣) انظر التذكرة ٢: ٦١٠ - ٦١١ (حجرية).

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) النساء: ٦.

و[المختار] [١] قوة القول بعدم توقيفه ثبوتاً وزوالاً على حكم الحاكم [٢].

[إذا حجر عليه فبايعه إنسان]:

المسألة (الثانية: إذا حجر عليه) الحاكم (فبايعه إنسان كان البيع باطلاً) مع عدم إجازة الولي لا معها [٣].

سواء كان بعين ماله أو ما في الذمة، رضي البائع بالانتظار إلى احتمال فك الحجر أو لا [٤].

وحينئذٍ (فإن كان المبيع موجوداً استعاده البائع) عالماً كان أو جاهلاً بالحكم أو الموضوع، أذن بالقبض أو

لا [٥]. (وإن تلف و) قد قبضه باذن صاحبه) العالم بموضوعه وحكمه (كان تالفاً) من مال ماله (وإن فك

[١] كما من ذلك كله يظهر [ذلك].

[٢] وفقاً لجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض^(١)، على ما حكي عن بعضها.

بل هو خيرة اللمعة^(٢) أيضاً بالنسبة إلى الثبوت دون الزوال فأوقفه على حكم الحاكم:

١ - للأصل المقطوع بما عرفت.

٢ - ولاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذي قد سمعت ما فيه [من المناقشة].

مضافاً إلى انتقاضه [=الدليل الثاني] في الثبوت.

ومنه يظهر ضعف القول الرابع الذي هو عكس ذلك، وقد اعترف جماعة بعدم معرفة قائله.

وربما استظهر من غاية المراد للشهيد^(٣).

نعم عن التحرير أنه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم في الثبوت، وتوقف في الزوال^(٤) عكس ما عن

الإرشاد^(٥).

وعلى كل حال ففيه ما لا يخفى، مع أن ما قيل في وجهه من أن «حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده فلما عدم السفه امتنع

ثبوت الحجر؛ إذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط، خصوصاً على القول بأن البقاء يحتاج إلى علة، وأن علة البقاء علة الحدث»^(٦)

موافق للمختار.

إنما الكلام في توقف ثبوته على حكم الحاكم، وليس إلا ما عرفت سابقاً ممّا هو واضح الضعف، والله أعلم.

[٣] لما عرفت سابقاً.

[٤] بلا خلاف أجدّه في شيء من ذلك. بل عن الأردبيلي: أنه يمكن تحريم أصل المعاملة معه، ومجرد إيقاع

صورة البيع والشراء معه^(٧). وإن كان فيه منع واضح.

[٥] بلا خلاف أجدّه ولا إشكال؛ ضرورة بقاء المال حينئذٍ على ملكه فله انتزاعه، واحتمال صيرورته هبة في بعض أفراد

المسألة كما ترى.

(١) جامع المقاصد ٥: ١٩٦. الروضة ٤: ١٠٧. المسالك ٤: ١٥٩. كفاية الأحكام ١: ٥٨٧. المفاتيح ٣: ١٨٦. الرياض ٨: ٥٦٣.

(٢) لللمعة: ١٣٣. (٣) استظهره في جامع المقاصد ٥: ١٩٦. انظر غاية المراد ٢: ٢٠٢.

(٤) التحرير ٢: ٥٣٨. (٥) الإرشاد ١: ٣٩٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٧٧. (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٢٨.

حجره بعد التلف [١] [لكن الإنصاف عدم خلو ذلك من إشكال إن لم يثبت إجماع عليه ، خصوصاً في صورة جهل البائع] .

هذا كله إذا قبضه [السفية] بالإذن .

[١] لأصالة البراءة بعد أن كان هو المسلط له على ذلك ، وهو المسقط لحرمة ماله ، فلا يشمل شيء من أدلة الضمان . لكن الإنصاف أنه إن لم يثبت الإجماع عليه كما هو الظاهر من بعضهم حيث أرسلوه إرسال المسلمات ، وأدعوا ظهوره ووضوحه بحيث لا يحتاج إلى بيان لا يخلو من إشكال ، يظهر ممّا ذكره في قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده » مع العلم بالفساد من أنه لا يقتضي سقوط الضمان بعد أن كان الإذن الحاصلة في ضمن البيع فهي في الحقيقة مشروط بصحة البيع المفروض انتفاؤها ، فتنتفي حينئذ الإذن ، ويكون كفاقد الإذن في شمول أدلة الضمان له ، وهو بعينه جارٍ في المقام .

وقياس السفية على المجنون الذي لا يعقل معه الخطاب المشروط واضح الفساد ؛ ضرورة كون السفية مكلفاً قابلاً للخطاب ، وإن حجر عليه في التصرف في المال .

وأغرب من ذلك ما عساه يظهر من إطلاق المصنّف وغيره من عدم الضمان مع الجهل أيضاً ، بل صريح القواعد ومحكي المبسوط^(١) والتحرير والتذكرة^(٢) وجامع المقاصد والكفاية^(٣) ، ولعله ظاهر المسالك أيضاً .

قال : « ووجه أن البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأنّ العوض المبذول منه ثابت أم لا ؟ فهو مضيع لماله »^(٤) .

وفيه منع كون ذلك [= تقصير البائع] مسقطاً لحرمة المال ، مع عموم أدلة الضمان ، وقد يفرض عدم التقصير المزبور أيضاً . ولعله من هنا حكى في التذكرة عن بعض : الشافعية أن السفية إذا أتلّف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر ، ثم قال : « ولا بأس به »^(٥) .

بل خصّ في اللعة الضياع وعدم الضمان بالمعامل العالم^(٦) ، بل نصّ في الروضة : « لو كان جاهلاً بحاله كان له الرجوع مطلقاً ؛ لعدم تقصيره »^(٧) .

بل عن الأردبيلي : أنه تأمل في صورة العلم أيضاً ؛ لأنّه صار سفياً أيضاً ، إلا أنه استظهر عدم الضمان ، ثم قال : « الذي يختلج في صدري ضمانه مع علمه ، - أي السفية - بعدم صحة هذا العقد ، وعدم صحة التسلّط إلا أن يكون المسلم إليه عالماً وقبضه إياه »^(٨) ، فتأمل .

(١) القواعد ٢ : ١٣٨ . المبسوط ٢ : ٢٨٥ .

(٢) التحرير ٢ : ٥٣٨ . التذكرة ١٤ : ٢٢٧ .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ١٩٧ . كفاية الأحكام ١ : ٥٨٧ - ٥٨٨ .

(٤) المسالك ٤ : ١٥٩ .

(٥) التذكرة ١٤ : ٢٢٧ .

(٦) اللعة : ١٣٣ .

(٧) الروضة ٤ : ١٠٨ .

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٢٨ .

وأما إذا كان قد قبضه بغير إذن فالمُتَجِّه فيه الضمان [١]

[والمختار الضمان] [٢] فيما لو اقترض السفية وأتلف المال [٣].

(و) [كذا الضمان] [٤] فيما (لو أودعه) إنسان مثلاً (وديعة) مع العلم بحجره (فأُتلفها) ولو مباشرة . لكن قال المصنف : (ففيه) أي في ضمانه (تردد) وخلاف (والوجه أنه لا يضمن) [٥] .

[١] لعموم أدلته . وعدم صدور غير العقد الفاسد من المالك ، وهو لا يقتضي الإذن ، فهو حينئذٍ كما لو أتلف ما لم يؤذن له فيه ، وهو الظاهر من المصنف ، بل هو صريح غيره ، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا وبين غيرنا ، سوى ما عن الأردبيلي من أن الظاهر عدم الضمان ؛ لأنَّ المالك قد ضيَّعه على نفسه بإجراء العقد المسلَّط عرفاً على القبض ^(١) . وفيه ما لا يخفى ، خصوصاً بعد أولوية السفية في الضمان من الصبي والمجنون اللذين قيل ^(٢) بلزوم الضمان عليهما لو فرضنا كذلك .

[٢] [كما] ممَّا ذكرنا يظهر لك الحال [في ذلك] .

[٣] [وإن صرح في القواعد] ^(٣) أيضاً بعدم الضمان فيه على كلِّ حال . لكن فيه ما تقدَّم ، مضافاً إلى ما ذكره في اقتراض المملوك وإتلافه له على نفسه من دون إذن سيِّده : من ضمانه ، وأنه يتبع به العتق ؛ إذ السفية إمَّا أولى منه أو مساوٍ له . ولولا تصريح البعض هنا بعدم الضمان ولو فكَّ الحجر ؛ لأمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلاً بحيث يؤدي من ماله . وعلى كلِّ حال فالذي ينبغي مراعاة الضوابط بعد فرض عدم الإجماع في المقام ؛ إذ دون ثبوته على الوجه المشرط خُطرت الفتاد ، فتأمل جيِّداً ، والله أعلم .

[٤] [كما] ممَّا ذكرنا يعلم الحال [في ذلك] .

[٥] [كما عن ارشاد الفاضل] ^(٤) : ١ - للأصل . ٢ - ولتفريظه بالإيداع بعد نهي الله تعالى عن إيتاء السفية المال ، فهو [= المودع] حينئذٍ سبب أقوى من المباشر . ٣ - ولأنَّ إسماعيل بن الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلاً فنهاه أبو عبد الله عليه السلام عن ذلك ؛ لأنَّ ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبضعه فاستهلك ماله ، فحجَّ أبو عبد الله عليه السلام وحج معه ابنه إسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول : « اللهم أجريني واخلف عليَّ » فلحقه أبو عبد الله عليه السلام ، فهمزه بيده من خلفه ، فقال له : مه يا بني فلا والله مالك الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته - إلى أن قال : - فإن الله عزَّ وجلَّ في كتابه يقول : ﴿ وَلَا تَوُتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾ ^(٥) فأَيُّ سفية أسفه من شارب الخمر ، إنَّ شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانة ، فمن اتئمته على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي اتئمته على الله عزَّ وجلَّ أن يأجره ^(٦) . وفيه : أنَّ الأصل مقطوع بأدلة الضمان كعموم « من أتلف » ونحوه . والإيداع من مكلف بعد أن لم يكن فيه إذناً بالإتلاف ليس تقريباً يسقط معه حرمة المال ، ويخرج به عن عمومات الضمان . ودعوى قوَّة السبب على المباشرة واضحة المنع ، كوضوح عدم دلالة الخبر المزبور الذي لا جابر له ، مضافاً إلى اشتماله على مخالفة إسماعيل لوالده والمعلوم من ورعه خلافه ، وإلى نهيهِ عن الدعاء الذي لا إشكال في جوازه له .

(٢) قاله في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٧٨ .

(٤) الارشاد ١ : ٣٩٧ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٨٢ ، ج ٦ من الودعية ، ح ١ .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٢٨ .

(٣) القواعد ٢ : ١٣٨ .

(٥) النساء : ٥ .

فظهر حينئذ قوة القول بالضمان [١].

نعم لو كانت الوديعة مثلاً من مجنون أو طفل غير مميز أتجه حينئذ عدم الضمان بالإتلاف مباشرة، فضلاً عنه بالتفريط [٢].

أما إذا كان الصبي مميزاً فقد يقوى ضمانه بالمباشرة، بل وبالتفريط بناءً على أنه لا يقصر عنها [٣].
[إذا فك حجره فعاد مبذراً]:

المسألة (الثالثة): [المختار] [٤] أنه [لو فك حجره] بحصول الرشد (ثم عاد مبذراً) وقلنا بتحقيق السفه به (حجر عليه، ولو زال فك حجره، ولو عاد عاد الحجر) عليه (وهكذا دائماً) [٥].
[ولاية المجنون والطفل والسفيه والمفلّس]:

المسألة (الرابعة): قد [قيل] [٦]: إن (الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجدة للأب) [٧].

[١] وفقاً للتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان^(١) على ما حكى عن بعضها.

إذ هو حينئذ كالغصب الذي لم أجد خلافاً في ضمانه، بل هو منه؛ ضرورة كون السفيه بالغاً عاقلاً، بل لعله أفحش منه.

[٢] كما عن التذكرة والتحرير^(٢)؛ لأصل بعد الشك في تناول عمومات الضمان له، باعتبار قوة السبب على المباشر الذي هو كالحيوان.

فما عن بعضهم^(٣) من الضمان [عليهما] مطلقاً ضعيف. بل وما في المسالك^(٤) من الفرق بين المباشرة [فيضمن] والتفريط [فلا يضمن]؛ لأن الضمان بالتالي فرع وجوب الحفاظ المعلوم انتفاؤه عنهما، بخلاف الأول المبني على سببية الإتلاف للضمان، وهي (أي السببية) لا فرق فيها بين التكليف وعدمه، ولذا ضمنا لو أتلفا بلا إذن من المالك في أصل الاستيلاء بلا خلاف ولا إشكال؛ لما قد عرفت من قوة السبب على مثل هذا المباشر، وأنه كما لو أهمل ماله حتى أتلفته دابة الغير.

[٣] لمنع قوة السبب هنا على المباشرة بعد استمرار السيرة على الاعتماد عليهم في الحفاظ.

وعدم التكليف لا ينافي الضمان حتى بالإهمال. ودعوى توقف صدق التفريط عليه يمكن منعها، ولذا يضمن الساهي والغافل والناسي ونحوها، فتأمل جيداً، والله العالم بحقيقة الحال.

[٤] [كما] لا خلاف فيه [هـ].

[٥] ضرورة اقتضاء وجود العلة وجود المعلول كنفها، من غير فرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم وعدمه.

[٦] [كما] أطلق الشيخ^(٥) فيما حكى عنه هنا وكثير ممن تأخر عنه [ذلك].

[٧] بل هو معقد ما في المسالك ومحكي الكفاية من نفي الخلاف فيه^(٦)، بل هو معقد إجماع التذكرة^(٧).

(١) التذكرة: ١٤: ٢٢٨. جامع المقاصد: ٥: ١٩٩. المسالك: ٤: ١٦٠. الروضة: ٤: ١٠٩. مجمع الفائدة والبرهان: ٩: ٢٢٩.

(٢) التذكرة: ١٤: ٢٢٩. التحرير: ٢: ٥٣٩.

(٣) (٤) المسالك: ٤: ١٦٠ - ١٦١.

(٥) انظر المبوط: ٢: ٢٨٦.

(٦) المسالك: ٤: ١٦١. كفاية الأحكام: ١: ٥٨٨.

(٧) التذكرة: ١٤: ٢٤٣.

ولا ريب فيه في الجملة [١].

نعم قد يتوقف في خصوص من تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده الذي هو أحد أفراد ذلك الإطلاق؛ لانقطاع ولايتهما حينئذٍ عنه، فيندرج تحت عموم ولاية الحاكم الذي هو نائب الأصل [٢].
وعلى كل حال فلا ريب في قوة رجوع أمره إلى الحاكم [٣]، والأحوط توافقهما معاً.
وقد يتوقف أيضاً في ولايتهما مع فسقهما أيضاً، خصوصاً إذا كان يظن معه أو يقطع بالإضرار [٤].

[١] بل عن مجمع البرهان كان عليه إجماع الأمة^(١).

مضافاً إلى النصوص المستفيضة^(٢) في الأول [أي الأب]، بل ربما ادّعي تواترها الواردة في النكاح المدعى دلالتها على ما هنا بالأولية.

وإلى خصوص النصوص^(٣) الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرها من المباحث الكثيرة، كما عن الرياض^(٤).
[٢] بل جزم به في المحكي من جامع المقاصد ومجمع البرهان^(٥)، بل عن ظاهر الأخير ونكاح المسالك: أنه لا خلاف فيه^(٦).

بل ربما استظهر من بعض مواضع نكاح التذكرة الإجماع عليه^(٧).
وإن كان المحكي عنها فيه أيضاً عكس ذلك^(٨).

كما أنّ المحكي عن إيضاح النافع: أنّ المشهور في باب النكاح عدم الفرق^(٩)، وعن غيره العكس أيضاً.

[٣] إذا لم يكن في النصوص إطلاق يعتمد عليه، فإنّها [أي النصوص] لم تحضرنّا جميعاً الآن.

[٤] وإن كان مقتضى الإطلاق ذلك، بل عن نكاح التذكرة الإجماع على الولاية مع الفسق^(١٠).

نعم عن الفاضل أنه تردّد في ذلك في وصايا القواعد^(١١)، بل عن الوسيلة اشتراط العدالة^(١٢).

و [عن] الإيضاح: «الأصح أنه لا ولاية للأب والجد ما دام فاسقاً؛ لأنّها ولاية على من لم يدفع عن نفسه، ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نصّ القرآن على خلافه»^(١٣).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣١.

(٢) انظر الوسائل ٢٠: ٢٧٥، ب ٦ من عقد النكاح.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٣٦١، ب ١٥ من عقد البيع وشروطه.

(٤) الرياض ٨: ٥٦٦.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٩٤. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣١.

(٦) حكاية في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٦. انظر المسالك ٧: ١٤٦-١٤٧.

(٧) التذكرة ٢: ٥٩٢ (حجرية).

(٨) حكاية في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٦.

(٩) التذكرة ٢: ٥٩٩ (حجرية).

(٩) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٦.

(١١) القواعد ٢: ٥٦٤.

(١٣) الإيضاح ٢: ٦٢٨.

(١٢) الوسيلة ٣٧٣.

ولعلّ التحقيق عدم اشتراط العدالة [١].

ولكن متى ظهر للحاكم ولو بقرائن الأحوال الضرر منهما عليهما عزلهما، ومنعهما من التصرف حسبة، وإن علم عدمه أقرهما.

وإن لم يعلم حالهما فرمّا قيل بالاجتهاد في حالهما، فيتبع سلوكهما وشواهد أحوالهما.

ويمكن عدم اعتبار ذلك [٢].

بل لعله الأقوى [٣].

[ويشترك الأب والجدة في الولاية على معنى نفوذ تصرف السابق على كلّ حال، بل الظاهر البطلان لو اقترنا].

وكيف كان ففي تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب نظر، ولعلّ إطلاق القائل يقتضيه.

نعم قد يتوقّف في تقديمه على من هو أدنى منه [كأب الجدّ مع نفس الجدّ]؛ لعدم انسياقه من الأب، فتأمل جيّداً.

وعلى كلّ حال (فإن لم يكونا [أي الأب والجدة] فللوصيّ، فإن لم يكن فللحاكم) أي الثقة المأمون الجامع

[١] للأصل والإطلاق.

[٢] عملاً بالإطلاق.

[٣] وأما ما يظهر من المصنّف وغيره من اشتراكهما في الولاية على معنى نفوذ تصرف السابق على كلّ حال فلا أجد فيه خلافاً.

بل عن ظاهر نكاح المسالك الإجماع عليه^(١)؛ لأنّه مقتضى ثبوت الولاية لكلّ منهما، بل مقتضاه أيضاً البطلان لو اقترنا؛ لعدم الترجيح كما هو ثالث الأقوال في المسألة.

وقد قيل بترجيح الجدّ^(٢)؛ لثبوت ولايته على الأب في بعض الأحوال، وللنصوص المستفيضة في باب النكاح^(٣).

والإجماعات المحكية فيثبت في المقام بالأولوية.

ولعله لذا قال الكركي في المحكي من تعليقه على الإرشاد بعد أن اعترف بعدم تصريح للأصحاب هنا بذلك: «كلامهم في

باب الأنكحة يقتضيه، مشيراً إلى الأولوية المزبورة»^(٤).

وقيل^(٥) بتقديم ولاية الأب؛ لشدة اتصاله، وكون ولاية الجدّ بواسطته.

والجميع كما ترى، حتى الأولوية المزبورة [في القول الثاني]، بناءً على عدم حجّية كلّ ظنّ للمجتهد.

ودعوى حصول القطع أو دليل معتبر عليهما [= على الأولوية] من إجماع ونحوه يمكن منعها، بل إطلاق كلامهم في المقام

يقتضي ما ذكرنا [من البطلان]، فتأمل جيّداً.

(١) انظر المسالك ٧: ١٦٩.

(٢) التذكرة ٢: ٥٩٤. الرياض ٨: ٥٦٦.

(٣) انظر الوسائل ٢٠: ٢٧٥، ب ٦ من - عقد النكاح.

(٤) حاشية الارشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٣٦.

(٥) لم نثر على القائل بعينه، ونسب في مفتاح الكرامة (٥: ٢٥٦) أيضاً إلى القيل.

للشرايط [١]، فإن لم يكن الحاكم فـ [الظاهر] [٢] عدم الولاية حينئذٍ لأحد [٣].

وهو كذلك بالنسبة إلى الأم وغيرها من الإخوة والأعمام والأخوال وغيرها [٤]. نعم قد يقال: إنَّ

[الظاهر] [٥] ثبوتها لعدول المؤمنين [٦]. فالقول به حينئذٍ لا يخلو من قوة [٧].

و(أمّا السفيه والمفلس فالولاية في مالهما للحاكم لاغير) [٨]. ولا إشكال في الثاني).

[١] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال.

[٢] [كما أنّ ظاهر] جملة من العبارات المعدّدة للأولياء [ذلك].

[٣] بل هو صريح المحكي عن ابن إدريس^(١).

[٤] بلا خلاف أجده، بل عن التذكرة الإجماع عليه في الأم^(٢)، بل عن مجمع البرهان: أنّه إجماع الأمة^(٣).

[٥] [ل]قاعدة الإحسان وولاية المؤمنين بعضهم على بعض.

ولزوم التعطيل بل والضرر في كثير من الموارد.

قيل^(٤): بل وحكاية فعل الخضر يقتضي [ذلك].

[٦] بل ربّما يرشد إلى ذلك [ما يلي]:

١ - صحيح ابن بزيق قال: إنّ رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبد الحميد بن سالم القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن إذ لم يكن الميت صيّر إليه [وصيته]، وكان قيامه بأمر القاضي: لأنّهن فروج، فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت: جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد وخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه؛ لأنّهن فروج فما ترى في ذلك؟ فقال: «إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد بن سالم فلا بأس»^(٥).

٢ - وخبر سماعة ورفاعة: سألتنه عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ فقال: «إن قام رجل ثقة فقامهم ذلك فلا بأس»^(٦).

٣ - قيل^(٧): ومثله صحيح ابن رثاب^(٨). والمناقشة فيه باحتمال كون ذلك إذناً خاصاً من إمام الوقت كما ترى.

[٧] وفاقاً لصريح بعض الأصحاب^(٩)، بل نسب إلى مشهورهم، بل ربّما نسب^(١٠) ذلك إليهم، والله أعلم.

[٨] بلا خلاف أجده في الثاني.

(١) الررائر ٣: ١٩٤.

(٢) التذكرة ١٤: ٢٤٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣١.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٦٣، ب ١٦ من عقد البيع وشروطه، ح ٢.

(٦) الوسائل ١٩: ٤٢٢، ب ٨٨ من الوصايا، ح ٢، وفيه: «عن زرعة عن سماعة»، مع اختلاف.

(٧) الوسائل ١٩: ٤٢٢، ب ٨٨ من الوصايا، ح ١.

(٨) فاه في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٨.

(٩) الحدائق ١٨: ٣٧٨.

(١٠) الحدائق ١٨: ٣٧٨.

وقد تقدم الكلام فيه سابقاً، بل والأول إذا كان متجديداً بعد البلوغ [١]. وبالجمله لا ريب في أن الولاية في ماله للحاكم الذي هو ولي من لا ولي له [٢]. إنما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه [٣] [ففيه خلاف].

[١] عدا ما عن الكفاية والرياض من إرسال قول فيه بعود ولاية الأب والجد عليه^(١). ولم نتحققه لأحد، كما لم نعرف له دليلاً صالحاً لقطع الأصل. فمن الغريب ميل بعض متأخري المتأخرين إليه، التفاتاً إلى كونه في التزويج كذلك، وإلى ما عن التذكرة من الإجماع^(٢). وفيه: بعد تسليم الملازمة [بين المقام والتزويج] أو الأولوية منع كونه في التزويج كذلك. وما عن التذكرة من الإجماع في المقام بل المحكي^(٣) عنها مع أنه إطلاقات ولم تتحقق، وفي التزويج أيضاً، بل وفي المجنون مضطرب لا يصلح للفقهاء التعويل على أمثاله. بل ربما حكى^(٤) عنها معقد إجماع على خلاف ذلك. وكيف يسوغ لها أو لغيرها دعوى الإجماع في المقام بحيث يشهد عليها، مع ظهور كلمات الأصحاب في خلافه، بل عكسه مظنة الإجماع، بل لا بأس على من يدعيه في المقام. بعد أن لم يثبت بدليل شرعي ولا يتهما عليه، بل الدليل وهو الأصل على خلافه.

[٢] فإن ظاهر المصنف وغيره ممن أطلق كإطلاقه أن ولايته للحاكم أيضاً. بل عن بعضهم التصريح بهذا الإطلاق^(٥)، بل ربما نسب إلى الأشهر. بل قيل: إن وجهه ظاهر، بناءً على توقف الحجر عليه، ورفع عنه عليه؛ إذ يكون الأمر حينئذ في ماله إليه^(٦)، بل ربما جعل ذلك دليلاً للمدعى. إلا أن ذلك كله كما ترى؛ ضرورة اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التي هي المنساقفة من آية الإناس^(٧) المحكي تفسيرها عن الباقر عليه السلام بالعقل وإصلاح المال^(٨)، وعن الصادق عليه السلام بحفظ المال^(٩). ومن خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: «إن احتمل ولم يونس منه رشدًا وكان سفياً فليمسك عنه وليه ماله»^(١٠). إذ لا ريب في ظهورهما في إرادة الولي قبل البلوغ، سواء كان الأب أو الجد أو الحاكم أو غيرهم، فإنه المخاطب بإمساك المال وحفظه حتى يرشد، والتكليفات لا تنافي المنساق. وتوقف الحجر على السفیه ورفع على الحاكم. مع أنه يمكن منعه في المتصل سفهه، بل عن التذكرة التصريح بعدم^(١١) توقف رفعه عليه. لا يقتضي ثبوت الولاية للحاكم في المال، ولعله لذلك وغيره صرح جماعة من المحققين بثبوت الولاية لهما في الفرض. وعن التذكرة: أنه نفى عنه البأس في آخر كلامه^(١٢). وعن الشهيد: أنه حكاه عن ابن المتوج^(١٣). بل عن مجمع البرهان: أنه ممّا لا خلاف فيه ولا نزاع^(١٤). وعن نكاح المفاتيح: لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفیه والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر^(١٥). والظاهر عدم إرادته خصوص النكاح، مع ما عن بعضهم^(١٦) من أنه لا فرق في هذا النزاع بين النكاح والمال. بل قد عرفت دعوى أولوية المال منه. لكن الإنصاف تحقق الخلاف في المال كما عرفت. ومنه يظهر ما عن نكاح الریاض وثبتت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه وجنون إجماعاً^(١٧)، حتى لو أراد خصوص النكاح؛ إذ الظاهر تحقق الخلاف فيه أيضاً.

(١) كفاية الأحكام ٢: ٩٧. الرياض ١٠: ٩٤. (٢) (١٧) الرياض ٨: ٥٦٨.

(٣) (٤) انظر مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٨. (٥) التذكرة ١٤: ٢٤٤.

(٦) (٨) المسالك ٤، ١٦٢. مجمع البيان ٢: ٩. (٧) النساء: ٥.

(٩) الوسائل ١٩: ٣٦٨، ٣٧٠، ب ٤٥ من الوصايا، ح ٦، ١٣. (١٠) الوسائل ١٩: ٣٦٣، ب ٤٤ من الوصايا، ح ٩، مع اختلاف.

(١١) (١٢) التذكرة ٤: ٢٤٤، ولكن في توقف الرفع. (١٣) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٨.

(١٤) (١٥) (١٦) المفاتيح ٢: ٢٦٥. المسالك ٧: ١٤٦. (١٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٧.

وعلى كل حال فالتحقيق ما عرفت [من كون الولاية في ما نحن فيه لهما] [١].
وحينئذٍ فوصيها أولى من الحاكم، كما أنَّ الجدَّ أولى من وصي الأب [٢].
[حكم السفية إلى العبادات]:

المسألة (الخامسة): [المختار] [٣] أنَّ السفية كالرشيء بالنسبة إلى العبادات. فـ(إذا أحرم بحجة) وعمره (واجبة) ولو بالنذر قبل الحجر أو سببه (لم يمنع ممَّا يحتاج إليه في الإتيان بالفرض) وإن زاد على نفقة الحضر، لكن لا يمكن هو من الإنفاق، بل ينفق عليه ولِئله أو وكيله. (وإن أحرم تطوعاً فإن استوت نفقته سفراً وحضراً لم يمنع) منه أيضاً [٤]، وإلا منع [٥]. [ويمنع السفية من النذر بالصدقة بعين ماله وبناء المساجد والقناطر ونحو ذلك] قيل^(١): (وكذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج إليه) [٦]، لكن قد يشكل بأنَّ ما يكتسبه مال فيتعلّق الحجر به أيضاً [٧].

[١] وإن كان كلمات الأصحاب في المقام والنكاح لا تخلو من اضطراب.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، والله أعلم بحقيقة الحال.

[٣] [كما] لا خلاف فيه [هـ].

[٤] بلا خلاف أجده فيه؛ لعدم الضرر.

[٥] خلافاً للمحكي عن الأردبيلي^(٢) فلم يمنعه وإن زاد.

وهو - مع أنه لم نجد له موافقاً - منافع لحكمة الحجر.

ولذا يمنع من النذر بالصدقة بعين ماله، وبناء المساجد والقناطر ونحو ذلك.

واحتمال اختصاص منع السفية بالتصرّف المنافي خاصة لا الأعمّ منه والموافق لتصرّفات العقلاء منافع لكلمات الأصحاب، وعموم أحكام الشرع بل ولحكمة الحجر، فلا ينبغي التوقف فيما نحن فيه. نعم إذا لم يتفاوت بين السفر والحضر لم يمنع؛ لعدم الضرر.

[٦] بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا^(٣).

[٧] وأجيب «بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالاً وبعده صار محتاجاً إلى زيادة النفقة، على أنَّ الاكتساب غير واجب على السفية، وليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف شيء من المال الذي تعلّق الحجر به»^(٤).

وفيه: أنه إنما يتم لو لم يمكنه العود، أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الإكمال، وإلا (أي أمكنه العود مع نفقة غير مساوية كنفقة الإكمال) لم ينفعه احتياجه إلى النفقة والاكتساب، وإن كان غير واجب عليه، ولا يقهر عليه إلا أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال، ولزم الحجر فيه فعاد المحذور.

(١) القواعد ٢: ١٣٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٧.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٨٢.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢٠٢.

نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج مثلاً أو قبله ، ولم يمكن العود إلّا بصرفه زال الإشكال [١] .

(و) كيف كان ذـ (لو لم يكن كذلك) بل احتاج في السفر إلى ما يزيد على نفقته في الحضر من ماله المحجور عليه (حله الولي) من الإحرام محافظة على ماله [٢] .

وقد يقال : إنه يتعين حينئذٍ [= عدم البدل] على الولي تحليله بالهدي إذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة ؛ لأنه [= الهدي] صار ولو بالعارض مثلها [= مثل النفقة] [٣] .

[١] ويمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه .

[٢] بل في القواعد ومحكي المبسوط والتحرير أحله بالصوم^(١) .

وظاهرهما تعيينه به دون الهدي ، مراعاة لحفظ المال .

لكن عن الشهيد : « أي لم أقف على كون التحليل بالصوم إلّا من طرق العامة .

نعم روى معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام : في المحصر إن لم يجد هدياً ، قال : « يصوم »^(٢) .

وفي كتاب المشيخة لابن محبوب : روى صالح بن عامر عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل خرج معتمراً واعتل في بعض الطريق وهو محرم ، قال : « ينحر بذنة ويحلح رأسه ، ويرجع إلى أهله فلا يقرب النساء ، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً »^(٣) [٤] .

قلت : الظاهر إرادة من أطلق التحليل بالصوم ماصّرح به بعضهم^(٥) من كونه عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان ، وأنه في الحج .

كما أنّ الظاهر بناء ذلك على أنّ لدم الإحصار بدلاً .

وعن بعضهم : أنّه استقرب عدمه^(٦) .

واستشكل الفاضل فيه في القواعد^(٧) .

وحينئذٍ فينبغي بقاءه محرماً إلى زمان الفك ، كما صرح به بعضهم^(٨) .

[٣] بل لولا ظهور إتياف من تعرّض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشة في أصل تحليل الولي له ؛ لأنّه بالإحرام صار الزائد كالنفقة .

وربّما يؤيده في الجملة ما سمعته من المصنّف من تردّد في كفارة اليمين مثلاً بالمال ، فتأمل جيّداً .

(١) القواعد ٢ : ١٣٨ ، المبسوط ٢ : ٢٨٧ ، التحرير ٢ : ٥٤٠ .

(٢) الوسائل ١٣ : ١٨٧ ، ب ٧ من الإحصار والصدّ ، ح ١ .

(٣) نقله في الجامع للشرائع : ٢٢٢ .

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٨٢ .

(٥) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٨٢ .

(٦) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٨٣ .

(٧) القواعد ١ : ٤٥٣ . ولكنّه في الصدّ ، ولم نثر عليه في المحصر .

وعلى كل حال فـ [الظاهر: (١) صَحَّةُ إِحْرَامِهِ (٢)، وهو كذلك (٣)].

[انعقاد اليمين للسفيه]:

المسألة (السادسة): [المختار] (٤) أَنَّ السفيه (إذا حلف) مثلاً على فعل شيء أو تركه ممَّا لا يتعلَّق بماله

المحجور عليه (انقضت يمينه) (٥).

نعم (لو حنث كَثُرَ بالصوم) (٦) (و) لكن قال المصنّف: (فيه تردّد) (٧).

و[مثله] (٨) كفارة نذره وعهده وعوده في ظهاره، وافتاره في شهر رمضان، بل قيل: وقتل الخطاء^(١) (٩).

[غفو السفية]:

المسألة (السابعة): [المختار] (١٠) أَنَّهُ (لو وجب له القصاص جاز [للسفيه المحجور عليه] أن يغفو) على

[١] كما هو ظاهر من تعرض للحكم هنا.

[٢] وإلا لم يحتاج إلى تحليل الولي.

[٣] إذ النهي عن أمر خارج عن ذات العبادة، بل وعن شرطها؛ لأنّ [الحج] المندوب لا يشترط فيه المال فينقصد، وإن كان للولي التحليل تداركاً للزائد، والله أعلم بحقيقة الحال.

[٤] [كما] لا خلاف بل ولا إشكال في [ذلك].

[٥] لأنّه بالغ عاقل مكلف، وإنّما هو ممنوع في خصوص التصرف المالي، (و) هذا ليس منه.

[٦] كما صرح به الفاضل وثاني الشهيدين والشيخ فيما حكى عن مبسوطه^(٢) من غير تردّد ولا نقل خلاف؛ لأنّه بمنعه من التصرف المالي كان كالعبد والفقير ونحوهما.

[٧] ولعلّه لوجوب الكفارة عليه حينئذ، والفرض أنّه مالك، فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات من الزكاة والخمس ومؤونة الحج والكفارة السابق سببها.

وفيه: أنّ هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له في المال، وإنّما الحاكم به الله تعالى، بخلاف ما نحن فيه ممّا كان سببه مستنداً إلى اختياره، بل لو أخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيلة إلى إذهابه؛ لأنّ مقتضى السفه توجّه صرفه على ما لا ينبغي.

[٨] [كما] من ذلك تعرف الحال في [ذلك].

[٩] بل في المسالك: أنّه يقرب من هذا البحث الكلام في الإنفاق على من استلحقه من الأنساب بإقراره^(٣)، والله أعلم.

[١٠] [كما] لا خلاف أيضاً ولا إشكال في [ذلك].

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٨٣.

(٢) القواعد ٢: ١٣٨. المسالك ٤: ١٦٥. المبسوط ٢: ٢٨٧.

(٣) المسالك ٤: ١٦٥.

غير مال فضلاً عنه ، بناءً على أنه [= القصاص هو] الواجب في العمد لأحد الأمرين [١] هذا .
 (و) [المختار] [٢] أنه (لو وجب له دية) أو أرش (لم يجز) له العفو [٣] .

[اختيار الصبي قبل بلوغه] :

المسألة (الثامنة : يختبر الصبي) لمعرفة رشد (قبل بلوغه) [٤] .

نعم قد يقع الاختبار بعد البلوغ إذا اتفق عدمه قبله لعارض ، أو أن الواقع منه قبله لم يفد الرشد ، أو نحو ذلك [٥] .

[١] كما هو المعروف عندنا ، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه ^(١) ؛ لأنه ليس تصرفاً مالياً .

وفي المسالك : « أنه [= المحقق] تبّه بذلك على خلاف بعض العامة ، حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين ، القصاص أو المال ، فلا يصح عفوه عنه » ^(٢) .

قلت : يمكن القول بجواز عفوه عليه أيضاً ، بعد فرض التخيير وعدم عدّ ذلك تصرفاً مالياً ، وقد تقدم نظير ذلك في المغفّل .
 [٢] كما قد ظهر لك من ذلك كلّ .

[٣] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لأنه من التصرف المالي الممنوع عنه .

[٤] كما صرح به جماعة ، بل لا أجد فيه خلافاً .

بل في المسالك : « هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا ، إنّما خالف فيه بعض العامة » ^(٣) . ونحوه المحكي عن المفتاح ^(٤) .

بل عن ظاهر التذكرة وغاية المراد الإجماع عليه ^(٥) . ولعلّه ظاهر كلّ من قصر الخلاف على بعض العامة . فتأمل الأردبيلي ^(٦) فيما حكى عنه في غير محله .

[٥] فما عن كنز الفوائد - لمعيد الدين - والفخر في الإيضاح والشهيد وابن المتوجّ ^(٧) من حمل ما في القواعد ^(٨) من الإشكال في صحة البيع الاختباري وعدمه على ما بعد البلوغ لو اتفق ظهور السفه أو لم يظهر الرشد ليس خلافاً في المسألة عند التأمل .

نعم قيل ^(٩) : قد ينافية المرسل عن أبي جعفر عليه السلام قال في قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا ﴾ ^(١٠) من كان في يده مال بعض النيام فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم ، فإذا احتلم ووجب عليه الحدود ، وإقامة الفرائض ، ولا يكون مضيقاً ، ولا شارب خمر ، ولا زانياً ، فإذا آتس منه الرشد دفع إليه المال ، وأشهد عليه ، فإذا كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ ، فليمتحن بريح إبطه أو نبت

(٢) المسالك ٤ : ١٦٥ .

(١) المسالك ٤ : ١٦٥ .

(٤) المفتاح ٣ : ١٨٨ .

(٣) المسالك ٤ : ١٦٦ .

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٠٧ .

(٥) التذكرة ١٤ : ٢٢٥ . غاية المراد ٢ : ٢٠٥ .

(٧) كنز الفوائد ١ : ٥٣٥ . الإيضاح ٢ : ٥٢٠ . نقله عن الشهيد وابن المتوجّ في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٤٨ .

(٨) القواعد ٢ : ١٣٤ .

(٩) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٤٨ .

(١٠) النساء : ٦ .

عانت، وإذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله إذا كان رشيداً^(١) الحديث .
 وفيه : أنه يمكن منع ظهوره في مخالفة الأصحاب ؛ لاحتمال إرادة أنه إذا كان قد آنس منه الرشد بالاختبار السابق دفع إليه المال . والامتحان بريح الإبط لا يقضي بإرادة ذلك من الابتلاء في الآية .
 وبعد التسليم [لظهوره في المخالفة] فليس جامعاً لشرائط الحجية ، وقد أعرض عنه الأصحاب ، فهو حينئذٍ من الشواذ ، خصوصاً مع مخالفته لظاهر الآية .

ضرورة ظهورها في كون غاية الاختبار البلوغ . قيل : لأن « حتى » ابتدائية ؛ إذ ما بعدها جملة شرطية ، والجزاء جملة أخرى شرطية ، وهي ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ ﴾ ، فالفاء الأولى جواب الشرط الأول والثانية جواب الثاني^(٢) .
 فما عن الأربيلي من أن « ظاهر قوله : ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ ﴾ إلى آخرها يدل على دفع المال بعد إنباس الرشد بلا فصل ، فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ ، وهو منفي بالإجماع . على أن من المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ ، فكأنه مقيد بعدم الرشد ، وعدم صدق اليتيم على البالغ . يدفعه : أنه لا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم^(٣) .
 لا يخفى عليك ما فيه ، وظهور الآية في تسليم المال بعد إنباس الرشد مسلم ، لولا الشرط الآخر ، وهو قوله : ﴿ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ .

فإن المراد اختبروهم قبل البلوغ إليه ، فإن كان قد بلغوا وقد آنستم منهم رشداً بالاختبار السابق فادفعوا إليهم أموالهم . ومعلومية عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لا يقضي بكونه بعده ، بل المراد أن هذا محله الذي يتعقبه تسليم المال بعد البلوغ بلا فصل إذا فرض حصول الرشد منه .
 وصدق اليتيم على قريب العهد مجاز لا داعي إليه ، بل قد عرفت وجود الداعي إلى خلافه من اتفاق الأصحاب ظاهراً كما أنك عرفت تمام الكلام في الآية في البحث عن علامات البلوغ ، فلاحظ .

مضافاً إلى ما في تأخير الاختبار بعد البلوغ إلى حصول الضرر بالحجر على مال البالغ ، خصوصاً إذا طال الزمان .
 ولا ملازمة بين ابتلائه قبل بلوغه ، وبين صحة معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ ؛ إذ الاختبار أعم من ذلك قطعاً لاحتمال حصوله بالمساومة والمماكسة خاصة ، وبالتواطؤ من الولي والبايع فيما هو مال الطفل ، ونحو ذلك ، بل يحصل الابتلاء بغير العقود .
 والقول بشرعية أفعال الصبي لا مدخيلة له في الصحة ؛ إذ ذاك في العبادات .
 وإذن الولي - مع أنه غير محقق لما عرفت من أعمية الاختبار من العقد - لا تجدي في غير البالغ ، سواء كانت سابقة أو لاحقة ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فمما سمعت يعلم أن ما عن المبسوط والجماعة من ذكر كيفية الابتلاء لا يريدون به الخصوصية قطعاً .
 قال في الأول : « الأيتام على قسمين : ذكور وإناث ، فالذكور على ضربين ضرب يبنلون في الأسواق ويخالطون

(١) المستدرك ١٣ : ٤٢٨ ، ب ٢ من الحجر ، ح ١ وفيه : « فإنه يمتحن » بدل « فليمتحن » .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٠٧ .

(٣) مفتاح الكرامة ٥ : ٢٤٩ .

الناس بالبيع والشراء، وضرب يصابون عن الأسواق، فالذين يخاطبون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاوم فيها ولا يعقد العقد، فإن رآه يحسن ذلك ولا يغبن فيه علم أنه رشيد، وإلا لم يفك عنه الحجر، وقيل: إنه يشتري له بغير أمره ويواطئ البائع على بيعها من اليتيم وينفذه الولي ليشتريها منه، وقيل: إنه يدفع إليه شيء من المال يشتري به سلعة، ويصع شراؤه للضرورة، فيجيز. وإن كان اليتيم ممن يصاب عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب، فيدفع الولي إليهم نفقة شهر يختبرهم بها فينظر، فإن دفعوا إلى أكرتهم وغلماهم وعمالهم ومعاملهم حقوقهم من غير تبذير، وأقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعهم ومكاسبهم سلم إليهم المال.

وأما الاناث فإنه يصعب اختبارهن فیدفع إليهن شيئاً من المال، ويجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن، فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبدنن سلم المال إليهن، فإن كنّ بخلاف ذلك لم يسلم إليهن^(١). وزاد بعضهم^(٢) أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ليعلم الاتصاف بالملكة، ولعله مراد المبسوط أيضاً؛ إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصية.

بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد لذلك، ومن هنا لا ينبغي مناقشته في ذلك، ولا في ذكر الغزل والاستغزال للأنثى.

مع أن ذلك غير واجب في الرشد، وبنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن.

وبالجملة البحث في ذلك ليس وظيفة الفقيه، ولذا خلت عنه النصوص.

وبعض^(٣) الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه، كما هو واضح.

قال في القواعد: «ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة إن كان تاجراً، والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صانعاً، وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساخ في الأنثى إن كانت [من أهلها] وأشباهه حكم بالرشد»^(٤).

إلى غير ذلك من عباراتهم التي ربما يوهم بعض ما فيها ذلك [= دخل الخصوصية]، لكن التأمل الصادق قاض بإرادة ما ذكرنا [من عدم ذكر الخصوصية]، وقد سمعت فيما تقدم عبارة المصنف، فتأمل جيداً.

وأما ما حكاها من القول بصحة بيعه للضرورة والأمر بالابتلاء، فمع أنك قد عرفت ما فيه، ولم نتحققه لأحد من أصحابنا، عدا ما يحكى عن التحرير^(٥) من الحكم بها.

(١) المبسوط ٢: ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٢) التذكرة ١٤: ٢٢٤ - ٢٢٥. جامع المقاصد ٥: ١٨٦.

(٣) مثل الشيخ في المبسوط ٢: ٢٨٤.

(٤) القواعد ٢: ١٣٤.

(٥) التحرير ٢: ٥٣٦.

نعم قد يظهر من قول المصنّف: (وهل يصح بيعه؟ الأ شبه أنه لا يصح) بيعه نوع تأمل فيه [١].

[ولو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض فيشكل الحكم بصحة بيعه لو صادف التصرف ظهور سفيهه أو عدم ظهور رشده].

فقد يقال بالصحة حينئذٍ [٢].

وقد يقال بالفساد [٣].

[والقول بالصحة في المقام قوي بناءً على حصول الإذن من الولي في ذلك وإن كان للاختبار].

[١] بل قيل^(١): إن الحكم بها هنا أولى منها في مطلق بيع المميز الذي أفتى به بعضهم. وتردّد فيه الفاضل في القواعد^(٢). ومن هنا حمل ما فيها في المقام من قوله بعد العبارة السابقة التي حكيناها عنه: «وفي صحة العقد حينئذٍ إشكال»^(٣) على ذلك. فيكون وجه الإشكال حينئذٍ معلومية اشتراط البلوغ في الصحة، والضرورة مع الأمر بالابتلاء، وكونه أولى من المميز [فيصح]. لكن جماعة قد استبعدوا الإشكال في ذلك، على وجه لم يرحّج، فحملوا العبارة على ما بعد البلوغ^(٤)، فظنّ بعض الناس أنّ ذلك حينئذٍ خلاف من العلامة، ومنهم في محل الاختبار، وأنّه عندهم بعد البلوغ، وقد عرفت عدم ذلك عندنا، وأنما هو لبعض العامة^(٥). والتحقق ما ذكرناه سابقاً من أنّه لو حملت على ما بعد البلوغ يمكن أن لا يكون خلافاً، بل يكون وجهه حينئذٍ فيما لو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التي قدمناها سابقاً، ويكون الإشكال حينئذٍ فيما لو صادف التصرف ظهور سفيهه أو عدم ظهور رشده.

[٢] لأصالتها، وإطلاق الأدلّة، والأمر بالابتلاء، والاضطرار إلى الاختبار، ولأنّ الفرض وقوع الاختبار بإذن الولي، فتكون عقوده حينئذٍ مصاحبة للإذن، ولغير ذلك.

[٣] لمعلومية اشتراط الرشد في البيع، والعلم بانتفائه بل الشكّ فيه كاشف عن تزلزل العقد السابق، وإن كان قد وقع مع الجهل بالحال. نعم لو صادف الرشد واقعاً أتجه الصحة، ولإطلاق ما دلّ على بطلان معاملة السفيه المنصرف إلى الواقع.

بل عن الشهيد: «أنّ الأقوال في الفرض ثلاثة: الصحة مطلقاً؛ لأمر الشارع بذلك، والبطلان مطلقاً؛ لاعتبار الرشد. والثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحة، وإن ظهر السفه ظهر البطلان»^(٦).

قلت: قد عرفت وجه الثالث، بل والأوّل الذي هو قوي، بناءً على حصول الإذن من الولي في ذلك وإن كان للاختبار.

أمّا الثاني فهو واضح الفساد.

وكيف كان فحمل العبارة على ذلك ممكن وإن كان بعيداً.

بل ربّما نقوش فيما سمعته من وجوه الإشكال، وأنّه يتعيّن الصحة حينئذٍ للإذن من الولي، والأمر سهل بعد أن اتضح لك

تحقيق الحال، والله هو العالم.

(١) (٤) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٠ - ٢٥١.

(٢) (٣) القواعد ٢: ١٣٧، ١٣٤.

(٥) الحاوي الكبير ٦: ٣٥٠.

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥١.

(كتاب الضمان)

الضمان الذي هو [١] مشتق من الضمن .

لأنه ينقل ما كان في ذمته من المال ، ويجعله في ضمن ذمة أخرى .

أو لأنّ ذمة الضامن تتضمّن الحق ، فالنون فيه أصلية [٢] .

[ويترتب عليه صحة الدور في الضمان ، كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه ، وصحة التسلسل كأن

يضمن أجنبي الضامن وهكذا] .

فيرجع حينئذٍ ضامن مع الإذن بما أدّاه على الذي ضمن عنه ، لا على الأصيل ، وفي الأول [وهو أن

يضمن الأصيل ضامنه] يسقط الضمان ، ويرجع الحق كما كان .

[١] عندنا على ما اعترف به غير واحد^(١) منّا .

[٢] خلافاً لما عن أكثر العامة^(٢) من أنّه غير ناقل ، وإنما يفيد اشتراك الذمتين ، فاشتقاقه من الضمّ ، والنون فيه زائدة ؛ لأنّه

حينئذٍ ضمّ ذمة إلى ذمة ، فيتختر المضمون له في المطالبة .

وفيه ما لا يخفى :

١ - من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه إلّا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها ، وهو كما ترى .

٢ - ومن صعوبة تحقيقه في نحو ضمان النفس .

وظهور قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(٣) في اختصاص الغرم به .

ولغير ذلك ممّا هو في مذهب الخصم .

بعد الغض عن عدم تصوّر شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد .

وقد بينّا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة ، وهو من تلف في يده المال مثلاً ، وإن جاز له الرجوع

على كلّ واحد ، وإلّا فهو منافع للمقطوع به من مذهبنا .

وأما الثمرات على القولين فهي واضحة منها صحة الدور فيه على مذهبنا كأن يضمن الأصيل ضامنه ، أو ضامن ضامنه دون

مذهبهم .

[ومنها صحة] التسلسل كان يضمن أجنبي الضامن وهكذا ؛ لتحقق الشرائط عندنا .

(٢) مفتاح الكرامة ٥ : ٣٤٨ .

(١) المسالك ٤ : ١٧١ .

(٣) المستدرک ١٣ : ٤٣٥ ، ب ١ من الضمان ، ح ٢ .

نعم يترتب عليه أحكامه كظهور إفسار الأصل الذي صار ضامناً الموجب لخيار المضمون له في فسحه ، والرجوع إلى المضمون عنه الذي صار ضامناً [١] .

(و) على كل حال فـ (هو) بالمعنى الأعم الشامل له بالمعنى الأخصّ والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز عقد شرع للتعهد بمال أو نفس) أو أثر العقد أو غيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع .
(والتعهد بالمال قد يكون ممّن عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون ، فهنا ثلاثة أقسام :)

١ - التعهد بالنفس ، وهو الكفالة .

٢ - والتعهد بالمال ممّن ليس عليه ، وهو الضمان بالمعنى الأخصّ الذي يدخل فيه ضمان الأعيان بناءً عليه .

٣ - وممّن عليه له مال ، وهو الحوالة ، ولكن سيأتي صحّة الحوالة على البريء [٢] .

[الكلام في الضمان]:

وعلى كل حال فـ (القسم الأول: في ضمان المال ممّن ليس عليه للمضمون عنه مال ، وهو المسمّى بالضمان بقول مطلق) الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الإطلاق [٣] .

[١] ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا .

إلا ما يحكى عن المبسوط^(١) من منع الأول ؛ لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً ، وبالعكس ؛ ولعدم الفائدة .

ورّد بأنّ الأول غير صالح للمانعة ، والثاني بذلك وبما سمعته من الفائدة .

[٢] إلّا أنّ هذا التقسيم جار على محلّ الوفاق أو باعتبار هذا القسم من الحوالة ، وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضماناً خاصاً وحوالة ، يسهل معه الخطب .

[٣] وما تقدّم سابقاً من تقسيم الضمان إلى الثلاثة لا ينافي ذلك ؛ إذ يمكن :

١ - أن يكون بحسب المعنى المجازي بالعارض ، وإن كان هو في الأصل المعنى الحقيقي ، إلّا أنّه قد يهجر .

٢ - أو أنّه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص ، والاشتهار أحد قرائن تعيين الثاني عند الإطلاق .

٣ - أو أنّه باقٍ على الاشتراك المعنوي ، إلّا أنّ الاشتراك قريبة على إرادة تعيين الأخصّ عند الإطلاق .

لكن في المسالك : « أنّ الحوالة والكفالة فردان حقيقة بالنسبة إلى مطلق الضمان ، وإن كانا مجازين بالنسبة إليه بالمعنى الأخصّ ، نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء إلى المضاف والمطلق ، وإن كان الأول مجازاً بالنسبة إلى الماء المطلق »^(٢) . وفيه ما لا يخفى - إن لم يرجع إلى ما ذكرنا - من منافاته للاصطلاح .

وكونه فرداً حقيقياً للمعنى المجازي لا يقتضي إطلاقه عليه حقيقة ، كما هو واضح .

ومطلق الضمان إنّما هو مفهوم لا لفظ خاص ؛ إذ الكلام في لفظ الضمان عند الإطلاق .

ولعلّه لذا قال بعد ذكر ما سمعت : « وفيه بحث »^(٣) .

(و) على كل حال (فيه بحوث ثلاثة:) [١].

[البحث في الضامن]:

(الأول: في الضامن ولا بد أن يكون مكلفاً) [٢]. بل لا بد أن يكون مع ذلك (جائز التصرف) الشامل للمقام.

وحينئذ (ف) لا إشكال في أنه (لا يصح ضمان الصبي ولا المجنون) ولو مع إذن الولي.

(ولو ضمن المملوك لم يصح إلا بإذن مولاه) [٣]. نعم إذا أذن له مولاه صح [٤].

إنما الكلام في تعلق ذلك مع الإطلاق بكسبه [٥]

أو في ذمته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المصنف: (ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه، إلا أن

يشترطه في الضمان بإذن مولاه) [٦].

[١] إذ البحث في الصيغة وفي اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه، قد تقدم في الكتب السابقة، ويأتي إن شاء الله تعالى بعض الكلام فيه.

[٢] لما مرّ غير مرة من سلب عبارة غيره في أمثال المقام.

[٣] وفاقاً لجماعة، منهم الشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيد والكركي^(١) على ما حكى عن بعضهم. لا لما ذكر في جملة من الكتب ممّا لا حاصل له، بل لما في الآية^(٢) من عدم قدرته على شيء، المستدل بها على ما قيل^(٣) في كثير من النصوص على منعه من تصرف غير المال، فضلاً عنه. فيعلم منها - مضافاً إلى ظهور اللفظ في نفسه - عدم اختصاص النفي بالمال، بل يكون ذلك هو الأصل فيه إلا ما خرج. وما ثبت في ذمته قهراً من عوض إتلاف ونحوه لا ينافي ذلك؛ ضرورة عدم كون ذلك من قدرته، وإنما هو من جعل الشارع. ولا أقلّ من الشكّ لذلك في تناول العمومات لمثله، فيبقى أصل بقاء الحق على حاله.

خلافاً للمحكي عن التذكرة والمختلف فيصح^(٤)؛ للعمومات السالمة عن معارضة الملكية المقتضية للمنع من التصرف

المنافي لحق المولى؛ ضرورة أنه على الصحة يتبع به بعد العتق، وهو غير منافي لشيء من حقوق السيد.

وفيه: أنّ نفي القدرة على شيء أعم من ذلك.

[٤] عندنا [كما] في محكي المبسوط^(٥)، بل قولاً واحداً في محكي التذكرة^(٦)؛ للعمومات بعد معلومية وجود الذمة

له القابلة لذلك، بدليل ثبوت عوض ما أتلفه من المال فيها.

[٥] كما عن أحد قولي الشافعية^(٧)، بل أرسل القول به في جملة^(٨) من كتب أصحابنا، وإن كنا لم نتحققه.

[٦] بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه والشهيد في اللمعة^(٩).

(١) المبسوط ٢: ٣٣٥. التحرير ٢: ٥٥٠. اللمعة ١٣٥. جامع المقاصد ٥: ٣١٣.

(٢) النحل: ٧٥. (٣) مفتاح الكرامة ٥: ٣٥٨.

(٤) التذكرة ١٤: ٢٩٧. المختلف ٥: ٤٦٨-٤٦٩. (٥) المبسوط ٢: ٣٣٥. وفيه: «بلا خلاف».

(٦) التذكرة ١٤: ٢٩٩. (٧) روضة الطالبين ٤: ٢٤٤.

(٨) مثل المبسوط ٢: ٣٣٥. المسالك ٤: ١٧٥.

(٩) التذكرة ١٤: ٢٩٩. التحرير ٢: ٥٥٠. المختلف ٥: ٤٦٩. اللمعة ١٣٥.

أو يكون على المولى كما لو أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه ؛ إذ الضمان قسم منها [١] .
أو يتعلّق برقبته كأرش الجناية [٢] . والقول بثبوته في كسبه لا يخلو من قوة ، إن كان المراد به عدم جواز منع السيد له إذا أراد وفاء ذلك من كسبه] .

[١] كما عن أبي علي^(١) ، بل مال إليه في جامع المقاصد والمسالك^(٢) ، بل زاد الأوّل منهم : أنّه إذا كان السيد معدماً بيع العبد ، وأدّى ثمنه في كفّالته عن المعسر ، مع أنّ العبد لا يباع في الدين .
[٢] كما عن بعض الشافعية^(٣) .

بل في المحكي^(٤) عن نسختين من التحرير ذلك ، إلّا أنّ الظاهر إرادة دّمته منها ؛ [فلا يصح القول بتعلّقه برقبته ؛ لعدم الدليل على ذلك ، بعد حرمة القياس عندنا .

ومعلومية كون الضمان نقل الدين من دمة إلى دمة كما أنّه لا يخفى عليك ما في سابقه ؛ ضرورة كون البحث في الإذن من السيد بالضمان ، على أن يكون الدين في دمة العبد ، لا أنّه وكيل عنه في ذلك أو الكوكل . على أنّه فرق واضح بين إطلاق الإذن في المقام ، وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة ، على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في دمة المستدين ، والعبد لا قابلية له لذلك ؛ لما حزرناه من عدم ملكه لشيء ، فلا وجه لإطلاق الاستدانة إلّا على السيد ، بخلاف المقام الذي لا ملك فيه .
فما في المختلف^(٥) وغيره من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم يخالف في كونه على المولى إلّا النادر في غير محله قطعاً .

فليس الشك حينئذٍ إلّا في القولين الأولين ، والأوّل منهما - وإن كان لم نعرف القائل به من الأصحاب - إلّا أنّه لا يخلو من قوة ، إن كان المراد به عدم جواز منع السيد له إذا أراد وفاء ذلك من كسبه ، باعتبار حصول الإذن منه في إثبات ذلك في دّمته ، فيتعلّق به حينئذٍ خطاب وفاء الدين ، كما أنّه يتعلّق به خطاب مطالبة الديان ، إمّا لاستفادة الإذن عرفاً في ذلك من الإذن في الضمان ، أو لترجيح أدلة وفاء الدين والمطالبة به على ما دلّ على تسلّط السيد على عبده باعتبار حصول الإذن منه المقتضية زوال الحجر عنه ، وصورته بها كالحزّ المعسر مثلاً الذي يجب عليه التكسّب في وفاء دينه أو لا يمنع من ذلك لو أراه . ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في المسالك^(٦) وغيرها ، حتى ما ذكر دليلاً للمصنّف : من أنّ الإذن في الضمان أعمّ من الإذن في الوفاء من كسبه الذي هو أحد أموال السيد ، بل أقصاها صيرورة دمة العبد قابلة لتبوت ذلك فيها ؛ إذ هو جيّد مع تصريح المولى بذلك ، أمّا مع الإطلاق فالمفهوم عرفاً تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لها على الوجه الذي سمعته . بل قد يستأنس له في الجملة :

١ - بثبوت الكفارة عليه بالإذن له في الإحرام .

٢ - وحرمة قطع الصلاة عليه بالإذن له بالدخول فيها .

٣ - ونحو ذلك ممّا يتبعه الحكم الشرعي بعد الإذن من السيد في موضوعه وعنوانه .

(١) نقله في المختلف ٥ : ٤٦٨ - ٤٦٩ . (٢) جامع المقاصد ٥ : ٣١٣ . المسالك ٤ : ١٧٦ .

(٣) العزيز شرح الوجيز ٥ : ١٤٨ . (٤) حكاية في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٥٩ .

(٥) المختلف ٥ : ٤٦٩ . (٦) انظر المسالك ٤ : ١٧٤ - ١٧٦ .

هذا كله مع الإطلاق [في الإذن]. أما مع الاشتراط [أي اشتراط المولى كون الضمان في كسبه] فلا إشكال [١] في صحته حينئذٍ وتعلقه، ويكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذي أشار إليه المصنف بقوله: (وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين) وإن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين [٢]. فالأوجه حينئذٍ جعل هذا الشرط على إرادة الإذن من السيد في وفاء ما ضمنه من كسبه، ورفع الحجر عنه في ذلك. وحينئذٍ فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب لم يكن إشكال في بقاء الحق عليه، فيجب عليه أداؤه من كسبه، أو من غيره من المال الذي يحصل له [٣].

[١] بين من تعرض لذلك.

[٢] ضرورة كون الثاني اشتراط كون الضمان في مال معين من أموال الضامن، وستسمع تحقيق الحال [فيه]، بخلاف المقام فإن الكسب ليس من أموال العبد، والقرض أن الضمان في ذمته فهو حينئذٍ نحو الضمان في مال الغير بإذن الغير، وقد يستشكل في صحته. اللهم إلا أن يجعل كبارهان مال الغير بإذنه.

على أن الكسب ليس مالاً موجوداً في الخارج، وإنما هو متجدد آنأ فآنأ، ويمكن عدم حصوله أصلاً.

[٣] لكن في المسالك: «هل يبقى التعلق به بعد العتق أم يبطل الضمان لقوات المحل المعين لأداء المال؛ لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات؟ الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى [الكسب]: فإذا أعتق صار كسبه وما في يده سواء، ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسباً، وإن أطلق عليه لغة. لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته؛ لأن السيد لا حق له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء. اللهم إلا أن يقال بصحة ضمانه بغير إذن سيده كما مر، فهنا أولى»^(١).

قلت: ما استظهره من كلامهم كذلك، وهو دليل على إرادة ما ذكرناه من الشرط المزبور.

لأنه من قبيل الضمان في مال بعينه، وإلا لآتجه فيه ما تسمعه من الكلام في ذلك.

ثم قال: «ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقي؟ يحتمله؛ لأن إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في مال بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمة صاحب المال على الخلاف، ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال. ويحتمل عدم لزومه للمولى، وإن قلنا به [في الضمان في مال بعينه] ثمة؛ لأن الكسب ليس كمحض مال السيد، بل حق له، ولهذا قيل: لو أعتق بقي متعلقاً بكسب المعتق، فدل على أنه لم يتعلق بالمولى محضاً. وليس في كلام الأصحاب هنا ما يدل على شيء وإن كان الأوجه ابتناؤه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه»^(٢). وهو من غرائب الكلام؛ إذ المفروض أن العبد هو الضامن، لا المولى، فأني وجه لاحتمال عود الضمان إلى المولى بموت العبد. نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه إلا إذا أراد به استيفاء من الحقوق نحو الضامن المعسر، كما هو واضح. ولو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه، لم يكن بد من إجراء ما تسمعه فيه، ولا معنى حينئذٍ لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلق مع العتق، والله العالم.

وأما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فـ [المختار] [١] صحته [٢] .

ويتعلّق حقّ الدين المضمون به [أي بالمال المعين] [٣] .

وإنّما المتّجه أن يقال : إنّ هذا الشرط إمّا أن يكون من المضمون له ، أو الضامن ، أو منهما .

فإن كان الأوّل تخيّر مع تلفه في فسخ الضمان ، والعود إلى المضمون عنه وعدمه ، وإلزام الضامن الأداء من غيره ، وإن كان الثاني تخيّر الضامن ، وإن كان الثالث تخيّر كلّ منهما على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من

[١] [كما] لا أجد خلافاً في [ذلك] .

[٢] لعموم «المؤمنون» ^(١) وغيره .

[٣] لكن في المسالك وغيرها : « هل هو تعلّق الدين بالرهن ؟ أو تعلّق الأرض بالجاني ؟ وجهان ، مأخذهما أنّ الضمان ناقل للدين إلى ذمّة الضامن ؛ لأنّ موضعه إنّما هو الذمّة .

وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه ؛ لأنّ مقتضى الضمان ابتداء التعلّق بها وأنّ الضامن لم يشغل ذمته على الإطلاق .

وإنّما حصر الاستحقاق في المال المعين ، وجعله متعلّق حقّ المضمون له ، فينحصر حقّه فيه ابتداءً ، من غير تعلّق بالذمّة » ^(٢) .

[وقال :] « ويظهر الفائدة في أمور : منها : التلف بغير تفريط ، فعلى الأوّل : ينتقل إلى ذمّة الضامن ؛ لأنّ تلف الرهن لا يسقط الحق .

وعلى الثاني : إلى ذمّة المضمون عنه ؛ لأنّ فوات العبد الجاني إنّما يسقط الحق عن مالكه ، ومالك المال هنا هو الضامن ، فيسقط عنه .

وأما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالاً تاماً ؛ لأنّه لم يتعلّق بزمته ، وإنّما تعلّق بمال تعلّقاً ضعيفاً ، فإذا مات عاد إلى ما كان ، مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين .

أما عن الضامن فلاّنه لم يقدم على الضمان إلّا في ذلك المال ، ولم يلتزم الأداء من غيره ، عملاً بالشرط وقد فات ، فيبطل الضمان ويعود إلى ذمّة المضمون عنه .

وأما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلّقه كالجاني ، فلاّ الضمان لما كان ناقلاً برأت ذمّة المضمون عنه بالضمان كيف كان ، فلم يبق للمضمون له عليه حق ، ولا الضامن إلّا بما أذى ، ولم يحصل » ^(٣) .

لكن لا يخفى عليك ما في أصل الاحتمال الثاني ؛ ضرورة عدم صلاحية الضمان لإثبات مثل هذا التعلّق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمّة إلى أخرى ، وكذلك الشرط الذي هو بمعنى الإلزام .

وعلى تقديره فلا وجه لاحتمال عوده إلى ذمّة المضمون عنه ، بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص .

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من «المهوّرة» ، ح ٤ .

(٢) (٣) المسالك ٤ : ١٧٧ - ١٧٨ .

العقود اللازمة [١] .

وحينئذٍ فلا ريب في إكمال الضامن مع نقصان المال الذي تعلّق الضمان به .

كما أنّه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحق [٢] .

[ويجوز الضمان من المفلس] وإن كان لا يشارك المضمون له الغرماء .

أمّا السفية فقد [قيل :] [٣] عدم جواز ضمانه [٤] ، وهو كذلك [٥] .

[١] إذ هو بناءً على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له إلا اشتراط الأداء من المال المخصوص .

ويمكن رجوع ما عن التذكرة^(١) من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقاً إلى ما قلناه بناءً على عدم اختياره الفسخ .

كما أنّ ما عن الشهيد^(٢) في بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان كذلك على معنى اختياره الفسخ .

بل هو أولى ممّا في المسالك من أنّه « يمكن دفع المنافاة بين التعلّق بالذمة والمال المعيّن مع الحكم بالبطان على تقدير تلفه ، بأن يجعل التعلّق بالذمة مشروطاً بالأداء من المال عملاً بمقتضى الشرط . أو يجعل هذا تعلّقاً برأسه خارجاً عن التعلّقين ؛ إذ لا دليل على الانحصار فيهما ، وأنما هو من مناسبات الشافعية ، حينئذٍ فيجعل التعلّق مخصوصاً بالعين وفاءً بالشرط ، فإنّ التزام المال من غير المعيّن لم يتعلّق به قصد الضامن ، ولا دلّ عليه لفظ »^(٣) .

إذ هو كما ترى بعد ما ذكرناه ، مضافاً إلى معلومية أنّ تعذّر الشرط في العقود اللازمة إنّما يقتضي انتفاء اللزوم لا الصحة ، وإلاّ كان تعليقاً ، كما هو محرّر في محلّه .

فالتحقيق ما ذكرناه . ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ونحوهما ؛ إذ هي مجرد دعوى لا سند لها ، بل مقتضى العمومات خلافها . وبذلك كلّه ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه ، بل وفيما لم نذكره ، فلاحظ وتأمّل .

[٢] لما عرفت من كون المال في ذمته ، وهو المخاطب بأدائه من هذا المال . ومن الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان ، كاحتمال براءة ذمّة الضامن والمضمون عنه بتعذّر المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقاً ؛ إذ هما منافيان للأصول والضوابط . ثمّ لا يخفى عليك أنّ اقتصار المصنّف على المملوك في التفريع على ما ذكره : من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل والسفيه ، وأنهما ليسا ممنوعين منه ، بل هما جائزا التصرف بالنسبة إليه . وهو كذلك في المفلس .

[٣] [كما] أطلق غير واحد .

[٤] لأنّه تصرف مالي كالاقراض والهبّة .

[٥] لكن ربّما احتمل الجواز برضا المضمون له على أن يتبعه به بعد فك الحجر .

لكنه كما ترى ؛ ضرورة أنّه مع الحجر عليه لا تقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه ، بحيث يتعلّق بتركته بعد موته مثلاً ، وإلاّ لجاز بيعه كذلك ، كما هو واضح .

(و) كيف كان (د) سلا يشترط علمه (أي الضامن (ب) - اسم (المضمون له) ونسبه (ولا المضمون عنه) كذلك [١]. (وقيل) [٢]: (يشترط) علمه بذلك [٣].
 (و) لا ريب في أن (الأول أشبه) [٤].
 (لكن لابد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه) [٥].

[١] كما في الخلاف والغنية والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض^(١) على ما حكى عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر^(٢).

بل في محكي التذكرة: «لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا»^(٣).

[٢] والقاتل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وتبعه المقداد في المحكي عن تنقيحه^(٤).

[٣] لحصول المعاملة بين الضامن وبينه [= المضمون عنه] فافتقر إلى معرفته للحاجة، وللغرر والضرر بدون ذلك، ولينظر هل يستحق ذلك عليه أو لا؟ ولأنه إحسان ولا بد من معرفة محله، وإلا لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد إلا محمداً للثام.

[٤] بأصول المذهب وقواعده التي منها العمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك [= الاشتراط؛ ضرورة عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة المزبورة، كالبيع والإجارة وغيرهما. ولا نهى عن الغرر المزبور الذي قد أقدم عليه الضامن. والنظر في استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره لا يقتضي اعتبار المعرفة المزبورة، على أنه يمكن معلوميته بدونها، والأخير [وهو أن الضمان إحسان ولا بد من معرفة محله] لا يستأهل جواباً. كل ذلك مضافاً إلى المنقول من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام^(٥) الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله ﷺ عن الصلاة عليه. وضمن قتادة^(٦) الدينارين عن آخر كذلك.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال؛ ضرورة عدم العبرة بالقصد إلى ضمان المبهم المتردد في الواقع؛ لعدم الدليل عليه، بل ظاهر الأدلة خلافه، بل لعنه من المقطوع به. إلا أنه أشكله في المسالك: «بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلاً في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فالدليل إنما دلّ على اعتبار القصد في العقد، لا فيمن كان عليه الدين، فلو قال شخص مثلاً: إني أستحقّ في ذمة شخص مئة درهم فقال له آخر: ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عن أي من كان عليه الدين، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك»^(٧).

وفيه: أنك قد عرفت كون المراد امتياز عند الضامن على وجه لا يكون مبهماً بحيث لا يصح معه القصد إلى الضمان، كما لو قال: ضمننت لك أحد دينيك مثلاً، فلا يرد المثال الذي ذكره؛ لأنه من الممتاز على وجه يصح للضامن قصده، وإن لم يكن معلوماً له بعينه.

(١) الخلاف ٣: ٣١٣. الغنية: ٢٦١. التحرير ٢: ٥٥٧. انظر الارشاد ١: ٤٠١. المختلف ٥: ٤٥٥، ولكن فيه اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له. جامع المقاصد ٥: ٣١٨. المسالك ٤: ١٧٩. الروضة ٤: ١١٤، ١١٨. كفاية الأحكام ١: ٥٩٣. المفاتيح ٣: ١٤٣.

الرياض ٨: ٥٧٨. (٢) جامع المقاصد ٥: ٣١٨.

(٣) التذكرة ١٤: ٣٠٦. (٤) المنبسط ٢: ٣٢٣. التنقيح ٢: ١٨٦.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٢٤، ٣ من الضمان، ح ٢. (٦) المصدر السابق: ح ٣.

(٧) المسالك ٤: ١٨٠.

نعم لو أراد الضامن الضمان عَمَّن هو متشخص عنده لم يكتف بذلك قطعاً [١] . ولا ريب في اعتبار امتياز المضمون له عند الضامن في الضمان]. بل لابد فيه من نظم العقد حينئذٍ بالاتصال والعربية ، بل والماضوية والصراحة الوضعية ، بناءً على اعتبارهما ، وغير ذلك مما يعتبر في العقد اللازم .

وإن كان الذي قدّمناه سابقاً التوسعة عندنا في لفظ إيجابه وقبوله ، وأنه يكفي كل ما دلّ على ذلك على حسب غيره من الخطابات ، من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضوية وغيرها ، وقد أشبعنا الكلام فيه سابقاً ، والمقام أحد أفرادها . وبذلك كله بأن الكلام في جميع أطراف المسألة [٢] .

[١] وإلى ما ذكرنا يرجع ما عن التذكرة ، حيث قال : « وهل يشترط معرفة ما يميّزه عن غيره ؟ الأقرب عدمه . بل لو قال : ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز . نعم لابد من معرفة المضمون عنه بوصف يميّزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه ، لو لم يقصد الضمان عن أي من كان » ^(١) . فمن الغريب ما في المسالك ^(٢) من دعوى موافقة هذا الكلام من التذكرة لما اختاره لا لما ذكره المصنّف . وهو عند التأمل الصادق عين ما في المتن . وأغرب من ذلك ما وقع من بعضهم ^(٣) من أنه بناءً على اعتبار القبول لفظاً - كما عليه الأكثر وإن لم يصرحوا به ؛ لمكان تصريحهم بأنه عقد لازم - اقتضى ذلك تمييزه لا يزيد من ذلك ، وإن لم نعتبره - كما يدلّ عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه حتى ضمنه علي عليه السلام - لم يعتبر علمه بوجه . وهذا هو الظاهر من عبارة المصنّف حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً ، ولا امتيازاً هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه ؛ إذ لا يخفى عليك أنه لا إشكال في اعتبار القبول فيه ؛ لأنه لا إشكال في كونه من العقود . ولكن ذلك لا يقتضي المعرفة المزبورة ، فيصح حينئذٍ ضمانه له وإن لم يشخصه ، وإن حصل القبول منه . نعم لابد من الامتياز الذي ذكرناه المقابل بالإبهام . ولعلّ اقتصار المصنّف على ذكره في المضمون عنه للاكتفاء عنه في المضمون له بذكره سابقاً أنه من العقود . ولا ريب في اقتضاها ذلك [= اعتبار الامتياز] قطعاً في أركانها التي منها المضمون له .

وبما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل أو المظنون أو المقطوع إرادة القبول منه المتوقّف على التمييز المزبور قطعاً .

[٢] وإن ذكر في الرياض أنّ فيها أقوالاً أربعة : قال : « وفي اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب كما عن المبسوط ، أو بما يميّزان به عن الغير خاصة كما في اللعة ، أو عدم مطلقاً كما عن الخلاف وفي الفنية وهو ظاهر العبارة وصريح الشرائع والفاضل فيما عدا المختلف والمسالك والروضة ، أو يعتبر معرفة الأول بما يميّز خاصة دون الثاني كما في المختلف أقوال أربعة أجودها ثالثها » ^(٤) . لكن لا يخفى عليك ما فيه ، بل وما في مختاره بعد الإحاطة بما ذكرناه [من القصد إلى الضمان عنه] . كما أنه لا يخفى ما في حكايته عن المختلف ^(٥) بعد ملاحظة آخر كلامه ، بل ولا ما في تحريره ^(٦) الخلاف المزبور على الوجه المذكور .

بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن المبسوط ^(٧) لأمكن حمله بقرينة تعليله على إرادة معلومية الحق ، وهو غير ما نحن فيه .

(١) التذكرة ١٤ : ٣٠٦ .

(٢) المسالك ٤ : ١٨٠ .

(٣) مفتاح الكرامة ٥ : ٣٦٥ .

(٤) الرياض ٨ : ٥٧٨ .

(٥) النظر المختلف ٥ : ٤٥٥ - ٤٥٦ .

(٦) التحرير ٢ : ٥٥٧ .

(٧) المبسوط ٢ : ٣٢٣ .

(و) كيف كان فلا إشكال بناءً على ما عرفت في أنه (يشترط رضا المضمون له) في صحة الضمان [١].

[١] بل لا خلاف معتد به أجده فيه .

بل في محكي التحرير والغنية الإجماع عليه^(١) :

١ - وهو الحجة بعد الأصول المقتصر في الخروج عنهما على الضمان برضا المضمون له .

٢ - وصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام : في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ، فقال : « إذا رضي به الغرماء فقد برأت ذمة الميت »^(٢) .

٣ - وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام : « وإن كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برأ [منه] ، وقد لزم الضامن ردّه [عليك] »^(٣) .

٤ - مضافاً إلى ما في انتقال الدين من ذمة المديون إلى أخرى بدون رضا الديان من الفساد ، وضياح حقوق الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه .

٥ - وإلى ما يشعر به ما تسمعه من خبر عبد الله بن الحسن^(٤) وغير ذلك .

فما عساه يظهر ممّا عن الخلاف من أنّ اعتبار رضاه أولى^(٥) - من الخلاف في ذلك - واضح الفساد .

وأغرب من ذلك الاحتجاج له [= للقول بعدم اعتبار رضاه] بضممان أمير المؤمنين عليه السلام^(٦) وأبي قتادة^(٧) الدين عن الميت ، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له الذي هو بعد الغض عن سند روايته . لا دلالة فيه على ذلك ، بل لعلمه دالّ على خلافه ؛ ضرورة اشتماله على وقوع الضمان - الذي هو عبارة عن الإيجاب والقبول - من المضمون له ، والإيجاب وحده ليس بضممان . فلا حاجة حينئذٍ إلى الجواب بأنّها واقعة لا عموم فيها .

وبأنّ ذلك إنّما يدلّ على عدم البطالان قبل علمه ورده ، ونحن نقول بموجبه ؛ لأنّه صحيح ، ولكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له .

وبأنّ النبي صلى الله عليه وآله قد قبل ؛ لأنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم .

وبحصول إذن الفحوى من المضمون له .

وبغير ذلك ممّا لا يخفى عليك ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته ، وأنّها برأت بالضمان ، فضلى ، والضمان الفضولي لا يفيد براءة فعلية .

وأنّ ولاية النبي صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود .

(١) (٥) التحرير ٢ : ٥٥٧ . الغنية : ٢٦١ . انظر الخلاف ٣ : ٣١٣ - ٣١٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٤٦ ، ب ١٤ من الدين والقرض ، ح ١ .

(٣) فقه الرضا عليه السلام : ٢٦٨ . المستدرک ١٣ : ٤٠٤ ، ب ١٤ من الدين والقرض ، ح ٢ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٤٢٦ ، ب ٥ من الضمان ، ح ١ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٤٢٤ ، ب ٣ من الضمان ، ح ٢ .

(٧) المصدر السابق : ح ٣ .

والفحوى لا تكفي في تحقق البراءة فعلاً.

فالتحقيق حينئذٍ في الجواب ما عرفت .

وأغرب من ذلك الاستدلال له بموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام : في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه : علي دينك .

قال : « يروؤه ذلك وإن لم يوفه وليه من بعده ، وقال : أرجو أن لا يأتهم وإنما إنهم على الذي يحبسه » ^(١) . الذي هو مطلق محمول على المقتد .

وبموثق الحسن بن الجهم : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال : ... أنت في حلّ ممّا لأخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك ؟ قال : « تكون في سعة من ذلك وحلّ ، قلت : وإن لم يعطهم ، قال : ذلك كان في عنقه ، قلت : فإن رجع الورثة عليّ ؟ فقالوا : أعطنا حقنا ، فقال : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، فأما بينك وبين الله فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم ، قلت : فما تقول في الصبي لأمه أن تحللّ ؟ قال : نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه ، قلت : فإن لم يكن لها مال قال : فلا ، قلت : فقد سمعتك تقول أنه يجوز تحليلها ، فقال : إنما أعني بذلك إذا كان لها مال » ^(٢) .

وصحيح حبيب الخثعمي عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له : الرجل يكون عنده المال ودعية يأخذ منه بغير إذن صاحبه ؟ قال : « لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء ، قال : قلت : أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم » ^(٣) .

الذي لا يخفى عليك مخالفة ظاهر الأوّل للإجماع ، باعتبار اشتماله على الإبراء من دون إذنهم ، وإنما ضمن رضاهم ، وهو ليس من الضمان المصطلح .

وتأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم ، ولكن لا بينة له على ذلك ، فكان في الحكم الظاهر لهم المطالبة مع إكراههم لذلك .

وأما الثاني فليس دالاً إلا على جواز الأخذ من الدعية إذا لم يكن له مال ، وكان قد تمهّد له شخص بوفاء ذلك عنه .

ولا ريب أنه خارج عمّا نحن فيه ، ومحمول على إذن المودع بذلك .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين ^(٤) في الحكم المزبور لذلك ممّا هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت ، خصوصاً بعد كون المسألة من قطعيات الفقه وضرورياته .

بل لعلّ الوسوسة فيها جهل بمذاق الفنّ ومذاق الشرع .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٦ ، ب ١٤ من « الدين والقرض » ، ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٢٥ ، ب ٤ من الضمان ، ح ١ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٨٦ ، ب ٨ من الدعية ، ح ١ ، وليس فيه : « صاحبه » .

(٤) انظر الحدائق ٢١ : ١١ - ١٢ .

بل [المختار] [١] أنه لا بدّ من رضا المضمون له بعنوان القبول الذي يتمّ به العقد [٢] [المحتاج إلى الإيجاب والقبول].

بل لا بدّ فيها من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتصال والعريّة وغيرها .
نعم يقوى عندنا فيه وفي غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص ولا هيئة مخصوصة ، بل كلّ ما أفاد إنشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية ، أو بالمجاز ، أو نحو ذلك ، كما أوضحناه في البيع وغيره .
ومنه يعلم حينئذٍ تحقّق عقد الضمان بنحو « عليّ دين زيد » أو « عندي » أو نحوهما ممّا يقصد به إنشاء التعهد بذلك ، وقرنه القبول من المضمون له [٣] .

نعم (لا عبرة برضا المضمون عنه) [٤] (لأنّ الضمان كالقضاء) للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه [٥] .
بل (لو أنكر) وأبى (بعد الضمان لم يبطل ، على الأصح) [٦] .

[١] [كما] قد عرفت .

[٢] لما عرفت من المفروغية عن كون الضمان عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول .

[٣] فمّا عن الإيضاح والمقدّس الأديلي^(١) من اعتبار الرضا دون القبول العقدي ؛ لأنّه التزام وإعانة للمضمون عنه ، وتوثيق للمضمون له ، وليس هو على قواعد المعاملات . واضح الضعف .

كقول العلامة في القواعد : « وفي اشتراط قبوله احتمال »^(٢) .

إذ الجميع كما ترى ؛ ضرورة عدم منافاة التوثيق (و) نحوه للعقدية ؛ إذ هو حينئذٍ كالرهن ، بل أولى ؛ لما فيه من انتقال المال من دمة إلى دمة أخرى . على أنّ الأصل عدم ترتّب شيء عليه إذا لم يكن بصورة العقد .

[٤] بلا خلاف أجده فيه ؛ بل الاجماع بقسميه عليه .

[٥] ولإطلاق الأدلّة وعمومها ، ولما سمعته من واقعة ضمان أمير المؤمنين عليه السلام^(٣) (و) غيره عن الميت .

[٦] للأصل ، وغيره من الأدلّة التي سمعتها .

خلافاً لما في النهاية ، قال : « ومتى تبرّع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ، وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه ، إلّا أنّ ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرّع ، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بال ضمان »^(٤) .
وربّما تبعه عليه غيره ، لكنّ لم نجد له دليلاً ، بل ظاهر الأدلّة خلافه ، وأنّه لا عبرة برضاه ، ولا ردّه وإبائه مانع ، سواء كان ذلك قبل الضمان أو بعده .

وممّا سمعته من النهاية يعلم إرادة ما فسرناه من الإنكار في عبارة المتن ، لا جحود ضمان الضامن الذي قد يفرض اعترافه بال ضمان . على أنّه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك .

(١) الإيضاح ٢ : ٨٤ . مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٨٨ .

(٢) القواعد ٢ : ١٥٧ .

(٣) تقدّم في ص ٤٠٤ .

(٤) النهاية : ٣١٤ .

(و) كيف كان فـ (سمع تحقّق الضمان) الجامع لشرائط الصّحة (ينتقل المال إلى ذمّة الضامن ويبرأ المضمون عنه).

(و) حينئذٍ (تسقط المطالبة) من المضمون له (عنه) [١].

(و) حينئذٍ فـ (لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن) من هذه الحيثية (على قول مشهور لنا) [٢].

فإذا أبرأه براءاً معاً وإن كان الضمان بالإذن [٣].

[١] لعدم الحق له في ذمته .

بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال .

بل الإجماع بقسميه عليه ، بل لعلّه من ضروريات الفقه .

نعم قد عرفت مخالفة الجمهور في ذلك ، باعتبار أنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى وبطلانه .

[٢] بل مجمع عليه بيننا ؛ ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة بعد ما عرفت من براءة ذمّته بالضمان عندنا ، وإنما محلّها حينئذٍ ذمّة الضامن .

[٣] لعدم استحقاق الرجوع عليه إلّا بالأداء الذي قد انتفى محلّه بالإبراء ، فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمّته من المضمون له .

نعم قد يقال باستفادة براءة ذمّة الضامن من براءة ذمّة المضمون عنه ، وإن لم يكن لها محل .

باعتبار ظهور ذلك في إرادة رفع اليد عمّن هو عليه ، وإن كان متعلّقها [= البراءة] المضمون عنه .

إلّا أنّ ذلك لو سلّم فهو خروج عمّا نحن فيه ؛ ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة ، لا من حيث دعوى دلالة العرف على إرادة البراءة للضامن أيضاً .

مع أنّها واضحة المنع على مدّعيتها مع عدم القرائن .

وكلّ ذلك تفرّج على مذهبنا .

أمّا على مذهب الجمهور فلا إشكال في صحّة البراءة المزبورة ؛ لأنّ الحق باق عندهم ، بل المحكي^(١) عنهم أنّ براءة ذمّة الضامن لا يقتضي براءة ذمّة المضمون عنه ، بخلاف العكس ؛ لأنّها من قبيل الوثيقة عند الديّان ، فتلفها لا يقتضي سقوط الحق ، بخلاف براءة ذمّة المضمون عنه ، فإنّها تقتضي براءة ذمّة الضامن التي هي وثيقة على ذمّة المضمون عنه ، المفروض براءتها ، فتفك حينئذٍ الوثيقة .

وهي كما ترى قياس واستحسان وتحّدس لا يوافق أصول الشريعة وقواعدها .

ولعلّ قول المصنّف : « على قول مشهور لنا » إشارة إلى ما ذكرناه من الاحتمال ، لا لوجود خلاف في المسألة ؛ إذ قد عرفت

أنّها من قطعيات فقه الشيعة أو ضرورياته .

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] أنه (يشترط فيه) أي في لزوم الضمان (الملاءة أو العلم) من المضمون له (بالإعسار) والرضا به [٢]. وحينئذٍ فإذا كان الضامن ملئياً أو معلوم الإعسار عند المضمون له لزوم الضمان [٣].
 أمّا لو ضمن ثم بأن إعساره كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه [٤].
 لكن ذلك إذا كان معسراً حال الضمان ، أمّا إذا تجدد فلا خيار [٥].
 بل قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره [٦].
 كما أنه لا فرق في ثبوته بين إعسار المضمون عنه وعدمه [ولا خيار مع الملاءة وإن لم يكن وفيّاً] [٧].
 بل [الظاهر:] [٨] عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر ، أو تعسر الاستيفاء ، ولكنه لا يخلو من نظر.
 بل [الظاهر] [٩] أن الإعسار كاف في ثبوت الخيار المزبور وإن كان الضمان مؤجلاً.
 وأن اليسار حين الضمان كاف في لزومه وإن أعسر عند الأجل .

[١] [كما] لا خلاف عندنا فيه [٤].

[٢] بل عن ظاهر الفنية الإجماع^(١) [عليه] ، والسرائر نسبته إلى أصحابنا^(٢) ، وجامع المقاصد : « ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق »^(٣) :

١ - ولعل ذلك .

٢ - مضافاً إلى قاعدة الضرر .

٣ - وبناء الضمان على الارتفاق ، وإرادة الأداء .

٤ - وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم^(٤) المتقدم .

٥ - وما تسمعه من النصوص^(٥) في الحوالة الدالة على ذلك ، وهي أخت الضمان .

٦ - دليل الحكم المزبور .

[٣] بلا خلاف ولا إشكال .

[٤] قيل^(٦) : وليس هو كالبيع إلى أجل مثلاً فبان إعساره ؛ للفرق الواضح بينهما بالنسبة إلى الأداء .

[٥] لأصالة اللزوم .

[٦] للأصل أيضاً . ولا ينافي الخيار المزبور سبق رضا المضمون له لضمانه حال عدم العلم بإعساره .

[٧] لإطلاق الفتوى المقتضي أيضاً عدم الخيار مع الملاءة وإن لم يكن وفيّاً .

[٨] [كما هو] ظاهرهم .

[٩] [كما هو] ظاهرهم .

(١) الفنية : ٢٦٠ . (٢) السرائر ٢ : ٧٤ .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ٣١٢ . (٤) تقدم في ص ٤٠٥ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٣١٢ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٤٣٣ ، ب ١١ من الضمان ، ح ١ .

كُل ذلك مع عدم العلم به [= بالإعسار] كما عرفت ، وإلّا فمع العلم به أو الرضا به على كَلِّ حال فلا إشكال [١] . ثم إن هذا الخيار على الفور أو التراخي ؟ وجهان ، ذكرناهما في نظرته ، وقلنا : إن الأصل يقتضي الثاني منهما [٢] .

(و) كيف كان فـ (بالضمان المؤجل) للدين الحال (جائز) [٣] (إجماعاً) [٤] .

نعم هل يكون هذا الأجل للدين أو هو أجل للضمان ؟ وتظهر الثمرة فيما لو أذى الضامن قبل الأجل فإنه لا يستحق الرجوع على الأول ، بخلاف الثاني الذي لا يخلو من قوة [٥] .
وأما ضمانه للدين المؤجل بأزيد من أجله أو مساويه أو أنقص فلا [إشكال فيه] [٦] .

[١] وقد احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم ، فقال لهم : لا مال عندي فأعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عَمِي ، علي بن الحسين عليه السلام أو عبد الله بن جعفر ، فقال الغرماء : عبد الله بن جعفر ملي مطول ، وعلي بن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا ، فأرسل إليه فأخبره الخبر ، فقال : « أضمن لكم المال إلى غلة » ولم تكن له غلة ، فقال : القوم : قد رضينا وضمنه ، فلما أتت الغلة أتاه الله له المال فأذاه ^(١) .

[٢] كما اعترف به غير واحد .

[٣] بلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم ^(٢) ، بل [إجماعاً] .

[٤] كما في المسالك ومحكي التنقيح وإيضاح النافع ^(٣) ، وغيرها ؛ للعمومات السالمة عن المعارض ؛ إذ هو تأجيل للدين ، لا تعليق للضمان إلى الأجل . واحتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف في حلول وتأجيل لا قائل به ، ولا شاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلافه .

[٥] بل هو صريح المسالك ^(٤) وغيرها في المسائل الآتية .

[٦] [إذ] أجده فيه خلافاً محققاً كذلك . بل ظاهر المتن أنه من معقد الإجماع عليه . بل يمكن دعوى الإجماع عليه . بل عن فخر الإسلام : أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح إجماعاً ^(٥) . وعن التنقيح وإيضاح النافع : أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح إجماعاً ^(٦) . مضافاً إلى أنه مقتضى العمومات أيضاً .

نعم ربما ظهر من تعليل المنع في المسألة الآتية : المنع في المساوي ، باعتبار عدم الإرفاق فيه .

كما أنه يستفاد المنع فيما لو كان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخر الإسلام والكركي المنع في بعض الصور الآتية : بأنه ضمان ما لم يجب ^(٧) .

إلا أن الجميع ستعرف ضعفه ، على أنه لا معنى لإثبات الخلاف من أمثال هذه التعليقات بالتالي نذكر دليلاً للمخالف من غيره .

(١) الوسائل ١٨ : ٤٢٦ ، ب ٥ من الضمان ، ح ١ . (٢) كفاية الأحكام ١ : ٥٩٤ .

(٣) المسالك ٤ : ١٨٤ ، وفيه : وهو موضع وفاق . التنقيح ٢ : ١٨٨ . نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٥٢ .

(٤) المسالك ٤ : ١٨٧ . (٥) شرح الارشاد : ١٨٣ (مخطوط) .

(٦) التنقيح ٢ : ١٨٨ . حكاة عن الإيضاح في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٥٤ .

(٧) الإيضاح ٢ : ٨١ - ٨٢ . جامع المقاصد ٥ : ٣١٠ .

و [المختار] [١] الجواز حينئذ في جميع صور المقام ، من غير فرق بين الضمان بالإذن والتبرع .
(وفي) الضمان (الحال تردّد) وخلاف [٢] .
ولكن (أظهره الجواز) [٣] .

[١] [كما] منه [= مما تقدم] يعلم [ذلك] .

[٢] ففي محكي المقنعة والنهاية : لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل^(١) .

وفي محكي الوسيلة : إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال^(٢) .

وعد في محكي الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم ، ثم عدّ شرطين آخرين وأدعى الإجماع^(٣) .

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم ، وهو الذي أشار إليه في المتن بقوله : « تردّد » .

[٣] وفاقاً لغير من عرفت من الأصحاب ، حتى من الشيخ في المحكي عن المبسوط^(٤) ؛ للعمومات السالمة عن

معارضة ما يقتضي اعتبار الأجل فيه كالسلم .

وإجماع الغنية^(٥) - بناءً على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه - يضعف الظنّ

به .

بل في محكي السرائر : « وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا : ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل . والمراد بذلك إذا

اتفقا على التأخير والأجل فلا بدّ من ذلك ، ولا يصح إلا بأجل محروس . فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل ، وكذا إذا أطلقا العقد .

وإلى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه^(٦) ، وهو حقّ اليقين ؛ لأنّه لا يمنع منه مانع .

ومن ادّعى خلافه يحتاج إلى دليل ولم نجده^(٧) .

ومقتضى ذلك خروج المسألة عن الخلاف ؛ إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك ، مؤيداً بعدم العثور

على دليل يدلّ على اعتبار الأجل فيه [= في الضمان] نحو اعتباره في السلم .

وحينئذ يكون وجه الخلاف في المسألة اعتبار الأجل في الضمان وعدمه .

وهذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلة لحلول الدين وأجله .

فالمؤجل حينئذ جائز إجماعاً - من هذه الجهة ، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وسواء اتفقا في الأجل أو اختلفا .

(١) المقنعة : ٨١٥ . النهاية : ٣١٥ .

(٢) الوسيلة : ٢٨٠ .

(٣) الغنية : ٢٦٠ .

(٤) المبسوط : ٢ : ٣٢٣ .

(٥) الغنية : ٢٦٠ .

(٦) المبسوط : ٢ : ٣٢٣ .

(٧) السرائر : ٢ : ٧٠ - ٧١ .

والحالّ فيه خلاف ، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً .

فمن الغريب ما في المسالك حيث إنّه بعد أن ذكر الصور الاثني عشر المتصورة في المقام التي هي الضمان حالاً ومؤجلاً ، عن حالّ ومؤجلّ متساويين في الأجل أو متفاوتين ، فهذه ستة . وهي إمّا أن تكون عن تبرّع أو سؤال المضمون عنه ، فيكون اثنا عشر .

قال : « وكلّها جائزة على الأقوى .

إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرّر » ^(١) .

إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور ، وأنّ التعليل للمنع بالإرفاق في المختلف ^(٢) وغيره لا ينبغي أن يتصيّد منه خلاف في

المسألة .

نعم في ضمان المؤجلّ حالاً أو أنقص من أجله خلاف من بعض المتأخّرين كالفخر والكركي ^(٣) ، بل ستمتع التردّد فيه من المصنّف في المسألة الثامنة ؛ لأنّه ضمان ما لم يجب ؛ ولأنّ الفرع لا يرجّح على الأصل ، ولأنّ مشروعية الضمان على نقل الدين على ما هو عليه .

وفيه : أنّ المضمون المال والأجل إنّما هو من التوابع والحقوق ، فمع الرضا بإسقاطه من الطرفين يسقط ، ويلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم ، وهو واجب ، غايته أنّه موثّق ، وذلك لا يخرجّه عن أصل الوجوب ، خصوصاً بعد التراضي بإسقاط حقّ الأجل الذي هو كما ثبت للحالّ بعقد يسقط أيضاً عن المؤجلّ به .

وقاعدة عدم رجحان الفرع على أصله لا دليل عليها على وجه تجدي في المقام .

كدعوى أنّ مشروعية الضمان على نقل الحق بوضعه إلى ذمّة الضامن ، والحلول صفة مغيرة له ، فلا يشرع فيه الضمان ، وفرق بين ضمان الحالّ مؤجلاً وبالعكس ؛ لعدم تشخيص المال بالحلول الذي هو عدم الأجل بخلاف العكس .

إذ هي كما ترى لا حاصل لها ، ومرجعها معاً إلى شرط في عقد الضمان مندرج تحت « المؤمنون » ^(٤) و « أوّفوا » ^(٥) وغيرهما ، من غير فرق بين اقتضائه تأجيل الحالّ وبالعكس .

وبذلك كلّه ظهر لك التحقيق في المسألة وتحرير موضع الخلاف فيها .

وأما احتمال المنع في ضمان الحالّ حالاً والمؤجلّ بمثل أجله أو أنقص الناشئ من تعليل المنع للضمان الحالّ في المختلف بالإرفاق ، فليس خلافاً في المسألة ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف ؛ ضرورة عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضي ذلك ، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك ، كما هو واضح .

(١) المسالك ٤ : ١٨٥ .

(٢) المختلف ٥ : ٤٥٩ .

(٣) الايضاح ٢ : ٨١-٨٢ . جامع المقاصد ٥ : ٣١٠ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٥) المائدة : ١ .

بقي الكلام في أنه لو ضمن المؤجل حالاً أو أنقص بإذن المضمون عنه كذلك أو مطلقاً فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك، أو فرق بين الإطلاق والتصریح فيحلّ ما عليه بالثاني لا الأول، أو لا رجوع للضامن عليه وإن أدى إلا بعد انقضاء الأجل الأصلي للدين؟ وجوه بل أقوال [١].

[ولعلّ الأقوى الثاني] [٢].

نعم لو فرض إرادة ذلك منه ولو بالقرائن اتّجه حينئذ الرجوع به عليه؛ لأنّه كالنصریح بالنسبة إلى ذلك [٣]. (و) كيف كان فقد ظهر لك ممّا ذكرناه مكرراً أنّه (لو كان المال حالاً فضمنه مؤجلاً جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه، ولم يطالب الضامن إلا بعد الأجل) [٤]، (و) لا إشكال [في ذلك].

[١] فثاني الشهيدین والفاضل في المحكي عن مختلفه^(١) وظاهر تحريره^(٢)، بل قيل^(٣): إنّه الذي استقرّ عليه رأيه في التذكرة^(٤) على الأخير منها؛ لعدم المقتضي لسقوطه؛ إذ الإذن للضامن بالضمان حالاً فضلاً عن الإطلاق أعم من ذلك.

بل أقصاها الحلول بالنسبة إلى ذمّة الضامن، دون ما في ذمّته للضامن.

وفي محكي التنقيح^(٥) الأول؛ لأنّ الضمان في حكم الأداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فضاء استحق مطالبته؛ ولأنّ الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن.

وأما مع الإطلاق فلتناوله التعجيل الذي قد عرفت اقتضاه ذلك.

وعن ظاهر بعض^(٦) المتأخّرين الثاني. ولعلّه الأقوى.

[٢] ضرورة عدم اقتضاء الإذن في الإطلاق التعجيل، فلا دلالة فيه عليه، فيكون كالمتبرّع به حينئذ.

ولعلّه لذا جزم بعضهم^(٧) بعدم الرجوع في الإطلاق، وجعل الإشكال في النصریح، بل هو المحكي عن التذكرة^(٨).

[٣] ولعلّه لذا جزم في محكي الإيضاح^(٩) بالرجوع مع النصریح، وجعل الإشكال في الإطلاق، من احتمال اقتضائه الإذن في التعجيل وعدمه.

وقد عرفت عدم اقتضائه ذلك، كما أنّك قد عرفت عدم الإشكال في الرجوع مع النصریح، خصوصاً إذا ضمّ إليه مع ذلك الرجوع عليه فعلاً.

[٤] بلا خلاف فيه عندنا.

(١) المسالك ٤: ١٨٧. المختلف ٥: ٤٧٠.

(٢) التحرير ٢: ٥٥٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٣٥٥.

(٤) التذكرة ١٤: ٢٩٠.

(٥) التنقيح ٢: ١٨٨.

(٦) المفاتيح ٣: ١٤٦.

(٧) جامع المقاصد ٥: ٣١١.

(٨) التذكرة ١٤: ٢٨٨.

(٩) الإيضاح ٢: ٨٢.

نعم قد عرفت أن هذا الأجل للضمان لا للدين ، فـ (لو مات الضامن حلّ وأخذ من تركته) ورجع الورثة على المضمون عنه . وكذا لو دفع الضامن معجلاً باختياره لإسقاط حقه . بخلاف ما لو كان الدين مؤجلاً عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك . فإنه بحلوله بموته مثلاً لا يحلّ على المضمون عنه [١] .

(ولو كان الدين مؤجلاً إلى أجل فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل جاز) [٢] .

لكن إن أدى قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا بعده .

وإن أدى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه فله المطالبة [٣] .

وكذا القول لو مات وأدى وارثه .

نعم لو قلنا بأن الأجل للضمان أجل للدين اتّجه حينئذٍ مراعاته للمضمون عنه وإن حلّ على الضامن أو

أسقطه ، كما هو واضح .

(ويرجع الضامن على المضمون عنه بما آذاه إن ضمن بإذنه ولو أدى بغير إذنه) [٤] .

(ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه) [٥] .

نعم قد يقال بالرجوع لو أدى بإذنه المصرّح فيها بالرجوع عليه [٦] .

[١] لأنّ الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر .

[٢] بلا خلاف ولا إشكال [فيه] .

[٣] لأنّه قد صار الأصل حالاً ، والفرض أداء الضامن وإسقاط حقّ نفسه من الأجل الزائد .

[٤] بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه . وفي الخبر : سألت عن قول الناس : الزعيم غارم ؟ فقال : « ليس على الضامن غرم ، الغرم على من أكل المال » ^(١) .

وفي آخر : عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه ؟ قال : « ليس له إلا الذي صالح عليه » ^(٢) .

كلّ ذلك مضافاً إلى أصالة احترام مال المسلم وضمانه ، إلا إذا بذله على جهة التبرّع به ، والتأدية ، وإن كانت بغير إذنه . إلا أنّ

الضامن الذي هو سبب في وجوبها قد كان بإذنه ، بل في الحقيقة الإذن فيه إذن فيها .

[٥] بلا خلاف فيه أيضاً ، بل الإجماع بقسميه كذلك عليه ، والخبران منزّلان على ما إذا أذن .

[٦] لقاعدة الاحترام المزبورة . ولا ينافيها وقوع الضامن بغير إذنه ، فإنه لا ينافي تبرّع المضمون عنه بالوفاء . فقله حينئذٍ : أدّ

عني وارجع به عليّ ، كقوله لأجنبي : أدّ عن الضامن المتبرّع وارجع به عليّ . فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه وب قصد الرجوع عليه يتّجه حينئذٍ رجوعه عليه ، وإن كان أداء عن نفسه ، لكن من المتبرّع به عنه . فما عن بعض ^(٣) الناس من الإشكال - في الرجوع أيضاً في الصورة المزبورة التي مرجعها إلى الوعد ؛ لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور - لا يخلو من نظر أو منع ، بعد ما عرفت ، والله العالم .

(١) الوسائل ١٨ : ٤٢١ ، ب ١ من الضمان ، ح ١ ، مع اختلاف . (٢) الوسائل ١٨ : ٤٢٧ ، ب ٦ من الضمان ، ح ١ .

(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩١ .

(و) على كل حال فـ [المختار] [١] أنه (ينعقد الضمان بكتابة الضامن) أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق (منضمة إلى القرينة الدالة) على قصد إنشاء ذلك (لا مجردة) عن ذلك ؛ لاحتمالها حينئذ العيبية وغيرها [٢].

وإن تمكّن من التوكيل . بل الظاهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الإشارات المفهمة [٣].
[حق المضمون]:

البحث (الثاني: في الحق المضمون: وهو كل مال ثابت في الذمة) ومرجعه إلى [٤] أن شرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلاً لكالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول [٥].
[ولا ريب في اندراج العمل في الذمة في المال].
بل هو من المال قطعاً لو كان منفعة دائمة كلية مثلاً أو عبد كذلك، بل لعل جميعه من المال [٦].

[١] [و] لا خلاف أجده في [ذلك].

[٢] بل ظاهرهم ذلك.

[٣] لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك، بل العمدة في الاكتفاء بها - بعد عدم الخلاف فيه - فحوى الاكتفاء بإشارة الآخرس التي لا فرق فيها بين الكتابة وغيرها .

وقد تقدّم في البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلاً مع الإكراه على السكوت ظلاً وغير ذلك، فلاحظ وتأمل .

[٤] [ك] بما في القواعد من [أنه ذلك]^(١).

[٥] بل قيل^(٢): إن على الأول الإجماع معلوم، ومحكي في ظاهر الغنية^(٣) وغيرها .

بل فيها وغيرها أيضاً الإجماع صريحاً على الثاني^(٤).

وفي محكي التذكرة: «لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصحّ إجماعاً»^(٥)، هذا .

ولكن لم أجد تصريحاً في اندراج العمل في الذمة في المال وعدمه .

نعم في اللمعة: أن ضابطه ما جاز عقد الرهن عليه^(٦)، وربما يستظهر منه اندراجه فيه .

لكن عن التذكرة: «أن يكون ممّا يصحّ تملكه وبيعه»^(٧)، وهو كالصريح في عدمه .

ولا ريب أن العمومات تشهد للأول .

[٦] بدليل جواز جعله عوضاً في البيع والنكاح والخلع وغيرها ممّا يعتبر فيها المال . كما أنّي لم أجد من تعرّض للجمع بين ذكر

الشرط المزبور والتصريح بضمان الأعيان والعهد والصنعة وغير ذلك ممّا تسمعه إن شاء الله . بل في المتن وغيره هنا ما يتنافى ذلك

[= شرطية الثبوت في الذمة]، فإنّه قال بعد ما سمعت: [سواء كان ...] .

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٧.

(١) القواعد ٢: ١٥٧.

(٤) الغنية: ٢٦٠.

(٣) الغنية: ٢٦٠.

(٦) اللمعة: ١٣٥.

(٥) التذكرة ١٤: ٣١١.

(٧) التذكرة ١٤: ٣١١.

[قال المصنف]: (سواء كان) أي المال في الذمة (مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع) عيناً ولا عهدة [١]، وفيه مناقشة. نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع كان ضماناً لمال في الذمة، بل وكذا لو ضمن عنه عهده لو خرج مستحقاً للغير إذا كان الثمن غير معين، وإلا [بأن كان الثمن معيناً] بطل البيع [لو ظهر مستحقاً للغير] فلا ضمان حينئذٍ، بخلاف ما إذا لم يكن معيناً فإنَّ الضمان حينئذٍ صحيح؛ لأنه في الحقيقة لمال في الذمة، وهو الثمن الكلي. وكذا [يصح الضمان] لو كان [الثمن] معيناً مثلاً وكان المضمون عن المشتري أرشه الذي هو أيضاً مال كلي في الذمة. وبذلك يظهر لك أنَّ ضمان العهدة هو من ضمان العين أو من ضمان المال في الذمة وليس هو شيء مستقل [٢]. وكذا) يصح ضمان (ما ليس بلازم) و (لكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط) عليه من

[١] لعدم دخوله تحت يده، أما بعده فيصح ضمانه عن البائع عهدة لو ظهر المبيع مستحقاً مثلاً.

وهو كما ترى لا يجماع الضابط المزبور [وهو كل مال ثابت في الذمة]؛ ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالاً في الذمة، بل هو من ضمان الأعيان.

[٢] لكن في المسالك: أنَّ «الفرق بين ضمان العهدة والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى. أمَّا اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن «ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد» مثلاً ونحوه. وضمن العهدة «ضمنت لك عهده أو دركه» أو نحو ذلك، وأمَّا المعنى فظاهر؛ إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن، وبراءة المضمون عنه منه وضمن العهدة ليس كذلك، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات»^(١). ولا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور. بل ظاهر الأدلة خلافه.

وعلى كل حال ضمانه يقتضي انتقال الثمن لو كان في ذمة المشتري إلى ذمة الضامن، إلا أنه لما كان في الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به، فإذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقاً للغير مثلاً حكم بمصادفة الضمان المزبور لمحلّه، فترتب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمة الضامن، وفراغ ذمة المضمون عنه، وهذا معنى ضمان دركه. وإلا فلا دليل على مشروعيته مستقلاً على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور، كما هو واضح. وبذلك كله يظهر لك ما في المتن والمسالك^(٢). ولعل عبارة الفاضل في القواعد السابقة^(٣) أحسن من عبارة المتن؛ لاقتصارها على بيان صحة الضمان للمال الثابت في الذمة مستقراً أو متزلاً، كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول.

ولا ريب في ظهور إرادة ضمانه [= الثمن] عن المشتري للبائع [فيكون ضماناً للمال في الذمة]. وهو الذي ذكره الشيخ في المحكي عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه، وظاهره [نفيه] بين المسلمين:

١ - عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع، والمهر بعد الدخول، والأجرة بعد دخول المدة.

٢ - وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم، والأجرة قبل انقضاء الإجارة، والمهر قبل الدخول.

قال: «فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها أيضاً بلا خلاف»^(٤).

وأما ضمان العهدة فهي مسألة مستقلة، سيذكرها المصنف في اللواحق، لا مدخل لها فيما نحن فيه، فلاحظ وتدبر.

العمل ، (وكمال السبق والرماية) [١] .

[ولكن قال المصنّف :] (على تردد) [٢] .

نعم لو قلنا : إنّ عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمة ، وإن عرض له البطلان بعدم إتمام العمل أو بالفسخ أو نحو ذلك أتجه حينئذٍ صحة ضمانه ؛ للثبوت في الذمة حينئذٍ فعلاً وإن كان معرضاً للبطلان ؛ لأنه لا ينافي صحة الضمان . وكذا يصح [الضمان] لو قلنا بأن العمل من الشرائط الكاشفة ، لكن بتمام العمل ينكشف صحة الضمان ، وبعدمه ينكشف بطلانه .

[١] وفقاً للمحكي عن المبسوط والتحرير والمختلف ومجمع البرهان والتذكرة^(١) ، إلا أنّه قال : إذا شرع في العمل . بل لعله المراد ممّا عن الخلاف والغنية : « يصحّ ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به »^(٢) . بناءً على إرادة الكشف من الشرط المزبور ، بقربة استدلالهم عليه بقوله تعالى : ﴿ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٣) . وقوله ﷺ : « الزعيم غارم »^(٤) .

ومرجع الثاني إلى العمومات التي هي العدة ، مضافاً إلى :

١ - ما عن المختلف من الاستدلال عليه بمسبب الحاجة إليه ، فجاز ضمانه ، كقوله : ألقى متاعك وعليّ ضمانه^(٥) .

٢ - وإلى ما عن التذكرة من وجود سبب الوجوب وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار^(٦) .

ولكن مع ذلك كلّ قال المصنّف : [على تردد] .

[٢] ينشأ من احتمال عدم سببية عقد الجعالة لثبوت المال في الذمة ، وإنّما هو جزء السبب الذي هو مع العمل ، فتكون الضمان حينئذٍ قبل تمامه ضمان ما لم يجب .

والآية الشريفة محمولة :

١ - على إرادة التعهد العرفي لا العقدي ؛ ضرورة عدم قبول مضمون له ثبت له حق في ذمة الجاعل .

٢ - أو على إرادة بيان كون الجعل منه على ذلك ، لا على الملك أو على غير ذلك . والعمومات بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمة إلى أخرى عدتنا لا يشمل المفروض الذي لم يثبت بعد في الذمة .

ولا حاجة ماسة إلى ذلك على وجه يستدلّ بها على مشروعيته ، كما لا سبب للوجوب قبل إتمام العمل .

وانتهاء الأمر إلى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلاً لا يجدي .

(١) حكاة في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٦٨ . انظر المبسوط ٢ : ٣٢٥ . التحرير ٢ : ٥٥١ . المختلف ٥ : ٤٦٧ . مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩٢ .

التذكرة ١٤ : ٣١٨ .

(٢) الخلاف ٣ : ٣١٦ . الغنية : ٢٦٠ .

(٣) يوسف : ٧٢ .

(٤) المستدرک ١٣ : ٤٣٥ ، ب ١ من الضمان ، ح ٢ .

(٥) المختلف ٥ : ٤٦٧ .

(٦) التذكرة ١٤ : ٣١٨ .

ولعل ذلك لا يخلو من قوّة [١].

والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة، ومثله يجري في مال السبق والرماية، ويأتي إن شاء الله في بييهما تمام الكلام في ذلك، هذا كله قبل العمل.

أما بعده فلا إشكال [٢] في صحّة الضمان (وهل يصحّ ضمان مال الكتابة قيل) [٣]: (لا) يصح (لأنّه ليس بالزوم ولا يؤول إلى الزوم) [٤]. (و) لكن لا يخفى عليك أنّه (لو قيل بالجواز كان حسناً) [٥]: (لتحققه في ذمّة العبد) بعقد الكتابة ولو المشروطة فيصحّ حينئذٍ ضمانه (كما لو ضمن عنه مالاً غير مال الكتابة) [٦].

[١] وقد سمعت^(١) إمكان إرادته من [كلام] الشيخ وابن زهرة.

ومما ذكرنا ظهر لك أنّ التردّد في الحكم من المصنّف للتردّد في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمّة لا للتردّد في صحّة الضمان، وإن لم نقل بثبوته فيها، كما عساه يوهمه ما سمعته^(٢) من المختلف والتذكرة.

[٢] و[كما] لا خلاف [في ذلك].

[٣] والقاتل الشيخ في المحكي من مبسوطه^(٣).

[٤] أمّا الأول فلائّه لا يلزم العبد في الحال؛ لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال.

وأما الثاني فلائّه إذا أده عتق، وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصور أن يلزم في ذمّته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه.

ثم قال: «فهذا المال لا يصح ضمانه؛ لأنّ الضمان إثبات مال في الذمّة، والتزام لأدائه، وهو فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم، ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من صحّة ضمانه، وهذا لا خلاف فيه»^(٤).

[٥] وفاقاً للفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٥) وغيرهم.

[٦] وجواز تعجيز نفسه فيعود رقاً لا ينافي في الثبوت في الذمّة.

بل أقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مده الخيار، بل أولى منه؛ ضرورة أنّه هنا مع الضمان عنه ينعتق؛ لأنّه بحكم الأداء، بخلاف الثمن في مده الخيار فإنّ ضمانه لا يرفع أصل الخيار. ومن هنا أشكل جواز الضمان في الفرض على تقدير الجواز؛ لأنّه يؤدّي إلى اللزوم قهراً على المكاتب؛ لعدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحّة الضمان فبنا في الفرض، من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب. وإن كان هو كما ترى إشكال هين، وإلا لم يجز التبرّع بالأداء عنه لذلك أيضاً. وهذا لا يخفى عليك أنّ ظاهر المتن وما سمعته من عبارة المبسوط بل قيل^(٦): والتحريير والتذكرة والمختلف: أنّ محل النزاع الأعم من المشروطة والمطلقة^(٧). لكن في المسالك: أنّ محلّه الأولى؛ إذ لا خلاف في لزوم المطلقة^(٨). والأمر سهل بعد ما عرفت وتعرف إن شاء الله في باب الكتابة على ذلك.

(١) تقدّم في ص ٤١٦. (٢) (٤) المبسوط ٢: ٣٢٥.

(٥) التذكرة ١٤: ٣١٦. جامع المقاصد ٥: ٣٢٠. المسالك ٤: ١٩٤.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٩. (٧) التحرير ٢: ٥٥٤. التذكرة ١٤: ٣١٦-٣١٧. المختلف ٥: ٤٦٣.

(٨) المسالك ٤: ١٩٤.

(ويصح ضمان النفقة الماضية للزوجة [١]، بل [الظاهر] [٢] صحّة ضمان (الحاضرة) لها أيضاً أي (للزوجة لاستقرارها) وثبوتها (في ذمة الزوج) بصبيحة ذلك اليوم الذي أظهرت التمكين فيه .
(دون المستقبل) التي لم يحصل سبب وجوبها الذي منه التمكين الفعلي، وهو غير معقول في الزمان المتأخّر، بخلاف الحاضرة [٣]) والظاهر أنّ الاعتبار بالزوج المضمون عنه، فإن كان مؤسراً ضمن عنه نفقة المؤسر، وإلا نفقة المعسر، ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر بإعسار المؤسر بعد وجوبه].
ثم إنّ تقييد المصنّف بالزوجة ظاهر في عدم صحّة ضمانها للقريب . وهو كذلك في الماضية [٤] .
أمّا الحاضرة [٥] [الظاهر أنّه لا يصح ضمانها] . (و) كيف كان فـ (في) صحّة (ضمان الأعيان المضمونة) بمعنى وجوب ردّها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده (كالغصب والمقبوض^(١)) بالبيع الفاسد) ونحوهما (تردّد)

[١] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لأنّها من الديون في ذمة الزوج كما حرّزناه في محلّه .
[٢] [كما أنّ] صريح الشيخ والفاضلين والكركي^(٢) (و) ثاني الشهيدين والحلي^(٣) على ما حكى عن بعضهم [ذلك] .
[٣] التي يظهر من أدلة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلاً في صبيحة ذلك اليوم ، وإن قلنا بسقوطها بالنشوز في أثناءه ، إلا أنّه لا ينافي أصل الثبوت في الذمة ، وهو كافٍ في صحّة الضمان ، خصوصاً بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق . وإنّما الخلاف في نفقة الليل ، كما حرّزنا ذلك كلّهُ في كتاب النكاح ، هذا . وفي محكي المبسوط : إنّما يصح ضمان نفقة المعسر لأنّها ثابتة على كلّ حال ، وأمّا الزيادة عليها إلى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة ؛ لأنّها تسقط بإعساره^(٤) . وتبعه على ذلك القاضي فيما حكى عنه^(٥) .

وفيه : أنّ الاعتبار حينئذٍ بالزوج المضمون عنه ، فإن كان مؤسراً ضمن عنه نفقة الموسر ، وإلا نفقة المعسر ، ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر بإعسار الموسر بعد وجوبه . وربما كان ذلك من الشيخ والقاضي تفريعاً على قول أهل الخلاف من صحّة ضمان المستقبل ؛ لأنّ المحكي^(٦) عنه اشتراط تقدير المدة ، وأن يكون المضمون نفقة المعسر ، وإن كان المضمون عنه مؤسراً أو متوسطاً ؛ لأنّه ربّما يعسر ، فالزائد على نفقة المعسر غير ثابت ؛ لأنّه يسقط بالمعسر .

[٤] لعدم ثبوتها في ذمته وإن قصر في دفعها ؛ لأنّها من خطاب المواة الذي لا يقتضي إثباتاً في الذمة .
[٥] ففي القواعد والمسالك ومحكي التذكرة وغيرها صحّة ضمانها^(٧) ، بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرّض لذلك ؛ معلّنين له بوجوبها بطول الفجر . ولكن فيه : أنّ هذا الوجوب لا يقتضي ثبوتها في الذمة ، وإلا لوجب أيضاً بعد فوات الوقت ؛ لعدم الدليل حينئذٍ على سقوطه منها بعد ثبوته فيها . وإنّما هو خطاب مواة وبرّ وصلة . ولا شيء منها يقتضي الثبوت في الذمة من غير فرق بين الماضية والحاضرة . ولعلّ تقييد المصنّف بالزوجة لإخراج أصل الضمان لنفقة القريب ، من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبل . وقد حرّزنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك ، فلاحظ وتأمل .

(١) في الشرائع : «المقبوضة» .
(٢) المبسوط ٢ : ٣٢٥ . التحرير ٢ : ٥٥٣ . جامع المقاصد ٥ : ٣٢٠ .
(٣) المسالك ٤ : ١٩٤ . الراسخ ٢ : ٧٢ .
(٤) المبسوط ٢ : ٣٢٦ .
(٥) نقله في المختلف ٥ : ٤٦٣ ، ولم نعرّض عليه في كتبه .
(٦) حكاها في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٧٠ .
(٧) القواعد ٢ : ٥٧ . المسالك ٤ : ١٩٥ . التذكرة ١٤ : ٣١٣ .

وخلاف (والأشبه) عند المصنّف [١] (الجواز) [٢] [ولكن الظاهر أنه لا يصح ذلك]. هذا كله في ضمانها بالنسبة إلى ردها. وأما ضمان قيمتها أو مثليها فهو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب [٣].
(و) على كلّ حال فلا إشكال [٤] في أنه (لو ضمن ما هو أمانة - كالمضاربة والوديعة - لم يصح؛ لأنها ليست مضمونة في الأصل) أي وقت الضمان لا ردّ أولاً عوضاً على تقدير تلفها.

نعم لو طرأ لها الضمان بتعدّد أو تفریط مثلاً ففي صحّة ضمانها حينئذٍ وعدمها البحث السابق، وهو واضح.
كما أنه [المختار] [٥] جواز التسلسل في الضمان بناءً على مذهبنّا، (فـ) لو ضمن ضامن ثمّ ضمن عنه آخر (و) هكذا إلى عدّة ضمانات كان جائزاً [٦]. ويرجع كلّ واحد منهم على من ضمن عنه إذا كان بإذنه، على الأصل الذي يرجع إليه الضامن الأوّل إذا كان بإذنه. بل ولا إشكال في جواز الدور أيضاً [٧].

[١] والفاضل في المحكي عن تحريره وإرشاده ومحكي المبسوط^(١).

[٢] للعمومات؛ ولأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه. وفيه: أنّه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور، حتى قوله: «الزعيم غارم»^(٢) الذي هو ليس من أخبارنا. بل هو من قول الناس الذين هم مخالفون كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الإتيار عليهم. وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) إنّما يقتضي وجوب الوفاء بكلّ عقد على حسب مقتضاه. وقد عرفت أنّ الضمان عندنا من النواقل، وأنّ شرطه ثبوت المال في الذمّة. والأعيان المضمونة إنّما يجب ردها، وهو ليس بمال في الذمّة، والغاصب مثلاً مخاطب به إجمالاً، فيكون الضمان هنا ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى، وهو ليس من أصولنا. ومن الغريب ما عن التذكرة من أنّ «ضمان المال ناقل عندنا. وفي ضمان الأعيان والعهد إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه»^(٤). إذ هو كما ترى كالتناقض.

[٣] ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الإسلام^(٥) على ما حكي عنهما عدم الجواز. ودعوى صدق كونها مالاً قد اشغلت ذمّة من هي في يده بها واضحة الفساد؛ ضرورة معلومية إرادة شغل الذمّة بالردّ ما دامت موجودة، والقيمة والمثل مع التلف من هذا الإطلاق، ومثله غير كافٍ في الضمان الذي هو نقل المال من ذمّة إلى أخرى، كما عرفت من تعريفه، ومن دعوى الإجماع على اشتراط أن يكون مالاً في الذمّة في الحق المضمون، لا أقل من الشك، والأصل عدم ترتّب الأثر في مثل هذا الضمان.
[٤] و [كما] لا خلاف.

[٥] [إذ] لا خلاف (و) لا إشكال فيه [هـ].

[٦] لتحقيق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمّة.

[٧] خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط^(٦) فنعنه؛ لصيرورة الفرع فيه أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة فيه؛ إذ به يرجع الحق على ما كان. وفيه: أنّ ذلك لا يصلح للمانة، على أنّ الفائدة بالإعسار، وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة، كما تقدّم ذلك سابقاً.

(١) التحرير ٢: ٥٥٤، الارشاد ١: ٤٠١. المبسوط ٢: ٣٢٦. (٢) المستدرک ١٣: ٤٣٥، ١ من الضمان، ح ٢.

(٣) المائدة: ١. (٤) (٦) التذكرة ١٤: ٣٣٦-٣٣٧. المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٥) المسالك ٤: ١٩٥. جامع المقاصد ٥: ٣٢٢. الايضاح ٢: ٨٥.

(ولا يشترط العلم بكمية المال) حال الضمان (فلو ضمن ما في ذمته صح على الأشبه) [١].

[١] بأصول المذهب من العمومات وغيرها، والأشهر بل المشهور. بل عن الغنية الإجماع عليه^(١). بل عن كشف الرموز: أنه «روى الأصحاب جواز ذلك... فلو علمنا بهذا يكون علمنا بقول الصادق عليه السلام: «خُذْ ما اشتهر بين أصحابك»^(٢)». ولعله أراد [يقوله: «روى الأصحاب»] الروايات المطلقة في الضمان، خصوصاً ضمان علي بن الحسين عليه السلام لدين عبد الله بن الحسن^(٣)، وضمانه لدين محمد بن أسامة^(٤). بل قيل: إنهما ظاهراً بل صريحاً في عدم معلومية الدين، وقدره وقت الضمان^(٥). بل ربما استفيد أيضاً من خبر عطاء عن الصادق عليه السلام قلت له: جُعِلَتْ فداك إن عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: «سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله ﷺ كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعليّ ضياعه، ومن ترك ديناً فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه، وكفالة رسول الله ﷺ ميتاً ككفالاته حياً وكفالاته حياً ككفالاته ميتاً، فقال الرجل: نفست عني جعلني الله فداك»^(٦). بل ولقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٧). مضافاً إلى قوله: «الزعيم غارم»^(٨). ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الأخير من طرفنا، بل لعل الثابت منها تكذيبه. وبأن الآية ليست ممان نحن فيه، كما أن الخبر ليس من الضمان المصطلح. إلا أنه فيما قدمنا كفاية لإثبات المطلوب، خصوصاً مع عدم المعارض. إلا دعوى «نهى النبي ﷺ عن الغرر»^(٩). والثابت منه البيع أو مطلق المعاوضة. و«الضرر»^(١٠)؛ لاحتمال كون المضمون مملاً لا يحتمله. وهو قد أدخله [=الضرر] على نفسه. على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك. وحينئذٍ فما عن الشيخ في مبسوطه وخلافه والقاضي في مهذبّه وابن إدريس في سرائره من عدم الجواز^(١١) واضح الضعف، هذا. ولكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها: أن الصحة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، كقوله: أنا ضامن للدين الذي لك عليه، أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مملاً في ذمته فلا يصح قولاً واحداً؛ لصديق «الشيء» على القليل والكثير، واحتمال لزوم أقل ما يتناوله «الشيء» كالإقرار، يندفع بأنه ليس هو المضمون وإن كان بعض أفراد^(١٢). وهو جند إن كان المراد عدم إمكان العلم في الواقع؛ للإبهام ونحوه، كما عساه يومئ إليه قوله: «يندفع... إلى آخره» وإلا كان محكماً للنظر؛ ضرورة أن مقتضى الأدلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع.

(١) الغنية: ٢٦٠.

(٢) المستدرک ١٧: ٣٠٣، ب ٩ من صفات القاضي، ح ٢، وفيه: «عن الباقر عليه السلام».

(٣) كشف الرموز ١: ٥٥٨.

(٤) الوسائل ١٨: ٤٦٦، ب ٥ من الضمان، ح ١.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٣٣، ب ٣ من الضمان، ح ١.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٧.

(٧) الوسائل ١٨: ٣٣٧، ب ٩ من الدين والقرض، ح ٥، وفيه: «عن أبي جعفر عليه السلام».

(٨) يوسف: ٧٢.

(٩) المستدرک ١٣: ٤٣٥، ب ١ من الضمان، ح ٢.

(١٠) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣، وفيه: «بيع الغرر».

(١١) الوسائل ١٨: ٣٢٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣-٥.

(١٢) المبسوط ٢: ٣٣٥. الخلاف ٣: ٣١٩. حكاة عن المذهب في المختلف ٥: ٤٦٠، ولم نعر عليه. السرائر ٢: ٧٢.

(١٣) المسالك ٤: ١٩٧. التذكرة ١٤: ٣٢٥.

فيصحّ ضمان ما في الذمة عن ميت أو حي وإن كان لا يمكن العلم به في الظاهر، إلا أنه في الواقع متشخص، كما هو واضح.

(و) على كلّ حال فد (يلزمه) مع وقوع الضمان على الوجه المزبور (ما تقوم به البينة^(١))، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان (لا) ما يتجدد ولا (ما يوجد في كتاب) ممّا هو ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة (ولا) ما (يقرّ به المضمون عنه) بعد الضمان الذي يكون إقراراً في حق الغير [١].

(ولا ما يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين) الذي هو كالإقرار، أو كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقاً، أو أصل برأسه كذلك أيضاً [٢]. هذا كلّه إذا ضمن ما في ذمته.

(أمّا لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصحّ؛ لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمة) [٣].

[١] خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم^(٢)، ولعلّهما يريدان ما أقرّ به سابقاً قبل الضمان.

[٢] خلافاً للمحكي عن المقنعة^(٣) فألزمه به.

ويمكن أن يريد ما عن النهاية والقاضي من أنه إذا كان الردّ برضا الضامن^(٤) قال: «فإن حلف - أي المضمون له - على ما يدعيه، واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه»^(٥)؛ لصيرورة الخصومة حينئذٍ معه أيضاً، فيكون اليمين حجة في حقه.

وفي المسالك: بناءً على كون اليمين المردودة كالبينة، يتّجه وجوب الأداء عليه؛ لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه؛ لأنّ الحق يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار^(٦).

وفيه: أنّ حكم البينة كذلك، إلا أنّ الكلام في كونه مثلاً في ذلك، كما هو واضح.

[٣] كما في القواعد ومحكي التحرير والإرشاد والمختلف^(٧) حكماً وتعليلاً. وكذا المبسوط والسرائر^(٨)، بل هو المحكي عن المفيد والقي^(٩). وفسر ذلك [أي التعليل] في المسالك تبعاً لجامع المقاصد^(١٠) بأنّه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله، فضمنانه حينئذٍ بالصيغة المزبورة شامل لما إذا كان كذلك [= الثابت في الذمة] ولما يتجدّد فلا يصحّ؛ إذ لا يدلّ على ضمان المتقدّم؛ لأنّ العام لا يدلّ على الخاص. قال: «فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة، كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البينة أنه كان ثابتاً، وحينئذٍ فتعليل المصنف ... لا يخلو من قصور؛ لاقتضائه أنه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المَشْهُود به كان في الذمة وقت الضمان صحّ، والحال أنّ مثل ذلك لا يصح؛ لعدم وقوع حقيقة الضمان موقعها كما قد عرفت، فلا بدّ من تنزيل التعليل على عدم العلم بإرادة الثابت من الصيغة»^(١١).

(١) في الشرائع: «البينة به» بدل «به البينة».

(٢) الكافي: ٣٤٠، الغنية: ٢٦٠.

(٣) المقنعة: ٨١٥-٨١٦.

(٤) النهاية: ٣١٦.

(٥) المسالك: ٤: ١٩٩.

(٦) المسالك: ٤: ٤٦٣.

(٧) القواعد: ٢: ١٥٨، التحرير: ٢: ٥٥٢، الإرشاد: ١: ٤٠١، المختلف: ٥: ٤٦٣.

(٨) المبسوط: ٢: ٣٣٥، السرائر: ٢: ٧٢-٧٣.

(٩) حكاة في المختلف: ٥: ٤٦٣، انظر المقنعة: ٨١٦، الكافي: ٣٤٠.

(١٠) المسالك: ٤: ١٩٩، جامع المقاصد: ٥: ٣٢٧.

(١١) المسالك: ٤: ١٩٩، مع اختلاف.

و[لكن] فيه : أنَّ المتَّجه - مع فرض إرادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ « ما » ذلك - الصَّحَّة في الثابت بها (وقت الضمان) والبطلان في المتجدد لا الفساد في الجميع [١]. [ولا يصحَّ ضمان ما يثبت بها من حيث كونه كذلك]. وكذا لو جعل عنوان الضمان ما يقرّ به المضمون عنه ، أو ما يحكم به الحاكم ، أو نحو ذلك ممّا هو بعد لم يحصل [٢]. [لو أراد ضمان ما يثبت بالاقرار أو حكم الحاكم من حيث كونه كذلك].

[لواحق الضمان]:

البحث (الثالث في اللوحق ، وفيه^(١) مسائل):

[١] مضافاً إلى إياه ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور ما ذكره من التفسير المزبور الذي قد اعترفا هما أيضاً بذلك ، وأنَّ ما ذكره فيه تنزيل وتخريج . ولعلَّ الأولى تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحَّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك ؛ لأنّه حينئذٍ من ضمان ما لم يجب ؛ ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمّته ، والبيّنة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان ما يثبت بها ، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها . ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله : « فلا يصح ؛ لأنّه ضمان ما لم يجب »^(٢) ، ولا ريب في أنّ مراده أنّ الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان ، وإن كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان ، لكن ثبوت ذلك الذي هو عنوان الضمان إنّما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها .

[٢] وحينئذٍ يتّجه هذه العبارات ولا يحتاج إلى التخريج المزبور الذي قد عرفت فساده في نفسه ، وكان السبب الداعي للمصنّف وغيره في ذكر الحكم المزبور :

أولاً : هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما في الذمّة ثمّ يتعرّف بالبيّنة [فيصح الضمان] ، وبين جعله ما يثبت بها [فلا يصح] .

وثانياً : التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته ، حيث قال : « ولو قال : أنا أضمن ما يثبت لك عليه إن لم آت به في وقت كذا ثمّ لم يحضره وجب عليه ما قامت به البيّنة للمضمون عنه »^(٣) . وهو الذي حكاه في محكي المبسوط عن قوم من أصحابنا ، وقال : « إني لم أعرف به نصّاً »^(٤) . واعترضه في السرائر بأنّه إذا لم يعرف به نصّاً كيف أوردته في نهايته^(٥) ، ثمّ إنّ أساء الأدب . ولكن انتصر الله تعالى له على لسان الفاضل في المختلف فردّه ذلك عليه ، ثمّ قال : « لا شك في عدم تحصيل هذا الرجل »^(٦) . وعلى كلّ حال فمراد المصنّف وغيره التعريض بما سمعته من النهاية .

ولكن المحكي عنها أنّ ذلك موجود في بعض نسخها ، وإلا فالأصل « ضمنت » ما ثبت لك عليه « بالفعل »^(٧) ، ولا شك حينئذٍ في صحته ؛ ضرورة كونه ضماناً للثابت بها ، لا بما يثبت بها . بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخة « يثبت » ضمان ما في الذمّة الذي طريق معرفته الثبوت بها ، وإن كان خلاف ظاهر العبارة .

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا الكلام في جميع أطراف المسألة ، والحمد لله ربّ العالمين .

(١) في الشرائع : « وهي » . (٢) المختلف ٥ : ٤٦٣ .

(٣) النهاية : ٣١٥ . (٤) المبسوط ٢ : ٣٣٥ .

(٥) السرائر ٢ : ٧٣ . (٦) المختلف ٥ : ٤٦١ .

(٧) الموجود في نسختنا « يثبت » كما تقدّم أنفاً ، وأما « ثبت » فحكاه في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٨٠ .

[ضمان عهدة الثمن]:

(الأولى: إذا ضمن) ضامن للمشتري بالمعنى الأنخص (عهدة الثمن) التي هي ضمان بالمعنى الأعم، أي الثمن الذي هو في عهدة البائع له (لزمه دركه في كل موضع يثبت) فيه (بطلان البيع من رأس).
 بظهور استحقاق المبيع مع عدم إجازة البيع، أو قبض الثمن أي مع عدم إجازة قبض الثمن وإن أجاز البيع فيه، أو فقد شرط من شروط الصحة أو نحو ذلك [١].
 (أما لو تجدد الفسخ بالتقابل) أو الخيار (أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع) المشتري (على البائع) [٢].

[١] بلا خلاف أجده فيه في الأول، بل في محكي التذكرة، وكذا مجمع البرهان نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأعصار^(١). وفي المسالك: «ظاهرهم الإطباق عليه»^(٢). كما أن صريح غير واحد عدم الفرق بين الأول والثاني، بل هو من معقد ما سمعته من المسالك. وعن جامع المقاصد: «إطباق الناس على ضمان العهدة»^(٣).
 وحينئذ إن تمّ ذلك يكون هذا الفرد بقسميه خارجاً عن بحث ضمان الأعيان، وإن كان هو منها.
 [٢] لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته، من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره. ولا ريب في حصوله مع قبض البائع له في الأول، بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد، فضمانه به حينئذ ضمان ما لم يجب، بل ظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا: إن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الأصل لا من حينه، فإنه بعد أن حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين أو الأصل، فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الأول. قال: «وفيه نظر...؛ لأنه حكم لاحق للضمان فإن المبيع حاله كان ملكاً للمشتري ظاهراً، وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن؛ لأنه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً، وإنما التلف الطارئ كان سبباً في حكم الله بعود الملك إلى صاحبه من أصله»^(٤).

وإن كان هو كما ترى مرجعه إلى التناقض؛ ضرورة اقتضائه كون المال في آن واحد ملكاً لشخص وليس ملكاً له، بل ملك لآخر. ونظير هذا وإن احتملناه في إجازة الفضولي، إلا أنه قلنا بكونه ملكاً لشخص، وبحكم الملك لآخر، فإنه لا يمنع الوضع من الشارع والتسبب كذلك، ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا. ولكن يبقى المطالبة بدليله أولاً، ومنافٍ لفرضه ثانياً؛ إذ من أحكام الملك ضمانه على من في يده، فيتجه كلام العلامة^(٥) حينئذ. ومن ذلك يعلم إرادة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به؛ ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه إلا بقبضه ألهم إلا أن يقال بكفاية السبب الذي هو العقد حينه وإن تعقب القبض الضمان نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بيب سابق، وضمان درك ما يحدث من بناء وغرس. لكن ضعف الاحتمال المزبور يبعد حمل الإطلاق المذكور على ذلك. خصوصاً من المصنف المصرح، بخلاف الاحتمال المزبور في المسألتين، والله العالم.

(١) التذكرة: ١٤: ٣٣٠. مجمع الفائدة والبرهان: ٩: ٢٩٧. (٢) المسالك: ٤: ٢٠٠.

(٣) جامع المقاصد: ٥: ٣٢٢. (٤) المسالك: ٤: ٢٠١.

(٥) التذكرة: ١٤: ٣٣٧.

(وكذا) لا يدخل في ضمان العهدة (لو فسخ المشتري بعيب) لاحق للضمان كما لو وقع قبل القبض، أو في الثلاثة [١].

بل و [بعيب] (سابق) [٢].

بل لو صرح بضمانه كان فاسداً [٣].

(أما لو طالب [المشتري البائع] بالأرض رجع على الضامن) [٤] (لأن استحقاقه ثابت عند العقد) فيتحقق

شرط الضمان، بل هو أولى من غيره [٥].

(و) لكن مع ذلك (فيه تردد) [٦].

[١] قولاً واحداً كما في المسالك^(١) وغيرها.

[٢] وفقاً للمشهور؛ لأن الفسخ به إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً.

[٣] لأنه ضمان ما لم يجب.

فما في القواعد ومحكي التذكرة من الإشكال فيه^(٢) [= في عدم الضمان في ذلك] - مما عرفت، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع، بل عن فخر المحققين^(٣) الجزم بالدخول فيه للحاجة - واضح الضعف.

ولعله لذا استقر عدم اندراج [في الضمان] بعد أسطر من الإشكال، بل جزم به بعد ذلك.

[٤] كما في القواعد^(٤) وغيرها.

[٥] لأن الأرض جزء من الثمن باقي في ذمة المشتري.

[٦] بل عن التحرير^(٥) الجزم بالعدم؛ لأن الاستحقاق له إنما حصل له بعد العلم بالعيب، واختيار أخذ الأرض.

والعيب الموجود حالة العقد لم يقتض تعيين الأرض، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرض إلا باختياره.

ولو قيل: إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المختير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره.

ففي المسالك: «لزم مثله في الثمن؛ لأنه قسمه في ذلك»^(٦).

وفيه: أن الرد غير الثمن، وإن ترتب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب إلا بالفسخ، بخلاف الأرض الثابت بالأصل؛ لكونه عوض جزء فائت، وإن كان للمشتري ارتفاق آخر، وهو الفسخ والرجوع إلى الثمن.

ودعوى عدم بثوته [= الأرض] إلا مع العلم والمطالبة به - حتى أنه لو لم يعلم أو لم يطالب لم تشتغل ذمة البائع بشيء - مخالفة لظاهر الأدلة، وقد تقدم الكلام في ذلك في محله، فلاحظ وتأمل.

(١) المسالك ٤: ٢٠٢.

(٢) القواعد ٢: ١٥٨. التذكرة ١٤: ٣٣٦ - ٣٤٠.

(٣) الإيضاح ٢: ٨٥.

(٤) القواعد ٢: ١٥٨.

(٥) التحرير ٢: ٥٥٥.

(٦) المسالك ٤: ٢٠٣.

[رجوع المشتري على الضامن إذا خرج المبيع جميعه]:

المسألة (الثانية): قد عرفت أنه (إذا خرج المبيع) جميعه (مستحقاً رجوع) المشتري (على الضامن).

(أما لو خرج بعضه) مستحقاً (رجع على الضامن بما قابل المستحق) [١].

(وكان في الباقي بالخيار) [٢].

(فإن فسخ رجع بما قابله على البائع خاصة) [٣].

بل لا يصح ضمانه له لو صرح به [٤].

[لو ضمن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس]:

المسألة (الثالثة): إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه (من بناء أو غرس) مثلاً في الأرض المشتراة لو

خرجت مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه، أي تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً (لم يصح؛ لأنه ضمان ما لم

يجب) حال الضمان [٥].

بل (قيل) [٦]: و(كذا) لا يجوز (لو ضمنه البائع) له فضلاً عن الأجنبي [٧].

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] لتبعض الصفقة.

[٣] وفاقاً للمشهور؛ لعدم اندراجها في ضمان الضامن.

[٤] لأنه من ضمان ما لم يجب.

خلافاً للمحكي عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع؛ لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب^(١).

وفيه: أن ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البائع له حتى يصح ضمانه عنه، كما عرفت الحال في المشبه به فضلاً عن المشبه،

وهو واضح.

[٥] ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البائع قبل البناء والغرس، بل ولا بعده، وإنما يستحقه عليه بعد القلع. نعم سبب ذلك -وهو

استحقاق الأرض -موجود حال الضمان، لكن قد عرفت أن الأصح عدم الاكتفاء بذلك. خلافًا للشهيد في المعة فجوزه لذلك

وللحاجة إليه^(٢). (و) كأنه مال إليه أو قال به في الروضة^(٣).

[٦] والقائل الشيخ في محكي المبسوط والفاضل ولده وثاني المحققين والشهيد^(٤).

[٧] لأن ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو وقع، لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان.

لكن في القواعد إشكال^(٥).

وعن التذكرة: أنه قرب الصحة، وقال: «منع كون المضمون عنه غير واجب»^(٦).

(٢) اللغة: ١٣٥.

(١) المبسوط ٢: ٣٢٨.

(٣) الروضة ٤: ١٢٤.

(٤) المبسوط ٢: ٣٢٨، التحرير ٢: ٥٥٦، الإيضاح ٢: ٨٩، جامع المقاصد ٥: ٣٤٠، المسالك ٤: ٢٠٥.

(٦) التذكرة ٢: ٣٤١.

(٥) القواعد ٢: ١٦٠.

(و) في المتن (الوجه الجواز؛ لأنه لازم بنفس العقد) [١].

قلت: يمكن إرادة المصنّف بما ذكره من أن الوجه الجواز، اشتراط ضمان ذلك على البائع في عقد البيع [٢]
[وأما ضمان البائع بالضمان المصطلح فهو غير معقول]. وكيف كان فهذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشتري

عن البائع.

وأما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبائع عن المشتري فلا إشكال فيه إذا كان ديناً، بمعنى نقل ما في ذمة

المشتري إليه.

وكذا ضمانه لو خرج مستحقاً فيما إذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري الذي مرجعه إلى الأول أيضاً، أو إلى

أرشه إن كان معيباً كما إذا كان شخصياً، فإن ضمان عهده عن المشتري حينئذٍ ذلك.

وليس هو من ضمان الأعيان كما أشرنا إليه سابقاً، بل هو من ضمان ما في الذمة، فتأمل جيداً.

[١] إلا أنه تنظر فيه في المسالك بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان، مع عدم اجتماع شرائطه التي من جعلتها لكونه ثابتاً حال الضمان، فعدم الصحة أقوى^(١). وقد تبع بذلك المحقق الثاني، حيث إنه أنكر على إشكال الفاضل في القواعد، بأنه إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له؛ لأن ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً؛ لأنه ضمان ما لم يجب بعد^(٢). وإلى هذا أشار في المسالك بقوله: «فالحال ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنه ثابت بغير إشكال، بل في ثبوته بسبب الضمان، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه الرجوع بسبب البيع، [ف] يبيح له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما فإنه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء، وفيما لو كان قد شرط على البائع ضماناً بوجه صحيح، فإن صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط، وإن لم يحصل للمشتري نفع جديد. فقد ظهر أن هذا الضمان قد يفيد فائدة أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته، وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً، ضمن أم لم يضمن؛ لأن هذه الفوائد الأخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن»^(٣).

[٢] تعريضاً بما وقع في محكي المبسوط^(٤) الذي أشار إليه المصنّف بلفظ «القليل»، من أنه إن شرطاً ذلك في نفس البيع بطل البيع.

بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع: «وقيل: وكذا لو ضمنه البائع ولو شرطه في نفس العقد». والوجه حينئذٍ فيما ذكره المصنّف واضح؛ لأنّ المشروط لازم للبائع بنفس العقد، فلا مانع من اشتراطه ليرتب عليه ما ذكره في المسالك^(٥) من الفائدة الأولى. ولا تغدح جهالته بعد أن كان لازماً له، نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس، وإن كان لا يخلو من بحث عندنا. وعلى كلّ حال فالمراد ذلك [= شرط الضمان في نفس العقد]، لا الضمان المصطلح؛ إذ هو غير معقول. ضرورة أنه لا وجه لأن يضمن الإنسان عن نفسه. فمن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل في ذلك.

(١) (٣) (٥) المسالك ٤: ٢٠٥.

(٢) جامع المقاصد: ٣٤٠.

(٤) المبسوط ٢: ٣٢٨.

وكذا ضمان نقصان الصنعة التي يزن بها الثمن أو المثمن للبائع أو المشتري [١].

لكنه لا يندرج في إطلاق ضمان العهدة، ومثله ضمان رداء الجنس فيهما أيضاً.

[حكم ما لو كان على رجلين مال وضمن كل واحد منهما ما على صاحبه]:

المسألة (الرابعة: إذا كان له على رجلين) مثلاً (مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه) بإذنه دفعة واحدة ورضي المضمون له بذلك وتساوى المالان من جميع الوجوه (تحوّل ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه) [٢]. وكان فائدة هذا الضمان صيرورة كل واحد منهما بضمانه فرعاً وبمضمونيته أصلاً فيتعاكسان، وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما [٣].

كما أن فائدته مع اختلاف الدين قلة وكثرة، وحلولاً وتأجيلاً، والضمان كذلك واضحة.

بل في الفرض لو شرط أحدهما الضمان في مال بعينه وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الأداء أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء؛ لسبق تعلّق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه، مع فرض كون الضمان بإذنه، ويتعلّق به حينئذٍ حقّ الغرماء.

فإذا كان قد أدّى الآخر عنه قبل الحجر عليه ضرب مع الغرماء ولا يتساقط معه؛ لتعلّق حقّ الغير بما عليه. بل يكون له حصته ويبقى الباقي في ذمّة المفلس، كما هو واضح.

ولو قبل المضمون له ضمان أحدهما دون الآخر كان الجميع عليه.

فإن دفع النصف مثلاً انصرف إلى ما قصد، ويقبل قوله مع اليمين.

فإن أطلق قسّط في وجه قوي، تقدّم نظيره في الرهن.

ويحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك أو القرعة.

نعم لو أبرأ تعيّن ما قصده.

فإن أطلق فالتقسيط مع احتمال القرعة أيضاً بناءً على أنّها للأعم من المشتبه موضوعاً في الواقع.

ولو ادّعى الأصل قصده في الإبراء ف[لقد قيل: [٤] في توجه اليمين عليه أي المضمون له أو على

الضامن إشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد. و[قيل: [٥] إنّه استوجه القرعة.

[١] كما صرح به غير واحد.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال؛ لاجتماع شرائط صحّة الضمان في كلّ منهما.

[٣] لأنّ الضمان أداء وغير ذلك.

[٤] [قاله في القواعد^(١).

[٥] [وذلك عن المحقق الثاني^(٢).

ولعلّ الظاهر أنّ الدعوى بين الضامن والمضمون عنه ، دون المضمون له ، وحينئذٍ فإن صدّقه المضمون له كان القول قوله ، كما أنّ القول قول الضامن إن صدّقه .

وإن لم يمكن الرجوع إليه لموت ونحوه فقد يقوى القرعة حينئذٍ ، بعد اتفاقهما على أنّه قد قصد مخصوصاً ، وقلنا بعدم شغل ذمّة المضمون عنه إلّا بالأداء [١] .

أمّا مع عدم العلم فالحمل على الإطلاق متّجه .

ولو ادّعى أحدهما على الآخر العلم كان له اليمين على نفيه ، والله العالم .

(ولو قضى أحدهما ما ضمنه) عن صاحبه (برأ) من ضمانه (وبقي على الآخر ما ضمنه عنه) .

(و) كذا (لو أبرأ الغريم أحدهما برأ) هو (ممّا ضمنه دون) ما ضمنه (شريكه) [٢] .

هذا كلّّه في ضمان كلّ منهما ما على الآخر .

أمّا لو ضمن اثنان عن واحد فإن كان على التعاقب فالضامن من رضي المضمون له بضمانه ، بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق .

وإن كان ضمانهما دفعة فالضامن من رضي به منهما .

وإن رضي بهما كذلك ففي الصّحة مع التقييط بالنصف في الفرض والثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا ، أو الصّحة مع التخيير ومطالبة من شاء منهما ومطالبتهما معاً [٣] .

[١] لعدم أصل يرجع إليه حينئذٍ .

[٢] بل قد يقال بعدم الرجوع له عليه ، وإن أدى سابقاً ، بل وإن لم يؤدّ الآخر ؛ بأن أبرأه ، الغريم ممّا عليه مثلاً لحصول التهاتر بينهما قهراً بمجرّد ضمان كلّ منهما بإذن الآخر . لكنّه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه . ويمكن أن يقال : إنّه وإن قلنا باشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن إذا كان قد أدّن له في الضمان وإن لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدّي .

إلّا أنّ الظاهر كون ذلك على جهة المراجعة ، فإن لم يؤدّ لإبراءه ونحوه ينكشف عدم اشتغالها ، وإن أدى تبين اشتغالها ، فلا تهاتر حينئذٍ في الفرض .

وكذا لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الأداء ، فتأمل جيّداً .

فإنّ المسألة غير محزّرة في كلامهم ، وسيأتي عن قريب بعض الكلام فيها إن شاء الله .

[٣] كما عن ابن حمزة في الوسيلة وسمّاه بضمان الانفراد ، وعكسه - وهو ضمان الواحد عن جماعة - ضمان الاشتراك^(١) . بل قيل : « إنهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال : ألق متاعك ، وعلى كلّ واحد منّا ضمانه »^(٢) . بل عن الفاضل في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية ، وفي الأموال كالأيدي المتعاقبة على المغصوب^(٣) .

الضمان / حكم ما لو رضي المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه ٤٢٩

أو بطلان الضمان من أصله [١] .

أقوال [٢] .

ولكن لا يخفى على من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوة الأخير منها [٣] .

[حكم ما لو رضي المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه] :

المسألة (الخامسة : إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون

عنه) المفروض إذنه بالضمان (إلا بما أذاه) [٤] .

بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحق ، وإلا رجع بالحق خاصة .

فالضابط حينئذ الرجوع بأقل الأمرين ممّا أذاه ومن الحق في كلّ موضع له الرجوع [٥] .

نعم لو قبض منه الجميع ثمّ وهبه بعضه أو جميعه جاز له الرجوع لصدق الأداء .

بل لعلّه كذلك إذا احتسبه من حقّ زكاة عليه مثلاً .

(ولو دفع عوضاً ^(١) عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين) من القيمة والدين ، من غير فرق بين أن يكون قد رضي

المضمون له به عنه بغير عقد ، وبين ما لو صالحه عنه بالدين .

نعم لو صالحه عليه بما يتساوى الدين في ذمّته وقاصّه به اتّجه رجوعه به ؛ لثبوتها له في ذمّته وأدائها عن

الدين .

مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة [٦] .

[١] كما عن المختلف ^(٢) وجامع المقاصد ^(٣) .

[٢] ومن هنا قال في القواعد : « إشكال » ^(٤) .

[٣] وما ذكره الفاضل [في درسه] من وجود النظر لو سلم أنّه مثله لا يصلح دليلاً للمسألة .

مع أنّه قد تقدّم ممّا في المباحث السابقة ما يستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الأيدي المتعاقبة ، والله العالم .

[٤] لما عرفت سابقاً من أنّه ليس له إلا ذلك نصّاً وفتوى .

[٥] وكأذّ المصنّف أشار بما ذكره إلى خلاف بعض ^(٥) العامة الذي جوّز الرجوع مع الإبراء عن الكلّ أو البعض ؛ لأنّه هبة له خاصة

من ربّ الدين ، وهو باطل عندنا ؛ لما عرفت .

[٦] لأنّ وضع الضمان على الارتفاق .

ولعلّه لذا توقّف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة ^(٦) ، والله العالم .

(٢) المختلف ٥ : ٤٦٧ .

(١) في بعض النسخ : « عرضاً » .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ٣٤٢ .

(٤) القواعد ٢ : ١٦٠ .

(٥) المجموع ١٠ : ٣٩١ - ٣٩٢ .

(٦) التذكرة ١٤ : ٣٥٩ - ٣٦٠ .

[حكم من ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن]:

المسألة (السادسة: إذا ضمن عنه ديناراً) مثلاً (بإذنه فدفعه) المضمون عنه (إلى الضامن فقد قضى ما عليه) (١). [ولعل الأقوى أنه لا تشتغل ذمة المضمون عنه، إلا حين أداء الضامن].
وحينئذ لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاءً، بل هو مدفوع ليكون وفاءً له إذا أدى (٢).

[١] بناءً على اشتغال ذمته له بضمانه عنه المأذون فيه، وإن كان لا يستحق الرجوع عليه إلا بالأداء؛ لأنّ الضمان نوع أداء، والفرض حصوله بإذنه، فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه فيصَحّ حينئذٍ الدفع له، وفاءً كما يصَحّ للضامن إبراء ذمة المضمون عنه قبل الأداء. وهذا كله لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له إلا بالأداء؛ للدليل. نعم قد يقال: إنّ الدفع وفاءً مثلاً وكذا الإبراء، مراعى بحصول الأداء منه، فإن حصل استقرّ ذلك، وإلاّ انفسخ ورجع المال إلى المضمون عنه. أو يقال: إنّ ذلك على الكشف، بمعنى أنّه بحصول الأداء ينكشف وقوعه في محله، وإلاّ انكشف عدم شغل ذمته من الأصل. لكن ذلك ونحوه لا نرى أحداً مصرّحاً به من الأصحاب.

بل في المسالك^(١) والمحكي^(٢) من غيرها ما يقتضي خلافه، وأنه لا تشتغل ذمة المضمون عنه إلا حين أداء الضامن. ولعله للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداءً بالنسبة إلى ذلك، وإن كان هو كالأداء بالنسبة إلى براءة ذمة المضمون عنه. فلا سبب حينئذٍ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالإذن بالضمان؛ لقاعدة احترام مال المسلم.
وحينئذٍ فالنصوص^(٣) الدالة على عدم الرجوع إلا به، وإلاّ بمقدار ما أدى كاشفة عن ذلك.
لأنّها مخصصة لقاعدة تسلّط من له الدين على من عليه. ولا أنّها مفيدة لأحكام آخر يصعب إلزامها.
ولعلّ هذا هو الأقوى.

[٢] بل في المسالك «لا يبعد كونه [= ما دفعه إلى الضامن] مضموناً عليه؛ لقاعدة على اليد، وكونه كالمقبوض بالسوم، واستشكل فيه في التذكرة بعد أن حكم به. نعم لو قال المضمون عنه للضامن: اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده أمانة، والفرق بينه وبين ما سبق واضح؛ لأنّه دفعه في السابق إليه إمّا مطلقاً أو أنّه الحق المضمون، وعلى التقديرين ليس مستحقاً عليه للضامن، بخلاف قوله: اقض به ما ضمنت، لأنّه وكالة في قبضه ودفعه»^(٤).

قلت: قد يقال: إنّ مرجح الأوّل إلى الأمانة أيضاً؛ ضرورة عدم كونه وفاءً فعلاً قبل الاشتغال، فليس هو إلا على ملك المضمون عنه. بل لابدّ من التزام التوكيل للضامن في قبضه وفاءً بعد الأداء، فلا ضمان حينئذٍ.
والقياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا. وقاعدة: على اليد مخصصة بالأمانة.
ولعله استشكل فيه في التذكرة^(٥)، وهو في محله.

نعم لو دفعه له بعنوان القرض له مقدّمة لحصول التهاتر بعد الأداء أمكن، لكنّه غير المفروض.

(١) المسالك ٤: ٢٠٧. (٢) المتاهل ١٤٣.

(٣) انظر الرسائل ١٨: ٤٣٣، ب ١١ من الضمان.

(٤) المسالك ٤: ٢٠٧-٢٠٨.

(٥) انظر التذكرة ١٤: ٣٥٠.

[والصحيح أنه لا ضمان على الضامن فيما دفعه إليه ، بل لابد من التزام التوكيل للضامن في قبضه وفاءً بعد الأداء] .

(و) كيف كان فـ (لو قال) أي الضامن [١] للمضمون عنه : (إدفعه) أنت (إلى المضمون له فدفعه فقد برئاً) [٢] . ولو فسرت العبارة بارجاع ضمير « قال » إلى المضمون عنه أي قال للضامن : إدفعه إلى المضمون له فقد برئاً معاً كان ممكناً [٣] .

(و) يكون هذا كما (لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير إذن الضامن) فإنه لا إشكال [٤] في أنه إذا كان كذلك (برأ الضامن والمضمون عنه) بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه ؛ لعدم الأداء منه عنه ، كما هو واضح . ولو تبرع متبرع بالضمان ثم سأل آخر الضمان عنه فضمن وأذى رجع عليه دون الأصل . ولو أنكر المضمون عنه الإذن في الضمان أو أنكر الدين كان القول قوله .

ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبيّنة لم يرجع على المضمون عنه إذا كان قد أنكر أصل الدين أو أصل الإذن بالأداء عنه في ضمن الضمان وغيره [٥] .

نعم لو لم ينكر أصل الدين ولا أصل الإذن بالأداء عنه ولا المضمون عنه أصل الإذن له أو ثبت ذلك بحجة شرعية كان له الرجوع على المضمون عنه مقاضة ظاهراً [٦] .

فله المطالبة حينئذ بأن يقول : إني أدّيت عنك دينك على وجه أستحقّ به الرجوع عليك . ويقيم البيّنة على الإذن إن كانت ، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن [٧] .

[١] على ما في المسالك^(١) .

[٢] أمّا الضامن فلوفاء دينه ، وأمّا المضمون عنه فلأنّ الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه .

ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن ؛ لأنّه المديون ، وقد أذن في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لأدائه فيتقاضان .

وفيه : أنّ أداء دين الضامن المأذون به بالضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ؛ إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده ، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون . كما أنّه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه ؛ لعدم حصول الأداء منه فلا تقاض حينئذ ؛ لعدم ثبوت المالين في ذمة كلّ منهما ، فتأمّل .

[٣] والوجه فيه حينئذ واضح ؛ لما عرفت .

[٤] [كما] ولا خلاف [فيه] .

[٥] ضرورة علمه بفراق ذمة المضمون عنه ، وعدم استحقاق الرجوع عليه ، وأنّه قد أخذ منه ظلماً بالبيّنة المخطئة .

[٦] لعدم منافاة إنكار الضامن لذلك ؛ ضرورة كونه أخص من استحقاق الرجوع الذي يمكن أن يكون بالإذن بالأداء من دون ضمان .

[٧] لأنّ التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتملاً على محذور جائز .

والظاهر أنه يسوغ للبيئة الشهادة بالإذن من دون تعيين الضمان الذي أنكره حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم ، وعلى كل حال فله الرجوع ظاهراً .

نعم له المقاصة باطناً إذا كان كاذباً في إنكاره الضمان بالإذن ، إلا أن يعترف له المضمون عنه بذلك . ولو أذن له بأداء دينه من دون ضمان فأدعاه المأذون وأنكره الأذن كان القول قول المأذون ؛ لأنه وكيله وأمينه ، من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه .

نعم لو قيد الأذن إذنه بالإشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو أن صدقه المستحق [١] .
نعم لو لم يقيد بذلك وأطلق الإذن أمكن الاكتفاء بإقراره ، وإن قلنا بتقصيره بترك الإشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معه . إلا أن من المعلوم كون ذلك لإرادة سقوط المطالبة والبراءة ، والفرض حصولهما بالإقرار .
وكذا لو كان الدفع بحضور الأصل [٢] .

[حكم ما لو ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وأنكر المضمون له القبض :
المسألة (السابعة) : إذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وأنكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه) [٣] .

[قيل : فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء] .
قلت : وهو كذلك وإن توجهت المخاصمة بينهما ويتوجه له اليمين عليه ولو رد المضمون له اليمين على الضامن في الأول فحلف ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان ، أقواهما عدم . بل وكذا في استحقاقه بتصادق الضامن والمضمون له . وعلى كل حال (فـ) غي مفروض المتن (إن شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته) وإن كان الضمان بالإذن [٤] .

[١] إذ يمكن أن يكون تصديقه مواطاة ، وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصل بذلك ، بل براءة الذمة في الواقع ، ولم يحصل ما يدل عليها . اللهم إلا أن يجعل إقراره بذلك طريقاً لها أيضاً ، على أن الفرض التقييد بالإشهاد ولم يحصل .

[٢] ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل في القواعد ^(١) ، فلاحظ وتأمل ، فإن فيه مواضع للنظر .
بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسألة في الضمان ، ومن المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه ، ولذا فرضناها في المأذون بالأداء بدونه ، وقد عرفت الكلام سابقاً في الضمان ، فلاحظ وتأمل .

وقد تقدم لنا سابقاً يأتي في باب الوكالة وغيرها ما يستفاد منه أيضاً وجه النظر في جملة من ذلك ، فلاحظ وتأمل جيداً ، والله العالم .

[٣] لأصالة عدم القبض . وفي المسالك : « وحينئذٍ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء ؛ لعدم تحقق غرمة المشروط به استحقاق الرجوع » ^(٢) .

[٤] لأنه حينئذٍ شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع ، وشهادة على غيره .

نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات (مع انتفاء التهمة) [١].

هذا كله (على) مذهبنا من (القول بـ) باقتضاء الضمان (انتقال المال) [٢].

(ولو لم يكن) المضمون [عنه] (مقبولاً) لجرّ نفع أو فسق أو خصومة أو غير ذلك (فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرّة ثانية) على زعم الضامن .

(و) لكن (يرجع الضامن على المضمون عنه بما أذاه أولاً) [٣].

لا الأخير الذي هو ظالم بزعمهما فيه .

(ولو لم يشهد المضمون عنه) أي لم يصدق الضامن بدعواه (رجع الضامن) عليه (بما أذاه أخيراً) [٤]. نعم

الظاهر توجه الخصومة بينهما كما أشرنا إليه سابقاً .

كما أن الظاهر تنبيه ذلك بما إذا لم يزد المدفوع أخيراً على الأول ولا على الحق ، وإلا رجع بالأقل من

الثلاثة [٥] ، ولذا قال في بعض نسخ المتن : (و) لو قيل يرجع بأقل الأمرين ممّا أذاه أولاً وأخيراً كان حسناً ، والله العالم .

[ضمان المريض في مرضه:]

المسألة (الثامنة: إذا ضمن المريض) تبرعاً (في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح)

من كون المنجزات منه لا من الأصل ؛ إذ لا إشكال في كون الفرض منها . نعم لو ضمن بسؤال [٦].

[١] وإليه يرجع ما عن الفخر^(١) من أنّ شهادة المضمون عنه للضامن تردّ إجماعاً . وبالأداء إن أثرت في البراءة ، فكالضامن على التأمل عندهم . وفرضت التهمة فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح بأقل من الحق ، وبإعسار الضامن مع عدم علم المضمون له ، وتجدّد الحجر عليه لفسق ، وكان للمضمون عنه عليه دين ، وبغير ذلك ممّا يمكن فرضه ؛ إذ الفرض أنّها شهادة مقبولة في نفسها ، إلا إذا اقترنت بما يمنعها من جرّ نفع أو خصومة أو غير ذلك ، لا أنّها مردودة في نفسها لكونها ممّا يجزّ نفعاً باعتبار كون الدين دينه ؛ لأنّه بالضامن قد برأ عندنا ، وصار كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك .

[٢] أمّا على مذهب مخالفيها من كونه ضمّ دمة إلى أخرى فلا إشكال في عدم قبول شهادته كما هو واضح .

[٣] على الوجه الذي عرفته سابقاً .

[٤] لعدم ثبوت أداء سواه .

[٥] لأنّه إن كان هو ما غرمه أولاً فلا اعترافه بعدم استحقاق ما سواه ، وإن كان ما دفعه أخيراً فلما عرفت من عدم ثبوت غيره ، وإن كان هو الحق فلما عرفت من أنّ الرجوع إنّما هو في الأقلّ منه والمدفوع .

[٦] ففي المسالك : « هو كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه حينئذٍ أنّه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل ، وإن لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ، ولو أمكن الرجوع بالبيع فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت منه على الثلث »^(٢) . ولكن لا يخلو من نظر ؛ ضرورة كونه كالقرض ونحوه ؛ لعدم التبرع فيه بشيء .

[فالصحيح أنه كالقرض فيصح الضمان ؛ لعدم التبرع فيه بشيء.]

[حكم ما لو كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً]:

المسألة (التاسعة : إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً) بإذن المضمون عنه في ذلك وعدمه فـ [غيل] [١] (لم

يصح) .

(وكذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر ؛ لأنّ الفرع لا يرجع على الأصل) [٢] .

(و) لكن مع ذلك كله (فيه تردد) بل منع [٣] .

[الكلام في الحوالة]:

(القسم الثاني : في الحوالة):

يفتح الحاء كسحابة ، وهي مشروعة [٤] ، وليست بيعاً ولا محمولة عليه [٥] .

[١] [قاله] في المحكي عن المبسوط ^(١) .

[٢] ووافقته على ذلك فخر الإسلام والكركي ^(٢) ، بل عن المختلف أنه استحسنته ^(٣) .

بل قد عرفت أنّ الأولى مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان ، وإن كان ذلك حيثية أخرى غير ما نحن فيها ، ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه .

[٣] لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الأجل فيه ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، كما أنه لم يثبت مانعية زيادة الفرع على الأصل .

ودعوى اعتبار مشروعية الضمان على المساواة ممنوعة ، كدعوى أنّ ذلك من ضمان ما لم يجب ؛ باعتبار أنّ الحلول زيادة في الحق ، وكذا نقصان الأجل ، ولذا تختلف الأثمان باختلافه ؛ ضرورة أنّ المضمون المال ، والأجل إنما هو من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز له التبرّع بإسقاطها .

وفي وجه إن كان مع إذنه في الضمان دون الحلول لم يستحق الرجوع عليه إلاّ للأجل ، كما عرفته سابقاً . وكذا دعوى اعتبار الإرفاق في الضمان . [وهي ممنوعة] ؛ إذ لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، على أنّه مع التبرّع لا ينافي الإرفاق ، كما أنه لا يختص الإرفاق بهذه الجهة ، وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً ^(٤) ، والله العالم .

[٤] بالنص ، وإجماع الأمة ، كما عن المبسوط ^(٥) والسرائر ^(٦) .

[٥] عند علمائنا أجمع في محكي التذكرة ^(٧) .

(٢) الايضاح ٢ : ٨٢ . جامع المقاصد ٥ : ٣١٠ .

(١) المبسوط ٢ : ٣٤٠ - ٣٤١ .

(٣) المختلف ٥ : ٤٧٠ .

(٤) انظر ص ٤١٠ - ٤١١ .

(٥) المبسوط ٢ : ٣١٢ .

(٦) السرائر ٢ : ٧٨ .

(٧) التذكرة ١٤ : ٤٢٩ .

(والكلام) فيها يكون (في العقد وفي شروطه وأحكامه).

[عقد الحوالة وشرائطه]:

(أمّا الأول: فالحوالة) المتّفق على صحتها (عقد شرع لتحويل المال من دُمة إلى دُمة مشغولة بمثله) ولو

باعتبار انتقال مثله إلى المحال عليه، كما ستعرف تحقيق الحال في ذلك [١].

(و) كيف كان فـ (يشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال) [٢].

[١] فلا ينتقض بالحوالة على البريء، وإن كان الأصح عند المصنّف على ما استمع صحتها إلّا أنّ فيها خلافاً.

وقد حاول القاضل^(١) إدخالها بحذف قيد «الشغل» ولكنّه ينتقض بالضمان.

والأمر في ذلك كلّهُ سهل بعد أن ذكرنا غير مرّة أنّ المراد بها التمييز في الجملة، فهي أشبه شيء بالتعاريف اللغوية، كسهولة الأمر في أنّها عقد، أو الأثر الحاصل منه، بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع، وفي أنّ ألفاظ العقد مخصوصة، أو يحصل بكلّ ما دلّ عليه منها، إذا كان على طريق العرف واللغة بعد أن تقدّم منّا تمام الكلام أيضاً في ذلك، بل وفي حكم المعاوضة التي قد تقدّم أيضاً منّا تمام الكلام فيها.

[٢] بلا خلاف أجده في الأول والأخير، بل الإجماع بقسميه عليهما.

بل المحكي^(٢) منهما مستفيض، أو متواتر، وهو الحجة، مضافاً إلى أصول المذهب وقواعده.

لكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها أنّه يستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء فإنّه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً؛ لأنّه وفاء دينه وضمانه بغير إذنه، والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل^(٣).

وزاد في المسالك: «فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه، ويقومان بركن العقد، بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدّم لقيام العقد بغيره».

وفيه: إمكان منع صحّة هذه الحوالة؛ لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، و«أو فوّا بالعقود»^(٤) إنّما يراد منه العقود المتعارفة، أي البيع والصلح والحوالة ونحوها. فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

بل محكي^(٥) الإجماع مستفيضاً على اعتبار رضا المحيل يشهد بخلاف ذلك. كما أنّ اتفاقهم - على أنّ المحيل والمحتال من أركان عقد الحوالة، وأنّ بالإيجاب من الأول، والقبول من الثاني يتمّ العقد - يشهد بخلافه أيضاً؛ ضرورة عدم اختلاف أركانها.

ودعوى قيام المحال عليه مقام ذلك [المحيل] مصادرة محضة، مخالفة لما عرفت، فالأولى عدم الاستثناء المزبور. هذا

كلّه في الأول والأخير.

(١) القواعد ٢: ١٦٢.

(٢) المسالك ٤: ٢١٣.

(٣) المسالك ٤: ٢١٤. التذكرة ١٤: ٤٤١-٤٤٢.

(٤) المائدة: ١.

(٥) الغنية: ٢٥٧.

وأما [رضا المحال عليه ففيه خلاف وإشكال] [١] .

[١] [و] اعتبار الرضا في الثاني [= المحال عليه] فهو المشهور .

بل عن الأردبيلي : أنه لم يظهر فيه خلاف^(١) .

بل في محكي التذكرة نسبتة إلى أصحابنا^(٢) .

والمختلف إلى علمائنا^(٣) .

بل عن الشيخ دعوى الإجماع^(٤) ، وإن كنا لم نتحققه .

وإنما المحكي عن المبسوط والخلاف^(٥) ما عن الغنية والسرائر^(٦) من الإجماع على صحة الحوالة مع رضا ، بخلاف حال

عدمه .

وهو كما ترى ليس إجماعاً في المقام ، بل مشعر بوجود الخلاف ، إلا أن الظاهر إرادته ، ولو من العامة .

نعم هو محكي عن التقي^(٧) ، بل لعلّه ظاهر المحكي عن المقنعة^(٨) والنهاية^(٩) .

بل عن الفاضل في المختلف^(١٠) الميل إليه .

بل هو خيرة المقتصر والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضة^(١١) على ما حكي عن بعضها .

بل في الثاني : « إن اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضا قطعاً ... وإن لم يشترط الشغل أو كانت

الحوالة بالمخالف فلا بد من رضا قطعاً » ، وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً .

نعم هو كذلك في سابقه أي الحوالة على البريء بناءً على صحته » ، كما اعترف به غير واحد من الأفاضل .

فالبحت حينئذ [أي في اعتبار رضا المحال عليه] في مشغول الذمة ولو بغير المثل ، كما ستعرف .

وعلى كل حال فليس للمشهور بعد الإجماع المحكي الذي لم نتحققه ، بل المظنون توهمه ممّا عرفت :

١ - سوى أصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة بمعموم «أوفوا» .

وباطلاقات الحوالة ؛ إذ لا ريب في عدم اعتبار رضا في مفهومه المتحقق بالإيجاب من المحيل ، والقبول من المحتال .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٠٨ .

(٢) التذكرة ١٤ : ٤٤٤ .

(٣) المختلف ٣ .

(٤) حكاة في جامع المقاصد ٥ : ٣٠٨ . المسالك ٤ : ٢١٣ .

(٥) المبسوط ٢ : ٣١٢ . الخلاف ٣ : ٣٠٥ .

(٦) الغنية : ٢٥٧ . السرائر ٢ : ٧٩ .

(٧) حكاة في كشف الرموز ١ : ٥٥٩ . انظر الكافي : ٣٣٩ .

(٨) انظر المقنعة : ٨١٤ - ٤١٥ .

(٩) انظر النهاية : ٣١٦ .

(١٠) نقله في مفتاح الكرامة ٥ : ٤٠٤ . انظر المختلف ٦ : ٣ - ٤ .

(١١) المقتصر : ١٩٧ . التنقيح ٢ : ١٩٣ . نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥ : ٤٠٤ . المسالك ٤ : ٢١٣ . الروضة ٤ : ١٣٦ .

ومن هنا قيل ^(١) مع فرض اعتباره لا فرق بين مقارنته ولحوقه بل وسبقه ؛ إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بآيجابه ، وكونه باللفظ العربي ونحو ذلك ، بل لا يبعد كونه كاشفاً مع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي ، إلا أنه لم أجد مصرحاً به .

كما أنني لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول ، بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين ، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم أيضاً .

٢ - وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء المعلوم عدم رجوعه إلى حاصل ؛ ضرورة « تسلط الناس على أموالها » ، ولذا جازت الوكالة على استيفائه ونقله إلى الغير ببيع وصلاح ونحوهما .

٣ - وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل ، كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها .

بل في محكي التذكرة : الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع ^(٢) ، وكذا عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر ^(٣) ، وأنه لذلك سميت حوالة .

ولا ريب في توقف الانتقال إلى ذمة الغير على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور ، وأنها إنما تقتضي الوفاء بما له في ذمة الغير عما في ذمته ، خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل ذلك .

لا انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عوضاً عما له في ذمته ، ولا وجه لاقتضاءها ذلك ، مع فرض عدم قصده . نعم هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان ، بخلاف الفرض الذي هو كالوفاء .

بل يمكن إرادة كونها نافذة بمعنى اقتضاءها نقل ما في ذمة المحال عليه إلى ملك المحتال عوضاً عما له في ذمة المحيل .

ومن هنا تخيل بعض ^(٤) العامة أنها بيع أو معاوضة .

بل يمكن إرادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك أيضاً ، على معنى اقتضاءها انتقال مساوي حق المحتال في ذمة شخص آخر

غير المحيل إليه .

بل قد يقال توسعاً : إنها اقتضت نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى بالاعتبار المزبور .

وبالجملة فالمسلم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك ، وهو لا يتوقف على الرضا ؛ إذ هو حينئذٍ كنقله بغير التحويل من

البيع ونحوه .

وأما غيره فلا دليل عليه بعد إن لم يكن من مقصود المتعاقدين ذلك ، بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده .

وحينئذٍ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوة .

وإن كان الأحوط خلافه ، خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة .

(١) المسالك ٤ : ٢١٤ . الروضة ٤ : ١٣٦ .

(٢) التذكرة ١٤ : ٤٣٦ .

(٣) الخلاف ٣ : ٣٠٦ . المبسوط ٢ : ٣١٣ . الغنية : ٢٥٨ . السرائر ٢ : ٧٩ .

(٤) الاشياء والظواهر (للسيوطي) : ٣١٠ .

[و] والقول بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يخلو من قوة].

(و) كيف كان فـ (مع تحققها) جامعة للشرائط (يتحوّل المال إلى ذمّة المحال عليه) ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في ذمّة المحال عليه إليه.

بل لمّل المراد أنّه يتحوّل المال أي يتبدّل بما في ذمّة المحال عليه [١].

(و) على كلّ حال (يبرأ المحيل وإن لم يبرأه المحتال على الأظهر) [٢].

[١] خصوصاً بعد العلم بأنّ استفاضة هذه العبارة - [«مع تحققها يتحول المال إلى ذمّة المحال عليه»] حتّى حكى عليها الإجماع غير واحد^(١)، بل صدرت ممّن قد صرّح بعدم اقتضاء الحوالة النقل بالمعنى السابق، كالمحقّق الثاني والشهيد الثاني^(٢) - إنّما هو في مقابلة المحكي عن زفر^(٣) من العامة، حيث قال: بعدم تحوّل الحق عن ذمّة المحيل، وجعلها كالضمان عندهم.

[٢] الأشهر، بل المشهور:

١ - لظهور عدم الرجوع في خبر أبي أيوب -: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٤) - في البراءة المزبورة.

٢ - كخبر منصور بن حازم: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٥).

٣ - وخبر عقبة عن أبي الحسن عليه السلام: سألت عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغيّر حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: «لا»^(٦).

٤ - بل ذلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه الذي هو نقل المال الذي في ذمّة المحال عليه إلى المحتال.

لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً عمّا للمحتال في ذمّة المحيل؛ لأنّها من قبيل الوفاء فيقتضي حينئذ براءة ذمّة المحيل. خلافاً للمحكي عن أبي علي والشيخ في النهاية وأبي الصلاح والقاضي وظاهر المقنعة^(٧).

بل عن المقداد في التنقيح^(٨) اختياره، فاعتبروا براءة المحتال للمحيل وإلا لم يبرأ؛ لخبر زرارة عن أحدهما عليه السلام: في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال برأت ممّا لي عليك؟ فقال: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه،

(١) المبسوط ٢: ٣١٣، الررائر ٢: ٧٩، التذكرة ١٤: ٤٣٦.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٥٩، المسالك ٤: ٢١٤.

(٣) المجموع ١٣: ٣٣٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٤٣٣، ب ١١ من الضمان، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ٤٣٤، ح ٣.

(٦) المصدر السابق: ح ٤.

(٧) نقله عن أبي علي في المختلف ٦: ٤ - ٥، النهاية ٣١٦، الكافي: ٣٤٠، نقله عن القاضي في المختلف ٦: ٥، المقنعة ٨١٤ - ٨١٥.

(٨) التنقيح ٢: ١٩٤ - ١٩٦.

وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله»^(١).

لكنه خبر واحد موافق للمحكي عن الحسن البصري^(٢).

ومحتمل لإرادة الرجوع عليه ولو في حال الإعسار مع الجهل به.

وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة، فلا يصلح معارضاً لتلك الأخبار، ولو على جهة التقييد.

ولا لما دلت على اللزوم في عقد الحوالة المستفاد من الآية والإجماع وغيرهما.

بل ردّ هذا القول - مضافاً إلى ما ذكرنا - بالإجماع بقسميه، على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال

عليه.

ولكن قد يناقش بمنع الإجماع المزبور؛ إذ لا يتصور معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد، بل المخالف إنمّا

عبّر بلفظ «الأظهر» ونحوه.

ولو أنّ هذا الإجماع محقق لم يتصور محلّ للإبراء معها، كما لا تصحّ هي إذا وقع قبلها.

ومن الغريب ما في المسالك في المقام حيث قال: «هنا حكمان أحدهما: أنّ الحوالة تفيد نقل المال وتحوله

من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهو موضع وفاق منا ومن العامة إلّا من شدّ منهم، فإنّه جعلها كالضمان - بمعنى الضم - وفساده ظاهر» إلى أن قال: «وثانيهما: أنّ المحيل يبرأ من حقّ المحتال»^(٣) إلى آخر ما ذكره.

مع أنّه في السابق عند البحث على اعتبار رضا المحال عليه بعد أن ذكر دليل الخصم أنّها تقتضي الانتقال قال: «إنّا نمنع من

اقتضاء الحوالة النقل، بل هي إيفاء لما في ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه، ولا يشترط فيه رضاه»^(٤).

إذ مع فرض تحقّق الإجماع المزبور لا يتصور النزاع المذكور [أي النزاع في اعتبار رضا المحال عليه].

نعم ما يمكن تسليمه من الإجماع اقتضاء الحوالة النقل بمعنى انتقال ما في ذمة المحال عليه إلى المحتال، وأمّا اقتضاؤها مع

ذلك براءة ذمة المحيل على وجه ليس له الرجوع عليه وإن لم يقبض من المحال عليه فلا، عند من عرفت جمعاً بين النصوص

المزبورة بالإطلاق والتقييد.

مضافاً إلى أصالة بقاء ذمة المحيل، وإن كان الأقوى خلافه؛ لقصور الخبر المزبور عن ذلك.

ولأنّ الحوالة وإن كان الأصحّ أنّها قسم برأسه، لكنّها بحكم الاستيفاء أو الاعتياض.

وعلى كلّ حال تقتضي [أي الحوالة] براءة ذمة المحيل.

ولأنّ المراد والمقصود من المتعاقدين بها ذلك. فيعلم أن شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصدا خلافه مصرّحين لم

تشرع الحوالة، كما هو واضح، والله العالم.

(١) الوسائل ١٨: ٤٣٣، ١١ من الضمان، ح ٢، وفيه: «بمال» بدل «بما».

(٢) المغني والشرح الكبير ٥٨: ٥٥.

(٣) المسالك ٤: ٢١٤.

(٤) المسالك ٤: ٢١٣.

[الأقوى].

(ويصح أن يحيل على من ليس له (عليه دين) [١] (لكن يكون ذلك بالضمان أشبه) [٢] وإن كان فيه ما لا يخفى [٣].

١٦/٥١

[١] وفاقاً للمشهور، بل عن السرائر الإجماع عليه^(١).

وهو الحجة، بعد إطلاق النصوص السابقة، وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها. خلافاً للمحكي عن الشيخ^(٣) في آخر الباب. وربما حكى عن القاضي^(٤) وابن حمزة^(٥).

وإن كنا لم نتحققه، فانهصر الخلاف فيه.

بل المحكي عنه^(٦) في أول الباب الموافقة. وبنى الخلاف بعضهم^(٧) على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فملى الأول لا تجوز، وعلى الثاني تجوز.

وفيه: أن الأصح كونها أصلاً برأسه، وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال، والاعتياض في بعض آخر، وإلا فمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقة، ولذا لا يجب قبولها، وإن كانت على ملي، ولا بيعاً كذلك [= حقيقة]، ولذا لم يثبت لها حكم التقابض في المجلس لو كانت في النقد.

وعلى كل حال فلا دليل للخصم سوى:

١ - الأصل المقطوع بما عرفت.

٢ - ودعوى استبعاد اختلاف مقتضاها والمراد منها؛ إذ هي على مشغول الذمة انتقال، وعلى البريء معنى الضمان. ومن هنا قال المصنف [ذلك].

[٢] بل عن الكاشاني: أظهر أنها ضمان^(٨).

[٣] ضرورة عدم حصول إنشاء ذلك [= إنشاء الضمان] من المحال عليه حتى تكون ضماناً، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحوالة التي هي حينئذٍ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في ذمة البريء، أو الاعتياض عنه بذلك، وهو معنى غير معنى الضمان. بل هو قريب من الحوالة على المشغول، ومثل ذلك لا يقدح في العقد، فإن أفراد البيع مثلاً أشد من ذلك تفاوتاً. فما عن الكركي من التأمل في الجواز^(٩) في غير محله، والله العالم.

(١) السرائر ٢: ٧٩.

(٢) المائدة: ١.

(٣) المبسوط ٢: ٣٢١.

(٤) نقله عن القاضي وابن حمزة في الإيضاح ٢: ٩٣.

(٥) الوسيطة: ٢٨٢.

(٦) المبسوط ٢: ٣١٣ - ٣١٨.

(٧) المسالك ٤: ٢١٥.

(٨) المفاتيح ٣: ١٤٩.

(٩) جامع المقاصد ٥: ٣٥٩.

(وإذا أحاله على المليّ) الوفي (لم يجب القبول) [على صاحب الدين] [١].

(لكن لو قبل) الحوالة عليه (لزم وليس له الرجوع ولو افتقر) كما لو كان فقيراً من أول وقد علم به

ورضي [٢].

من غير فرق في ذلك بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه [٣].

نعم هذا كله في المحال عليه المليّ ثم افتقر.

(أما لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل) [٤].

[١] بلا خلاف أجد فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

بل قد عرفت المحكي منه [= من الإجماع] على رضا المحتال مستفيضاً، مضافاً إلى الأصل السالم عن معارضة ما دلّ على

وجوب قبول الوفاء من باذله، بعد معلومية عدم كونها وفاءً حقيقة، على وجه تندرج في إطلاق تلك الأدلة، بل هي ناقلة كما عرفت.

فما عن داود الظاهري^(١) من الوجوب:

١ - لذلك.

٢ - وللنبي ﷺ المرسل: «إذا أحيل أحدكم على المليّ فليحتل»^(٢). الذي لم نجده في طرقنا ولا جابر له ولا شاهد

وينبغي حمله على النذب، واضح البطلان.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، بعد معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة، مضافاً إلى النصوص السابقة، خصوصاً خبر عقبة^(٣)

منها. بل عن الخلاف: أنه المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام.

فما عن أبي حنيفة من أنّ له [أي المحتال] الرجوع إذا جحده المحال عليه، أو مات مفلساً، وعن عمر وأبي

يوسف ومحمد بن الحسن إذا أفلس وجبر عليه الحاكم^(٤) واضح الفساد.

[٣] لإطلاق النص ومعقد الإجماع وغيرهما من أصالة اللزوم ونحوها. بل عن المختلف الإجماع على ذلك صريحاً^(٥). خلافاً

للمحكي عن سائر^(٦) فجوز الرجوع مع عدم الأخذ؛ لعدم تمتة القبول بدونه. وهو شاذ نادر واضح الضعف.

[٤] بلا خلاف أجد فيه، كما عن الغنية^(٧) الاعتراف به، بل في محكي التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٨)، والسرائر

إلى أصحابنا^(٩)، بل عن الخلاف الإجماع عليه^(١٠).

وهو الحجة بعد النصوص السابقة، وقاعدة الضرر وغيرها.

(١) المجموع ١٣: ٤٣٣.

(٢) سنن البيهقي ٦: ٧٠.

(٣) تقدّم في ص ٤٣٨.

(٤) المختلف ٦: ٦.

(٥) الغنية: ٢٥٧.

(٦) السرائر ٢: ٧٩.

(٧) المجموع ١٣: ٤٣٥.

(٨) المراسم: ٢٠١.

(٩) التذكرة ١٤: ٤٣٤.

(١٠) الخلاف ٣: ٣٠٧ - ٣٠٨.

بل [الظاهر] [١] ثبوت الخيار أيضاً حتى لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر [٢].

وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان: أقواهما الثاني [٣].

ثم إنَّ الظاهر إرادة الإعسار من «الفقر» في كلام المصنّف [٤]. كما أنّه المراد من «الإفلاس» في النصّ، لا تحجير الحاكم بالإفلاس. نعم الظاهر ثبوت الخيار له وإن بذل المال بقرض ونحوه، بل ولو تبرّع متبرّع عنه [٥]. وقد تقدّم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام، كغيره من أحكام الأجل واشتراط الخيار وغير ذلك ممّا لا فرق فيه بين الضمان والحوالة، خصوصاً إذا كانت على البريء.

(وإذا أحوال بما عليه) على مشغول له بذلك، أو بريء بناءً على الصّحة (ثمّ أحوال المحال عليه) المحال (بذلك الدين) كذلك (صح) [٦].

(وكذا لو ترامت الحوالة) بتعدّد المحال عليهم واتّحاد المحال، كما لو أحوال المديون زيداً على عمرو ثمّ أحوال عمرو زيداً على بكر ثمّ أحوال بكر زيداً على عمرو وهكذا [٧]. ويتعدّد المحتال أو المحيل واتّحاد المحال عليه، كما لو أحوال المحتال من له عليه دين على المحال عليه وهكذا، بل كما يصحّ تراميها يصحّ دورها، كالضمان بأن يعود إلى المحيل الأوّل إذا فرض شغل ذمّته للمحال عليه، أو قلنا بصحتها على البريء [٨]. (وإذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة فـ) هو كما لو قضاه أجنبي المعلوم حكمه بأنّه (إن كان بمسألة المحال

[١] [إذ] ظاهر إطلاق النصّ والفتوى [على] ما صرح به جماعة من أنّه ذلك [١].

[٢] لتحقق المقتضي له فيستصحّب. وليس العلة الإعسار ما دام ليزول بزواله. ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق، ويمكن أن يكون ذلك حكمة لا علة.

وعن الفخر أنّه بنى ذلك على كون علل الشرع معرّفات أو علل حقيقية، وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثّر أو محتاج^(١).

فعلى الأوّلين يثبت الخيار، وعلى الثاني من الثاني [أي كون علل الشرع علل حقيقية وأنّ الباقي محتاج إلى المؤثّر] يزول [أي الخيار]. ولا بأس به بعد معرفة كون علل الشرع معرّفات، وعدم احتياج الباقي في بقائه إلى غير الأوّل، كما هو محرز في محلّه.

[٣] للإطلاق وغيره، كما ذكرنا في نظائره.

[٤] اقتصاراً على المتيقن فيما خالف قاعدة اللزوم.

[٥] للإطلاق. ومنه يعلم أنّ ليس المدار على قاعدة الضرر، على وجه يدور الحكم معه.

[٦] بلا خلاف ولا إشكال؛ لاجتماع شرائط صحتها فتندرج في إطلاقها المندرج في آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

[٧] لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

[٨] بل لم نجد خلافاً هنا وإن سمعته في الضمان، كما هو واضح.

عليه رجوع عليه ، وإن تبرّع لم يرجع ، ويبرأ المحال عليه [١] .

(ويشترط في المال) المحال به [أن يكون معلوماً] [٢] . إلا أن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال [٣] [إن لم يتمّ الإجماع] . وكذا يعتبر فيه أن يكون (ثابتاً في الذمة) أي ذمة المحيل ، ولو متزلزلاً ، فلا حوالة في غير الثابت فيها ، وإن وجد سببه كمال الجعالة مثلاً قبل العمل ، بناءً على عدم ثبوته في الذمة قبله ، فضلاً عما لم يوجد سببه كالحوالة بما يستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان . بل في بطلان الحوالة في المتزلزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر ، وإن وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك . نعم تصح الحوالة بالثابت في الذمة (سواء كان له مثل كالطعام ، أو لا مثل له كالعيد والثوب) [٤] . من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً أو على بريء [٥] . فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلاً بماله في ذمة آخر ، أو كان بريئاً وأراد إثباته في ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان لم يكن وجه للإشكال في صحته . كما لا وجه للإشكال في صحة ذلك لو

[١] ضرورة كونه بالحوالة قد برأت ذمته ، فيكون حينئذ أدأؤه كدأه الأجنبي الذي قد علمت حكمه .

[٢] في المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل عن مجمع البرهان : **لعله لا خلاف فيه** ^(١) . بل في المحكي عن التحرير : « يجب أن يكون معلوماً ، فلا يصح بالمجهول إجماعاً » ^(٢) . بل في مفتاح الكرامة : « لم نجد المخالف . وإنما ذكرت الصحة مع الجهل احتمالاً في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان . نعم لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرهما . ولعله وإن أمكن أن يكون ذلك [= عدم ذكر شرط معلومية المحال به] لمعلوماته » ^(٣) .

[٣] إن لم يتمّ الإجماع المزبور ، خصوصاً على ما يظهر من قواعد الفاضل ، من اعتبار علم الثلاثة ^(٤) ؛ ضرورة عدم الدليل عليه إلا دعوى الغرر الذي لم يثبت منعيته على الإطلاق ، حتى لو قلنا بأن الحوالة اعتياض ، فإنه أيضاً لم يثبت منعيته في مطلق المعاوضة . وأما على القول بأنها [= الحوالة] استيفاء فقد قيل : إنه لا يمكن استيفاء المجهول ^(٥) . ومنعه واضح ، خصوصاً بعد ما عرفت من صحة ضمان المجهول ، ويلزم ممّا تقوم به البينة . فالأولى إحالة ذلك على ما سمعته في الضمان ، خصوصاً في الحوالة على البريء التي هي شبيهة به ، وخصوصاً مع فرض إمكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع إلى دفتر ونحوه ، أو كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته عن مئة مثلاً ، وعدم نقصانه عن عشرة ، على أنّ الحوالة به على جهالته تقتضي ثبوته في ذمة المحال عليه ، نحو ما كان في ذمة المحيل ، فيرجع معه إلى الصلح ونحوه . نعم يتمّ ذلك في الجهالة بسبب الإبهام كالحوالة بأحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

[٤] لإطلاق الأدلة وعمومها .

[٥] خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه وابن حمزة ، فمنعنا من الحوالة بالقيمي ؛ للجهالة ^(٦) .

وضعفه واضح ، بعد معلومية صحة التسلم وغيره فيه ، باعتبار انضباطه بالوصف .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٠٩ .

(٢) التحرير ٢ : ٥٧٥ .

(٣) مفتاح الكرامة ٥ : ٤٥٥ .

(٤) القواعد ٢ : ١٦٢ .

(٥) المبسوط ٢ : ٣١٢ - ٣١٣ . الوسيلة : ٢٨٢ .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ٣٥٨ .

فرض كون الثابت في الذمة قيمة القيمي بإتلاف ونحوه [١].

(و) كيف كان فـ [سـ قد قيل: [٢] إنه (يشترط) في صحة الحوالة (تساوي المالين) أي المحال به والمحال عليه (جنساً) ونوعاً (ووصفاً) [٣]. على أن في الحكم بالبطان (تقصياً من التسلّط على المحال عليه) بما لم تشغل ذمته به (إذ لا يجب) عليه (أن يدفع إلا مثل ما عليه) [٤].

[١] ضرورة كون الحوالة حينئذٍ بالقيمة التي هي مثلية، فليس حينئذٍ للجهة التي ذكرها محلّ حتى مع فرض تعذّره الموجب للرجوع إلى القيمة كالمثلي. بل لا يبعد - إن لم يكن إجماعاً - جواز الحوالة بالأعمال على البريء أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها، بناءً على أنها بحكم المال، بدليل صحة وقوعها ثمنًا للمبيع، وعوضاً للخلع، ومهرًا في النكاح، من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره. وحينئذٍ فيصح إحالة مشغول الذمة بقراءة القرآن أو زيارة أو صلاة أو حج أو غير ذلك على بريء، أو على مشغول الذمة له بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه. لكن لم أجد مصرحاً به، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

[٢] [كما] عن الشيخ في أول الباب من المبسوط وابني زهرة وحمزة والقاضي^(١).

[٣] بل لعلّه ظاهر النافع^(٢) وغيره ممّا عرّف فيه الحوالة: بتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله. بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين^(٣)؛ للأصل، بعد عدم إطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض، ولا سيرة كاشفة ولا غيرهما ممّا يطمئن به. و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) وقد ذكرنا غير مرّة أنّ المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب الفقهاء، فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من أفراد نوع منها، بعد أن لم يكن في أدلته بالخصوص إطلاق صالح لشموله.

[٤] وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلة أو وفاء للأدلة الخاصة التي لا تشتمل الحوالة قطعاً، وإن كان لها حكم الوفاء في بعض الأحوال دون بعض، كما عرفته سابقاً. ولعلّه إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم، بأنّ حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنائير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟! فإنّ الحوالة إن كانت استيفاءً كان بمنزلة من استوفى دينه، وأقرضه المحال عليه، فحقّه الدراهم لا الدنانير. وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو وصف، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاشتراط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلّط على المحال عليه بما ليس في ذمته^(٥). بتقريب كون المراد أنّ الثابت من مشروعية الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور لا غيره، وحينئذٍ لا تقتضي غيره وإن تراضيا؛ لأنّ تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقد، لا يكون مقتضياً لترتب ذلك عليه وإن قصده وتراضيا به.

(١) المبسوط ٢: ٣١٣، الفتنى: ٢٥٨، الوسيلة: ٢٨٢. نقله عن القاضي في المختلف ٨: ٦.

(٢) المختصر النافع: ١٦٦. (٣) التذكرة ١٤: ٤٥٤.

(٤) المائدة: ١. (٥) مفتاح الكرامة ٥: ٤١٠.

(و) لكن مع ذلك كله قال المصنّف: (فيه تردّد) [١].

[١] بل عن المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح اختيار الجواز^(١).

بل في المسالك: «أنه إن اشترطنا رضا المحال عليه وجوّزنا الحوالة على البريء فلا وجه للمنع أصلاً؛ لأنّه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس تصح، فإذا كان ورضي تعيّن الجواز، بل يتعيّن القول به متى اعتبرنا رضاه خاصّة؛ لأنّ الحوالة إن كانت استيفاءً كما هو الظاهر، فلاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كانت اعتباطاً فكذلك؛ لجواز المعاوضة على المختلفين وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه.

نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البريء أنّ الحق لم يتحوّل إلى الدنانير، وأنما لزم المحال عليه للمحتال دنانير، وبقيت الدراهم في ذمّته للمحيل، فيعتبر في التقاض تراض جديد. وهذا حسن، إلّا أنّ الأول أجود؛ لحصول التراضي سابقاً على تحوّل الحق إلى ما في ذمّة المحيل. وحينئذٍ فالتسلّط الذي هربوا منه انتفى منعه بالتراضي».

ثم قال: «وقد تحرّر من ذلك أنّ القائل بعدم صحّة ذلك لا يتمّ له مطلقاً، إلّا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البريء، وإلّا صحت الحوالة هنا.

إلّا أنّها تكون كالحوالة على من لا دين له عليه، لا أنّها تقع باطلة مطلقاً؛ إذ لا تقصر عن تلك. وأنّ القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتّجه له القول هنا بالصحة، سواء تحوّل الحق إلى جنس المحال به أم بقي كلّ واحد بحاله؛ لتوقّف كلّ واحد من القسمين على التراضي، فإنّ الأول استيفاء من غير الجنس أو معاوضة عليه، والثاني حوالة على البريء وكلاهما مشروط بالرضا. نعم لو قصد بالحوالة تحوّل حقّ المحتال إلى ما في ذمّة المحال عليه أتّجه القول بالجواز، من دون رضا المحال عليه، وسقط معه محذور التسلّط الذي جعلوه مانعاً»^(٢) انتهى كلامه ونقلناه بطوله؛ لأنّه أقصى ما قيل في المسألة.

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم إفادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة ذلك؛ لعدم الدليل.

وما ذكرناه أيضاً من أنّها عقد مستقل برأيه، وإن ثبت له بعض أحكام الأداء، وبعض أحكام المعاوضة، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي ترتّب جميع أحكامها، كما هو واضح. وأمّا ما ذكره من بناء المسألة على جواز الحوالة على البريء، فهو خارج عن المقام قطعاً؛ ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المخالف، لا الحوالة على من عليه الحق، مع قطع النظر عن ذلك. ودعوى صيرورتها حوالة على بريء مع فرض قصد الجميع: الحوالة على نفس الحق كما ترى.

وبذلك يظهر أنّ هذه المتعبدية التي ذكرها لا طائل تحتها، وأنما وجه المسألة هو إثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل وعدمه، فبين جازم في الأوّل، وجازم في الثاني، ومتروك.

(١) المبسوط ٢: ٣١٧، التذكرة ٤٥٤-٤٥٥، التحرير ٢: ٥٧٦، نقله عن الحواشي وإيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥: ٤٠٩، لللمعة: ١٣٧.

التنقيح ٢: ١٩٢، ١٩٥، جامع المقاصد ٥: ٣٦١، المسالك ٤: ٢١٩-٢٢٠، الروضة ٤١: ١٤٢-١٤٣، المفاتيح ٣: ١٤٩، وفيه:

التقابض، بدل «التقاضى»، ولا يتوجه، بدل «لا يتجه»، (٢) المسالك ٤: ٢١٩-٢٢٠.

ولا ريب في أنَّ [الظاهر] [١] العدم [أي عدم اعتبار تساوي المالين]، ولو للشك في ذلك [٢]. والاحتياط في ذلك غير خفي، ولو بأن يقلب حق المحتال إلى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك، ثم يحيله عليه، أو بغير ذلك. (ولو أحوال) على محال (عليه فقبل وأدى ثم طالب بما أداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه) [٣].

(و) حينئذٍ (يرجع على المحيل) بما أداه [٤]، ولكن المتبج تقديم قول المحيل لو اشترطنا في الحوالة

[١] [إذ] مقتضى الأصول [ذلك].

[٢] لعدم الإطلاق الذي يوثق به، فضلاً عن غيره، كما عرفته مفضلاً.

[٣] لأنَّ الأصل البراءة.

[٤] ورضاه بعقد الحوالة أعم من اشتغال ذمته؛ لما عرفت من صحتها على البريء. بل في المسالك ومحكي جامع المقاصد ومجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه^(١). قال في الأول منها: تساقط أصلي البراءة وصحة العقد بالتعارض، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها؛ لاتفاقهما على الإذن، وإنما اختلفا في أمر آخر، فإذا لم يثبت ما اختلفا فيه، يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع، على أنَّ في زوال الإذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه هنا يأتي تحقيقها إن شاء الله في الوكالة المعلقة على شرط. وفيه: أنَّ المتبج تقديم قول المحيل، مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة المحمولة على الصحيح، القاطع لأصل البراءة، ولاقتضاء الرجوع بالإذن؛ ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمة. أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة ولكن أحوال عليه بإذنه لاحقاً أو سابقاً فعن التذكرة^(٢) ذلك أيضاً؛ لورود أصل الصحة على أصل البراءة، وانقطاعه به. لكن قد يناقش بعدم اقتضاء أصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من أركانها [= الحوالة]. فهي حينئذٍ صحيحة في حق المحيل والمحال، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعي الصحة منهما، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها؛ إذ القول الذي قام به العقد من المحتال لا منه، فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال ذمة الخارج وإن قلنا باعتبار رضاه. وحينئذٍ فأصل البراءة سالم عن معارضة أصل الصحة الذي هو في حق المتعاقدين. فيبقى قاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرع بأدائه بحالها، ولو للإذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حق المحيل، باطلة في حق المحال عليه. وليس ذلك من بقاء الإذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمنه المفروغ من بطلانه حتى في الوكالة المعلقة على شرط، كما أوضحناه فيها. ومما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه دليلاً للمسألة. والأولى تقريره بما قلناه [من جريان أصل البراءة وقاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرع بأدائه]. ولعلَّه إليه أوماً في جامع المقاصد - في الرد على دعوى تعارض أصلي البراءة والصحة - بقوله: «سبأتي عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل»^(٣). وعلى كل حال فقد يُشعر قول المصنّف وغيره: «فقبل وأدى» كون الحوالة على البريء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع إلا بالأداء.

(١) المسالك ٤: ٢٢٠-٢٢١. جامع المقاصد ٥: ٣٦٤. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١١.

(٢) التذكرة ١٤: ٤٧٦. (٣) جامع المقاصد ٥: ٣٦٤.

اشتغال ذمة المحال عليه، مع فرض اعترافه بالحوالة].

[فالحوالة على البريء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع إلا بالأداء] [١].

(وتصح الحوالة بمال الكتابة) ولو المشروطة (بعد حلول النجم)؛ لثبوته في ذمة المكاتب.

(وهل تصح قبله؟ قيل) [٢]: (لا) يصح [٣]. [والمختار هو الصحة]. نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة

ثبوت مال في ذمة العبد - لعدم ذمة اختيارية له، وإن وجب عليه أداء مال الكتابة إلا أنه من التكليف لا الدين - اتجه

حينئذ عدم صحة الحوالة به، من غير فرق بين حلول النجم وسابقه [٤]. [والمتجه تحرير العبد بالحوالة بمال

الكتابة وبطلان عتق السيد]. (ولو باعه السيد سلعة فأحاله بضمنها جاز)؛ لأن حكم المكاتب بالنسبة إلى ذلك حكم

الأحرار، من غير فرق بين سيده وبين غيره [٥].

[١] لما عرفته في الضمان الذي يشبهه المفروض، فلاحظ، والله العالم.

[٢] والقاتل الشيخ على ما في المسالك^(١).

[٣] لجواز تعجيز نفسه، فتنفخ الكتابة. وقد منعوا ذلك [= جواز التعجيز] عليه كما تسمعه في باب الكتابة إن شاء الله.

ومع تسليمه فأقصاه كون المال في ذمة العبد متزلاً لأكالتمن في مدة الخيار، وذلك لا يمنع الحوالة، كما لا يمنع ضمانه.

[٤] بل المحكي عن الشيخ^(٢) عدم الفرق بينهما أيضاً نحو ما سمعته في الضمان.

ثم إنه في المسالك بعد أن اختار جواز الحوالة به مطلقاً، قال: «فعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة؛ لأنها

ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها، وإن افرقا بكون الحوالة لازمة. وحينئذ فلو أعتق السيد

المكاتب بطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة؛ لأن المال صار لازماً للمحتال، والبطلان طار، ولا

يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة»^(٣). ولا يخفى عليك ما فيه من التفرع أولاً، وإثبات كون التحويل بحكم الأداء ثانياً،

مع أنه اعترف^(٤) به فيما يأتي بأنها [= الحوالة] تفيد ملك المال للمحتال. مضافاً إلى اعترافه^(٥) سابقاً باقتضاءها براءة ذمة المحيل

مما عليه، وبراءة ذمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه؛ لأنها استيفاء أو اعتياض. وعلى كل حال فهي بحكم الأداء هنا وفي غيره.

بل لعلها كالضمان الذي اعترف^(٦) بكونه أداء سابقاً أو أولى. بل اعترف^(٧) أيضاً بكونها كالأداء فيما لو أحال العبد سيده، كما

سنسمع. وعدم بطلان الحوالة على مال الكتابة بعد فرض بطلان الكتابة ثالثاً. وحينئذ فالمتجه تحريره بذلك، وبطلان عتق السيد.

[٥] خلافاً للمحكي عن الشيخ فمنع جواز شرائه من سيده؛ لجواز فسخ الكتابة الموجب على فرض صحة البيع

استحقاق السيد على عبده شيئاً، بخلاف الأجنبية^(٨). بل في المسالك نسبته إلى الشيخ وجماعة^(٩). وإن كنا لم

نتحققه. بل في قواعد الفاضل: أنه الأقرب^(١٠). وهو كما ترى.

(١) (٧) المسالك ٤: ٢٢٢، ٢٢١. (٢) المبسوط ٢: ٣٢٠-٣٢١.

(٣) (٤) المسالك ٤: ٣٢١، ٢٢٦. (٥) انظر المسالك ٤: ٢١٤، ٢١٥.

(٦) المسالك ٤: ١٨٧-١٩٤. (٨) المبسوط ٢: ٣٢١.

(٩) لم نعر عليه في المسالك.

(١٠) لم نعر عليه، والظاهر أنه خلط بين ما هنا وبين المسألة الأولى الآتية.

(ولو كان له) أي المكاتب (على أجنبي دين فأحال) سيّده (عليه به) جميع ماله من (مال الكتابة) الذي في ذمّته (صح) [١] و(لأنّه يجب عليه) أي المديون (تسليم) ما عليه (هـ) من الدين لصاحبه . أو لمن يحيله عليه به وكان ذلك أداء منه موجباً لتحريره [٢] . سواء أدّى المحتال عليه المال للسيّد أو لا ، بل لو أفلس لم يتغيّر الحكم . نعم لو كان ما أحاله به دين متزلزل ففي نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال .

[أحكام الحوالة]:

(وأما أحكامه [أي الحوالة]: فمسائل):

[حكم ما لو قال: أحلتك عليه قبض وقال المحيل: قصدت الوكالة]:

(الأولي: إذا قال) لمن له عليه دين (أحلتك) بالدين الذي لك عليّ على مالي (عليه) من دين ، ونحو ذلك ممّا هو صريح في الحوالة فلا إشكال في تقديم قول مدّعيا . أمّا لو قال: أحلتك عليه ونحوه ممّا هو ليس صريحاً فيها (قبض ، فقال المحيل: قصدت الوكالة ، وقال المحتال: إنّما أحلتني بما عليك ف) [قد قيل: [٣] إنّ] القول قول المحيل) [٤] (لأنّه أعرف) بما قصد (بلفظه) [٥] .

(و) لكن مع ذلك (فيه تردّد) [٦] .

[١] لوجود مقتضي وارثان المانع .

[٢] كما اعترف به في المسالك^(١) وغيرها .

[٣] [كما] عن المبسوط^(٢) .

[٤] بل في المسالك نسبته إلى المصنّف وجماعة^(٣) . وإن كنّا لم نتحقّقه . نعم في قواعد الفاضل: أنّه أقرب^(٤) .

[٥] إذا لا يعلم إلا من قبله ، مضافاً إلى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل وبقاء حقّ المحتال في ذمّته ، وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك ، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لا دين له ، خصوصاً إذا كان المراد الإذن في القبض له لا للموكّل .

[٦] من ذلك [= أنّ المحيل أعرف بما قصد بلفظه] . ومن أنّ الأصل إرادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف ، بخلاف الوكالة ، وإن صحّ عقدها بلفظ التحويل بالقرينة . بل في جامع المقاصد ومحكيّ التحرير ترجيح قول المحتال^(٥) ؛ لأنّه الموافق للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجزّد عن القرينة ، وإلاّ لزم الإغراء بالجهل . بل لو قدح احتمال التجزّر لقدح في جميع الأبواب من بيع أو صلح أو إقرار ونكاح وغيرها ، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للأصل يكلف بالبيّنة . وأمّا الأصلان المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ «الحوالة» المحمول على ذلك . بل لو سلّم تعارض الأصول كان مقتضى اليد كافيّاً في ذلك ؛ لأنّ الفرض أنّه قبض .

وفي المسالك: «هذا التوجيه حسن لو سلّمناكون الحوالة مجازاً في الوكالة ، لكنّه محلّ نظر ؛ لأنّ الوكالة لما كانت تتحقّق

(٢) المبسوط ٢: ٣١٤-٣١٥ .

(١) المسالك ٤: ٢٢٢ .

(٤) القواعد ٢: ١٦٥ .

(٣) المسالك ٤: ٢٢٥ .

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣٧٨ . التحرير ٢: ٥٨١-٥٨٢ .

في ضمن كل لفظ يدل على الإذن بطريق الحقيقة، وكانت معنى الحوالة مؤدية لذلك؛ لأن معنى أحلتك كما يحتمل إرادة تحويل المال من دمة إلى دمة، يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال. ففائدتها تسليطه على المحال عليه، أو نقول: إن دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين. وإنما الكلام في المعنى الزائد على الإذن، وهو تحويل الحق.

ثم قال: «وكون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر لا شبهة فيه، لكنه لا يدل على مجازية الآخر؛ لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد به أحد معانيه بقرينة، وإلا فمرجع الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقة أو المجاز أو من باب المشترك الذي دلت القرائن على إرادة أحد معنفيه؟ وتظهر الفائدة في كون الآخر حقيقة أو مجازاً، وبواسطة ذلك يختلف الحكم»^(١).

ثم استشر بأن التبادر علامة الحقيقة، وعدمه علامة المجاز، ولا ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ «الحوالة»، بخلاف الوكالة المحتاجة إلى القرائن^(٢). وأجاب بأن هذه العلامة لا تتم في المشترك الذي يتبادر إلى الذهن أحد معنفيه مع القرينة، مع أنه حقيقة في الفرد الآخر أيضاً^(٣).

ثم استشر بأن الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية، وفي الوكالة حقيقة لغوية، وعند التعارض تقدم الأولى، خصوصاً مع اعتضاها بالعرف المتقدم على اللغة أيضاً^(٤).

ثم أجاب بأنها في الوكالة أيضاً حقيقة شرعية، وإن وافقتها اللغة. وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنوي المشترك، وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة^(٥).

ثم استشر بأن من المعلوم أولوية المجاز من الاشتراك عند التعارض^(٦). وأجاب بمنع ذلك أولاً، بل قد قال جمع من المحققين بأولوية الاشتراك، وبتسليمه ثانياً ولكن إذا لم يثبت، وقد أثبتناه^(٧).

ثم قال ما حاصله: أنه وإن كان الظاهر من معنوي المشترك في المقام المعنى المتعارف، إلا أنه يرجع الأمر إلى تعارض الأصل - الذي هو بقاء حق المحيل والمحتال - والظاهر، فإن قدمنا الأول كما هو الراجح في استعمالهم فالقول قول المحيل، كما اختاره المصنف وجماعة، وإن قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال إلى غير ذلك مما أطنب فيه^(٨). وهو كما ترى، بل ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه؛ ضرورة أنه لم يذكر دليلاً صالحاً للاشتراك، فإن وقوع الوكالة بكل لفظ يدل على الإذن حقيقة ومنه الحوالة لا يقتضي ذلك؛ كما أن دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحوالة كذلك أيضاً؛ للقطع بكونها إسماعاً للعقد المخصوص. ومن هنا لا يحتاج انشاءه بها إلى قرينة تدل على ذلك. وأغرب من ذلك إنكار كون التبادر علامة للحقيقة، محتجاً عليه بما عرفت، مع أن من المعلوم إرادة التبادر من حيث إطلاق اللفظ لا مع القرائن. ولا ريب في أن المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه، وهو علامة كونه حقيقة فيها، وتبادر بعضها خاصة بالقرينة لا ينافي ذلك. وأغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية. وأغرب منه قوله: «تعارض الأصل والظاهر» مع أن المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الأصل.

وبالجملة هو هو الله وإن أطنب في ذلك لكن بما لا ينبغي صدوره منه، والتحقيق ما عرفت.

هذا كله مع القبض .

(أما لو لم يقبض واختلفا فقال : وكلتك فقال : بل أحلتني فـ) غي المتن أن (القول قول المحيل قطعاً) [١] .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا [٢] .

والظاهر [٣] أن القول قول المحيل على كل حال ، بعد فرض كون جواب المحتال : «أنتك أحلتني» وفرض

عدم ظهور ما اتفقا عليه من جريان لفظ «أحلتك» بينهما في الحوالة ، وإلا كان القول قول المحتال [٤] .

(ولو انعكس الفرض) بأن قال المحتال : وكلتني وقال المحيل : حوالتك بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة

بينهما (فالقول قول المحتال) عند المصنف ، سواء كان قابضاً أو لا [٥] . لكن قد عرفت أن الأرجح كون القول قول

المحيل [٦] . نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما وادعى أحدهما الوكالة والآخر الحوالة كان القول قول من نفى

الحوالة . ثم لا يخفى عليك أنه إن قدمنا قول المحتال في المسألة الأولى فإن كان قد قبض برأت ذمة المحيل منه

مقدار ذلك ؛ لأخذه بزمعه منه فهدراً فبقاضه فهدراً . وكذا برأت ذمة المحال عليه إن كانت مشغولة لثبوت الحوالة

ظاهراً وإن كان لم يقبض فله المطالبة . ولكن هذا كله إذا حلف .

[١] كما في القواعد^(١) .

[٢] ضرورة أن عقد الحوالة من العقود اللازمة مقتضية تملك المحتال المال المحال به وانعزال المحيل عنه على وجه لو أراد

إبداله لم يكن له ؛ لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم . وحينئذ فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه ؛ لأنه استيفاء يترتب

عليه الملك وإن لم يحصل القبض ، إلا أنه لا ينكر ظهور قطع المصنف هنا ، وتردده في الصورة السابقة في أن منشأ ذلك القبض

وعدمه . وكأن الوجه فيه ما أومأنا إليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض ، وهو ما لو ترك لترك ، وكونه صاحب يد ، فمن ذلك

مع موافقة قول المحيل للأصول السابقة حصل التردد . بخلاف صورة عدم القبض فإنه لا يد له ، ولا الضابط المزبور فانحصر ضابط

الإكثار حينئذ في المحيل . وهو جيد إن لم يكن ثم ظهور فيما جرى بينهما من لفظ «أحلتك» في الحوالة ، ولو لتعارف إطلاق نحو

ذلك في إنشاء عقد الوكالة . كما أن من المتعارف إطلاق التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه ، وخصوصاً إذا كان المراد

تحصيل ذلك له لا للموكل . ومن هنا قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما في ذلك مع

اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور [أي أحلتك] بينهما . وإن كان الأرجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق

للأصول واليد . وضابط المنكر إنما تجدي مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل ، كما هو المفروض . نعم لو كان إبراز الدعوى

بأن يقول المحيل وكلتك ، والآخر يقول في جوابه لا حق لك عندي أتجه حينئذ تقديم قوله عليه ، كما هو واضح .

[٣] [كما] من هنا يظهر لك [ذلك] .

[٤] تقديماً لظاهر اللفظ القاطع للأصول بذلك .

[٥] لموافقته للأصول .

[٦] ترجيحاً لموافقة لظاهر اللفظ القاطع للأصول الذي هو أصل مقدم على ذلك .

وإن نكل حلف المديون وبطلت الحوالة، وإن قَدَمنا قول المحيل ولم يكن قد قبض المحتال بطلت وكالته بإنكاره، بناءً على اقتضاء ذلك بطلانها [= الوكالة] وحوالته بحلف المديون. وهل له أن يطالب المديون حينئذٍ بحقه لبقائه بزعم المديون حينئذٍ في ذمته أو لا لزعمه أن لا حق له على المديون بالحوالة وأنَّ حقه على المحال عليه وجهان.

وإن كان قد قبض وكان المقبوض باقياً فعلياً تسليمه للمحيل. ولكن الظاهر أنَّ له مطالبة المحيل هنا [١]. ولو كان المقبوض تالفاً فإن كان تلفه بتفريط أو تعدُّ ضمنه للمحيل، ولكن يرجع عليه [٢]. وإن كان بغير تفريط فعي ضمانه له وجهان [٣]. وأما إن قَدَمنا قول المحتال في المسألة الثانية وحلف فإن لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه بناءً على انعزاله عن الوكالة بذلك، وله مطالبة المحيل بحقه. وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد أدائه للمحتال؟ وجهان [٤].

وإن كان قد قبض المال فقد برأت ذمّة المحال عليه إن كانت مشغولة على كُلِّ حال. ثمَّ إن كان المقبوض باقياً ردّه عليه، وطالب بحقه، وكان للمحيل أخذه مقاصّة [٥]. وإن كان تالفاً بتفريط أو تعدُّ فله المطالبة أيضاً بحقه، وإن ضمنه للمحيل باعترافه، بل له أخذه منه مقاصّة بعد دفع حقه إليه. وإن لم يكن بتفريط لم يضمه له وكان له المطالبة بحقه [٦].

[١] لأنه إن كان وكيلاً فحقه باقٍ على المديون، وإن كان محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً فله الرجوع عليه. وبذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض.

[٢] لما عرفت [من أنه إن كان وكيلاً فحقه باقٍ].

[٣] ينشأن من أنه وإن كان وكيلاً ظاهراً، إلا أنه قبض المال لنفسه باعترافه، وهو جنابة يضمن بها. ومن أنه إما وكيل يزعم المحيل فلا يضمن المال إذا لم يفرط، أو محتال فهو ماله.

وحينئذٍ فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهراً، وإن كان يزعمه بقاؤه؛ لا اعترافه باستيفاء حقه، كما هو واضح.

[٤] [ينشأن] من اعترافه بتحوّل ما كان عليه إلى المحتال. ومن أنَّ المحتال إن كان وكيلاً إذا لم يقبض بقي حقّ المحيل.

وإن كان محتالاً فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه، وما على المحال عليه حقه فلمحيل أن يأخذه عوضاً عما ظلم به.

[٥] وفي المسالك: « ففي جواز تملكه له أو وجوب ردّه على المحيل وجهان. مأخذهما أنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه، واعترافه بأنّه ملك المحيل، وأنه المختير في جهة الأداء. والأوّل أجود »^(١).

وفيه: أنَّ المتّجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه، كما هو واضح.

[٦] لكن في المسالك: « في ضمانه وجهان، مأخذهما ثبوت كونه وكيلاً ظاهراً، فيده بدّ أمانة، وأنه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان؛ لأنّ يمينه كانت على نفي ما يدّعيه المحيل، لا على إثبات ما يدّعيه »^(٢).

وفيه: أنَّ عدم ضمانه لأنفاقهما على عدم كون يده يد عدوان، والأصل البراءة.

وإن قَدَمنا قول مدعى الحوالة حلف وبرئى من دين المحتال [١] .

[حكم ما لو كان له دين على اثنين وكلّ منهما كفيل لصاحبه]:

المسألة (الثانية) [٢] [إذا كان له دين على اثنين وكلّ منهما كفيل لصاحبه وعليه لآخر مثل ذلك فأحاله

[١] وفي المسالك: «وكان للمحتال مطالبة المحال عليه، إمّا بالحوالة أو بالوكالة، ويملك ما يأخذه إمّا قصاصاً على زعمه، أو لأنّه عين حقّه كما اقتضاه الظاهر»^(١).

وفيه: أنّه لا يجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقّه.

نعم بناءً على استحقيقه له باعتبار أخذ المحيل ما في ذمّته عوضاً عن ذلك توجه له المطالبة به، كما تقدّم نظيره في المسألة السابقة.

بل يأتي الكلام أيضاً في المباحث الآتية، وإلّا فلا، والفرض انعزاله عن الوكالة بانكارها.

[٢] قال الشيخ في المبسوط: «إذا كان له عليّ اثنين ألف درهم وكلّ منهما كفيل ضامن عن صاحبه فطالب أحدهما بالألف فأحاله بها على آخر برئ المحيل وصاحبه من الألف؛ لأنّ الحوالة بمنزلة البيع المقبوض، وإذا قضى دينه برئ ضامنه، وإذا قضى ما ضمنه برئ من عليه الدين، وهو المضمون عنه، فيجب أن يبرأ صاحبه من خمسمئة التي عليه؛ لأنّه قضاها، ومن خمسمئة الضمان؛ لأنّه قضاها عن المضمون عنه ويرجع عليه بخمسمئة الضمان إن ضمن بإذنه، وإلّا فلا ولو كان له على رجلين ألف ولرجل عليه ألف فأحاله بها على الرجلين، وقبل الحوالة كان جائزاً، فإن كان كلّ واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصحّ الحوالة؛ لأنّه يستفيد بها مطالبة الاثنين كلّ واحد منهما بالألف، وهذا زيادة في حقّ المطالبة بالحوالة، وذلك لا يجوز».

ثمّ قال: «وقيل: يجوز له أن يطالب كلّ واحد منهما بالألف، فإذا أخذه برئ الآخر، وهذا قريب»^(٢).

وأورد عليه في المختلف: «بأنّ الضمان عندنا ناقل، فإذا ضمن كلّ واحد منهما نصف الألف عن صاحبه فلا يخلو المضمون له، إمّا أن يرضى بضمانيهما معاً أو بضماني أحدهما خاصّة، أو لا يرضى بشيء منهما، فإن رضي بهما معاً أو لم يرض بشيء منهما لم يكن له مطالبة كلّ واحد منهما بأكثر من النصف».

أمّا على تقدير عدم الرضا فظاهر، وأمّا على تقديره فلانتقال ما في ذمّة كلّ منهما إلى الآخر، فيبقى كما لو لم يكن ضمان. وليس له على تقدير الرضى مطالبة كلّ واحد منهما بالألف؛ لأنّ الضمان عندنا ناقل. وإنّما يتأتّى المطالبة على قول المخالفين؛ لأنّ الضمان عندهم غير ناقل.

وأما إذا رضي بضماني أحدهما خاصّة فإنّه يطالبه بالألف خاصّة، وليس له على الآخر سبيل»^(٣).

قلت: يمكن حمل كلام الشيخ على إرادة الكفالة من الضمان.

ولعله إلى ذلك أشار المصنّف بقوله: [إذا كان له دين على اثنين ...].

عليهما صحّ وإن حصل الرفق في المطالبة) على معنى انتقال حقّ الكفالة بالحوالة [١].
[والأصحّ عدم انتقال حقّ الكفالة بالحوالة]، بل لعلّ الرهانة أيضاً كذلك [٢].

[١] ولا يقدح اقتضاؤها حينئذٍ حقاً لم يكن في الدين الذي على المحيل؛ لإطلاق أدلتها. وحينئذٍ للمحتال المطالبة بحقّ الكفالة الذي قد يؤوّل بتعدّد المكفول مثلاً إلى المطالبة بالدين، كما استعرف إن شاء الله. ومن الغريب ما في المسالك، فإنّه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدّمة للمسألة قال: «الفاشيح ذكر هذه المسألة في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحة معللاً بزيادة الارتفاق، وهذا لا يتمّ إلّا على القول: [بـ] أنّ الضمان بمعنى الضمّ، كما قد بيّنا، إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق، بل يبقى الحكم كما كان، ومع ذلك فهو موضع نظر؛ لأنّ هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية، والمعروف من مذهبنا هو النقل، فابحث كلّ ساقط. والمصنّف وافق الشيخ على تصوير المسألة التي لا تتمّ إلّا على القول بالضمّ، وهو لا يقول به، وخالفه في الحكم، وحكم بالصحة فيها منتهياً على أنّ الرفق المذكور غير مانع، بقوله: «وإن حصل الرفق في المطالبة». والظاهر أنّ المصنّف لم يذكر المسألة إلّا على وجه التفرّيع، والتنبيه على أنّ ما حكم به الشيخ لا يتمّ وإن بنى على ذلك الأصل، نظراً إلى أنّ زيادة الرفق لا تمنع كما لو أحوال على من هو أكثر ملاءة.

وأما ما ذكر الشيخ لها فيشعر بذهابه إلى كونه [بمعنى] الضمّ؛ إذ لا يتمّ إلّا عليه، والمصنّف قد لوح في المسألة بالخلاف في موضعين: أحدهما قوله: «على قول مشهور لنا». والآخر: «على القول بانتقال المال»^(١) كما تبّهنا عليه في الموضعين^(٢)؛ إذ هو كما نرى لا ينبغي صدوره منه، فإن حمل كلام المصنّف على ما ذكر مع عدم إشعار في شيء من كلامه بذلك، أشبه شيء بالمعنى بل أعظم. كما أنّ حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهباً له - وأنّ المصنّف أشار إلى ذلك بما سمعت - من الذي ينبغي الاستغفار منه. على أنّ المذكور في كلام المصنّف لفظ «الكفالة» التي لا داعي إلى إرادة الضمان منها، خصوصاً بعد ما أوّمأ إلى وجه المنع، بأنّ الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضى لها إلّا نقل المال إلى المحتال لا غير. فترتب تعدّد المطالبة لانتقال حقّ الكفالة بها، مع أنّه لم تنقل إلّا الدين الخالي عن ذلك ممّا يمكن الشك فيه، بل منعه؛ ضرورة مساواته للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بها، كما سمعته سابقاً في اشتراط المساواة.

بل لعلّ المقام أولى باعتبار أنّ الكفالة قد كانت من حيث كون الأوّل صاحب الدين، والفرض حصول الوفاء بالحوالة، فترتفع الكفالة لأنّها تنتقل إلى آخر، وكذا لو كان عليه رهن.

ولعلّهُ لذا جزم في القواعد ومحكي التذكرة والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حقّ الكفالة لو انتقل الحق عن المستحقّ ببيع أو إحالة وغيرها، بخلاف الارث^(٣). وإن كان هو لا يخلو من نظر، خصوصاً مع التصريح بذلك، وفرض رضا الكفيل. ولعلّ ذلك كافٍ في تصوير مسألة المتن، وإن كان الأصحّ خلافه؛ لأنّ ذلك من توابع الدين الذي نقل بالحوالة، لا من آثارها ومقتضياتها.

[٢] للأصل وغيره، والله العالم.

(١) تقدّم الأوّل في ص ٤٠٧، والثاني في ص ٤٣٣. (٢) المسالك ٤: ٢٣٠.

(٣) القواعد ٢: ١٧١. التذكرة ١٤: ٤٢١ - ٤٢٢. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة: ٥٣٣. جامع المقاصد ٥: ٤٠٦.

[حكم ما لو أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد بالعيب السابق]:

المسألة: (الثالثة: إذا أحال المشتري البائع مثلاً بالثمن) كله أو ببعضه (ثم رد المبيع بالعيب السابق) أو اللاحق في الثلاثة مثلاً أو بالإقالة أو غير ذلك مما يقتضي الفسخ من حينه (بطلت الحوالة) [١] (لأنها تتبع البيع) في ذلك [٢]. (وفيه تردد) [٣].

لكن قد يقال: إن [الظاهر عدم البطلان] [٤] [فلا وجه لانفاسخها بانفاسخها]، بل لا فرق في ذلك بين قبض المحتال ما أحيل به وعدمه [٥].

[١] عند الشيخ في المحكي عن المبسوط^(١). قيل^(٢): وإليه يرجع ما في الإيضاح وجامع المقاصد^(٣). وعن مجمع البرهان: أنه أقوى^(٤).

[٢] وفي القواعد: «بطلت إن قلنا: إنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا: إنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب»^(٥). ولملّه للتردد في ذلك قال المصنف: [ذلك].

[٣] كما عن الارشاد^(٦). بل قيل^(٧): وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد^(٨) وغيرها، حيث لا ترجيح فيها.

[٤] [إذ] أصالة اللزوم في عقد ما واستصحابه يقتضي عدم البطلان وهي من توابع البيع، بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو أحد أركانه، لا من توابعه في البطلان؛ إذ هي عقد مستقل برأسه، وإن قلنا: إنها استيفاء، لكنه بعقد لازم، فلا ينفسخ بانفساخ العقد. بخلاف ما لو كان [استيفاء الثمن] بدفع ونحوه من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه فينتبه، بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع، وهو الحوالة فلا وجه لانفاسخها بانفاسخه. بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذ.

[٥] وإن جعل النظر والإشكال في محكي التحرير فيما إذا رد قبل القبض^(٩). وحينئذ فللمشتري الرجوع على البائع خاصة، بل لو كان قابضاً لا يتعين له المقبوض، بل الظاهر أن للمشتري الرجوع على البائع، وإن لم يقبض؛ لأنها بحكم الوفاء بالنسبة إلى ذلك. وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من «أن الحوالة كالقبض، ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة. ومن أن التغريم للمقبوض، ولم تحصل حقيقة». بل قال فيها أيضاً: «فإن منعنا الرجوع فهل مطالبته بتحصيل الحوالة؟ إشكال»^(١٠)، من توقف مطالبته بحقه على ذلك، ومن أن المال مال غيره، «وإن الناس مسلطون على أموالهم»^(١١)، وهذا حاصل ما أنطوا في وجهه. ولكن مقتضى أحد طرفي الإنشكال الأول والثاني تعطيل حق المشتري إذا فرض توقف رجوعه على القبض الذي للبائع تأخيرها وعدم المطالبة به؛ لتسلط الناس على حقوقها.

(١) المبسوط ٢: ٣١٣.

(٢) مفتاح الكرامة: ٤١٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١٢.

(٤) الارشاد ١: ٤٠٢.

(٥) التحرير ٢: ٥٨٠ - ٥٨١.

(٦) غاية المراد ٢: ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٧) عوالي اللآلي: ٢٢٢، ح ٩٩.

(٨) انظر الإيضاح ٢: ٩٥. جامع المقاصد: ٣٦٥.

(٩) القواعد ٢: ١٦٣، ١٦٤.

(١٠) التحرير ٢: ٥٨٠ - ٥٨١.

(١١) غاية المراد ٢: ٢٢٥ - ٢٢٦.

(١٢) التحرير ٢: ٥٨١.

و[المختار] [١] أن المتّجه ثبوت الرجوع له [= على البائع] وإن لم يقبض [٢].
وليس له مطالبة المحال عليه؛ لعدم الحق له.

هذا كله على تقدير الصحة.

وأما على تقدير البطلان [الحوالة] (فإن لم يكن) أي (البائع قبض المال فهو باقٍ في ذمّته) أي (المحال عليه للمشتري)؛ لأنّ الفرض انفساخ البيع وانفساخها.

وليس للبائع بعد ذلك قبضه، فلو فعل لم يقع عن المشتري [٣].

(وإن كان البائع) قد (قبضه فقد برأ المحال عليه) [٤] (ويستعيده المشتري) حينئذٍ (من البائع) فليس له ردّه

على المحال عليه [٥].

[فيعود المال إلى صاحبه]، فلا يتوجه للمشتري حينئذٍ المطالبة به للبائع، هذا كله في إحالة المشتري للبائع

بالثمن.

(أما لو أحال البائع أجنبياً) له عليه دين (بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب) السابق (أو بأمر

حادث) يقتضي الفسخ من حينه (لم تبطل الحوالة) [٦] (لأنّها تعلّقت بغير المتبايعين) [٧].

(ولو ثبت بطلان البيع) من أصله لا من حينه (بطلت الحوالة في الموضعين) [٨].

فالمال المقبوض حينئذٍ باقٍ على ملك المشتري، وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البائع، والله

العالم.

[١] [كما] من ذلك يعلم [ذلك].

[٢] لأنّها أي الحوالة بحكم الأداء بالنسبة إلى ذلك.

[٣] لبطلان الإذن له في ذلك؛ لبطلان الحوالة، وإن احتمل بقاء الإذن الضمني وإن بطلت [أي الحوالة] كالكالة والشركة.

ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوعاً - كما تعرف في محلّه - قياس مع الفارق.

[٤] للدفع بالإذن.

[٥] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له.

لكن قد يناقش بأنّ مقتضى بطلان الحوالة عود المال إلى صاحبه.

[٦] بلا خلاف [فيه]، بل عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه^(١).

[٧] والأصل فيها اللزوم.

فهو حينئذٍ كما لو اشترى بالثمن ثوباً فإنّ فسخ البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه، بل له مثل ثمنه أو قيمته.

[٨] لظهور عدم اشتغال ذمّة المحال عليه وإن قلنا بجواز الحوالة على البريء، فإنّ الفرض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت

الثمن في ذمّته فهي حوالة على ما في ذمّته لا عليه، كما هو واضح.

[الكلام في الكفالة]:

(القسم الثالث: في الكفالة) بالفتح: ولا ريب في أنها من العقود الصحيحة [١].

ولكنها مكروهة، بها هلكت القرون الأولى، وهي خسارة وغرامة وندامة.

والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس.

والبحث في أنها نفس العقد أو أثره، وفي خصوص الألفاظ والمعاطاة فيها على نحو ما تقدّم في البيع وغيره.

وكذا اعتبار المقارنة بين إيجابها وقبولها، والعربية ونحوهما ممّا يعتبر في العقود اللازمة [٢].

بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمي لا الدابة ونحوها [٣].

[١] بل في محكي التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم^(١).

[٢] لكن في محكي التحرير زيادة غالباً^(٢). ولعله لصحة كفالة الأعيان المضمونة عنده، أو الأعيان التي يراد الشهادة على عيناها كذلك، كما صرح به بعضهم^(٣)، فجوّز كفالة الدابة والكتاب وغيرهما؛ للشهادة على أعيانها. بل ربّما احتمل ذلك في عبارة القواعد^(٤) الآتية.

ولكن لا يخلو من نظر أو منع ضرورة الشك في تناول الأدلة لمثله، والأصل عدم ترتّب الآثار.

[٣] وفي محكي التذكرة: «الضابط في ذلك أن نقول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببذنه: فكُل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد يستحق إحضاره بحق الكفالة ببذنه»^(٥) ونحوه عن المبسوط^(٦).

وظاهرهما اختصاص موردّها بما ذكرناه. ولكن في القواعد: «تصحّ حالة ومؤجّلة على كلّ من يجب عليه الحضور، مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعي عليه الكفالة، أو صبي أو مجنون؛ إذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف. وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثمّ يعيده إلى الحبس، أو عبد أبق أو من عليه حقّ لآدمي من مال أو عقوبة قصاص» إلى أن قال: «ولا يصح على حدّ الله تعالى. والأقرب صحّة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون، كالغصب والمستام وضمان الأعيان المفضوبة، فإن ردّ برأ، وإن تلف ففي إزمائه بالقيمة وجهان، الأقرب العدم، كموت المكفول دون الوديعة والأمانة، وتصحّ كفالة من ادّعى عليه، وإن لم يقيم البينة بالدين وإن جحد؛ لاستحقاق الحضور والكفالة ببذنه الميت؛ إذ قد يستحق إحضاره للشهادة على صورته»^(٧).

ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من ذلك. وعن فخر الإسلام: «الكفالة من مذهبنا إنّما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعي، والحق أعمّ من أن يكون ديناً أو عيناً. وقيل: كلّ من يستحق إحضاره إلى مجلس الشرع فإنّه تصحّ كفالاته»^(٨).

قلت: فعلى الأخير - وهو الصحيح - تصحّ الكفالة بمجرد الدعوى دون الأول.

(١) التذكرة ١٤: ٣٨٧. (٢) التحرير ٢: ٥٦٦.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٤٢٦.

(٤) القواعد ٢: ١٦٧.

(٥) التذكرة ١٤: ٣٩٨.

(٦) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٧) القواعد ٢: ١٦٧ - ١٦٨.

(٨) شرح الارشاد: ١٨٥ (مخطوط).

[وتصح الكفالة بمجرد الدعوى].

وعلى كل حال فالمتيقن من مورد الكفالة التعهد بإحضار النفس المستحق عليها بذلك بسبب حق ولو دعوى المكفول له عليها.

نعم لا تصح في الحدود [١].

(و) يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له.

ومن هنا لم يكن إشكال [٢] في أنه (يعتبر رضا) هما أي (الكفيل والمكفول له) [٣].

[وقال المصنف: (دون المكفول) الذي هو بمزلة المضمون (عنه) بالنسبة إلى ذلك [٤].

وقد يناقش بمنع تناول إطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضا المكفول عنه في تحقق مسماها، كرضا المكفول له [٥].

ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الإيجاب من الكفيل [٦].

[١] للإجماع المحكي عن التذكرة^(١) على ذلك، ولقوله ﷺ في المروي من طرق الخاصة والعامة «لا كفالة في حد»^(٢).

وربما تسمع لبعض المسائل المزبورة في المباحث الآتية تنمة إن شاء الله.

[٢] بل ولا خلاف [فيه].

[٣] بل الإجماع بقسميه [عليه].

مضافاً إلى معلومية عدم الالتزام بحق من دون رضا الطرفين.

[٤] عند المشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٣)؛ لعموم ﴿أَوْفُوا﴾^(٤)، بعد تناول إطلاق الكفالة لذلك، ولأنّ

غاية الكفالة هي إحضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه، أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط في وكالته رضا الموكل عليه.

[٥] وما في المسالك وغيرها من أنه على تقدير اعتبار رضا ليس على حدّ رضا الآخرين، بل يكفي كيف اتفق

نحو ما سمعته في المحال عليه^(٥) مجرد دعوى لا دليل عليها.

[٦] [و] لا أقل من الشك في تناول الإطلاق، فلا تندرج في ﴿أَوْفُوا﴾، والأصل عدم ترتب أثر الكفالة.

ولعله لذا كان المحكي عن الشيخ والقاضي وابني حمزة وإدريس اعتبار رضاه^(٦) [= المكفول عنه]، بل عن

الفاضل في التحرير: أنه قوّاه^(٧).

(١) التذكرة ١٤: ٣٩٦، وفيه: «عند علمائنا».

(٢) الوسائل ١٨: ٤٣٧، ب ١٦ من الضمان، ح ١، كنز العمال ٥: ٣٩٠، ح ١٣٣٧٣.

(٣) التذكرة ١٤: ٣٩٣.

(٤) المائدة: ١. (٥) المسالك ٤: ٢٣٥.

(٦) الجسوط ٢: ٣٣٧. نقله عن القاضي في المختلف ٦: ١٢. الوسيلة: ٢٨١. السرائر ٢: ٧٧.

(٧) التحرير ٢: ٥٦٧.

لا ما قيل : من الاستدلال له بأنه « إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من إحضاره فلا تصح كفالته ؛ لأنها كفالة بغير المقدور ، وهذا بخلاف الضمان ؛ لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه ، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور »^(١) . إذ هو كما ترى مصادرة محضة .

مع أنه ردّه في المسالك وغيرها بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه ، وهو ممنوع ؛ لأنّ المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور ، وإن لم يكن مكفولاً إجمالاً .

وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له ، فإنّ طلبه منه لا يقصر عن توكيله ، وإن لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وإن كان برضاه^(٢) .

وإن كان قد يناقش بمعمولية زيادة حقّ في الكفالة على الوكالة التي هي غير لازمة للكفالة .

إذ الظاهر أنه متى تعلّق حقّ الكفالة كان له إحضاره ؛ لإرادة البراءة من عهده من دون طلب المكفول له ، كما عن التذكرة^(٣) والتحرير^(٤) وجامع المقاصد^(٥) وابن المتوجّ^(٦) الجزم به ، بل عن الكركي : أنه قطعي^(٧) .

وكأنّ الذي أوقعه في ذلك ما في القواعد : « يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه ، وإلاّ فلا إن كان متبرعاً ، وإلاّ فكالأول »^(٨) .

مع أنّ المراد منها على الظاهر وجوب الحضور مع الكفيل وإن لم يطلبه المكفول له منه إذا كانت الكفالة بالإذن .

نعم لو كانت تبرعاً لم يجب عليه الحضور ، إلاّ مع طلبه منه فهو موافق لما قلناه في القسم الأوّل .

وأما الثاني فقد يناقش [قوله بعدم وجوب الحضور إن كان متبرعاً] .

بأنّه متى صحّت الكفالة تبرعاً لحقه حكمها ، وهو وجوب الحضور مع الكفيل لو طلبه .

ولعلّه لأنّ تكفيله يقتضي تسليطه عليه بالإحضار ، أو أنّ ذلك من أحكامها شرعاً ، ولو لأنّ التكليف بالإحضار يقتضي

تكليف الآخر بالحضور .

بل ربّما يدعى ظهور أدلّة الكفالة في ذلك ، فلاحظ وتأمل .

إذا تقرّر هذا انحصر وجه المسألة حينئذٍ في أنّ رضا المكفول [هل هو] شرط ينفي مع الشكّ فيه بالإطلاق ، أو أنّه من أركان

العقد على وجه لا يتحقق الكفالة بدونه ، ولا أقلّ من الشكّ ، والأصل عدم ترتّب الأثر .

(١) الرياض ٨ : ٥٩٨ .

(٢) المسالك ٤ : ٢٣٥ ، مع اختلاف .

(٣) التذكرة ١٤ : ٤١٢ .

(٤) التحرير ٢ : ٥٧١ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٤٠١ .

(٦) نقله عن ابن المتوجّ في مفتاح الكرامة ٥ : ٤٤٧ .

(٧) جامع المقاصد ٥ : ٤٠١ .

(٨) القواعد ٢ : ١٧٠ .

[و] هل أن رضا المكفول شرط ينفي مع الشك فيه بالإطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفالة بدونه، ولا أقل من الشك؟ ولعل الثاني لا يخلو من قوة [١].

(و) كيف كان ذـ (تصحح حالة ومؤجلة على الأظهر) [٢]. على معنى: الكفالة إلى شهر، فيلزمه إحضاره بعد الشهر نحو الأجل في الدين وغيره.

أما لو قال: كفالته شهراً بمعنى التعهد به في ضمن الشهر [٣] [فهو صحيح].

(و) حينئذ (مع الإطلاق تكون) صحيحة (معجلة).

(وإذا اشترط الأجل فلا بد أن يكون معلوماً) على وجه لا يختلف زيادة ونقصاً [٤].

(و) كيف كان فلا إشكال [٥] في أن (للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت) الكفالة (مطلقة أو معجلة، وبعد الأجل إن كانت مؤجلة، فإن سلمه تسليمًا تاماً) بحيث يتمكن المستحق منه (فقد برأ) مما عليه من حق الكفالة، وإن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا على الأصح.

[١] ولا ينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه لو قلنا به، ولا عدم اعتبار رضا المضمون عنه؛ لإمكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه، على وجه لا شك في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً. وبمعنوية جواز التبوع بالوفاء عن المديون. وليس المقام من الثاني قطعاً كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في إطلاقها، فتأمل جيداً.

[٢] بل لا خلاف في الثاني، بل في الروضة: أنه موضع وفاق^(١).

[٣] فن التحرير صحتها وسماها الموقته^(٢)، ولعلّه لإطلاق الأدلة، وعلى المشهور في الأوّل، بل عن السرائر: أنه اليقين^(٣). خلافاً للمحكي^(٤) عن ظاهر الشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة وسألا^(٥)، وعن القاضي في أحد قوليّه^(٦)، بل عن الآبي في كشف الرموز الجزم به^(٧). لكن لم نعرف لهم دليلاً نخرج به عن إطلاق الأدلة المقنعة عدم الاشتراط، كما قدّمنا نظيره في الضمان. بل قد تقدّم عن ابن إدريس^(٨) تأويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به، وما ذلك إلا لضعف القول به. ودعوى أن الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية عن فائدة إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تريص وذلك يكون عبثاً، لا حاصل لها.

[٤] بلا خلاف نجاه فيه بيننا، بل لعل الإجماع بقسميه عليه في المقام، وفي غيره من العقود اللازمة حتى القائل فيها للغرر كالصلح ونحوه، وهو الحجة. مضافاً إلى قاعدة الغرر، بناءً على عمومها لمثل المقام، وإلا كان الأوّل هو الحجة. فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الأجل هنا قياساً على العارية^(٩) واضح الفساد، بعد بطلان القياس، على أنه مع الفارق بالجواز فيها وال لزوم هنا.

[٥] ولا خلاف [فيه].

(١) الروضة ٤: ١٥١. (٢) التحرير ٢: ٥٦٩.

(٣) السرائر ٢: ٧٧. (٤) نقله في مفتاح الكرامة ٥: ٤٢٨، المختلف ٦: ١٢.

(٥) انظر المقنعة: ٨١٥. النهاية: ٣١٥. الوسيلة: ٢٨١. المراسم: ٢٠٠.

(٧) (٩) كشف الرموز ١: ٥٦٠. المجموع ١٤: ٤٨. (٨) تقدّم في ص: ٤١٠.

بل الظاهر عدم اعتبار الإشهاد في ذلك، إلا لإرادة الإثبات لو أنكر [١].

(وإن امتنع) الكفيل عن ذلك (كان له حبسه) عند الحاكم، بل وعقوبته عليه (حتى يحضره أو يؤدي ما عليه) [٢].

[١] وإن كان قد يتوهم ذلك [= اعتبار الإشهاد] من المسالك^(١) وغيرها، لكن لا دليل عليه.

[٢] كما عن النهاية والسرائر والنافع والتحرير والإرشاد والمصنّف والروضة^(٢). قال الصادق عليه السلام في خبر عمار: «أُتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل [فحبسه]»، وقال: «اطلب صاحبك»^(٣). وفي خبر الأصعب بن نباتة: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، وقال له: «اطلب صاحبك»^(٤). وفي خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بال مكفول، فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه»^(٥). وفي خبر عمار بن مروان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه، فقال: اطلب صاحبك»^(٦). إلا أنها كما ترى ليس في شيء منها الاختيار بين الإحضار والأداء، كما هو ظاهر الجماعة المقضي وجوب القبول على المستحق مع بذله له، بل الأول خاصة [أي الإحضار]. ومن هنا كان المحكي عن التذكرة^(٧) وغيرها عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل له الحق؛ لعدم انحصار الغرض فيه؛ إذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره، فله حينئذ إلزامه بالإحضار، خصوصاً ممّا لا بد له كحق الدعوى، أو في ذي البذل الاضطرابي كالدية عوض القتل، ومهر المثل عوض الزوجة.

واختاره في المسالك والرياض^(٨). ولكن قد يناقش: أولاً: بأن مبنى الكفالة عرفاً على ذلك، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها. وثانياً: بظهور قول الصادق عليه السلام في مرسل الصدوق: «الكفالة خسارة، غرامة، ندامة»^(٩)، كقوله في خبر داود البرقي: «مكتوب في التوارة: كفالة، غرامة، ندامة»^(١٠) في اقتضاها ذلك. بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من أطلق غريباً، أو القاتل عمداً. لكن ينافي ذلك كله ما تسمعه من تفسير خبري البقاي الآتين. وثالثاً: بأن الظاهر اندراج التبرع بمساوي الحق في الوفاء الذي يجب قبوله على المستحق، وإن كان من غير من عليه الحق. ودعوى اعتبار تشخيص المديون ذلك وفاء تقتضي عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون. وهو مخالف للمقطوع به. كدعوى اختصاص ذلك في حال التراضي التي لا مدرك لها بالخصوص. بل ليست إلا لصدق وفاء الحق، و وجوب قبول ذلك من بآذله، من غير فرق بين المديون وغيره. وحينئذ فله التبرع بالوفاء المقضي سقوط الحق الذي تسقط الكفالة بسقوطه، وإن لم نقل إن ذلك من مقتضياتها. نعم إنما يتم ذلك في الدين ونحوه، أما فيما لا بد له أوله بدل اضطرابي فلا يجب عليه القبول. اللهم إلا أن يقال في مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس ونحوه، ينقله الحاكم إليه أو إلى ما يقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به. كما عساه يومئ إليه فحوى ما تسمعه في إطلاق القاتل.

(١) انظر المسالك ٤: ٢٣٦.

(٢) النهاية: ٣١٥، السرائر ٢: ٧٧، المختصر النافع: ١٦٧، التحرير ٢: ٥٦٩، الارشاد ١: ٤٠٣، الروضة ٤: ١٥٢-١٥٣.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٣١، ب ٩ من الضمان، ح ١. (٤) (٥) (٦) المصدر السابق: ج ٢، ٣، ٤.

(٧) التذكرة ١٤: ٤١١. (٨) المسالك ٤: ٢٣٧، الرياض: ٦٠١.

(٩) الفقيه ٩٧: ح ٣٤٠٥، الوسائل ١٨: ٤٢٨، ب ٧ من الضمان، ح ٢.

(١٠) الوسائل ١٨: ٤٢٩، ب ٧ من الضمان، ح ٥، وفيه: «الرقبي» بدل «البرقي».

وعلى كل حال فما ذكره المصنّف [١] لا يخلو من قوّة .

ثم إنّ الكفيل يرجع على المكفول بما أدّاه إن كان الأداء عنه بإذنه ، وإن كانت الكفالة بغير إذنه بناءً على مشروعيّتها .

والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه أنّ الكفالة لم يتعلّق بالمال بالذات ، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي ، فإذا أدّاه بإذن من عليه فله الرجوع .

بخلاف الضمان المقتضي انتقال المال إلى ذمّة الضامن ، فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء ؛ لأنّه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه .

إلّا أنّ يراد منها الوكالة في الأداء عنه ، وإن كان الدين على المؤدّي المأذون .

ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء ، وإن كان كفل بإذنه إذا أمكن مراجعته وإحضاره للمكفول له [٢] .

نعم إذا أدّى [الكفيل] مع فرض تعدّر الإحضار [فهل له الرجوع ؟] [٣] .

[المتّجه أنّ له الرجوع ، إن لم نقل أنّ من مقتضيات الكفالة دفع المال عن المكفول ولو في حال تعدّر

الإحضار] .

(ولو قال : إن لم أحضره كان عليّ كذا لم يلزمه إلّا إحضاره دون المال) .

(ولو قال : عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال) [٤] .

[١] والجماعة .

[٢] ضرورة كونه متبرّعاً بالوفاء حينئذ ؛ لعدم اقتضاء الكفالة الإذن في ذلك على الحال المفروض .

[٣] ففي المسالك : « له الرجوع وإن لم يأذن له في الأداء ؛ لأنّ ذلك من لوازم الكفالة ، فالإذن فيها إذن في لزومها »^(١) .

وفيه : أنّه منافٍ لما سمعته منه ومن غيره سابقاً من أنّها لا تقتضي إلّا الإحضار ، ولذا لا يجب على المكفول له القبول إذا بذل

الكفيل .

ومع فرض أنّ ذلك من لوازمها يجب عليه القبول ؛ ضرورة كونه حينئذ كالوكيل عن المديون في ذلك .

نعم قد يكون له الرجوع ممّا ذكرناه من قاعدة لا ضرر ولا ضرار من حيث لزوم التخليد في الحبس ، ونحوه المفروض كون

المكفول سبباً له بالإذن في الكفالة .

بل لعلّ قاعدة احترام مال المسلم تقتضي به أيضاً ؛ لعدم صدق التبرّع عليه بذلك .

أو لغير ذلك ممّا لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة ، إن لم نقل : إنّ من مقتضياتها دفع المال عن المكفول ولو في حال تعدّر

الإحضار ، وإلّا أتجه له الرجوع حينئذ كما ذكره ، فتأمل جيداً والله العالم .

[٤] كما في القواعد ومحكي الارشاد^(٢) .

لكن يمكن أن يكون المراد [أن عليه المال] إن لم يحضره [١].

[١] كما في النافع ومحكي النهاية والسرائر والتحرير والتذكرة وحواشي القواعد والممعة والمهذب البارع وكشف الرموز والتنقيح^(١)، بل هو المحكي عن القاضي وابن حمزة^(٢)، بل في الأخيرين والمحكي عن ايضاح النافع نسبة ذلك إلى الأصحاب^(٣).

بل في المهذب في شرح عبارة النافع: أن المسألة إجماعية^(٤).

وفي جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد: «هذا مروى من طرق الأصحاب، وقد أطبقوا على العمل به»^(٥).

وفيه أيضاً ومحكي الحواشي وغاية المرام^(٦): أن الفارق بين المسألتين الإجماع والنص.

ولكن مع ذلك كله نظر فيه في المسالك بعد أن حكاه عن ابن فهد، والكركي قال: «لمنع الإجماع في موضع النزاع فإن أحداً

من الأصحاب لم يدعه، والموجود كلامهم في المسألة جماعة بسيرة، والباقون لا يعرف حكمهم فيها.

ومع ذلك فقد ذكر العلامة في المختلف كلام الشيخ ومن تبعه، ثم قال: «وعندي في هذه المسألة نظر»، ثم نقل فيها عن ابن

الجنيد حكماً مخالفاً لما ذكره الشيخ والجماعة، وقال: «إن كلام ابن الجنيد أنسب»، وقد عرفت أن للمصنف وحده فيها قولين هنا

وفي النافع، وللعلامة وحده فيها أربعة مذاهب، فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب^(٧).

وفيه ما لا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الإجماع، وإن كان هو كما ذكر محلاً للنظر.

لكن ليس لذلك، بل لما استعرفه إن شاء الله.

على أن ترك القيد من المصنف والفاضل في بعض كتبهما^(٨) مع احتمال إرادتهما له بقرينة ذكرهما له في البعض^(٩) الآخر لا

ينافي الإجماع على أصل المسألة وقول الفاضل: إن قول ابن الجنيد أنسب ليس قولاً في المسألة.

وكذا الاحتمال المذكور عنه في الجمع، بجعل المال في أحد الشقين على المال المكفول، وفي الآخر على مال غير ذلك التزم

به الكفيل إن لم يحضره [ليس قولاً في المسألة].

وكذا مناقشته^(١٠) في سند الخبرين اللذين هما الأصل في هذه المسألة [ليس بصحيح].

أحدهما: خبر الباق عن أبي عبد الله عليه السلام: سألت عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا

(١) المختصر النافع: ١٦٧. النهاية: ٣١٥. السرائر ٢: ٧٥. التحرير ٢: ٥٦٩. التذكرة ١٤: ٤١٣. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥: ٤٣٦، الممعة: ١٣٩. المهذب البارع ٢: ٥٣٢. كشف الرموز ١: ٥٦١. التنقيح ٢: ١٩٦-١٩٧.

(٢) نقله عن القاضي في المختلف ٦: ١٦. الوسيلة: ٢٨١.

(٣) التنقيح ٢: ١٩٦. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٥: ٤٣٦. ولم ينسب في كشف الرموز (١: ٥٦١) إلى الأصحاب.

(٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥: ٤٣٦. غاية المرام ٢: ٢١٥.

(٧) (١٠) المسالك ٤: ٢٤٠، ٢٣٩.

(٨) ترك المصنف القيد هنا القواعد ٢: ١٦٩. الارشاد ١: ٤٠٣.

(٩) المختصر النافع: ١٦٧. التحرير ٢: ٦٩.

درهماً؟ قال: «إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»^(١).

وهو إما صحيح أو موثق.

والثاني: خبره الآخر أيضاً قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تكفل لرجل بنفس رجل وقال: إن جئت به وإلا فعلي خمسمئة درهم، كما في التهذيب، وفي الكافي: «إن جئت به وإلا فعليك خمسمئة درهم»، وفيهما معاً قال: «عليه نفسه، ولا شيء عليه من الدرهم، فإن قال: علي خمسمئة درهم إن لم أدفعه إليه، قال: يلزمه الدرهم إن لم يدفعه إليه»^(٢).

وهو موثق أيضاً، بل في سنده أبان الذي هو من أصحاب الإجماع.

وبذلك اكتفى جماعة من الأصحاب على الفرق بين المسألتين قائلين: إن كثيراً من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد بأقل من ذلك.

إلا أن الإنصاف استبعاد التعبد في أمثال هذه المسائل.

خصوصاً في المقام الذي ليس فيه إلا تأخير الشرط وتقديمه، مع أنه إن أخر لفظاً فهو مقدّم معنى.

بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان، وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في المتن وغيره؛ لحصول عقد الكفالة أو الضمان به.

ولولا ما سمعته من الإجماع المزبور لأمكن القول بأن المراد من الروایتين بيان الفرق في عقد الكفالة من^(٣) الاقتصار عليه فقط، وبين اشتراط أداء المال فيه، مع عدم الإحضار.

ففي الأول لا يكلف إلا النفس أبداً، وفي الثاني يغرّم المال إن لم يحضر.

فيراد من قوله: «إلا أن يبدأ» إظهار اشتراط الدرهم من «بدأ الأمر بدواً»، أي ظهر كما في الصحاح^(٤) أو من «بادئ فلان بالعداوة، أي جاهر بها» كما فيه^(٥) أيضاً، أي الكفيل إنما يكلف بإحضار النفس أبداً إلا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدرهم إن لم يأت به، فحينئذ يكلف بها إن لم يحضره.

والنصرف في كتابة «يبدأ» بما يقتضي الأولوية [أي يكون جملة الشرط أولاً] إنما هو من النسخ.

مع أنه يمكن عليها أيضاً إرادة هذا المعنى لا التقدّم والتأخر.

وقوله: «فإن لم يأت به» في الخبر الأول على جهة الاستفهام من السائل فأجابه بذلك.

والخبر الثاني على ما في الكافي وبعض نسخ التهذيب منطبق أيضاً على ذلك؛ ضرورة أن اشتراط الخمسمئة فيه الأول إنما كان من المكفول له لا من الكفيل، ومن المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة.

(١) الوسائل ١٨: ٤٣٢، ب ١٠ من الضمان، ح ٢، وفيه: «يكفل» بدل «تكفل».

(٢) المصدر السابق: ح ١. التهذيب ٦: ٢١٠، ح ٤٩٣. الكافي ٥: ١٠٤، ح ٣.

(٣) كذا في الجواهر المطبوعة والظاهر «بين».

(٤) (٥) الصحاح ٦: ٢٢٧٨.

ولذا قال في جوابه: إنّه إن قال: «هو عليّ خمسمئة درهم إن لم آت به لزم ذلك».

نعم إنّما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب، والظاهر أنّه اشتباه من النسخ، فإنّ ما في الكافي أضبط.

خصوصاً مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب، وشهادة الرواية الأولى له، وهذا معنى جيّد في الخبرين.

ويشهد له ما تقدم من النصوص الظاهرة في عدم تكليف الكفيل إلا بالإحضار، وأنّه يحبس على ذلك.

وهو معنى قوله هنا: «وهو كفيل بنفسه أبداً»^(١).

كما أنّ الخبرين ظاهران أو صريحان في وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ، وإنّما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمل

عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطان العقد.

وبذلك يصحّ بالشرط المزبور: الالتزام بالمال المذكور، وإن لم يكن هو على المكفول.

وإن كان المنساق إلى الذهن إرادة اشتراط ما على المكفول.

ولعلّ هذا أولى من المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسألتين بأنّه إذا قدّم براءة ذمّة المضمون عنه، بقوله: «عليّ كذا»

امتنعت الكفالة حينئذٍ لعدم حقّ له حينئذٍ عليه، فلا يلزم إلا بالمال.

بخلاف ما إذا قدّم الكفالة، فإنّه يكون الضمان المتعقب لها - لكونه معلقاً على شرط - باطلاً، ولمنافاة الضمان صحّة

الكفالة^(٣)؛ إذ هو كما ترى منافٍ لما عرفته، من النصّ والإجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال في صورة تقديم الضمان بعدم

الإحضار، وأنّه مراد المصنّف هنا وإن ترك ذكره.

ومنافٍ أيضاً للتعليق المقتضي لبطان الضمان، بل ولعدم براءة المضمون عنه التي ذكرها وبني عليها بطان الكفالة.

بل ومنافٍ لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفالة أوّلاً بغير اللفظ المزبور.

بل لا يتمّ أيضاً بناءً على أنّ المسألة أعمّ من كون المكفول على مال وغيره من قتل وزوجية وغيرهما ممّا لا يقبل الضمان.

وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه من كذا في الأولى وخمسمئة في الثانية، ومطلقاً في كلام الجماعة أعمّ من كونه

مساوياً للحقّ الذي على المكفول وزائداً وناقصاً ومماثلأً له في الجنس ومخالفأً، والضمان المدعى لا يتمّ إلا في قليل من هذه

المسائل.

بل فيه أيضاً: أنّه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدلّ على كفالة صحيحة شرعاً.

وإنّما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدّم أو تأخّر، وأمّا الكفالة فهي مجعولة شرطاً، ومجزّد ذلك لا يكفي في عقد

الكفالة، ولو قيل: إنّه أتى قبل ذلك بلفظ يدلّ عليها.

فتقدّر مثل ذلك مبطل؛ للفرق الذي ادّعاه بين المسألتين، إلى غير ذلك ممّا لا يخفى.

(١) الوسائل ١٨: ٤٣٢، ب ١٠ من الضمان، ح ٢.

(٢) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

وأولى أيضاً ممّا حكاه فخر الدين عن والده^(١) من حمل الرواية على أنّه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه ، كما لو كان عليه دينار ، فقال : « إن لم أحضره فعليّ عشرة دنانير » فإنّه لا يلزمه المال إجمالاً ؛ لأنّه التزم بما ليس عليه .
أما الثانية فإنّه التزم بما عليه ، وهو الدينار مثلاً ، فكأنّه قال : عليّ الدينار الذي عليه إن لم أحضره .
إذ لا يخفى عليك ما فيه من المنافاة ؛ لإطلاق المال في الصورتين المتقاربتين .

بل مقتضى تعريف الدراهم في قوله : « إلّا أن ... إلى آخره » كون المراد الدراهم الأولى ؛ لانسباق العهد منه ، كما في نظائره .
على أنّ الرواية الثانية قد اتّحد فيها لفظ « الخمسة » في الصورتين .
وأولى أيضاً ممّا ذكره المقداد^(٢) مستحسنّاً له قائلاً : إنّه لم يذكره أحد من الأصحاب ، وهو أنّ المراد من الأولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به ، وذلك يقتضي صحّة الكفالة لتصريحه بها ، وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة ؛ لما تقدّم من أنّ مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به .

وأما الثانية فإنّها تشتمل على ضمان معلق على شرط ، والشرط متأخّر .
فهو إمّا مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط ، أو أنّ الضمان تمّ بقوله : عليّ كذا ، والشرط بعد مناف له ، فلا يلتفت إليه ؛ لأنّه كتعقيب الإقرار بالمنافي .

إذ لا يخفى عليك ما فيه أيضاً ، فإنّه مع ابتناؤه على إرادة خصوص ما على المكفول من المال لا وجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا .

كما أنّه لا وجه لقياس ذلك على تعقيب الإقرار بالمنافي .
وأولى أيضاً ممّا في المسالك ، فإنّه بعد أن أطب في ذكر وجوه الفرق وإفسادها قال : « إذ اتقرّر ذلك فنقول : الذي يقتضيه ظاهر الرواية أنّ الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين ، وتعقيبها ما ذكر من الاشتراط ، بدليل قوله : « رجل تكفل بنفس رجل » .
ثمّ قسمها إلى القسمين ، فإنّ التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعي ، وأنما يتمّ بذكر لفظ يوجبه ، وقوله بعده : « فإن لم ... إلى آخره » ، إمّا أن يحمل على كون المكتى عنه هو الحق المكفول لأجله ، عملاً بقريته مقتضيات الكفالة ، وحينئذٍ فلا إشكال في الأولى ؛ لأنّه يصير كفيلاً ، وما ذكر بعد الكفالة غير مناف .

ثمّ إن علمنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضاً إن لم يأت به إلى الأجل ، وحينئذٍ فلا فرق بين الصيغتين ؛ لاتحاد الحكم فيهما .

ويكون الاستثناء منقطعاً ؛ إذ لم يحصل به إخراج ، فكأنّه بين أنّ الحكم كذا إن قدّم الدراهم أو أخرها .
وبقي قوله في الرواية الثانية : « عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم » ناظراً إلى نفس حكم الكفالة ، لا إلى ما يترتب عليها عند الإخلال بالإحضار ، وإن لم تعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدّم .

(١) نقله في المسالك ٤ : ٢٤٢ .

(٢) التنقيح ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

وإِذَا أَنْ يَحْمِلَ الْمَالَ الْمَلْتَزِمَ عَلَى مَا هُوَ أَعْمَ مِنَ الْحَقِّ، فَيَكُونُ عَلَى سَبِيلِ الْجَعَالَةِ، فَيُلْزَمُهُ مَا التَّزَمَهُ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ فِي الْمَوْضِعِ، بِإِعْمَالِ مَفْهُومِ الشَّرْطِ فِي الْأُولَى، وَلِلتَّصْرِيحِ فِي الثَّانِيَةِ. وَيُنَاسِبُ هَذَا الْحَمْلُ كَوْنُ الْكَفَالَةِ قَدْ لَا يَكُونُ غَايَتِهَا الْمَالُ، كَالْقَصَاصِ وَالزَّوْجِيَةِ، ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِ الْمَالِ مَجَانِسًا لِلْمَكْفُولِ لِأَجْلِهِ يَنْبَغِي الْحُكْمُ بِاحْتِسَابِهِ نَظْرًا إِلَى اقْتِضَاءِ الْكَفَالَةِ ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ مُخَالَفًا لِاحْتِمَالِ رَدِّهِ إِلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ أَيْضًا وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْكَفَالَةُ لِأَجْلِ مَالٍ، فَهُوَ التَّزَامُ وَتَبَرُّعُ حُضٍّ، وَإِطْلَاقُ الرَّوَايَةِ يَقْتَضِي صَحَّتَهُ. وَعَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فَمُخَالَفَةُ الرَّوَايَةِ لِلْأَصُولِ لَيْسَتْ كَثِيرَةً عِنْدَ إِطْلَاقِهَا، وَلَوْ خَصَّصْنَاهَا بِالْمَالِ الْمَقْصُودِ حَصْلَ الْمَقْصُودِ وَإِنْ بَقِيَ فِي عِبَارَةِ الرَّوَايَةِ قُصُورٌ فِي الْبَلَاغَةِ حَيْثُ اتَّحَدَ الْحُكْمُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ مَعَ كَوْنِهِ قَدْ رُدَّ بَيْنَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ أَهْضَلُ مِنْ مُخَالَفَةِ الْأَصُولِ بِغَيْرِ مُوجِبٍ.

وَمَعَ هَذَا فَإِثْبَاتُ الْأَحْكَامِ الْخَارِجَةِ عَلَى تَقْدِيرِ الْعَمَلِ بِإِطْلَاقِهَا لَا يَخْلُو مِنْ بَعْدٍ؛ لِقُصُورِ الرَّوَايَةِ عَنْ إِثْبَاتِ مِثْلِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ، وَلَقَدْ كُنَّا فِي سَعَةِ مِنْ هَذَا الْاِخْتِلَافِ لَوْ أَطْرَحْنَا أَمْثَالَ هَذِهِ الرَّوَايَاتِ الَّتِي مِنْ شَوَازِ الْآحَادِ^(١) أَنْتَهَى.

إِلَّا أَنَّهُ كَمَا تَرَى مِنْ غَرَائِبِ الْكَلَامِ، بَلْ لَا يَسْتَأْهِلُ رَدًّا.

وَلَعَلَّ الَّذِي أَوْقَعَهُ فِي ذَلِكَ إِسَاءَتُهُ الْأَدَبِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَعَ الشَّيْخِ الَّذِي بِهِ حَفِظَ الْحَلَالَ وَالْحَرَامَ، وَمَا كُنَّا لِنُؤْثِرُ أَنْ يَقَعَ هَذَا مِنْهُ أَوْ ذَلِكَ مِنْ مِثْلِهِ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ وَالْمُؤَيِّدُ وَالْمُسَدِّدُ.

وَقَدْ ظَهَرَ لَكَ مِنْ جَمِيعٍ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ نَظَرَ الْجَمِيعِ فِي هَذَا الْحُكْمِ الْعِزُّورِ إِلَى الْخَبَرَيْنِ الْعِزُّورَيْنِ اللَّذَيْنِ يَغْلِبُ الظَّنُّ بِإِرَادَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْهُمَا، وَيَتَّبِعُهُ حِينَئِذٍ الظَّنُّ بِضَعْفِ الْفَتْوَى بِخِلَافِهِ، الْمَعْلُومُ كَوْنُ مَنْشَأِهَا الْفَهْمُ مِنَ الْبَدَأَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْخَبَرِ بَيَانِ الْفَرْقِ بِالْتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ وَالِاخْتِلَالِ فِي الْخَبَرِ الْمَرْوِيِّ فِي التَّهْذِيبِ.

وَمِنْ ذَلِكَ يَضَعُفُ الظَّنُّ بِصَوَابِ الْإِجْمَاعِ الْمُحْكَمِيِّ الْمُحْتَمَلِ لِإِرَادَةِ اتِّفَاقِ الْمُتَعَرِّضِينَ لِهَذَا الْحُكْمِ مِنَ الْأَصْحَابِ الَّذِينَ يَجُوزُ الْوَهْمُ عَلَيْهِمْ فِي الْخَبَرَيْنِ الْعِزُّورَيْنِ، فَصَارَ مَنْشَأُ الْحُكْمِ الْعِزُّورِ الْمُسْتَبْعَدِ بِنَازِهِ عَلَى التَّعَبُّدِ الْمُحْضِ، فَلَا حَظَّ وَتَأَمَّلْ، هَذَا.

وَفِي الْمَخْتَلَفِ بَعْدَ أَنْ حَكَى عَنِ الشَّيْخِ وَالْجَمَاعَةِ مَا سَمِعْتَ قَالَ: «وَعِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَرٌ».

ثُمَّ حَكَى عَنِ ابْنِ الْجَنِيدِ: أَنَّهُ «إِذَا قَالَ الْكَفِيلُ لَطَالِبِ الْحَقِّ: مَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَهُوَ عَلَيَّ دُونَهُ إِلَى يَوْمٍ كَذَا وَأَنَا كَفِيلُكَ بِنَفْسِهِ صَحَّ الضَّمَانُ عَلَى الْكَفِيلِ بِنَفْسِهِ وَالْمَالِ إِنْ لَمْ يُوَدَّ الْمَطْلُوبُ إِلَى الطَّالِبِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجْلِ، وَسَوَاءٌ قَالَ لَهُ عِنْدَ الضَّمَانِ: إِنْ لَمْ يَأْتِكَ بِهِ أَوْ لَمْ يَقُلْ لَهُ ذَلِكَ فَإِنَّ قَدَّمَ الْكَفَالَةَ بِنَفْسِهِ قَالَ: أَنَا كَفِيلُكَ بِنَفْسِ فُلَانٍ إِلَى يَوْمٍ كَذَا فَإِنْ جَاءَكَ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفُ دَرَاهِمٍ وَإِلَّا فَأَنَا ضَامِنٌ لِلْأَلْفِ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِنَفْسِهِ، وَبَطُلَ الضَّمَانُ لِلْمَالِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْقَامَرِ وَالْمَخَاطَرَةِ، وَهُوَ كَقَوْلِ الْقَاتِلِ إِنْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ فَمَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ غَرِيمَكَ - وَهُوَ أَلْفُ دَرَاهِمٍ - عَلَيَّ الَّذِي قَدْ أَجْمَعَ عَلَى أَنَّ الضَّمَانَ لَذَلِكَ بَاطِلٌ».

ثُمَّ قَالَ: «وَقَوْلُ ابْنِ الْجَنِيدِ أُنْسَبُ»^(٢).

وَلَكِنْ لَا يَخْفَى عَلَيْكَ أَنَّهُ قَرِيبٌ أَيْضًا مِنْ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ عِنْدَ التَّأَمُّلِ.

(ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق) أو وكيله (قهرأ ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه) [١].

[وينبغي الاختصار في ذلك على المتيقن، وهو غير الصبي والمجنون]. ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها، وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً؛ ضرورة عدم العقد فيه. والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة، بمعنى أن له التبرع بالأداء فداءً عن الإلزام بالإحضار، ويلزم المستحق بالقبول، وليس له اقتراح الإحضار فإن الضرر ينجر بذلك أو مع التراضي [٢]. نعم ليس له الرجوع عليه بما أدى إذا لم يكن الأداء بإذنه [٣]. لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن [٤].

[١] كما صرح به غير واحد، بل في الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر^(١)، بل عن الصيمري الإجماع عليه^(٢)؛ لقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، وفحوى ما تسمعه في القاتل. ولما في المسالك ومحكي التذكرة^(٤) وغيرها من أنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه. وإن كان هو كما ترى، إن لم يرجع إلى ما ذكرنا، أو إلى وجهه، أو إلى دعوى شمول «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٥) لمثل ذلك. ولكن لا يخفى عليك أن مدرك الحكم إن كان ذلك ونحوه ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما. ولعل ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره من التعبير بـ «من أطلق» الشامل لذلك نحو غيره من خطاب الأسباب. إلا أن الإنصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك، كعدمه بالنسبة إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخفيف ونحوه.

وينبغي الاختصار على محلّ اليقين، أو ما كان في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر فيما خالف أصل البراءة وغيرها.

[٢] لكن في المسالك: «ينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول فيطالب بالتسليم مع الإمكان، لا أن يفوض التخيير إليه»^(٦).

وفيه: أنه لا دليل على ذلك، بل أصل البراءة يقتضي خلافه.

وخبر القاتل إنما هو في العمد الذي كان الحق فيه القصاص.

وقاعدة الضرر لا تقتضي أزيد من التخيير المزبور.

ومن هنا لم أجد غيره ممن تقدّم عليه ذكر ذلك هنا، حتى ممن عيّن الإحضار في الكفالة.

[٣] كما صرح به غير واحد؛ للأصل وغيره.

[٤] لقاعدة لا ضرر، واحترام مال المسلم والإحسان، وكون الإذن في الملزوم إذناً في اللازم، ونحو ذلك. بل في محكي التذكرة: «ولو تمذّر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلّصه قصاصاً»^(٧). ويمكن إرادته ما ذكرنا.

(٢) غاية المرام ٢: ٢١٦.

(١) الرياض ٨: ٦٠٤.

(٤) المسالك ٤: ٢٤٥. التذكرة ١٤: ٤١٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ج ٣- ٥.

(٦) المسالك ٤: ٢٤٥.

(٥) حوالى اللآلي ١: ٢٢٤، ح ١٠٦.

(٧) التذكرة ١٤: ٤١٩.

ولو أطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بأدائه عنه ضمن أيضاً إحضاره ، أو أداء ما عليه على الوجه المذبور . بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً .

(ولو كان) المطلق بالفتح قهراً (قاتلاً) عمداً (لزمه إحضاره أو دفع الدية) مع التعذر ولو بموت [١] .
نعم لو كان القتل موجباً للدية على المطلق أتجه التخيير المزبور (بين الاحضار ودفع الدية) [٢] . ولو هرب القاتل عمداً واستمر فأخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولي منه ردّها إلى صاحبها وإن لم تقتص منه [٣] .
(ولا بد من كون المكفول معيناً) [٤] :

- ١ - (فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح) .
- ٢ - (وكذا لو قال : كفلت يزيد أو عمرو) لم يصح أيضاً .
- ٣ - (وكذا لو قال : كفلت يزيد فإن لم أت به فبععمرو) بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة [٥] .
فلا إشكال في بطلانه ، كما لا إشكال في البطلان في السابقين مع إرادة الإبهام المانع من تعلق العقد [٦] .

[١] بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل عن الصيمري الإجماع عليه^(١) ؛ للصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام : سألت عن رجل قتل رجلاً عمداً فرغ إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء ؟ فقال : « أرى أن يجبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فإن مات القاتل وهم في السجن ، قال : فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول »^(٢) . ومنه يعلم إرادة ذلك من التخيير المزبور في المتن وغيره .

[٢] على الوجه الذي تقدّم .
[٣] لأن وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها . وعدم القتل مستند إلى اختيار المستحق .
لكن في محكي التحرير : « إذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء ؟ فيه إشكال ، وهل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر »^(٣) .

وفيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأوّل للحيلولة ، لا لإسقاط الحق ، ولا لم يكن لهم قتله . بل ولا رجوع عليه بما أدى إلا مع الإذن في الإطلاق فإن فيه حينئذ ما عرفت . وإلى ذلك يرجع ما في القواعد : « ولو كان قاتلاً لزمه الإحضار أو الدية ، فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل ولا يتسلط الكفيل - لو رضي هو والوارث بالمدفوع - على المكفول بدية ولا قصاص »^(٤) .

- [٤] كما صرح به الفاضل^(٥) وغيره .
- [٥] لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبب الظاهر من الأدلة . فإشكال الفاضل فيه في القواعد^(٦) في غير محله .
- وفيه [الثالث] أيضاً اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض .
- [٦] لعدم المورد له .

أنا [لو أراد] الإبهام التخييري [١] [ففي صحّة الكفالة فيه توقف] [٢].

(ويلحق بهذا الباب مسائل):

[إحضار الغريم قبل الأجل]:

(الأولى: [٣]) إذا أحضر الغريم قبل الأجل (وجب) على المكفول له (تسلّمه إذا كان لا ضرر عليه) وكذا

غير المكان المشترط [٤].

(و) لكن (لو قيل: لا يجب كان أشبه) [٥]. بل لعل مصلحة الأجل والمكان مشتركة بينهما [٦]، وهو جيّد

حيث يكون اشتراط الأجل والمكان حقاً لهما. أمّا إذا كان حقاً للكفيل وأراد إسقاطه كان الأجود الأول، كما تقدّم

نظيره في الدين المؤجل [٧].

(ولو سلّمه وكان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهرة) مثلاً (لم يبرأ الكفيل) [٨].

(ولو كان) المكفول (محبوساً في حبس الحاكم) العادل (وجب تسلّمه؛ لأنّه متمكّن من استيفاء حقّه)

منه [٩].

(وليس كذلك لو كان في حبس ظالم) [١٠].

[١] فظاهر المصنّف وغيره منعه أيضاً. لكن قد يناقش بأن مقتضى الإطلاقات جوازه.

بعد عدم ما يقتضي عدم قابليّة حقّ الكفالة لذلك، فيصحّ حينئذٍ ويبرأ بتسليم أحدهما ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو

يؤدّي عنه.

ولعلّه في هذا القسم توقف الأردبيلي في المحكي عنه^(١).

[٢] وهو في محلّه إلّا أن ثبت ما يقتضي عدم قابليّة حقّ الكفالة لذلك.

وأنه كالمالك الذي لا يقبل مثل هذا [الإبهام].

[٣] [كما] قال في محكي المبسوط^(٢) [أيضاً].

[٤] ونحوه عن القاضي^(٣).

[٥] بأصول المذهب وقواعده المقتضية عدم وجوب قبول غير الحق.

[٦] واختاره الفاضل^(٤) وغيره.

[٧] ولعلّه إلى ذلك نظر الشيخ^(٥).

[٨] لعدم التسليم التام الواجب عليه؛ بانصراف إطلاق الأدّة إليه.

[٩] ضرورة أنّه برفع أمره إليه يخرج من الحبس، فيطالبه وهو فيه فينهي أمره معه ولو بأن يحبسه على الحقيّن معاً.

[١٠] لغلبة عدم التمكّن من استيفاء الحق معه.

ولو فرض إمكانه [= استيفاء الحق] وجب تسلمه .

كما أنه لو فرض عدم إمكانه في الأول لم يجب تسلمه وإن كان في حبس عادل ، كما هو واضح .

[حكم ما لو كان المكفول عنه غائباً والكفالة حالة] :

المسألة (الثانية : إذا كان المكفول عنه غائباً) في مكان معلوم ومتجاوز مسافة القصر (وكانت الكفالة حالة)

وطلبه منه المكفول له (أنظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعودة به) .

(وكذا لو ^(١) كانت مؤجلة) وطلبه منه (أخر بعد حلولها) وطلبه منه (بمقدار ذلك) [١] .

[وأما إذا لم يمكن إحضاره فهل يلتزم بالمال ؟] .

[قد يقال - على القول بانحصار مقتضى الكفالة في الإحضار - بعدم اعتبار إمكانه له بعد أن كان في حد ذاته

من الممكنات فيكلف به ويحبس عليه ، ولو لأن يفدي نفسه بأداء ما عليه ليتخلص من ذلك] .

[١] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن التذكرة عليه عامة أهل العلم ^(٢) ؛ ضرورة اقتضاء وجوب الإحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك ، وإلا كان تكليفاً بغير المقدور .

نعم في المسالك ومحكي التذكرة ومجمع البرهان : إنما يجب عليه الإحضار عند إمكانه ^(٣) .

أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف إحضاره ؛ لعدم الإمكان ، ولا شيء عليه ؛ لأنه لم يكفل المال .

بل قيل : إنه ظاهر الباقي ^(٤) أيضاً .

لكن في القواعد : « لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره ، مع احتمال براءته ، ويحتمل الصبر » ^(٥) .

وعن جامع المقاصد : أن الأول أصح ؛ لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ ، وهو المسقط للحق ، أو موت المكفول ^(٦) .

وأن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن ، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة .

وهذا وإن كان مبنياً على اقتضاها التخيير مطلقاً الذي قد عرفت البحث فيه ، أو أداء المال عند تعذر الإحضار الذي قد ذكره في رجوع الكفيل على المكفول إذا أدى ، لكن قد يقال : على القول بانحصار مقتضاها في الإحضار بعدم اعتبار إمكانه له ، بعد أن كان في حد ذاته من الممكنات ؛ لأنه هو الذي أوقع نفسه في ذلك فيكلف به ويحبس عليه ، ولو لأن يفدي نفسه بأداء ما عليه ، ليتخلص من ذلك ، كما هو مقتضى النصوص في حبسه .

(١) في الشرائع : « إن » . (٢) التذكرة ١٤ : ٤٠٩ .

(٣) المسالك ٤ : ٢٤٧ - ٢٤٨ . التذكرة ١٤ : ٤٠٩ . مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٢٧ .

(٤) مفتاح الكرامة ٥ : ٤٣٤ .

(٥) القواعد ٢ : ١٧٠ ، وفيه : « إلزام » بدل « التزام » .

(٦) جامع المقاصد ٥ : ٣٩٩ .

ومن ذلك يظهر الحال فيما لو فرط الكفيل في إحضاره بعد مطالبة المكفول له ، وكان متمكناً منه فهرب أو غاب غيبة منقطعة على وجه تعذر إحضاره أو هزبه هو ؛ ضرورة أولوية لزومه بالمال [١] .

ولو كان غائباً حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة [٢] .

[حكم ما إذا تكفل بتسليمه مطلقاً] :

المسألة (الثالثة) : [المختار] [٣] أنه (إذا تكفل بتسليمه مطلقاً أنصرف إلى بلد العقد) .

وهو إن سلم : ففيما إذا كان العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره .

[و] أما إذا كان في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقتها سريعاً بحيث تدل القرائن على عدم إرادته [٤] .

[فذلك ليس محل شك للقرائن الدالة على عدم إرادة ذلك المكان] .

نعم قد يشك فيما إذا لم تكن قرينة حتى إذا كان بلد العاقد ، وقد تقدم الكلام سابقاً على نحو ذلك في كتاب السلم وغيره .

وعلى كل حال فلا إشكال [٥] في أنه (إن عيّن موضعاً لزماً) - [٦] .

(و) حينئذ - (لو دفعه في غيره لم يبرأ) إذا لم يتسلمه المكفول له برضا منه [٧] .

(وقيل) [٨] : (إذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر وجب تسلمه ، وفيه تردد) .

[١] وإن حكي عن التذكرة وجوب المال إن أوجبه بها وإلا فأشكال^(١) ، ونحوه في جامع المقاصد^(٢) .

[٢] وعن جامع المقاصد : « لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم لا يمكن تخليصه وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره ، ولو رجع تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ، ولو احتاج إلى بذل مال فأشكال »^(٣) .

وكأنه مناف لما سمعته منه سابقاً ، والتحقيق في ذلك كله ما عرفت .

[٣] [كما] ذكر غير واحد من الأصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً .

[٤] ففي المسالك إشكال انصراف الإطلاق إليه ، وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم ، إلا أنهم لم يذكروا هنا خلافاً^(٤) .

وفيه : أن ذلك ليس محل شك ، ولا يحتمل إرادتهم ؛ إذ الفرض حضور القرائن الدالة على عدم إرادته .

[٥] (و) لا خلاف [فيه] .

[٦] لقاعدة « المؤمنون » وغيرها .

[٧] لعدم كونه تسليماً تاماً .

[٨] والقاتل الشيخ والقاضي^(٥) كما عرفت .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٤٠٠ .

(١) التذكرة ١٤ : ٤١١ .

(٤) المسالك ٤ : ٢٤٨ .

(٣) جامع المقاصد ٥ : ٤٠٠ .

(٥) المبوط ٢ : ٣٣٨ . نقله عن القاضي في المختلف ٦ : ١٣ ، وتقدم في ص ٤٦٩ .

بل منع إلا على ما سمعته في الأجل فيما إذا فرض كون مصلحة الشرط للكفيل، وقد أسقطها.

[إذا اتفقا على الكفالة وقال الكفيل: لا حق لك عليه:]

المسألة (الرابعة: لو اتفقا) أي الكفيل والمكفول له (على) وقوع (الكفالة و) لكن (قال الكفيل: لا حق لك)

الآن (عليه) لأداء أو إبراء أو غيرهما كان القول قول المكفول له بيمينه [١].

وكذا لو قال له: لا حق لك في حال الكفالة (كان القول) أيضاً (قول المكفول له) [٢] (لأنّ) الاعتراف من

الكفيل بوقوع (الكفالة تستدعي ثبوت حق) فيكون هو مدعي الفساد، والمكفول له مدعي الصحة، ولا ريب في أنّ

القول قول مدعي الصحة [٣].

وعلى هذا فإذا حلف المكفول له وتعدّر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير

بينة؟ [٤] [الصحيح أنّه لا يجب عليه ذلك].

نعم لو أقام المدعي البينة بالحق كان له إغرام الكفيل على الوجه الذي تقدّم سابقاً.

لكن لا يرجع به هنا على المكفول [٥].

ولكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما في ذمة المكفول مقاصّة [٦].

أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعاً، كما هو واضح.

[لو تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما:]

المسألة (الخامسة: إذا تكفل رجلان) مثلاً دفعة أو مرتباً (برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر) [٧].

[١] لأصالة بقاء الحق.

[٢] بلا خلاف أجده فيه.

[٣] لأصالتها؛ بل عن مجمع البرهان: أنّ القول قوله بلا يمين^(١)، وإن كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف.

بل خلاف قوله: «البينة على المدعي واليمين على من فكر»^(٢).

[٤] احتمله في المسالك ومحكي التذكرة^(٣).

ولكنه واضح الفساد؛ ضرورة أعميّة ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحق على المكفول.

[٥] لا عترافه بعدم كونه كفيلاً شرعاً عنه، وأنّه مظلوم.

[٦] لأنّه قد صار عوضاً عمّا آذاه.

[٧] عند الشيخ وابن حمزة والقاضي^(٤) فيما حكى عنهم، فإذا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثاني؛ للأصل،

وكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فكّ أحدهما لم يفك الآخر.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٢٨.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح، ح ٢ وفيه: «المدعي عليه، بدل من أنكر».

(٣) المسالك ٤: ٢٤٩. التذكرة ١٤: ٤١٩. (٤) المبسوط ٢: ٣٣٩. الوسيلة: ٢٨١. جواهر الفقه: ٧١-٧٢.

الضمان / إذا مات المكفول أو جاء المكفول وسلّم نفسه ٤٧٣

(و) لكن (لو قيل بالبراءة) - (مكان حسناً) [١]. والظاهر أنّ محلّ البحث في التسليم عن نفسه. أمّا لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال في براءة صاحبه [٢]. وعلى كلّ حال فـ [القول بالبراءة في محلّ البحث] [٣] جيّد إن كان المراد من كفالتهما الإحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلاً، فإنّه لا إشكال في براءة كلّ منهما بأدائهما معاً دفعة، وبأداء كلّ واحد منهما أمّا إذا كان المراد من كفالة كلّ واحد منهما، الاستقلال على وجه لو أسقط المكفول له حقّ الكفالة من أحدهما بإقالة ونحوها لم يسقط عن الآخر.

فلا يخلو [القول بعدم براءة الآخر بدفع أحدهما] [٤] من قوّة حينئذٍ، إلّا إذا قصد تسليمه عن صاحبه فإنّه يبرأ صاحبه، ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقاً.

والظاهر تعدّد الحقّ بتعدّد الكفيل إذا لم تكن قرينة على إرادة الأوّل [= الإحضار الواحد] [٥].

(ولو تكفّل لرجلين برجل ثمّ سلّمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر) [٦].

[إذا مات المكفول أو جاء المكفول وسلّم نفسه]:

المسألة (السادسة: إذا مات المكفول برأ الكفيل) [٧]. [و] يحتمل إلحاق غير الموت به إذا كان

[١] بل في القواعد وغيرها من كتب الجماعة: أنّه الأقرب^(١)؛ لأنّ المقصود تسلّمه وقد حصل، حتى لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبي برأ؛ لحصول الغرض.

[٢] وإن بقي هو [= الإشكال في براءة صاحبه] عند الشيخ^(٢).

[٣] [ك]ما ذكره المصنّف والجماعة.

[٤] [ك]ما في كلام الشيخ^(٣).

[٥] ودعوى اتحاد حقّ الإحضار لا يقتضي عدم تعدّد استحقاقه من وجوه عديدة.

[٦] بلا خلاف ولا إشكال [فيه]. بل قيل: إنّ ذلك عند العامة فضلاً عن الخاصة^(٤).

[٧] على المشهور، كما عن التنقيح^(٥)، بل في الرياض نفي الخلاف فيه^(٦)، بل في محكي التذكرة: بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا^(٧)، بل عن الغنية الإجماع عليه^(٨). قيل: لأنّه تكفّل بيده على أن يحضره، وقد فات بالموت، ولأنّه قد سقط الحضور عن المكفول فبرأ الكفيل^(٩). وفيهما ما لا يخفى. نعم قد يقال: إنّ المتبادر إنّما هو الإحضار في حال الحياة، وأنّ ذلك هو المتعارف بين الناس، فيحمل الإطلاق عليه، أو لمعلوميّة كون المراد من الكفالة الإحضار مقدّمة لتحصيل الحقّ المعلوم انتفاؤه بالموت. بل قد يدعى بناء شرعيّتها في مثل ذلك على ذلك، بحيث لو صرح بخلافه لم تصحّ ومن ذلك [يحتمل ذلك].

(٢) انظر المبسوط ٢: ٣٣٩.

(٤) مفتاح الكرامة ٥: ٤٤٣.

(٦) الرياض ٨: ٦٠٥.

(٨) الغنية: ٢٦٢.

(١) القواعد ٢: ١٦٩.

(٣) انظر المبسوط ٢: ٣٣٩.

(٥) التنقيح ٢: ١٩٨.

(٧) التذكرة ١٤: ٤٠٧.

(٩) مفتاح الكرامة ٥: ٤٣٣.

بحيث يخرج عن قابلية تحصيل الحق منه بجنون ونحوه [١].

نعم لو كان المراد منها [= الكفالة] الشهادة على عينه وصورته أئجه حينئذٍ صحتها والإلزام بإحضاره ميتاً، بناءً على صحة الكفالة في ذلك [٢].

ولو فرض تغييره على وجه لا يمكن الشهادة على عينه لم يجز إحضاره؛ لانقضاء الغرض حينئذٍ [٣].

[ولا يخفى عليك النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك] [٤].

[وكذلك لا يخلو أصل الحكم بالأحضر لولا الإجماع - من نظر، بناءً على اقتضاء الكفالة التخيير بين الأحضر والمال فإنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر]. هذا كله في موت المكفول.

أما موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة حينئذٍ [به].

بخلاف موت المكفول له، فإن الحق ينتقل إلى وارثه [٥].

[١] هذا ولكن في المسالك: «يمكن الفرق بين أن يكون قد قال: في عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه أو حضور نفسه أو حضوره، فيجب في الأول إحضاره ميتاً طلبه منه، وإلا فلا، ويبني الثاني على أن الإنسان ما هو، فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، وإلا فلا»^(١).

وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من بناء شرعية الكفالة في تحصيل الحق على ذلك، فلا مدخلية للعبارة حينئذٍ.

[٢] كما سمعته سابقاً من الفاضل في القواعد^(٢). ولعله لذا قيد الحكم المزبور هنا [وهو براءة الكفيل بموت المكفول] في القواعد بغير الشهادة على عينه^(٣).

بل في المسالك تبعاً للمحقق الثاني عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن أو لا؛ لأن ذلك مستثنى من حرمة نبشه^(٤)، سواء قلنا بجوازه للمال وعدمه.

[٣] وبذلك يظهر لك النظر فيما في القواعد من خروج الكفيل على إحضاره للشهادة على عينه عن العهدة بالدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال^(٥)؛ ضرورة عدم تفرع ذلك عليه، فإن الشهادة على عينه من مستثنيات النبش، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال وعدمه، وقد تقدّم في كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل. ولو أنه بناء على جواز نبشه للشهادة على عينه كان أولى. كما أنه لا يخفى عليك النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك.

[٤] للشك في تناول أدلتها لمثله، ولو كان موته بعد مماثلة الكفيل بإحضاره فقد يظهر من إطلاقهم اتحاده في الحكم، لكن لا يخلو من نظر.

بل لولا الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر، بناءً على اقتضاء الكفالة التخيير بين الإحضار والمال، وأنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر، فتأمل جيداً.

[٥] لعموم أدلة الإرث، بعد أصالة بقاء الحق.

(١) المسالك ٤: ٢٥٠. (٢) (٣) (٥) القواعد ٢: ١٦٨.

(٤) المسالك ٤: ٢٥٠. جامع المقاصد ٥: ٣٩٠.

بل قد ذكرنا سابقاً في الحوالة احتمال انتقال حقّ الكفالة بانتقال الدين ببيع أو حوالة ونحوهما [١].
(وكذا) يبرأ الكفيل (لو جاء المكفول وسلّم نفسه) للمكفول له عن الكفيل تسليماً تاماً.
أو سلّمه أجنبي عنه كذلك وقبل المكفول له لذلك [٢].

بل لا يبعد وجوب القبول [٣].

ولو سلّم نفسه أو الأجنبي لا عن الكفيل [٤].

[فالقول باطلاق البراءة لا يخلو عن إشكال].

(فرع: لو قال الكفيل: أبرأت المكفول فأنكر المكفول له كان القول قوله) مع يمينه [٥].

(فلو ردّ اليمين على^(١) الكفيل فحلف برأ من) حقّ (الكفالة و) لكن (لم يبرأ المكفول من المال) بيمين غيره،
فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة، فله اليمين على المكفول له لو ادّعى عليه الإبراء. ولا يكتفي باليمين التي
حلفها [المكفول له] للكفيل، كما أنّ له ردّ اليمين على المكفول، فإذا حلف برأ حينئذٍ.

نعم لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برأ هو وكفيله، وإن كان قد حلف
المستحقّ أولاً للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة، كما لو أدّى الحق [٦].

[١] وإن صرح الفاضل في القواعد وبعض شراح كلامه بعدم انتقاله^(٢) كما ذكرنا ذلك سابقاً.

[٢] لحصول الغرض، وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل؛ إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين.

[٣] لنحو ما سمعته منّا في دفع الدين من المتبرع، كما عن الأردبيلي^(٣) التصريح به هنا.

بل لعلّه ظاهر المتن وغيره عدا الفاضل في محكي التذكرة وبعض من تبعه فإنه صرح بعدم وجوب القبول
عليه، إلّا أن يكون عن إذن الكفيل^(٤)؛ لعدم وجوب قبض الحق إلّا منّ عليه، وفيه نظر.

[٤] ففي موضع من محكي التذكرة عدم البراءة^(٥)، وعن موضع آخر منها إطلاق البراءة^(٦)، واستجوده في
المسالك.

ولكن لا يخلو من إشكال كما عرفته سابقاً في كفالة الاثنين.

[٥] لأصالة بقاء الحق بعد اعترافه بثبوت سابقاً، كما هو مقتضى دعوى الإبراء.

[٦] وعدم بناء أحد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا، على كون اليمين المردودة كالبيئة أو الإقرار يقتضي كونها [= اليمين] أصلاً
برأسه.

(١) في الشرائع: «إلى».

(٢) القواعد ١٧١: ٥-٤٠٦-٤٠٧.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٢٦.

(٤) التذكرة ١٤: ٤٠٥. جامع المقاصد ٥: ٣٩١.

(٥) التذكرة ١٤: ٤٠٥.

(٦) حكاها وما قبله في المسالك ٤: ٢٥١. انظر التذكرة ١٤: ٤٠٦.

[حكم ما لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء]:

المسألة (السابعة): لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز) الكفالات وصح [١].

ولو أقال المستحق الكفيل الأول برأوا أجمع.

وكذا لو أحضر الأول منهم المكفول؛ لأنهم فروعه.

ولو أقال أحدهم برأ هو ومن بعده دون من قبله.

كما أنه لو مات يبرأ من كان فرعاً له.

ولو مات الأول برأوا أجمع، وليس للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل الأول [٢].

ولو مات المكفول برأوا أجمع أيضاً.

ولا يتوهم من صحة تراميها صحة دورها، كما في الضمان والحوالة؛ لأن حضور المكفول الأول يوجب براءة

من كفله.

وإن تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله، كما هو واضح.

[كفالة المكاتب]:

المسألة (الثامنة): لا تصح كفالة المكاتب (المشروط [٣] ولكن قال المصنف) (على تردد) [٤].

وإن كان [القول بصحة كفالة المكاتب المشروط] لا يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفاً مستحقاً عليه الحضور.

بخلاف الدابة ونحوها من الأموال.

[١] بلا خلاف ولا إشكال [فيه]؛ لوجود مقتضى الكفالة.

[٢] وإن احتمل [مطالبة المكفول له ورثة الكفيل الأول].

لكنه في غير محله.

[٣] عند الشيخ^(١)، بناء على أصله المتكسر من عدم لزوم مال الكتابة عليه؛ لجواز تعجيزه نفسه. وفيه ما عرفت من منع ذلك

أولاً، ومن عدم اقتضائه الفساد ثانياً.

ولذا قال المصنف: [على تردد].

[٤] بل في المسالك: «ونزيد هنا أنه إما عبد أو مديون، وكلاهما مجوز للكفالة، وموجب للإحضار»^(٢).

وهو مبني على ما سمعته سابقاً من الفاضل^(٣) من جواز كفالة العبد، إلا أنك قد عرفت تقييده له بالآبق^(٤).

بل ظاهر المحكي^(٥) عن غيره اعتبار اعتياد الإباق.

وقد عرفت النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك.

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) المسالك ٤: ٢٥٣.

(٣) (٤) القواعد ٢: ١٦٧.

(٥) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٥: ٤٢٩.

[حكم ما لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه]:

المسألة (التاسعة): لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه (أو نحو ذلك) (صَحَّ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْبُرُ بِذَلِكَ عَنِ الْجُمْلَةِ عَرَفًا) [١].

[١] بلا خلاف أجمده إلّا من ثاني الشهيدين^(١) تبعاً لمحمّد المحقق الثاني^(٢).

قال: «لأنّ العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة، إلّا أنّ إطلاقهما على أنفسهما خاصّة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصّحّ - مع الشكّ في حصول الشرط، وأصالة البراءة من لوازم العقد - غير واضح.

نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزءين اتّجهت الصّحة، كما أنّه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه. وبالجملة فالكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدلّ على أحدهما، فعند ذلك لا يصحّ التعليل بأنّه قد يعبر بذلك عن الجملة»^(٣).

وفيه: أنّ المراد من التعليل المزبور بيان صحّة الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعاً في عقد الكفالة، ولو باعتبار تعارف التعبير به مريداً به الجملة فيها، أو بيان الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح؛ لأصالة الصّحة وغيرها بقابليّة اللفظ لذلك، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً، وعلى هذا أو الأوّل يحمل كلام الأصحاب.

نعم ألحق بهما الفاضل في محكي التحرير والتذكّرة الكبد والقلب ونحوهما من الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها والجزء المشاع كالثلث والربع وغيرهما^(٤). ونظر فيه في القواعد من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلّا بالجملة فيسري^(٥).

وفي جامع المقاصد: «لقائل أن يقول: إنّ إحضاره وإن كان غير ممكن بدون إحضار الجميع لا يقتضي الصّحة؛ لأنّ الإحضار فرع الكفالة، والمطلوب إنّما هو صحّة الكفالة وإحضار ذلك العضو، وحيث إنّ صحّتها إنّما تكون بكفالة المجموع لم تصحّ هنا؛ إذ المتكفّل به ليس هو المجموع، ولا ما يستلزمه، وإن كان حكم الكفالة - وهو إحضار ذلك العضو غير ممكن إلّا بإحضار المجموع، والعقود أسباب متلقّاة من الشرع فلا بدّ في صحّتها من النصّ»^(٦)، مع أنّ التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف. وتبعه على ذلك في المسالك، بل قال: «وحيث إنّ عدم الصّحة أوضح»^(٧).

وفيه: أنّ المراد بالكفالة في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدّمة لما هو المذكور في عقدها، ولا يبعد الاكتفاء به؛ لإطلاق الأدلّة بل لو كان المقصود من ذلك إرادة الجملة صحّ، وإن لم يتعارف التعبير به عنها؛ لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلّق العقد. بل يكفي فيه إرادته من اللفظ بالعربية، وإن لم يجر على قانون اللغة، ولكن مقتضى ذلك أنّه لا يتم قول المصنّف.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٩٨.

(١) المسالك ٤: ٢٥٤.

(٥) القواعد ٢: ١٦٩ - ١٧٠.

(٤) التحرير ٢: ٥٦٦. التذكّرة ١٤: ٣٩١.

(٧) المسالك ٤: ٢٥٥.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٣٩٨.

(ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر لم يصح؛ إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً ولا يسرى إلى الجملة) [١].

[١] بل هو المحكي عن المبسوط^(١) ومن تأخر عن المصنف.

نعم في القواعد وجهان^(٢).

وفي المسالك: «لا يبعد القول بالصحة ممن يقول بها فيما سبق»^(٣).

اللهم إلا أن يقال: إن الوجه في ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة، ولو بعنوان المقدمة؛ ضرورة إمكان انفصالهما مع بقاء الحياة، فلا يتيقن إرادة موضوع الكفالة؛ لعدم القرينة، بخلاف الأول [لو تكفل برأسه] الذي لا يمكن التعيش بدونه؛ إذ احتمال الإتيان بهما بعد موته منافٍ لأصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتهما إياه. فلو فرض حصول قرينة في محل البحث على ملاحظة الإتيان بالجملة مقدمة لذلك أمكن الاكتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت.

أو يقال: إن الوجه في فرق الأصحاب بينه وبين الأول هو صحة التعبير بالأول عن الجملة، فيكفي أصل الصحة حينئذ في الحكم بإرادتها، بخلاف هذا فإنها لا تكفي في الحكم بإرادتها منه، بعد فرض عدم صحة التعبير لها عن الجملة، بل لابد من التصريح بذلك، أو بقرينة أخرى، فيكفي حينئذ، وإن كان غلطاً؛ لما عرفت [من عدم القرينة]، والله العالم والمؤيد والموفق والمسدد، وقد تم والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً.



(١) المبسوط ٢: ٣٤١.

(٢) القواعد ٢: ١٧٠.

(٣) المسالك ٤: ٢٥٥.

(كتاب الصلح)

[الصلح هو] الذي [ثبت شرعيته] [١]، [وهو عقد مستقل بنفسه]. لا يتوقف على سبق خصومة، مثل البيع وغيره من العقود.

[١] [إذ] قد دلّ على شرعيته بالخصوص الكتاب والسنة والإجماع من المسلمين. قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١).

وقوله: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾^(٢).

وقوله: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾^(٣).

وقوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾^(٤).

وقوله: ﴿فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ﴾^(٥).

وقوله: ﴿أَوْ إِصْلَاحَ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(٦).

وإن كان في دلالة ما عدا الأول على الصلح العقدي الذي عند الأصحاب تأمل، بل قيل^(٧): «والأول [كذلك في الدلالة].

وفي النبوي المروي في طرق العامة ومرسلًا في الفقيه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حراماً أو حرّم

حلالاً»^(٨).

وفي خبر حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»^(٩).

وفي آخر عنه عليه السلام أيضاً: في الرجل يكون عليه شيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(١٠).

وفي ثالث عنه عليه السلام أيضاً: سألت عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم ووكيلهم

فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرأه ممّا كان عليه أوبرأ منه؟ قال: «نعم»^(١١).

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على كونه عقداً مستقلاً بنفسه.

(١) النساء: ١٢٨. (٢) الأنفال: ١.

(٣) النساء: ٣٥. (٤) الحجرات: ١٠.

(٥) الحجرات: ٩. (٦) النساء: ١١٤.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٣١.

(٨) سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨، ح ٢٣٥٣. سنن أبي داود ٣: ٣٠٤، ح ٣٥٩٤. الفقيه ٣: ٣٢، ح ٣٢٦٧. الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من

الصلح، ح ٢. (٩) الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح، ح ١.

(١٠) الوسائل ١٨: ٤٤٦، ب ٥ من الصلح، ح ٣. (١١) الوسائل ١٨: ٤٤٧، ب ٦ من الصلح، ح ١، وليس فيه: «عليه».

(و) إن كان (هو) في الأصل (عقد شرع لقطع التجاذب) والتنازع بين المتخاصمين إلا أن ذلك فيه من الحكم التي لا يجب أطرادها مثل «المشفقة» في حكمة القصر، و«نقصان القيمة» في الرد بالعيب، و«استبراء الرحم» للعدّة، وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً أو تقييداً [١].

(و) على كل حال فـ (مليس) هو عندنا (فرعاً على غيره) من العقود (وإن^(١) أفاد فائدته) [٢].

[١] لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلّها، فضلاً عن خصوص الأدلة من السّنة المستفيضة أو المتواترة^(٢)، والإجماع بقسميه، كما هو واضح.

وإن أُنطب في المسالك^(٣) وغيرها، حتى أنّ بعضهم^(٤) التجأ إلى دعوى أنّه وإن كان شرع في قطع الخصومة، إلّا أنّه لا دليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك. وآخر إلى غير ذلك ممّا لا حاجة إليه بعد ما عرفت. ولا إلى ما قيل^(٥) من أنّه ربّما يشعر لفظ «الصلح» بتحقيق المنازعة، لكن لا يتعيّن كونها سابقة، بل يصح إطلاقه بالإضافة إلى دفع منازعة متوقعة محتملة، وإن لم تكن سابقة، كما يفصح عنه آية النشور^(٦) فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة. نعم لا تساعد الأخبار المتقدّمة على الدلالة على المشروعية حيث لا منازعة سابقة ولا متوقعة. ولكن يمكن الذبّ عنه بعدم القائل بالفرق بين الأُمّة، فكأنّ من قال بالمشروعية لدفع منازعة وإن لم تكن سابقة، كما دلّ عليها إطلاق الأخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة؛ إذ فيه أنّ المراد بلفظ «الصلح» الواقع في إيجاب العقد إنشاء الرضا بما توافقا واصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما. لا أنّ المراد به خصوص الصلح المتعقّب للخصومة مثلاً، كما هو واضح.

[٢] بل في التذكرة وعن السرائر الإجماع عليه^(٧)، وهو الحجة، مضافاً إلى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها في عدم فرعيته. بل بعض موارد المصريح بها في بعض النصوص لا يصلح لأن يكون موضوعاً لغيره. على أنّ إفادة عقد مفاد آخر لا يقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه، وإلا لاقتضى اتحاد الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع، وهو واضح البطлан، فإنّ الأحكام الشرعية تتبع عناوينها، فكأنّ حكم ثبت لموضوع خاصّ منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثيّة. نعم لا بأس بثبوته من دليل آخر. فما عن الشيخ^(٨) نارة أنّه بيع مطلقاً وأخرى ما عن الشافعي^(٩) من أنّه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وللإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وللعارية إذا تضمّن التسلّط على منفعة بلا عوض، وللهبّة إذا تضمّن ملك العين بغير عوض، وللإبراء إذا تضمّن إسقاط دين. لا وجه له؛ ضرورة فرض عدم القصد به شيئاً منها، وإلّا كان باطلاً؛ لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح. ولا دليل على ثبوت أحكامهما له إذا أفاد فائدتهما، على أنّه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لا يندرج في شيء من المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها، بل الاتفاق فتوى ورواية هنا على عدم اشتراط المعلوميّة في المصالح عليه في الجملة، بخلاف البيع.

(١) انظر الوسائل ١٨: ٤٤٠، ٤٤٣، ب ١، ٣ من «الصلح».

(٢) الرياض ٩: ٣٦.

(٣) النساء: ١٢٨.

(٤) نقله في التنقيح ٢: ١٩٩. ولم نعر عليه في كتبه.

(٥) في الشرائع: «ولو».

(٦) المسالك ٤: ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٧) المناهل: ٣٤٢.

(٨) التذكرة ١٦: ٦. السرائر ٢: ٦٤ - ٦٥.

(٩) انظر المجموع ١٣: ٣٨٥ - ٣٨٧.

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] أنه [يصح] [أي الصلح] مع الإقرار والإنكار [٢].

نعم المراد من الصلحة - مع الإنكار - الظاهرية بمعنى أنه يجري عليه حكم الصلحة ظاهراً لا في نفس الأمر [٣].

[١] [بـ] لا خلاف بيننا فيـ [هـ].

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى العمومات .

[٣] فإن المدعي - ديناً أو عيناً أو منفعة مثلاً وفكره المدعي عليه - إن كان محقاً لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعي ، سواء كان من الجنس أو لا ، وسواء عرف المالك قدر الحق أو لا ، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا ؛ لأنه ربما كان توصلاً إلى أخذ بعض حقه .

بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلاً بمال فهي بأجمعها حرام .

ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض ؛ لفساد المعاوضة في نفس الأمر .

إلا أن يفرض رضا المدعي باطناً بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك .

وإن كان مبطلاً لم يحل له ما دفعه إليه المنكر ، رفعاً لدعواه الكاذبة ، وللضرر عن نفسه ، ونحو ذلك مما لا يتحقق معه التراضي المبيح لأكل مال الغير إلا مع فرض الرضا المزبور .

وأما الحكم بالصلحة بحسب ظاهر الشرع ؛ لاشتباه المحق من المبطل .

قال علي بن أبي حمزة : قلت لأبي الحسن عليه السلام : رجل يهودي أو نصراني كان له عندي أربعة آلاف درهم فهلك أيجوز لي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان ؟

فقال : « لا يجوز حتى تخبرهم » ^(١) .

وفي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام : « إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء

فالذي أخذه الورثة لهم ، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة ، فإن لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به » ^(٢) .

نعم في المسالك : « لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها ، كما لو وجد المدعي بخط موثره أن له حقاً على أحد أو يشهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعة فالتجّه صحة الصلح في نفس الأمر ؛ لأنّ اليمين حقّ يصحّ الصلح على إسقاطها ، ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة ، حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردّها » ^(٣) .

لكن في جامع المقاصد في مفروض المسألة : « ليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً ، وما في نفس الأمر تابع

(١) الوسائل ١٨ : ٤٤٥ - ٤٤٦ ، ب ٥ من الصلح ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٤٤٦ ، ح ٤ .

(٣) المسالك ٤ : ٢٦٢ .

لصحة الدعوى وعدمها ، ويحتمل الصحة مطلقاً ؛ لأنّ اليمين حقّ فيصحّ الصلح لإسقاطها»^(١).

قلت :

قد يناقش في الصحة ظاهراً في الأول [أي فيما لو كان المدعي محقّاً أو مبطلاً] بأنها غير متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً ، سواء كان المدعي أو المنكر .

والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر ، فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع ؟ !

اللهمّ إلا أن يدعى أن مبنى شرعية الصلح على ذلك ، فيحكم حينئذٍ بالصحة عليه ظاهراً ما دام الواقع مشتبهاً ، ولم يعلم المبطل منهما بعينه ، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض .

كما أنّه لا يجوز للمصالح -بالكسر- الدعوى بما وقع الصلح عنه ، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر .

ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه ، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً .

وهل البينة كالإقرار في ذلك [= صحة الصلح ؟] وجهان .

هذا وقد تقدّم في التحالف في كتاب البيع ما يستفاد منه أنّ القطع بالواقع في الجملة لا ينافي إجراء الحكم في الظاهر تبعاً لمؤثرتيه .

وكذا قد يناقش في الصحة في نفس الأمر في الثاني [أي فيما لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوّزها] بأنّ المتّجه عليه حجية ذلك له ، حتى لو انكشف الحال بعد ذلك ، ولا أظنّ القائل يلتزمه .

ولعلّه لذا جعل الصحة في الواقع في جامع المقاصد تابعة لصحة الدعوى في نفس الأمر وعدمها .

وكون اليمين حقّاً يصحّ الصلح على إسقاطه لا ينافي اعتبار المراجعة فيه بما إذا لم ينكشف الواقع ، وإلا جرى الحكم على ما في الواقع .

نعم ما دام الواقع مشتبهاً في نفسه يحكم بملكية العوض مثلاً ويحلّ التصرف فيه ونحو ذلك .

ويمكن تنزيل مراد القائل بالصحة في نفس الأمر على ذلك ، لا أنّ المراد الصحة فيه مطلقاً حتى لو بان الأمر بعد ذلك .

اللهمّ إلا أن يدعى أنّ ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على إسقاطه ، وهو كافٍ في الصحة في نفس الأمر ، وإن انكشف الحال بعد ذلك .

ولكنّه كما ترى .

على أنّه لا يتمّ فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعي ، فإنّ المال حينئذٍ في يد المنكر باقٍ على ملك المدعي الذي

قد صولح على إسقاط ماله من حقّ اليمين ، ولم يحصل منه ما يقتضي انتقال المال إلى المنكر ؛ لأنّ الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه .

وبالجملة يمكن أن يقال : إن الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي قد يدعى أنها من أقسام المعاوضة شرعاً أيضاً [١] .

وإن كان هو لا يبيع المال في الواقع .

نعم لو أقر بعد ذلك [= الانكار] أخذ بإقراره خاصة ، وفي البينة خلاف ؛ أصحّه عدم الالتفات إليها .

فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كله [٢] .

نعم قد يقال بحلّية ما دفع المتخلّص من يمين التهمة [٣] .

ولو قلنا بمثله في كتابة المورث أمكن حلّيته لذلك .

وكيف كان فقد ظهر لك أنّ الصلح بين المسلمين جائز مع الإقرار والابتكار ، (إلا ما) أي صلحاً (أحلّ حراماً) كاسترقاق الحرّ واستباحة بضع المحرّمات وشرب الخمر واللواط (أو حرّم حلالاً) بأن لا يطأ حلّيته ، أو لا ينتفع بماله ، أو نحو ذلك ممّا علم عدم جواز الصلح على اجتنابه . وحينئذٍ فلا استثناء متصل ؛ ضرورة كون الصلح على مثل ذلك باطلاً ظاهراً وباطناً [٤] .

[١] وقد ذكروا أيضاً فيه أنّه ليس له المقاصة باطلاً .

[٢] ضرورة كون المنشأ في ذلك كلّ إسقاط الدعوى واستيفاء المدعى عوضها اليمين ، ونحو ذلك ممّا يأتي مثله في الصلح . فتأمل جيّداً ، فإنّه لا يخلو من نظر .

كما أنّه لا يخلو حلّية المال بمجرّد كتابة المورث مثلاً منه أيضاً .

[٣] باعتبار إيماء مشروعية اليمين لها بذلك .

[٤] وربّما فسر أيضاً بصلح المنكر على بعض المدعى به أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى ، كما سبق تحريره .

لكن الاستثناء حينئذٍ منقطع ؛ لما عرفت من الحكم بصحّته ظاهراً ، وإنّما هو فاسد في نفس الأمر .

والحكم بالصحة والبطلان إنّما يطلق على ما هو الظاهر .

نعم بناء على ما عن الشافعي^(١) من عدم الصحة مع الإنكار يكون الاستثناء متصلاً . وربّما كان ذلك هو الدليل له ، فإنّه حينئذٍ محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب ، ومحزّم للحلال بالنسبة إلى المحق ، إلّا أنّ فيه ما عرفت ، مضافاً إلى عدم ظهور الخبر المزبور (وهو إلّا ما أحلّ حراماً) فيه .

بل يمكن أن يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الأمر أيضاً خاصّة لا مطلقاً ، وحينئذٍ يرتفع النزاع بيننا وبينه ، كما أنّه يمكن دعوى الاتصال على ذلك أيضاً بناء على إرادة البطلان في نفس الأمر من عدم الجواز في الخبر المزبور ، كما أنّه يمكن إرادة جعل الصلح شارعاً من الاستثناء ، بمعنى أنّ الصلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل ما حرّم الله وبالعكس ، على وجه يكون به الحلّ والحرام . إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه ، والله العالم .

(وكذا يصح) الصلح (مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهاتهما به) [١].

نعم لو كان أحدهما عالماً به دون الآخر لم يصح الصلح في نفس الأمر، بل لابد من الإعلام بالقدر إن كان

الجاهل المستحق [٢].

أو كان المصالح به قدر حقه مع فرض عدم تعيينه، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح.

نعم لو فرض الرضا الباطني على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم.

وإن كان العالم المستحق لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دون عكس الأول إلا مع فرض الرضا

المزبور [٣].

بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة في ذلك.

[١] بلا خلاف فيه في الجملة، بل في المسالك وغيرها الإجماع عليه^(١)؛ لإطلاق الأدلة.

وخصوص الصحيح عن الباقر^(٢) والصادق عليه السلام^(٣): «أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال: كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي، فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما».

ونحوهما الموثق^(٤).

والمناقشة باحتمال كون مضمونها الإبراء، لا الصلح، يدفعها: فهم الأصحاب ذلك منها.

وظهور إرادة المعاوضة فيها، وليست حينئذ إلا الصلح، فلا إشكال حينئذ في الدلالة على المطلوب.

على أن الحاجة ماسة إلى تحصيل البراءة مع الجهل، ولا وجه إلا الصلح.

[٢] كما سمعته في خبر أبي حمزة^(٥).

[٣] الذي يمكن استفادة حكمه:

١ - مضافاً إلى عموم «تسلط الناس على أموالهم»^(٦).

٢ - من الصحيح عن الصادق عليه السلام^(٧): «في الرجل يكون عليه شيء فيصالح؟ فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا

بأس»^(٧) وغيره.

بناءً على إرادة الصلح بالأنقص كما هو الغالب، مع عدم إعلانه بالحال، والحكم في ذلك كله واضح.

(١) المسالك ٤: ٢٦٣، وفيه: «عندنا».

(٢) الفقيه ٣: ٣٣، ح ٣٢٦٨. الوسائل ١٨: ٤٤٥، ب ٥ من الصلح، ح ١.

(٣) التهذيب ٦: ٢٠٦، ح ٤٧٠. الوسائل ١٨: ٤٤٥، ب ٥ من الصلح، ذيل الحديث ١.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٨، ح ٢. الوسائل ١٨: ٤٤٥، ب ٥ من الصلح، ذيل الحديث ١.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٤٥-٤٤٦، ب ٥ من الصلح، ح ٢.

(٦) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٧) الوسائل ١٨: ٤٤٦، ب ٥ من الصلح، ح ٣.

إذ الحكم الموزون يأتي في مطلق التصالح وإن لم تكن منازعة مع علمهما وجهلها، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك [١] (ديناً كان أو عيناً) [٢].

[والظاهر] [٣] عدم الفرق في الصحة بين كون المصالح عنه ممّا يتعذر معرفة له مطلقاً أو لا، أمكن معرفته في الحال أم لا؛ لعدم مكيال أو ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة [٤] ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث، أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى عالم به، مع مسيس الحاجة إلى نقله في الحال [٥].

[١] بل في المسالك: «ولو كان جهلها بالقدر لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب الجواز، وهو خيرة الدروس»^(١).
قلت:

بل في التذكرة: «لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدراً ولا جنساً، بل يصح الصلح سواء علماً قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه»^(٢).

[٢] [وقال أيضاً]: «وسواء كان أرشاً أو غيره عند علمائنا أجمع»^(٣).

[٣] [إذ] إطلاقه - كما في المتن وغيره، بل والنصوص كما اعترف به في الرياض^(٤) - يقتضي [ذلك].

[٤] بل لا خلاف في الأولى على ما قيل^(٥)؛ لاتفاق الأدلة نصّاً وفتوى عليها، مضافاً إلى أن إبراء الذمة أمر مطلوب، والحاجة إليه مائة، ولا طريق إليه إلا الصلح، فلا إشكال فيها.

وكذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين^(٦) والفاضل المقداد^(٧)؛ لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه.

والضرر بتأخيرها وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له.

[٥] نعم في الرياض «يشكل في الثانية من عموم الأدلة بالجواز المعتضدة بإطلاقات عبائر كثير من الأصحاب، ومن حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقص، مع إمكان التحرز عنهما، ولذا قيد في المسالك وغيرها الصحة بما إذا تعذر تحصيل العلم بالحق والمعرفة بالكلية»^(٨).

(١) المسالك ٤: ٢٦٤.

(٢) التذكرة ١٦: ١٧.

(٣) التذكرة ١٦: ١٧.

(٤) الرياض ٩: ٣٩.

(٥) الرياض ٩: ٣٩.

(٦) الدروس ٣: ٣٣٠. المسالك ٤: ٢٦٤.

(٧) التنقيح ٢: ٢٠١.

(٨) الرياض ٩: ٣٩.

ثم قال : « وهو حسن إما لترجيح عموم أدلة النهي عن الغرر ^(١) ، أو لتعارضهما مع عموم جواز أدلة الصلح ^(٢) ، مع عدم مرجح الثانية ، فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل ، وهو الفساد وعدم الصحة [أي فيما أمكن تحصيل العلم في الحال] . مضافاً إلى إمكان ترجيح أدلة النهي عن الغرر باعتضاها بالاعتبار ، ورجحانها عند الأصحاب على أدلة الصحة في كثير من المعاملات المختلفة ، كالبيع والإجارة ونحوهما من المعاملات المختلفة » ^(٣) .

وفيه :

أولاً : منع العموم في المعتبر من أدلة النهي عن الغرر .

فضلاً عن ترجيحه أو تعارضه لعموم الصلح والرجوع إلى أصالة الفساد ؛ إذ لم نعثر في المعتبر منها إلا على النهي عن الغرر ^(٤) في البيع الملحق به الإجارة بالإجماع .

على أن إطلاق النصوص السابقة - ومعقد إجماع التذكرة ^(٥) - المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب ، كما اعترف هو بذلك كله - كافٍ في تخصيص أدلة الغرر .

بل قوله في الصحيحين : « إذا تراضيا بذلك وطابت أنفسهما » ^(٦) ظاهر إن لم يكن صريحاً في أن المدار في الصحة على ذلك ، ولو مع الجهل الذي يمكن زواله .

كظهور الحكم بالصحة في صورتين الأوليين في ذلك أيضاً عند التأمل ، خصوصاً الثانية منهما ؛ ضرورة عدم صلاحية التعذر في الحال ، مع مسيس الحاجة إلى النقل الممكن بالهبة المعوضة ونحوها ؛ لارتفاع حكم الشرطية أو المانعية بعد فرض عدم الدليل بالخصوص ، وإلا لاقتضى ذلك في البيع ، وهو واضح الفساد .

على أن ترجيح أدلة الغرر بما سمعت يقتضي كون مدخليته هنا نحو ما في البيع والإجارة الذي لا فرق في مانعته فيهما بين التعذر مطلقاً ، وفي الحال وعدمه .

ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج في الدين ^(٧) لا يؤثر أثراً .

ودعوى إرادة ذلك منه ممنوعة .

ولو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك [= بتعذر تحصيل العلم بالحق] ، بعد الإغضاء عن أصل جريان نفي الحرج في

المقام .

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب ٤٠ من آداب التجارة ، ح ٣ .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ٤٤٣ ، ب ٣ من الصلح .

(٣) الرياض ٩ : ٣٩ - ٤٠ ، وفيه : « لتعارضها » بدل « لتعارضهما » ، و « المعروفة » بدل « المختلفة » الثانية .

(٤) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب ٤٠ من آداب التجارة ، ح ٣ .

(٥) التذكرة ١٦ : ١٧ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٤٤٥ ، ب ٥ من الصلح ، ح ١ وذيله .

(٧) الحج : ٧٨ .

فالأقوى حينئذ الصحة مطلقاً، إلا الجهالة التي لا تؤول إلى علم؛ للإبهام .
بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المصالح به والمصالح عنه [١] .

[كما أنّ الظاهر عدم الفرق في الصحة بين العلم في الجملة بالوصف ، أو المشاهدة وعدمه أصلاً] .
(و) كيف كان فـ (جهو) أي عقد الصلح بناءً على ما قلناه من كونه أصلاً برأسه (لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه) [٢] .

[١] كما هو مقتضى الصحيحين السابقين^(١) وغيرهما من الأدلة السابقة .
فما عن الشافعي من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقاً ، بل ظاهره المفروغية من اعتبار العلم بالمصالح به ، ولذا احتج به على اعتباره في المصالح عنه أيضاً بالقياس عليه^(٢) واضح الفساد .
وكذا ما في الدروس : « من أنّ الأصح اشتراط العلم في العوضين إذا أمكن » إلى أن قال : « ولو تعدّر العلم بما صولح عليه جاز ، كما في وارث يتعدّر علمه بحصته ، وكما لو امتزج مالاهاما بحيث لا يتميّز ، ولا تضرّ الجهالة . ورواية منصور بن حازم^(٣) تدلّ عليه ، ولو كان تعدّر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة إلى الانتقال ، فالأقرب الجواز »^(٤) .

فإنّه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه [من الأدلة] .
كما أنّه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق في الصحة بين العلم في الجملة بالوصف ، أو المشاهدة وعدمه أصلاً .
فما عن الأردبيلي من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلوماتية [في الصلح] ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة إمّا بالوصف أو المشاهدة^(٥) ، محلّ للنظر أيضاً بل المنع .
نعم قد يقال بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول إلى علم لإبهامه كما ستعرف إن شاء الله .
لعدم صلاحيته للنقل والانتقال .

[٢] بلا خلاف [فيه] ؛ لعموم ﴿ أَوْفُوا ﴾^(٦) .
وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود .
نعم يجيء على قول الشيخ^(٧) الجواز في بعض موارده ، كما إذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه ، بناءً على أنّ مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته .

(١) الوسائل ١٨ : ٤٤٥ ، ب ٥ من الصلح ، ح ١ وذيله .

(٢) المغني (لابن قدامة) ٨ : ٥ .

(٣) التهذيب ٦ : ٢٠٦ ، ح ٤٧٠ . الوسائل ١٨ : ٤٤٥ ، ب ٥ من الصلح ، ذيل الحديث ١ .

(٤) الدروس ٣ : ٣٢٧ ، ٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٣٩ .

(٦) المائدة : ١ .

(٧) نقله في التفتيح ٢ : ١٩٩ .

[فهو يفيد اللزوم حتى لو أفاد فائدة العارية والهبة] [١].

(إلا أن يتفقا على فسخه) بالإقالة [٢].

(وإذا اصططح الشريكان) عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها أو مطلقاً على ما ستعرف (على أن يكون الربح

والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله صح) [٣].

[١] أما على المختار فليس إلا على اللزوم.

[٢] الشامل دليلها له ولغيره، كما عرفته هناك، والله العالم.

[٣] بلا خلاف في الجملة فيه؛ للمعومات.

وخصوص المعبرة منها الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى، فقال: «لا بأس إذا اشترطاً، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل»^(١).

ونحوه الآخر عنه أيضاً، إلا أنه قال: «كان من المال دين وعين»^(٢) ولم يقل: «وعليهما دين».

وكذا الثالث إلا أنه قال: «وكان المال ديناً»^(٣) ولم يذكر «العين» ولا «عليهما دين».

والرابع إلا أنه قال: «كان المال ديناً وعيناً»^(٤).

قيل: «وليس في شيء منها كالعبرة وما ضاهاها من عبارات الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده، وإن لم يرد القسمة؛ لظهور سياق الرواية فيما قيدنا به العبارة من تعقب القول بأن الربح والخسران لأحدهما ورأس المال للآخر للشركة، وحصوله بعدها وبعد إرادة القسمة؛ لقوله: «فربحا فيه ربحاً» و«أعطني رأس المال».

وليس في قوله: «إذا اشترطاً» منافية لذلك؛ لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضا يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم، كعقد صلح ونحوه.

وليس المراد إذا اشترطاً في عقد الشركة كما توهم؛ لاختصاصه حينئذ بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه.

بل [و] دلالة بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غيره ظاهرة، ولا قائل بهما، فتعين كون المراد ما ذكرنا.

ووجه اشتراطه عليه السلام ذلك خلق السؤال عن بيان رضا الآخر، وإنما غايته الدلالة على صدور القول من أحدهما.

ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة؛ لأن اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحاً، بل اشتراطاً^(٥).

قلت: أول من تنبه لذلك الشهيد في الدروس، فقال: «لو اصططح الشريكان عند إرادة الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله

والآخر الباقي ربح أو توى جاز؛ للرواية الصحيحة^(٦) ولو جملاً ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع؛ لمناقضاته موضوعها،

(١) الوسائل ١٨: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح، ح ١، وليس فيه: «ربحاً»، وفيه: «شرط» بدل «شرطاً».

(٢) التهذيب ٦: ٢٠٧، ح ٤٧٦. الوسائل ١٨: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح، ذيل الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٨: ١٧، ب ٦ من الخيار، ح ٤.

(٤) التهذيب ٧: ١٨٧، ح ٨٢٣. الوسائل ١٨: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح، ذيل الحديث ١.

(٥) الرياض ٩: ٤٣، ولم ترد كلمة ظاهرة فيه. (٦) الوسائل ١٨: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح، ح ١.

والرواية لم تدل عليه^(١).

ثم تبعه ثاني المحققين^(٢) وثاني الشهيد^(٣).

إلا أن الأخير منهما صرح بأن إطلاق العبارة يقتضي التعميم.

كما أن المحدث البحراني^(٤) صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك في أثناء الشركة وإن بقيت مستمرة، بل جعل ذلك ظاهر

إطلاق العبارات.

والتحقيق في المسألة أن يقال: إنه إن كان المراد ممّا في النصّ والفتوى كون هذا الصلح جارياً على مقتضى عموم ما دلّ على

مشروعيته^(٥)، وغير محتاج إلى دليل بالخصوص.

وإنما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك، كما يؤول إليه استدلال الفاضل في التذكرة^(٦) عليه أولاً بالعموم؛ ضرورة صحة

الصلح من أحد الشريكين عمّا يستحقّه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في ذمة الشريك الآخر.

وحينئذ يخرج المال عن الشركة ويختص بالمصالح، وإنما يكون العوض في ذمته، فلا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة،

أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما، وفي الأثناء، وعند إرادة الفسخ.

بل لا فرق في صحته بهذا المعنى بين الشركة والمضاربة.

وإن كان المراد منهما صحة الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاماً، وللآخر الباقي، ربح أو خسر،

والمال باقي على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمة المصالح بالفتح، فلو لم يحصل من المال حينئذ إلا دون رأس ماله لم يكن له

رجوع عليه.

فإن قلنا: إن ذلك أيضاً مقتضى العمومات كان المتّجه أيضاً الصحة في الصور الثلاثة.

وإن قلنا: إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص ولا تكفي فيه العمومات، بل لولاه لكان من الصلح المحلّل

للحرام وبالعكس فالمتّجه المنع في غير مورد النصوص المزبورة.

إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة وإرادة الفسخ.

بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور، مع بقاء المال على الشركة يعمل به.

بل لعلّ عموم «تسلّط الناس على أموالهم»^(٧) يقتضيه.

(١) الدروس ٣: ٣٣٣.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٤١٣.

(٣) المسالك ٤: ٢٦٥.

(٤) انظر الحدائق ٢١: ١٠٠.

(٥) النساء: ٣٥، ١١٤، ١٢٨. الأنفال: ١. الحجرات: ٩، ١٠، وانظر الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح.

(٦) التذكرة ١٦: ٣٩.

(٧) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

[الظاهر] [١] الجواز في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين ثم إيقاع صيغة الإصلح على النحو المزبور، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلّي المضمون في المال، وأنه لا يستحق سواء، سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أو لا، وسواء عمل به بإذن من الآخر أو لا [٢].

[المختار] [٣] أن المتجه على كل حال الجواز مطلقاً [٤].

نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية لا في الابتداء ولا في الأثناء ولا عند الانتهاء [٥].

[١] [إذ] منه [= ممّا تقدّم] ينفذ [ذلك].

[٢] ودعوى أن الثابت صحته من النصوص الصلح عمّا سبق من الربح والخسران لا ما يتجدّد. يدفعها: منع ذلك أولاً، ووضوح عدم الفرق ثانياً؛ ضرورة أنه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه، سواء بقي المال على هذا الحال أو لا؛ ضرورة أنه لو أراد دفع رأس المال له فنقد أعيان مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذي وقع عليه الصلح قطعاً.

وليس ذلك تعدّد من محلّ النصّ الذي هو عند التأمل مطلق.

فإنّ المراد من قوله: «أعطني» الكناية عن استحقاق رأس المال.

نعم لا يجوز التعدي إلى غير الشركة كالمضاربة، ولا إلى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران ونحوه.

[٣] [كما] من ذلك كلّ ظهر لك [ذلك].

[٤] كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب، بل والنصّ.

[٥] ضرورة عدم مقتضي لزوم، وإنّما هو وعد.

بل قيل: إنّه منافٍ لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسارة للمال، فهو مخالف للكتاب والسنة، بل عائد عليه بالنقض.

وليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه المنافي للزوم الذي هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذي لا يقتضي إلا الانتقال خاصّة.

واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجية، بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه إلا ما عرفت.

فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية، ويكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه، والبيع المشروط فيه عدم الانتقال^(١). وإن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافياً لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه؛ للأدلة المزبورة المراد من «الشرط» فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح، فإنّه ربّما يطلق اسم الشروط على العقود. ومن الغريب جعل بعضهم^(٢) محل النزاع هنا: الاشتراط حتى قال: إنّه ليس في عبارة الجماعة إطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمّى اشتراطاً ولا يسمّى صلحاً وقد عبّروا به؛ إذ قد عرفت أنّ محل البحث الصلح لا الشرطية.

(١) الرياض ٩: ٤٣ - ٤٤.

(٢) انظر مفتاح الكرامة ٥: ٤٦٨ - ٤٦٩.

ولكن هل صحته [= الصلح] مختصة في صورة وقوعه عند إرادة فسخ الشركة أو عامة له ولو وقوعه في أثناءها أو عند ابتدائها - أي بعد مزج المالين ؛ لمشروعية الاشتراك على هذا الوجه بالصلح - من غير فرق بين الجميع ؟
[الظاهر صحة ذلك في الجميع] [١] .

(ولو كان معهما درهمان و^(١) ادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللآخر ما بقي) [٢] .

والمراد بكون الدرهمين معهما [٣] أنهما في أيديهما [٤] .

نعم [الظاهر] [٥] أن الحكم كذلك من غير يمين .

وإنه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعة ، أو بواحد منهما على التعيين [٦] .

[١] ولا ريب في اقتضاء إطلاق المتن وغيره ذلك ، بل لعله مقتضى التأمل الصادق في النصوص أيضاً .

وأما مسألة الشرطية في عقد الشركة فهي مسألة أخرى مذكورة في باب الشركة لا مدخلية لها فيما نحن فيه ، فمن الخطب جعل كلامهم هناك مقيداً لإطلاقهم هنا ، كما هو واضح .

وبه يظهر لك ما في جملة من كتب المصنفين خصوصاً الرياض^(٢) ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

[٢] لصحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي وقال الآخر : هما بيني وبينك ، قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام : « أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين »^(٣) .

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة^(٤) المنجبر إرسالهما بالشهرة ، مع أن في سنديهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الإجماع ، وإرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض .

[٣] [الوارد] في الخبرين والمتن .

[٤] ليتساويا في الدعوى ؛ إذ لو كانا في يد أحدهما لقدم قوله بيمينه .

[٥] [كما هو] ظاهر الخبرين والمتن وغيره .

[٦] بل لمعلم في الأول أظهر منهما في غيره .

لكن في التذكرة بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر واحداً منهما قال : « الأقرب أنه لا بد من اليمين ، فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفان »^(٥) . واستحسنه في المسالك^(٦) ؛ لعموم « واليمين على

(١) في الشرائع : وفيه بدل و . .

(٢) الرياض ٩ : ٤٢ - ٤٥ .

(٣) التهذيب ٦ : ٢٠٨ ، ح ٤٨١ . الوسائل ١٨ : ٤٥٠ ، ب ٩ من الصلح ، ذيل الحديث ١ .

(٤) التهذيب ٦ : ٢٩٢ ، ح ٨٠٩ . الوسائل ١٨ : ٤٥٠ ، ب ٩ من الصلح ، ذيل الحديث ١ .

(٥) التذكرة ١٦ : ١٣٧ .

(٦) المسالك ٤ : ٢٦٦ .

من أنكر»^(١).

وفي الدروس: «لو كان معهما درهمان فأدعاهما أحدهما وأدعى الآخر اشتراكهما ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم، وللأول الباقي، ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فإنه يقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا كل مشاع»^(٢). وربما أشكل ما في التذكرة بعدم تمامية إحلاف كل منهما في صورة الدعوى على الإشاعة؛ لاختصاص الحلف حينئذٍ بالثاني والبيّنة بالأول ومع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف. وما فيها وفي الدروس أيضاً بوجوب الخروج عن مقتضى القاعدة [وهي اليمين على المنكر]، وتخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى.

بل ذلك كله كالاتجاه في مقابلة النص والفتوى الظاهرين في عدم اليمين أصلاً، والصريحين أو كالصريحين، خصوصاً الخبرين منهما في فرض موضوع المسألة في الإشاعة، بل ظاهرهما أنّ ذلك على وفق الضوابط العامة، لا أنّه تعبد صرف. ومن هنا يمكن أن يقال بأنّ الوجه في عدم اليمين من أحدهما أنّه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كل منهما الكل، المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها؛ لإمكان الحكم بكونه لواحد منهما، ويستخرج بالقرعة أو بغير ذلك، فاليد حينئذٍ بعد أن كانت كذلك لا تصير أحدهما منكراً عليه اليمين، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لأحدهما. والمتّجه فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعاً للدعوى، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك. لا أنّ النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكراً بالنسبة إلى دعوى الآخر عليه، وكذا العكس، فيكونان كالمدعي من وجه والمنكر من آخر، فيتحالفان؛ ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوي الأيدي كما تسمعه في الوديعة، وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما، واليد إنّما قضت بالجميع، ومعارضتها بالأخرى لا تقتضي تنزيلها على النصف الذي هو خلاف مقتضاها. وحينئذٍ فليس النصف المحكوم به في النص والفتوى إلّا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والإنصاف؛ لعدم تحقّق الدعوى من أحدهما والإتكار من آخر؛ لكون المفروض تساويهما من كلّ وجه، ففي الحقيقة ليس إلّا دعوى واحدة وهي ملكية الدرهم إلّا أنّ أحدهما يدعي أنّها له، والآخر كذلك.

ولا ترجيح لأحدهما، بعد معارضة يد كلّ منهما للأخرى الموجب للتساوط نحو البيّنتين المتعارضتين من كلّ وجه. فيقسم المال بينهما - على احتماله فيهما بحسب دعوتهما، فإن كانا اثنتين فالنصف، وإن كانا ثلاثة فالثلث، وهكذا قطعاً للخصومة بينهما - بالعدل والإنصاف، فهو كالصلح القهري.

ولعلّه لذا ذكر الأصحاب هذه المسألة وما شابهها في هذا الكتاب.

ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالإشاعة؛ ضرورة أنّها لا تنافي الإقرار بالدرهم الكلّي المشاع المنطبق على نصفي الدرهم والثلثين من درهم والثلث من آخر، وهكذا.

فبقي النزاع بينهما في الدرهم الآخر على إشاعته، فيدعيه المقرّ له بالدرهم الأول مضافاً إلى ذلك الدرهم، والآخر يدعيه له، فيقسم بينهما نصفين على الإشاعة.

[وفي الدعوى بالاشاعة يقسم الدرهم الواحد المنازع فيه على الاشاعة بينهما نصفين على الاشاعة] [١].
(وكذا) الحكم فيما (لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم)
فإن لذي الدرهمين درهماً منهما لا احتمال فيه، وأما الآخر فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح، فالعدل بينهما
قسمته نصفين بينهما [٢].

بل [الظاهر] [٣] عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم، بل يكفي الاشتباه.
كما أن [الظاهر] [٤] ذلك وإن لم تصادم دعواهما في الدينار.
وأنه لا يمين على أحد منهما، خصوصاً مع عدم علم كل واحد منهما بعين حقه [٥].

[١] [وذلك:]

للقاعدة التي ذكرناها [وهي قاعدة العدل والإنصاف] التي قد أومئ إليها في الخبرين السابقين^(١) المعتضدين بالفتوى المجردة
عن ملاحظة اقتضاء اليد الموجبة للتوهم أن مدعى الدرهم الآخر المنضم إلى ما اقتضته يده من النصف الذي هو درهم أيضاً مشاع
ملفّق مدع صرف، والآخر منكراً باعتبار أنه قد ادّعى عليه ما اقتضته يده، فيحلف ويستحق النصف المشاع، وهو الدرهم الملفّق؛ إذ
قد عرفت إلغاء اليد في المقام، وأنّ الحكم بالنصف نصّاً وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كلّ وجه، فتأمل جيّداً، فإنه
دقيق جدّاً.

وبه يظهر الوجه فيما في النصّ والفتوى الصريحين في الإشاعة.
وأنه ليس ذلك من باب التعمّد كما لا يخفى على من تأمل الخبرين^(٢) والفتاوى.
ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنّف وغيره بل المشهور من قوله: [وكذا...].

[٢] للقاعدة التي عرفتها.

وأكدّها هنا خبر السكوني عن الصادق عليه السلام: في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاغ دينار منهما،
فقال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»^(٣).

[٣] [كما هو] ظاهره [= خبر السكوني]

[٤] [كما هو] ظاهره.

[٥] لكن في المسالك استشكله مع ضعف المستند بأن التالف لا يحتمل كونه منهما بل من أحدهما خاصّة؛ لامتناع الاشاعة
هنا، والموافق للقواعد الشرعيّة هنا القول بالقرعة.

ومال إليه في الدروس^(٤)، إلّا أنّه تحاشى عن مخالفة الأصحاب^(٥).

(١) الوسائل ١٨: ٤٥٠، ب ٩ من الصلح، ح ١ وذيله.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٥٠، ب ٩ من الصلح، ح ١ وذيله.

(٣) التهذيب ٦: ٢٠٨، ح ٤٨٣. الوسائل ١٨: ٤٥٢، ب ١٢ من الصلح، ح ١، مع اختلاف.

(٤) الدروس ٣: ٣٣٣.

(٥) المسالك ٤: ٢٦٦.

قلت :

قال في الدروس : « ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضع دينار واشتبه ففي رواية السكوني ^(١) لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي ، والعمل بها مشهور ، وهنا الإشاعة ممنوعة ، ولو كان في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً . ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً ، وذكرهما في باب الصلح ، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً وجائز أن يكون اختيارياً ، فإن امتنع فاليمين .

والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلط الأجزاء ، وفيه بُعد ، ولو قيل : بالقرعة أمكن ^(٢) .

وفيه : أنها عند الإشكال ، ولا إشكال بعد النص والفتوى .

و[بعد] القاعدة التي أشرنا إليها في قسمة المال بين مدعيه ، قلوا أو كثروا بالسوية بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزل منزلة الصلح القهري فيما بينهم .

ومنه يعلم ما في احتمال كونه اختيارياً ؛ ضرورة إمكان القطع بعدمه من النص والفتوى ، كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور حتى المسألة الأولى التي حصل الاشتباه في مالك المال من تعاقب يديهما المقتضية ملك كل واحد منهما ، بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد لمالكين .

وإبطال اقتضاء كل من اليدين في النصف ، ليس بأولى من القول بحصول الاشتباه في مالك الكل الذي هو مقتضى يد كل منهما ، فيكون مالاً مشتبهاً دائراً بينهما ، تأتي فيه القاعدة السابقة .

وأما ما حكاه عن الفاضل فهو كما ترى في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج ؛ ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك .

أما مع فرضه فقد يقال بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ .

الله ! أن يدعى حصول الشركة بها قهراً شرعاً ، بخلاف غيره من الدراهم ونحوها ، لكنه كما ترى .

فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج ، كما في النص .

أما معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً فالمتجه فيه حينئذ حكم الأقفرة في كون التالف على النسبة .

واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسألة الدرهم .

يدفعه :

أولاً : أنه لا قطع بكونه على النسبة في الحبوب ؛ إذ يمكن التفاوت .

وثانياً : عدم المدخلة لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز .

(١) تقدم في ص ٤٩٥ .

(٢) الدروس ٣ : ٣٣٣ - ٣٣٤ .

وقد ظهر لك من ذلك كله أنَّ الحكم المزبور في هذه المسائل [١] قائم مقام الصلح فيها بالنسبة إلى قطع المخاصمة [٢]. ومن ذلك المسألة الثالثة: (و) هي ما (لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ولآخر ثوب بثلاثين درهماً ثمَّ اشتبهتا فإنَّ خيرَ أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإنَّ تعاسرا بيعا وقسمَ ثمنهما بينهما فأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة) [٣].

إلا أنَّ الظاهر [٤] عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور، بل [الظاهر] [٥] صيرورة مآلتهما للشريكين باعتبار احتمال تملك كلٍّ منهما لكلٍّ منهما، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما [٦].

[١] التي قد عرفت اتفاق النصِّ والاعتبار والمعظم من الفتوى عليه.

[٢] ولهذه المناسبة ذكرها الأصحاب في كتابه [= كتاب الصلح].

[٣] التي قد أفتى المشهور فيها بذلك؛ لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب فيبعت التوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال: «يباع التوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، قلت: فإنَّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: إخترا أيهما شئت، قال: قد أنصفه»^(١). المنجبر بالشبهة مع احتمال صحة سندها في طريق الصدوق بل والشيخ^(٢). فما عن ابن إدريس من القرعة^(٣)، ومال إليه في المسالك^(٤) في غير محله؛ ضرورة عدم الإشكال [في الحكم المشهور] بعد ما عرفت [من الخبر]. معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك، بل لو لم يشتبهوا وبيعا معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما.

[٤] من النصِّ والفتوى.

[٥] [كما هو ظاهرهما] [= النص والفتوى].

[٦] فما في التذكرة: من أنَّه إنَّ بيعاً منفردين وتساويا في الثمن فلكلِّ واحد ثمن ثوب ولا إشكال، وإنَّ اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة، وكذا الأقل بناءً على الغالب، وإنَّ بيعاً مجتمعين صاراً كالمال المشترك شركة إجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال^(٥) كالاجتهاد في مقابلة النصِّ المعتضد بفتوى المعظم، المقضي بصيرورتهما بمثابة الشريكين على كلِّ حال. ولذا قال في الدروس بعد حكاية ذلك عنه: «يلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين؛ إذ الحكم مختلف. ويظهر أنَّه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع، والرواية مطلقة في البيع. ويؤيدُها أنَّ الاشتباه مظنة تساوي القيمتين، فاحتمال تملك كلٍّ منهما لكلٍّ منهما قائم، فهما بمثابة الشريكين»^(٦). نعم ما فيها - أي الدروس - من أنَّه «إنَّ عملنا بالرواية ففي تعديها إلى الثياب والأمتعة والأثمان المختلفة نظر، من تساوي الطريق في الجميع وعدمه، والأقرب القرعة هنا»^(٧). [وهو] مخالف لقولهم عليهم السلام: «[إنما] علينا أن نلقي إليكم الأصول، وعليكم أن تفرعوا»^(٨) «ولا يكون الفقيه فقيهاً حتى نلحن في القول فيعرف ما نلحن له»^(٩). ولظهور إرادة التعليم منها مؤيداً ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار، ومناسبتة لما سمعته سابقاً ممَّا شرع لقطع التنازع والتخاصم.

(٢) (٥) الفقيه ٣: ٣٦، ح ٣٢٧٧. التذكرة ١٦: ١٣٨-١٣٩.

(٦) (٧) الدروس ٣: ٣٣٢-٣٣٣.

(٩) المستدرک ١٧: ٣٤٤، ب ١٥ من صفات القاضي، ح ٥.

(١) الوسائل ١٨: ٤٥١، ب ١١ من الصلح، ح ١.

(٣) (٤) الرائر ٢: ٦٩. المسالك ٤: ٢٦٨.

(٨) الوسائل ٢٧: ٦١، ب ٦ من صفات القاضي، ح ٥١.

فالأقوى حينئذ التعدية [في الحكم إلى غير الثوبين من الأمتعة والأثمان المختلفة].
 هذا وربما ظهر من الحكم في هذه المسألة أنه من بيان موضوعات الأحكام ، لا من باب المرافعات [١] .
 ولعل الأمر في المسائل السابقة كذلك أيضاً ، [فلا يتوجه فيها اليمين] [٢] .
 (وإذا بان أحد العوضين) المعينين في العقد (مستحقاً) للغير أو غير قابل للعوضيّة كالخمر والخنزير (بطل الصلح) [٣] .
 ولا فرق [٤] بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض [٥] .
 [و] أمّا إذا كان [أحد العوضين] مطلقاً فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلاً رجع ببدله كالبيع ، ولا فساد في العقد . كما أنه لو ظهر في المعين عيب مثلاً تخير في الفسخ ولا بطلان [٦] .
 نعم في تخيره بين الفسخ وبين الأرض كما في البيع إشكال ، أقواه العلم [٧] .

- [١] ضرورة عدم ميزان للحكم فيها من البيئة واليمين .
- [٢] فلا يتوجه ما سمعته سابقاً من بعضهم من اليمين ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .
- [٣] بلا خلاف ولا إشكال [فيه] ؛ ضرورة أنهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقعا فيه ، وإن لم نقل : إنه يعتبر في الصلح العوض ؛ لقيامه مقام الهبة والعارية ، إلا أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه ، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض ، والذي فرض صحته غير مقصود . ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح - الذي فساد فيه لا يقتضي فساد العقد باعتباره كونه ليس من الأركان فيه ، بل يرجع إلى مهر المثل :
- ١ - لحرمة القياس أولاً .
- ٢ - ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا - كمهر المثل الذي يرجع إليه عند فرض عدم المهر - ثانياً .
- ٣ - ولكون المهر في عقد النكاح بعد أن دلّ الدليل على عدم فساد العقد بفساده ، صار كالملتزم المستقلّ عن العقد بالنسبة إلى حكم المزبور .
- بخلاف المقام الذي لا دليل فيه كذلك ، وإن ثبت وقوع الصلح بلا عوض ، كما هو واضح .
- [٤] عندنا .
- [٥] خلافاً لبعض العامة فأسقط القصاص به ^(١) [= بهذا الصلح الفاسد] ، وهو كما ترى مقتض لترتيب الأثر على الفاسد . نعم المنساق من العوض في المتن وغيره ما قيدنا به العبارة من كونه معيناً .
- [٦] لكون الصحة فيهما باعتبار الانساق إليها المذكورة وصفها فيها ، فمع فرض عدمها يثبت الخيار ؛ لقاعدة نفي الضرر وغيرها .
- [٧] لحرمة القياس ، بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الأصح . ودعوى أن ثبوته أيضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار ، واضحة المنع ؛ ضرورة أنها لا تقتضي إلا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر .

ومن ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح إذا كان دليله قاعدة نفي الضرر، أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح، كخيار الغبن [١] وتخلّف الوصف، وعدم الوفاء بالشرط، واشتراط الخيار، ونحو ذلك. بخلاف ما اختصّ دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، بناءً على عدم فرعية الصلح للبيع، والله العالم.

(و) على كل حال فلا إشكال في أنّه (يصحّ الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة) [٢].

[ويصحّ أيضاً] عن الحق إسقاطاً أو نقلاً كحق الخيار، وحق التحجير، وحق الشفعة بحق مثله، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط [٣].

بل الظاهر [٤] صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً ولذلك أفراد كثيرة، كحق السبق إلى الوقف، وحق القذف وحق الغيبة، وحق الرجوع في الطلاق وفي البذل، وغير ذلك مما تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره.

نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لا نقلها. بل لو شكّ فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح، فتأمل جيّداً. (ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صحّ و) إن (لم يكن) ثمّ قبض في المجلس لما عرفت من كون الصلح (فرعاً للبيع) [٥].

(و) أنّه (لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع (الصرف على الأشبه) [٦]. وكذا لو قام [أي الصلح] مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس. إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الربا، بناءً على أنّه منها. نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوزات أتجه حينئذٍ جريانه في الصلح، (و) قد تقدّم تحقيق ذلك في كتاب البيع.

إلا أنّه على كل حال (لو أئلف على رجل ثوباً قيمته درهم) مثلاً (فصالحه عنه على درهمين) أو أقلّ من الدرهم

[١] الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد.

[٢] للعمومات المقتضية لذلك، ولغيره من الصلح.

[٣] للعمومات المقتضية لذلك.

[٤] [لأنّها] = العمومات تقتضي [ذلك].

[٥] عندنا.

[٦] بأصول المذهب وقواعده.

(صَحَّ عَلَى الْأَشْبَه) [١] (لَأَنَّ الصَّلَحَ وَقَعَ عَنِ الثَّوْبِ) أَوْ عَنِ قِيَمَتِهِ الْكَلْبَةِ الَّتِي لَا تَخْتَصُّ بِالدَّرْهِمِ (لَا عَنِ الدَّرْهِمِ) الَّذِي لَمْ يَثْبُتَ فِي الذِّمَّةِ [٢].

[١] بِأَصُولِ الْمَذْهَبِ وَقَوَاعِدِهِ وَالْأَشْهُرُ، بَلْ فِي الدَّرُوسِ الْمَشْهُورِ^(١).

[٢] لَكِنْ فِي الْمَسَالِكِ فِي شَرْحِ هَذِهِ الْعِبَارَةِ تَبَعاً لِجَامِعِ الْمَقَاصِدِ^(٢) بَلْ وَالدَّرُوسِ^(٣): « هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ عَلَى الْقَوْلِ بِضَمَانِ الْقِيَمِ بِمِثْلِهِ لِيَكُونَ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ ثَوْباً، وَيَكُونُ هُوَ مُتَعَلِّقُ الصَّلَحِ.

أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الْأَصَحِّ مِنْ ضَمَانِهِ بِقِيَمَتِهِ فَالْإِلَازِمُ لِدِّمَّةِ الْمُتَلَفِ إِنَّمَا هُوَ الدَّرْهِمُ، فَيَسْتَلْزِمُ الصَّلَحَ عَلَيْهِ بِدَرْهِمَيْنِ الرِّبَا فَيُبْطَلُ، وَهُوَ الْأَفْوَى^(٤).

بَلْ فِي الدَّرُوسِ: أَنَّهُ لِذَلِكَ أَبْطَلَهُ فِي الْخِلَافِ وَالْمَبْسُوطِ^(٥).

فِيهِ:

إِنَّ الْمَعْلُومَ مِنْ مَذْهَبِ الْمُصَنِّفِ ضَمَانُ الْقِيَمِ بِقِيَمَتِهِ لَا بِمِثْلِهِ الَّذِي هُوَ مَذْهَبُ نَادِرٍ.

وَلَيْسَ مَا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَالْفَاضِلِ^(٦) بَلْ الْمَشْهُورِ كَمَا سَمِعْتُ مَبْنِياً عَلَى ذَلِكَ.

بَلْ هُوَ إِنَّمَا لَأَنَّ الثَّابِتَ فِي الْقِيَمِ فِي الذِّمَّةِ نَفْسُهُ [= نَفْسُ الْقِيَمِ]، كَمَا هُوَ مُقْتَضَى قَوْلِهِ لَا يَلْبِثُ: « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ »^(٧) بَلْ وَقَوْلُهُ: « مِنْ أَتْلَفَ... إِلَى آخِرِهِ » وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ دَفْعُ الْقِيَمَةِ عَنْهُ عَوْضاً شَرْعياً؛ لَعَدِمَ إِمْكَانُ آدَاءِ نَفْسِهِ، وَعَدِمَ مَعْرِفَةُ مِثْلٍ لَهُ حَتَّى يَكُونَ أَقْرَبُ مِنَ الْقِيَمَةِ، فَالْصَّلَحُ حِينَئِذٍ إِذَا وَقَعَ يَقَعُ عَنْهُ لَا عَنْ قِيَمَتِهِ.

وَلَيْسَ هَذَا قَوْلٌ لِيَكُونَ الْقِيَمِ يَضُمُّ بِمِثْلِهِ الَّذِي هُوَ مَعْنَى وَجُوبِ تَأْدِيَةِ الْمُثْلِ التَّسَامُحِيِّ عَرَفاً.

أَوْ لَأَنَّهُ وَإِنْ قُلْنَا بِكَوْنِ الثَّابِتِ فِي الذِّمَّةِ قِيَمَتَهُ، إِلَّا أَنَّهَُا غَيْرُ مُتَعَيِّنَةٍ فِي خُصُوصِ الدَّرَاهِمِ، وَإِنْ كَانَ لَوْ أَدَّتْ مِنْهَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ دَرْهَمًا وَمِنْ الدِّينَارِ كَذَا وَمِنْهُمَا كَذَا.

وَهَذَا لَا يَقْضِي بِكَوْنِ الثَّابِتِ فِي الذِّمَّةِ الدَّرْهِمِ بِخُصُوصِهِ كِي يَسْتَلْزِمُ الصَّلَحَ عَلَيْهِ بِدَرْهِمَيْنِ الرِّبَا؛ لِكَوْنِ الصَّلَحِ فَرَعُ الْبَيْعِ، أَوْ لَأَنَّ الرِّبَا يَعْمُ الْمَعَاوِضَاتِ أَجْمَعُ.

فِيَكُونُ الْمُرَادُ مِنْ « الثَّوْبِ » فِي الْمُتَنِّ قِيَمَتَهُ حِينَئِذٍ، وَلَعَلَّ غَرَضَ الْمُصَنِّفِ وَالْفَاضِلِ وَغَيْرِهِمَا مِمَّنْ تَعَرَّضَ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ التَّعْرِيفُ بِمَا سَمِعْتَهُ مِنَ الْخِلَافِ^(٨) وَالْمَبْسُوطِ^(٩).

(١) الدروس ٣: ٣٢٩.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٤١٤.

(٣) الدروس ٣: ٣٢٩.

(٤) المسالك ٤: ٢٧٠.

(٥) الدروس ٣: ٣٢٩.

(٦) القواعد ٢: ١٧٣.

(٧) المستدرك ١٧: ١، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(٨) الخلاف ٣: ٢٩٩.

(٩) المبسوط ٢: ٣٠٨.

نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به، بناءً على كونه حينئذ هو الثابت.

بخلاف ما إذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير، والله العالم.

(ولو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر) عن إسقاط دعواه (على سكنى سنة) مثلاً (صح) [١].

(ولم يكن لأحدهما الرجوع) عن ذلك [٢].

(وكذا لو أقر له) المدعى (بالدار ثم صالح) المنكر المدعى المقر على سكنى سنة.

أو أن المراد أقر من هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة.

وعلى كل حال فهو صحيح بناءً على عدم اعتبار العوض في صحته.

بل ولازم [٣]. (و) لكن (قيل) [٤]: (له الرجوع؛ لأنه هنا فرع العارية) إذ هو إباحة منفعة بلا عوض (و)

قد عرفت سابقاً أن (الأول أشبه) [٥].

[١] بلا خلاف ولا إشكال عندنا.

[٢] لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة.

[٣] بناءً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلاً برأسه مندرج تحت ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وغيره من أدلة اللزوم.

[٤] والقاتل الشافعي^(٢) من العامة والشيخ^(٣) من الخاصة.

[٥] بأصول المذهب وقواعده، وأن إفادة عقد مفاد آخر لا تقتضي لحوق أحكامه، على أن الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا إباحتها.

ولقد أفصح عن ذلك كله في الدروس بقوله: «ولو ادعى داراً فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح، ولا رجوع إن جعلناه أصلاً وجوزنا به غير عوض، ولو أنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعى سنة فهو أولى بعدم الرجوع؛ لأنه عوض عن دعواه، وكذا لو كان الساكن المنكر؛ لأنه عوض عن جحوده»^(٤)، هذا.

ولكن في المسالك: «وإنما قيد المصنف بذكر من هي في يده مع جواز الصلح مع الإقرار والإنكار؛ ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ؛ لأنه جعل إباحة منفعة بغير عوض، أما لو أقر له بها فإن الصلح وإن جاز، إلا أن المنفعة يقابلها عوض وهو العين، فلا يتحقق العارية، مع أن الشافعي لما شرط في صحة الصلح الإقرار، وجعله فرعاً على العقود الخمسة، مثل للعارية بما ذكر هنا، مع كون المدعى عليه مقرراً [بها]. ووجهه أن العوضين من واحد، فكان الحكم راجعاً إلى العارية»^(٥).

(١) المائدة: ١.

(٢) انظر الأم: ٣: ٢٢١، ٢٢٨.

(٣) الميسوط: ٢: ٢٩٤.

(٤) الدروس: ٣: ٣٣١.

(٥) المسالك: ٤: ٢٧٠.

ولا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر، بل لا يكاد يتصوّر له وجه صحّة، حتى ما حكاه عن الشافعي، فإنّ المنقول عنه في التذكرة مثلاً لذلك هو أن يكون في يده دار فيقرّ له بها فيصالحه على سكنائها شهراً^(١)، فإنّه - سواء أراد سكنى من في يده المقر بها للغير، أو سكنى المدعي الذي فرض إقراره بها لمن هي في يده - غير ما سمعته عنه عند التأمل، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال. إنّما الكلام في صحّة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض.

وكذا الصلح القائم مقام الهبة، كما لو قال: صالحتك عن هذه الدار، فيقول الآخر: قبلت، نحو قوله في القائم مقام العارية: صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلاً، فيقول الآخر: قبلت، فيصحّ صلحاً لازماً وهكذا، فإنّ ما سمعته من الدروس صريح في التردد فيه، بل صرح الفاضل^(٢) في غير واحد من كتبه بأنّ من أركانه المصالح عنه، والمصالح به، بل في موضع من التذكرة أنّه معاوضة إجمالاً^(٣)، بل أرسله الكركي^(٤) وغيره إرسال المسلمات.

فإن قيل: عليه، إنّ الصلح إذا وقع موقع الإبراء - كما لو صالحه من الحق على بعضه - فإنّه صحيح؛ لعدم شرعية الصلح^(٥) وليس فيه عوضاً.

قلنا: يكفي في المغايرة الجزئية والكلية، بل ربّما كان في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٦) إشعار به، بناءً على إرادة المعاوضة من «التجارة». وإن كان فيه ما فيه. كما أنّ في الاكتفاء بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى، وإلا لكفت في غير الصلح من عقودها، على أنّه لا يتم في القائم مقام العارية كما في نحو المقام، بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضة.

مضافاً إلى خلق نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه، بل ربّما ظهر منها خلافه، كما لا يخفى على من لاحظها. بل قد يدعى كون المستفاد منها أن كلّ ما يتفقان عليه ويصطلحان عليه ممّا لم يكن فيه تحليل حرام أو بالعكس كان من الصلح الجائز، وجرّت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم وغيره.

وإن كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسة، البيع، والإجارة والهبة، والعارية، والإبراء. كما هو ظاهر جماعة، بل صريح الكركي في حاشية الكتاب^(٧)؛ ضرورة كون المتّجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها، وفائدته اللزوم وغيره من أحكام الصلح.

إلا أنّي لم أر مصححاً به، كما أنّي لم أر تحريراً لهذه المسألة في كلامهم، بل ولا أنّ المراد بالمعاوضة فيه الصورية لا الحقيقية، بمعنى أنّه عند تأليف عقده لابدّ فيه من صورة مصالح عنه ومصالح به. وعلى تقديره فليس في الأدلّة ما يقوم بذلك.

(١) التذكرة: ١٦: ٧. (٢) التذكرة: ١٦: ١٧. انظر القواعد: ٢: ١٧٢.

(٣) التذكرة: ١٦: ٨. (٤) انظر جامع المقاصد: ٥: ٤١١.

(٥) النساء: ٣٥، ١١٤، ١٢٨. الأنفال: ١. الحجرات: ٩، ١٠، وانظر الوسائل: ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح.

(٦) النساء: ٢٩.

(٧) لم نعره عليه.

والمتّجه ما عرفت من عدم اعتبارها [المعاوضة] فيه صورة وحقيقة إن لم يكن إجماع على خلافه. ولعلّ [صحة] [١] الصلح عمّا في الذمّة بالأنقص في غير الربوي، بل وفيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة بل هو في معنى الإبراء [٢].

بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسئمة أو بهذه الخمسئمة، وإن ظهرت منها صورة المعاوضة. لكن الأقوى جوازها أيضاً؛ لاشتراكهما في الغاية.

نعم الأقرب [٣] الافتقار إلى قبول الغريم هنا وإن لم يشترط في الإبراء القبول لأجل إتمام عقد الصلح. وعلى كلّ حال فـ [الظاهر] [٤] أولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالاً، وإن كان بجنسه [٥]. وعلى كلّ حال فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيّه فردّه فالأقرب أنّ الأجل بحاله.

ولو ادّعى على الميت ولا بينة فصالح الوصي تبع المصلحة [٦].
(و) كيف كان فـ [لو ادّعى إثبات] مثلاً [داراً في يد ثالث] مثلاً متّفقين على التصريح بأنّ ملكهما لها [بسبب موجب للشركة] بينهما [كالميراث فصدق المدّعي عليه أحدهما] بمقدار حقّه دون الآخر كان ذلك مشتركاً بينهما، ولا يختص به المقرّ له [٧].

[١] [كما ذكره غير واحد من صحة ذلك].

[٢] [كما اعترف به في الدروس^(١)]. مستدلاً عليه بقول النبي ﷺ لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر: «اترك الشطر واتبعه ببقيته»^(٢). وبأنه روي عن الصادق عليه السلام^(٣) ما يشهد لذلك في الجملة.

[٣] [كما في الدروس^(٤)].

[٤] [كما ممّا ذكرنا يظهر لك ذلك].

[٥] كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب؛ لما عرفت من عدم كونه معاوضة، فلا يجري فيه الربا. لكن في الدروس بعد اعترافه بإطلاق الأصحاب الجواز قال: «وهو إمّا لأنّ الصلح هنا ليس معاوضة، أو لأنّ الربا يختصّ بالبيع، أو لأنّ النقيضة في مقابل الحلول^(٥)». وفي الثاني منهما: أنه لا يتمّ لفتوى جماعة أو المشهور بعموم الربا، بل والثالث بأنّ ذلك يقتضي جوازه في البيع، ولا يقولون به. فليس إلّا الأوّل الذي قد أفتى به في الصلح عن الحال ببعضه، فضلاً عن المؤجل.

[٦] وما عن ابن الجنيّد من إطلاق المنع^(٦) في غير محلّه، والله العالم.

[٧] لما عرفت من اتّفاقهما على اتّحاد السبب بالنسبة إليهما على وجه يتمتع استحقاق أحدهما دون الآخر؛ ضرورة عدم الفرق بين الكلّ والبعض في الشركة، بعد فرض اتّحاد السبب الذي لا فرق في اقتضائه الشركة بينهما. فمع فرض إقرار المتشبّث بأنّ نصف الدار ليس له كان حينئذٍ من مخلفات الميت باتّفاقهما، ولا معارض لهما فيه فيشتركان فيه. وتخصيص ذي اليد له بأحدهما غير مجلّد بعد اتّفاقهما فيما بينهما على مقتضى الشركة في المقرّ به. وإنّما نفع إقراره رفع يده عنه.

(و) حينئذٍ فإذا (صالحه على ذلك النصف) الذي أقر له به (بعوض فإن كان بإذن صاحبه) ولو لاحقاً (صحّ الصلح في النصف أجمع، وكان العوض) مشتركاً (بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ في حقّه وهو الربع) خاصة (وبطل في حصّة الشريك وهو الربع الآخر).

هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للتشريك (أما لو ادعى كلّ واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة) كما لو قال أحدهما: لي النصف بالإرث والآخر بالشراء (لم يشتركا فيما يقرّ به لأحدهما) [١].

[١] لعدم المقتضي لها بعد فرض أنّ سبب ملك كلّ منهما غير الآخر.

وإنما الاشتراك قد جاء من جهة الإشاعة، نعم لو قال: اشتريناها معاً، أو اتعناها وقبضناها معاً.

ففي التذكرة: «الأقرب أنّه كالإرث؛ لاشتراك السبب، وهو أحد قولي الشافعية، والثاني: أنّهما لا يشتركان فيما أقر به؛ لأن البيع بين اثنين بمنزلة الصفقتين، فإن تعدّد المشتري يقتضي تعدّد العقد وكان بمنزلة ما لو ملكا بعقدين»^(١). هذا خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين.

ولكن في المسالك: «فيه بحث؛ لأنّه لا يتم إلا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة، كالأقرار وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتى لو باع ابتداءً مالك النصف نصف العين مطلقاً، انصرف إلى نصفه خاصة، لا النصف المشاع بينه وبين شريكه... بخلاف الإقرار، فإنه إخبار عن ملك شيء فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذٍ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرّ له خاصة، فيصحّ في جميع الحصّة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الآخر والمتشبّث. هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقاً، أو النصف الذي هو ملك المقرّ له، أما لو وقع على النصف الذي أقر به المتشبّث توجه قول الجماعة؛ لأن الإقرار منزل على الإشاعة، والصلح وقع على المقرّ به فيكون تابعاً له فيها. وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكره من القاعدة التي ذكرناها، وهذا توجيه حسن لم يبنهوا عليه»^(٢).

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من أنّه ما ذكره من قاعدة الانصراف المزبور فيما إذا كان متعلّق البيع بمقدار حقّ الشريك البائع، لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع، والفرض أنّ مورده النصف، على أنّ عبارة المتن وغيره كالصريحة في كون المراد: النصف الذي قد أقر به له، بل لم يقصد المشتري إلا ذلك، وإلاّ لآتجه حينئذٍ دفع العوض جميعاً له، وبقاء الربع من النصف المقرّ به للشريك؛ ضرورة عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدعى به الذي لا وجه للصلح عنه إلا على إرادة إسقاط الدعوى به؛ ضرورة عدم ثبوت شيء له إلا الربع الحاصل من النصف المقرّ به.

فإذا فرض تنزيل الصلح على المختصّ به ولو بدعواه الذي لا يلحقه شريكه فيه وهو الربع من النصف المقرّ به والربع من النصف في يد المتشبّث يختصّ حينئذٍ بالعوض.

ويكون الشريك على ربعه في النصف المقرّ به حينئذٍ، وهو غير ما قصده المشتري قطعاً، بل غير مفروض البحث.

لهم إلا أن يفرض أنّ المقرّ به بالنسبة إلى المقرّ ليس هو إلا النصف الذي لا يلحقه شريكه به، فمع فرض كون المقصود بالصلح

النصف الذي هو كذلك يتجه حينئذ اختصاصه بالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبث ، فتأمل جيداً ، والأمـر في ذلك سهل .
إنما الكلام فيما ذكره في جامع المقاصد ، فإنه بعد أن قرر ما في القواعد^(١) بنحو ما سمعته منّا في تقرير ما في المتن قال :
« ولقائل أن يقول : لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للشريك في عدم الشركة ؛ لأنّ الصلح إنما هو على استحقاق المقر له ،
وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة إلى آخر ، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صحّ ، ولم يتوقّف على رضا الباقيين . فإن
أوجب بأنّ الإتيار لاستحقاق الآخر صير النصف كالتالف فيجب أن يكون منهما لا متناع تلف حصّة أحدهما دون الآخر ، قلنا : فإذا
تغاير السبب يجب أن يكون كذلك ، مع اعتراف المقر له بالشركة » إلى أن قال : « وتبّه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على
الكتاب ثم قال : والذي يقتضيه النظر أنّ الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح ؛ لأنّ الحاصل من التركة قبل القبض هو
المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة والتالف لا يحسب عليهم ، وكأنّه لم يكن . وامتناع الوصول إليه كلفه في هذا الحكم ، والظاهر
أنّه لا خلاف في ذلك ، أمّا بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كلّ من الورثة عن حقّ الآخر فلا دليل على إلحاق تعدّد الوصول إلى
حقّ بعضهم بالإتيار مع عدم البينة ، ونحوه يتلف البعض في هذا الحكم ، والأصل عدمه فينبغي التوقّف فيه ، فليلاحظ الحكم المذكور
في المبيع . ولو كان المشترك ديناً فأقرّ لبعض وفكر بعضاً ففي التركة قبل القبض لا بحث ، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة
فيه الخلاف المشهور من أنّ الحاصل لهما والتالف عليهما ، وعدمه »^(٢) .

وكأنّه أخذ ذلك منّا حكاية في التذكرة عن أحد قولي الشافعية ، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما قرّرناه : « هذا إذا لم
يتمرّض لقبض الدار ، أمّا لو قال : ورثناها وقبضنا ثم غصبها منّا فالأقرب أنّه كذلك أيضاً يشتركان فيما يقبضه المقر له منه ؛ لأنّ
إيجاب الإرث الشيوع وهو لا يختلف ، وهو أحد قولي الشافعي ومحكي عن أبي حنيفة ومالك ، والقول الآخر لهم : إنّه لا يشاركه ،
لأنّ التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كلّ منهما قابضاً لحقه ، وانقطع [حقه] عمّا في يد الآخرين ، ولهذا يجوز أن بطراً الغصب
على نصيب أحدهما خاصة بأنّ تزال يده ، فإنّ المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما »^(٣) .

لكن في المسالك بعد أن حكى عن الشهيد والمحقق الثاني ما سمعت من انصراف الصلح إلى حصّة المقر له من غير مشاركة
الآخر مطلقاً ، وعن الأخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده ، قال : « وهذا الفرق إنّما يتمّ فيما لو قبض أحد الوارثين
شيئاً من أعيان التركة أو باعه ، أمّا الصلح فينبى على ما لو صالح أحد الشريكين في الدين على حقّه فيه هل يختص بالعوض أم لا ؟
والظاهر الاختصاص ؛ لأنّ الداهب لا يخرج عن كونه حقاً له ، والصلح لم يقع على عين خاصة ، حتى يشتركا في عوضها ، وإنما وقع
على حقّه ، وهو ممكن نقله بعوض وغير عوض ، فالبحت السابق مثله آت في مسألة الإرث قبل القبض وبعده »^(٤) .

ومما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان ديناً فإن قبض عوض الصلح فيه يكون قبض أحد.

الشريكين في الدين حصته بالصلح .

وقد تقدّم الكلام فيه في باب القرض ، ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث .

والتحقيق أن يقال: إن [محلّ الكلام] [١] في المدّعين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما، وأنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه، وحينئذٍ إقرار المتشّبت بالنصف لأحدهما لم يفد في حق المقرّ له فائدة تخصّه بعد سبق إقراره لشريكه، وإلّا أقصاه صيرورة هذا النصف لا يد لأحد عليه، فيبقى على الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما.

فهو حينئذٍ كما لو قال من في يده الدار: إن نصفها ليس لي، ولا رب في اشتراكهما فيه، ولحوق النقص لكلّ منهما بسبب النصف الآخر الذي يد المتشّبت عليه.

وأما على فرض احتمال اختصاص أحدهما [= المدّعين] بالمقرّ به دون الآخر الذي يحتمل في حقّه أنّه قد باع حقّه من المتشّبت أو وهبه إيّاه أو نحو ذلك لم يشارك المقرّ له.

بل وكذا لو ادّعى كلّ منهما في نصفه فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الآخر [٢].

[والظاهر] [٣] عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه، وبين كون السبب الإرث وغيره [٤]. فتأمل جيّداً ليستبين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلومية القاعدة في أنّ المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما.

ومنها: أن الحصة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لأحد فيها، فإذا أراد الصلح عنها مثلاً لم يلحقه الشريك بعوضها.

ومنها: أنّهم قد ذكروا في أنّه لو أقرّ بأن نصف الدار لزيد والآخر لي ولشريكي وأنكر الشريك كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع إلى النصف وما أنكر عليهما، وإن كان المختصّ بالإنكار المقرّ له، بخلاف ما ذكروه فيما لو أقرّ أحد الأخوين بثالث فأنكره الثالث فإنّه يختصّ بالنقصان بالمقرّ له، وأما المقرّ فيأخذ

[١] كما هو [محل كلام الأصحاب].

[٢] وحينئذٍ فما وقع من أوّل الشهيدين وتبعه الكركي من احتمال اختصاص المقرّ له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقرّ له، قياساً على بيع الشريك حصّته المشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها^(١) في غير محله.

ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسألة في الصلح عن النصف المتفقين على اتحاد جهة اشتراكهما فيه، وعدم احتمال اختصاص أحدهما به، فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له، وأنّ نصفه ربع منه بيد المتشّبت على نحو شريكه ولو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحق له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك.

لكنّه يكون خروجاً عن موضوع مسألة الأصحاب التي فزقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراك وبين اختلافهما فيه، وسكونتهما عن ذلك، فحكموا بالاختصاص في الأخيرين دون الأوّل.

[٣] كما [منه] [= مما تقدم] يظهر الوجه في [ذلك].

[٤] فما وقع من الكركي^(٢) أخيراً أيضاً من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية، في غير محله.

نصيبه تاماً [١].

(ولو ادعى عليه) بشيء مثلاً (فأنكر) أو أفزأ أو لم تكن دعوى أصلاً (فصالحه المدعى عليه) مثلاً عما ادعى به (على سقي زرع أو شجره بمائه) أي ما يسقي به زرع أو شجره من ماء المدعى عليه (قيل) [٢]: (لا يجوز؛ لأنّ العوض هو الماء، وهو مجهول) [٣].

(وفيه وجه آخر) بالجواز (مأخذه جواز بيع ماء الشرب) أي النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة [٤]. (وعدم قدح هذه الجهالة). نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذي لا يؤول إلى العلم بالمبهم [٥].

[١] ولعلّ السبب في ذلك استناد الأوّل إلى اليد، ونحوها التي تمضي على الشريكين، بخلاف الأخير الذي تختص الخصومة فيه بين المقر له وبين المنكر، كما أوضحناه في غير المقام، أو أنّ العمدة في الأخير النص والإجماع. بل قد يقال: إنّ ذلك مقتضى تنزيل الإقرار على ما في يده ويدشريكه. وإن كان لا ينفذ في حقّ الشريك؛ لكونه إقراراً في حقّ الغير، وينفذ في نصيبه قبل الإقرار، فيدفع حينئذ الزائد عليه بعد الإقرار. بل لعلّ ذلك هو المتّجه أيضاً في المثال الأوّل، فيكون النصف حينئذ بينهما، لكلّ منهما ربع، لا ثلثان وثلث. ودعوى اقتضاء قاعدة الشركة ذلك، أي ما يبقى لهما على حسب النسبة، وما يتلف عليهما. يمكن منعها في الابتكار؛ ضرورة عدم كونه تلفاً حقيقة. ولا دليل على جريان حكمه عليه، فتأمّل جيّداً، والله العالم بحقائق الأحكام.

[٢] والقائل الشيخ فيما حكى عنه^(١).

[٣] فلا يصح الصلح بناءً على فرعته على البيع.

[٤] بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعية الصلح للبيع أوّلاً. وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً؛ لكونها تؤول إلى العلم.

[٥] ومن الغريب منع الشيخ من ذلك. مع أنّ المحكي عنه في الدروس^(٢) جواز بيع ماء البئر والعين، وبيع جزء مشاع منه، وجعله عوضاً للصلح^(٣). ومن هنا قال في المسالك: «يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقاً، كما يدلّ عليه الإطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام؛ لأنّه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيّناً، وإنّما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه. ومن ثمّ شرطنا في الجواز ضبط المدة، وهو لم يصحّ بالمنع حينئذ، ولو تعلّق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصّحة؛ لأنّ جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح»^(٤).

قلت: قد يقال بالتسامح في الأوّل أيضاً إذا كان لتحقيق مسمى السقي قدر في العرف، وإن اختلفت أفراده اختلافاً لا يفدح في مثل الصلح، وحينئذ فلا يعتبر اشتراط المدة ولو الدوام في الصلح.

على أنّه [اشتراط المدة أو الدوام] لا ترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض أو المعوّض؛ إذ ليس الغرض منه الإجارة، بل نقل الأعيان المقدّرة بمثل ذلك، المندرج تحت عمومات الصلح^(٥) كما عرفته فيما تقدّم.

(١) حكاة في المسالك ٤: ٢٧٣. انظر المبسوط ٢: ٣١٠-٣١١، إلّا أنّه فرض المسألة مع إقرار المدعى عليه.

(٢) الدروس ٣: ٣٣٤. (٣) انظر المبسوط ٢: ٣١٠-٣١١.

(٤) المسالك ٤: ٢٧٣. (٥) انظر الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح.

(أما لو صالحه) عمّا ادّعى به مثلاً (على إجراء الماء) من سطح المدعى (إلى^(١) سطحه أو ساحته) أي المدعى عليه، أو على إجرائه في ساقيته المحفورة له مثلاً (صح) [١] (بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه) [٢] (ولكن قد يشكل في اعتبار العلم في الصلح).

وعلى كلّ حال فإذا وقع السطح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح وجب ذلك على المالك؛ لتوقّف الحق عليه. وليس على المصالح الذي له حقّ الإجراء مساعدته، والله العالم.

(وإذا قال المدعى عليه: صالحني عليه [بعد أن ادّعى عليه شيئاً فأنكره] لم يكن إقراراً؛ لأنّه قد يصحّ مع الإنكار) [٣].

[١] للمعومات.

[٢] لاختلافه صغراً وكبراً باعتبار قلّة الماء وكثرته. لكن في المسالك: «المراد بعلم الموضع الذي يجري الماء منه أن يقدر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض»^(٢). وفيه: أنّ ما ذكره في الصلح عمّا ادّعى به على مجرى الماء، لا على استحقاق إجرائه الذي هو المفروض في المتن. ولذا قال في الدروس: «ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في أرضه قدر المجرى طولاً وعرضاً، لا عمقاً؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض، ولو جعله إجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز إذا قدرّت المدة. قال الشيخ: ويكون فرع الإجارة، وفي المجرى فرع البيع. قال الشيخ: ولو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح على الإجراء؛ لأنّه من استنجار المعدم. ويشكل بإمكان تعيين مكان الإجراء طولاً وعرضاً، واشتراط حفرة على مالك الأرض، أو على المجرى ماؤه. نعم لو كانت الأرض موقوفة أو مستأجرة لم يجز ولو صالحه على المدعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه اشترط العلم بسطح المدعى»^(٣).

وهو كالصريح فيما ذكرناه.

ومن ذلك يعلم ما في قوله -أي المسالك أيضاً-: «قد أطلق المصنّف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته؛ ليرفع الغرر، ولا بأس باعتباره؛ لاختلاف الأغراض بقلّته وكثرته، ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محلّه وصغره، فمعرفته تكون بمعرفة محلّه»^(٤) ضرورة أنّك قد عرفت فرض مراد المصنّف الذي ترتفع الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذي يجري الماء منه، فإنّه كاف في رفع الغرر.

نعم قد يناقش في أصل اعتبار ذلك؛ لمعومات الصلح^(٥)، وقوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره.

[٣] كما عرفته فيما تقدم.

خلافاً لبعض^(٦) العامة، فجعله إقراراً، بناءً على عدم صحّته إلّا معه. وهو كما ترى.

(١) المسالك ٤: ٢٧٣.

(١) في الشرائع: «على».

(٢) المسالك ٤: ٢٧٣ - ٢٧٤.

(٣) الدروس ٣: ٣٤٧ - ٣٤٨.

(٤) فتح العزيز ١٠: ٣٠٠.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح.

(أما لو قال : بعني أو ملكني كان إقراراً) في عدم كونه ملكاً له [١].

نعم هو ليس إقراراً بكونه ملكاً للمخاطب الذي طلب منه ذلك المحتمل وكالته أو ولايته أو غيرهما ، فيبقى حينئذٍ على أصالة عدم ملكه .

وحينئذٍ فلو أقر به حينئذٍ لغيره لم يكن رجوعاً مقتضياً للضمان .

اللهم إلا أن يدعى دلالة العرف على كونه ملكاً له ، فيترتب عليه حينئذٍ الحكم المزبور ؛ ضرورة كونه المتبع في نحو ذلك [٢] .

ولو صالح أجنبي المدعى عن المنكر صحَّ عيناً كان أو ديناً ، أذن أو لا ؛ لأنه في معنى قضاء الدين [٣] .

فلا عبرة بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدِّي هو ، بل وكذا لو صالح مطلقاً .

نعم لو صالح ليؤدِّي المدعى عليه كان الصلح فضولياً .

ولو صالحه لنفسه لا عن المنكر صحَّ ، وانتقلت الخصومة إليه [٤] .

نعم لا فرق في صحَّة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أو لا على الأقوى .

ولو ادَّعى الأجنبي أنه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعى صحَّ .

فإن أنكر المدعى عليه وكالته حلف .

ولكن له إجازة العقد بعد حلفه وقبله ، والله العالم .

(و) كيف كان فـ (يملحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك) [٥] .

[١] لاستحالة طلب تحصيل الحاصل .

[٢] ولوله لأمكن المناقشة في أصل الإقرار بطلب البيع ؛ لاحتمال إرادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطاً ، فإنه يؤثّر ملكاً له في الواقع وإن كان محكوماً بكونه له في ظاهر الشرع .

[٣] لكن عن المبسوط : أنه يرجع عليه إن دفع المال بإذنه ، سواء صالح بإذنه أو لا ، وإلا فلا رجوع ؛ لأنه تبرع^(١) .

وقد يشكل الرجوع بما أذاه ولو بإذنه مع كون الصلح بغير إذنه ، باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبي .

[٤] لكن في الدروس : « إن تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ ؛ لعدم سلامة العوض »^(٢) .

وفيه تأمل .

[٥] لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع ؛ على أنه ربّما يذكر الصلح في بعض أفرادها ، ولم يلحظ ذلك

في الدروس فجعله كتاباً مستقلاً سَمَاهُ بكتاب نزاحم الحقوق^(٣) .

والأمر في ذلك سهل .

(١) المبسوط ٢ : ٢٨٩ - ٢٩٠ .

(٢) الدروس ٣ : ٣٢٨ .

(٣) الدروس ٣ : ٣٣٩ .

(و) على كل حال فـ (هي مسائل):

[حكم إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة والمرفوعة]:

(الأولى): [المختار] [١] أنه (يجوز إخراج الرواشن والأجنحة) ونحوهما (إلى الطرق^(١)) النافذة إذا كانت

عالية لا تضُر بالمائة) ولم يعارض فيها مسلم [٢].

بل هي كذلك من غير حاجة إلى الإذن من حاكم ولا من غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً

على الإباحة الأصلية [٣].

بل هو كذلك (ولو عارض فيها مسلم على الأصح) [٤].

نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المائة [٥].

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال فيه [هـ].

[٢] للسيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا.

وقد وضع هو ﷺ ميزاباً لدار عمه العباس^(٢).

[٣] فمما عن أحمد من اعتبار إذن الإمام في وضع الجناح^(٣) في غير محلّه.

[٤] لعدم ثبوت حق له في المعارضة؛ لما عرفت من استمرار السيرة المعتقدة بالفتوى على فعل ذلك، وعدم الالتفات إلى المعارض.

خلافاً للمحكي عن الخلاف والمبسوط من أنه لكل مسلم منعه^(٤):

١ - لأنه حق لجميع المسلمين.

٢ - ولأنه لو سقط شيء منه ضمن، وهو يدلّ على عدم جوازه إلا بشرط الضمان.

٣ - ولأنه لا يملك القرار، فلا يملك الهواء. وفيه ما لا يخفى، بعد ما عرفت [من السيرة]، فهو حينئذٍ بمنعه معاند لاله. والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما هو في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها. وجواز الفعل لا يتوقّف على كونه مالكاً، كما هو واضح.

[٥] بل في المسالك وغيرها: «أنّ المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادة، فإن كانت ممّا يمرّ عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح مائلاً عادة، واعتبر في التذكرة مروره ناصباً رمحه؛ لأنّه قد تزدهم الفرسان، فيحتاج إلى نصب الرماح، ونفاه في الدروس؛ لندوره. وإمكان اجتماعهم مع إماتته على وجه لا يبلغهم وهو أقوى. وإن كانت ممّا يمرّ فيها الإبل اعتبر فيها مروره محملاً ومركوباً وعلى ظهره محمل إن أمكن مرور مثل ذلك عادة، وهكذا يعتبر ما تجري العادة بمروره على تلك الطريق»^(٥).

(٢) المستدرك ١٨: ٣٣٣، ب ٣٤ من موجبات الضمان، ح ٨.

(٤) الخلاف ٣: ٢٩٤. المبسوط ٢: ٢٩١.

(١) في الشرائع: «الطرف».

(٣) المزيّن شرح الوجيز ٥: ٩٦.

(٥) المسالك ٤: ٢٧٥.

قلت : قد يقال : إنَّ المعتبر عدم الضرر حتى في الصورة النادرة [١] . [وهو لا يخلو من قوَّة] .
هذا كلُّه في تضرُّر المازَّة ، أمَّا تضرُّر غيرهم كالجار بالإشراف عليه ونحوه [٢] [ففيه إشكال] .

[١] لأنَّه المتيقِّن من الجواز فيما هو حقُّ المسلمين كافَّة ، وإليه أوماً فيما سمعته من التذكرة^(١) ، فيعتبر حينئذٍ في الطريق كونه على الوجه المزبور وإن لم يعتدَّ فيه ازدحام الفرسان والإبل والكنائس ، إلَّا أنَّه ربَّما اتفق ذلك ، خصوصاً بناءً على أنَّ الأصل المنع لتعلُّق حقِّ المسلمين بإحيائهم . والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لا غيره . نعم لو قلنا : إنَّ الأصل الجواز ؛ لكونه من مباح الأصل ، فيقتصر على المتيقِّن في المنع أتجه حينئذٍ ما ذكره ، إلَّا أنَّ الأول لا يخلو من قوَّة .

[٢] ففي المسالك وغيره لا عبرة به كما لو وضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه فإنَّ المحرَّم التطلُّع عليه لا البناء المشرف عليه^(٢) .

خلافاً للتذكرة حيث ألحق الأول بتضرُّر المازَّة . وفرَّق بينه وبين وضعه في ملكه ، بأنَّ الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرُّر ؛ لأنَّ الهواء ليس ملكه ، بخلاف الموضوع في ملكه ؛ لأنَّ الإنسان التصرَّف في ملكه كيف شاء ، وإن استلزم الإشراف على الجار أو الظلمة عليه ، وإنَّما يمنع من الإشراف لا من التعلية المفضية إلى ذلك . إلى أن قال : «ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوص نصّاً من الخاصّة ولا من العامّة ، وإنَّما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد»^(٣) .

ورده بعضهم^(٤) بأنَّ المعتبر عدم الإضرار بأهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق ، أمَّا غير ذلك فلا دليل على المنع منه . بل قد عرفت أنَّه لا عبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلاً عن غير الماز . فهو حينئذٍ كمن أحدث بناءً في مباح استلزم الإشراف عليه . وتقبيد العلامة وغيره الضرر بالمازَّة دليل على ذلك ، وإنَّما عمّم هو الضرر في هذا الفرع خاصة .

قلت : يمكن أن يكون بناء العلامة ما ذكرناه من أنَّ المسلمين بإحيائهم الطريق صار هو وقراره وهواؤه ملكاً لهم أجمع ، أو كالمملك . فلا يجوز لأحد منهم التصرَّف فيه بغير إذنه ، أو إذن وليهم ، إلَّا أنَّ السيرة جرت على فعل ذلك .

والمتيقِّن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره ، أمَّا الخالي عن ضرر الاستطراق خاصّة دون غيره فلا سيرة عليه ، فيبقى على أصل المنع . اللهم إلَّا أن يدعى كونها كذلك أيضاً ، لكنّه كما ترى . أو يدعى أنَّ الأصل بالعكس كما أشرنا إليه سابقاً ، ولو لفقد نحو «الناس مسلطون على أموالهم»^(٥) في المقام ، الباقي على اشتراك الناس فيه الذي يختص السابق به منهم مع عدم تضرُّر الآخر ؛ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(٦) . لكن في دعائم الإسلام : وعنه صلوات الله وسلامه عليه أنّه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس ، قال : «ذلك له ، وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه ويرفع جداره ما أحب إذا لم يكن نظر منه إليهم»^(٧) .

وفيهما أيضاً : وعنه عليه السلام أنّه قال : «ليس لأحد أن يفتح كُوَّة في جداره ينظر منها إلى شيء من داخل دار جاره ، فإن فتح للضياء في موضع يرى منه لم يمنع [من] ذلك»^(٨) .

(١) التذكرة ١٦ : ٤٣ . (٢) المسالك ٤ : ٢٧٥ - ٢٧٦ .

(٣) التذكرة ١٦ : ٤٥ . (٤) المسالك ٤ : ٢٧٦ .

(٥) البهار ٢ : ٢٧٢ ، ح ٧ . (٦) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ - ٥ .

(٧) دعائم الإسلام ٢ : ٥٠٥ ، ح ١٨٠٩ ، مع اختلاف .

(٨) المصدر السابق : ح ١٨٠٨ ، وفيه : ولا يرى ، بدل «يرى» ، ولا منع ، بدل «لم يمنع» .

وأما عمل السرداب في الطريق النافذ إذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فـ [هو جائز] [١].

نعم لا يجوز ذلك في المرفوع إلا بأذنهم ، وإن أحكم .

ومثله الساقية من الماء وإن لم يكن لها رسم قديم [٢].

أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها [٣] . ولكل أحد إزالتها .

ولو تضرّر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها .

ولا يجوز إحداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لأهل الدرب وغيرهم [٤] .

(و) على كل حال فـ (لو كانت) الرواشن والأجنحة وما شاكلها (مضرة وجب إزالتها) على الواضع الغاصب

وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك [٥] .

(ولو) كان ضررها بأن (أظلم بها الطريق) على وجه ذهب الضياء منه أصلاً فإنه [٦] يجب إزالتها [٧] .

[١] [كما] قد صرح غير واحد بجوازه .

للسيرة أيضاً .

[٢] لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وإن أحكم الأزج عليها^(١) .

[٣] إجماعاً كما في الدروس^(٢) .

[٤] نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في الزائد على المقدّر شرعاً عنه .

وفيه : أنّ الزائد بعد إحياء المسلمين له بالاستطراد يكون حاله كحال الطريق بالنسبة إلى ذلك .

ولعله لذا قال في الدروس : « اتسع الطريق أو ضاق ؛ لأنّ إحياء الطريق غير جائز إذا هو مشترك بين مارة المسلمين ، فليس له

الاختصاص المانع من الاشتراك »^(٣) .

بل فيها أيضاً : « وكذا لا يجوز الفرس فيه ، وإن كان هناك مندوحة ؛ لأنّ الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيها

البهائم ، ولأنّّه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراد في ذلك ، ويحتمل جوازه ما لم يتضرّر به المارة من ذلك ،

كالروشن والسبايط .

ويضعف بأنّهما في الهواء ، بخلاف الدكة والشجرة »^(٤) .

[٥] إذ لا يجب على غيره الإزالة ؛ لأنه « لَا تَرُورُ وَأَزْرَةُ وَزَرَ أُخْرَى »^(٥) .

[٦] [كما] لا خلاف ولا إشكال حينئذ في أنّه [يجب ذلك] .

[٧] بل في المسالك الإجماع عليه^(٦) .

(٢) التدروس ٣ : ٣٤٢ .

(١) التذكرة ١٦ : ٥٨ - ٥٩ .

(٥) الأنعام : ١٦٤ . الإسراء : ١٥ . فاطر : ١٨ .

(٣) (٤) الدروس ٣ : ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

(٦) المسالك ٤ : ٢٧٧ .

بل وكذا إذا ذهب على وجه يضر المارة ولو ضعيف البصر منهم ، ولو ليلاً [١] (قيل : لا يجب إزالتها) [٢] .
 كما [أن المختار] [٣] أنه (يجوز فتح الأبواب المستجدة فيها) أي الطرق النافذة سواء كانت لها باب أخرى إليها أو
 إلى طريق مرفوع أم لا [٤] . ولا يقدر في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور [٥] .
 فلا يتحقق نفوذ الطريق ، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضاً [٦] . هذا كله في الطرق النافذة .
 (أمّا الطرق المرفوعة) وهي التي لا تنتهي إلى طريق آخر ولا مباح بل إلى ملك الغير (فـ) هي ملك حقيقة
 لأربابها الذين لهم أبواب نافذة إليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه إليها من غير نفوذ ، فلهم سدّها عن السكة
 والارتفاق بها كغيرها من أملاكهم ، ولهم قسمتها فيما بينهم ، وإدخال كلّ منهم حصّته إلى داره [٧] .
 كما أنه (لا يجوز) لأحد من غير أربابها (إحداث) سباط (باب فيها ولا جناح ولا غيره إلا بإذن أربابه ،
 سواء كان مضراً أو لم يكن ؛ لأنّه مختص بهم) . وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك إلا بإذن شركائه ، لكن على بحث في
 بعض أفراد التصرف ستسمع الحال فيه إن شاء الله [٨] .

[١] لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز . فما عن الشيخ من إطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع ^(١) في غير محلّه .
 ولعلّه إلى ذلك أشار المصنّف بقوله : (قيل : لا يجب إزالتها) .

[٢] اللهم إلا أن يريد ما لا ضرر فيها على المارة ؛ فإنّ وجود ظلمة ما بسببها من اللوازم . (و) قد عرفت السيرة مع ذلك على
 فعلها .

[٣] [إذ] لا خلاف فيه [٤] .

[٤] لما عرفت من أنّ المسلمين في ذلك شرع سواء .

[٥] لأنّ ذلك إنّما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق ؛ إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه .

[٦] للأصل وغيره . وفي دعائم الإسلام : وعنه عليه السلام أنّه قال : « من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها باباً غيره في
 شارع مسلول نافذ فذلك له ، إلا أن يتبين أنّ في ذلك ضرراً يقيناً ، فإن كان في رافعة غير نافذة لم يفتح فيها باباً ، ولم ينقله عن مكانه
 إلا برضا أهل الرافعة » ^(٢) .

[٧] خلافاً لبعض ^(٣) الشافعية فمنع من سدّها ؛ لأنّ أهل الشارع يفزعون إليها إذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها . وضعفه
 واضح .

[٨] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل كأنه إجماع .

خلافاً لأحد قولي الشافعية من أنّه لا يجوز لغير أهل السكة ذلك مطلقاً ، وأمّا هم فيجوز لكل واحد منهم
 انتزاع الجناح والروشن وغيرهما إذا لم يضرّ بالمارة ؛ لأنّ لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها ، فكذا هوانها

(١) المبسوط ٢ : ٢٩١ .

(٢) دعائم الإسلام ٢ : ٥٠٥ ، ح ١٨١٠ . المستدرك ١٧ : ١٢٠ ، ب ١١ من إحياء الموات ، ح ٢ ، مع الاختلاف .

(٣) روضة الطيبين ٣ : ٤٤٢ .

كالشوارع^(١).

وفيه : بعد حرمة القياس عندنا ، إمكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعة دون الشوارع ، فاعتبر إذن الأولين ، وعومل معاملة الدار ونحوها من الأملاك بالنسبة إلى ذلك ، وإن لم يتضرر ، بخلاف الشوارع التي لا حصر لأهلها ، وجرت السيرة على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطرافهم ، فملكتهم لها حينئذٍ على هذا الوجه ، ولو لهذه السيرة ونحوها . فما عن المقدس الأردبيلي من التأمل في ملك الطرق المرفوعة لأهلها^(٢) في غير محله . لا لما في الحقائق^(٣) من أن التصرف دليل الملك ، ولكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعيناً لم يترتب عليه الملك ، بخلاف المرفوعة ؛ إذ هو كما ترى ، بل لما عرفت من أن الطريق المرفوع إن كان بعض ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا إشكال ، بل هو خارج عن محل البحث .

وإن كان من المباحات فقد أحيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم ؛ ضرورة كون إحياء كل شيء بحسب حاله . وهذا وإن اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلمين باعتبار أن هذه الحياة - التي ليست من معين بل المعين سلكه أيضاً على جهة العموم - تقتضي ذلك أيضاً . إلا أنه للسيرة المستمرة في العمل في الأعصار والأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور ، من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع ، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر المارة . أو يقال بعدم تحقق الحياة التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء ونحوه ، فلا يتحقق حينئذٍ الملك في النافذ دون المرفوع . ولذا قالوا : إنه ملك لأربابه بخلاف النافذ .

ولعل ذلك هو المراد مما سمعته من الحقائق . لكن قد يمنع اعتبار الحياة بالمعنى المزبور في الملك ، فيكتفي فيه بالاستيلاء ، وكذا الكلام في باقي المرافق العامة والخاصة . نعم قد يقال باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها ، والجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها ، وعدم اعتبار المساواة في استطراف أربابها قلة وكثرة منه ، أو من أتباعه والمترددن إليه . بل قد يقال بحصول الإذن شرعاً وإن كان فيهم موئى عليه من طفل أو غيره . بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم . لكن في الدروس : « يجوز للأجنبي دخول السكة المرفوعة بغير إذن أهلها عملاً بشاهد الحال ، والجلوس غير المضّر بهم ، ولو نهاه أحدهم حرم ذلك »^(٤).

وفي المسالك : « ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أهلها المرور فيها ، والوجه فيه ما تقدم من الملك ، والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال ، فلو منع أحدهم حرم ، أما الجلوس فيها وإدخال الدواب إليها ونحو ذلك فلا ، إلا مع إذن الجميع ؛ لأصالة حرمة مال الغير بغير إذنه ، وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً . نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضّر تناوله بشاهد الحال »^(٥) . وكذا الفاضل في التذكرة^(٦) . ويمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعية . وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم ، وإن أذن له من أراد دخوله إليه ، بل وإن كان من أضيفاه أو أتباعه . بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضاً . إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشك في الحقيقة المعلوم بالسيرة خلافها ، والله العالم .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٧٥ .

(٤) الدروس ٣ : ٣٤١ .

(٦) التذكرة ١٦ : ٥٨ .

(١) روضة الطالبين ٣ : ٤٤١ - ٤٤٢ .

(٣) الحقائق ٢١ : ١١٩ .

(٥) المسالك ٤ : ٢٧٨ - ٢٧٩ .

(وكذا) لا يجوز لغير أهلها بل وأهلها أيضاً لكن على التفصيل الآتي (لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه) [١].
 (دفعاً للشبهة) الحاصلة منه على ممر الأزمان، فإنه أمانة على استحقاق الاستطراق. وبذلك فرق بينه وبين رفع الجدار الجائز له قطعاً الذي لا أمانة فيه. [لكن قد يقال بالجواز إذا أمكن التحرز عن شبهة استحقاق الاستطراق بالطرق المعدّة لمثل ذلك وليس كلّ ضرر يجب تركه] [٢].
 (و) هنا [٣] (يجوز فتح الرواشن والشبابيك) إليها، بل إلى دار الجار للاستضاءة بها أو لغيره ممّا لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهي [٤]. نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الإشراف عليه وإن منع الضوء.
 (و) كيف كان فـ (مع إذنهم) في كلّ ما عرفت منعه (فـ) لا إشكال في الجواز.
 (و) لا اعتراض لغيرهم) الخارج عنهم، فإنه لا حقّ له. ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكلّ الرجوع عن ذلك، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والإغماء ونحوهما [٥].
 (ولو صالح) من له حقّ منـ (هم على إحداث روشن) مثلاً (قيل) [٦]: (لا يجوز؛ لأنّه لا يصحّ إفراد الهواء بالبيع) والصلح فرعه (وفيه تردد)، بل منع [فيجوز الصلح على ذلك].
 بل منع [٧] [فيصحّ ذلك. ولا يعتبر المدة في الصلح عنه المراد به نقله نفسه إليه].

[١] بلا خلاف أجده فيه.

[٢] لكن قد يقال: إن ذلك كذلك، إلا أنّه لا دليل على جواز منعه بذلك؛ لإمكان التحرز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدّة لمثل ذلك، وليس كلّ ضرر يكون على الغير بالتصرّف في الملك يجب تركه.

[٣] [كما] لا خلاف في أنّه [يجوز ذلك].

[٤] لعموم «تسلّط الناس على أموالها»^(١).

[٥] نعم في التذكرة: «له الأرض للسببية في إتلاف المال على إشكال»^(٢)؛ ولعلّه لإمكان منع التسبب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها. اللهمّ إلا أن يقال: إنّه لم يعلم جواز الرجوع بها مجاناً؛ لقاعدة الضرر.

[٦] والقائل الشيخ^(٣).

[٧] إذ المقدّمتان ممنوعتان؛ للعمومات خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه، وإن قلنا بعدم إفراده في البيع.

لكن في الدروس: «أمّا لو صولحوا على ذلك بعوض فإنّه لازم مع تعيين المدة وإن كان بغير عوض بنى على أصالة الصلح أو فرعيته للعارية»^(٤). وفي التذكرة: «لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب وأصحاب السكّة على وضعه جاز على الأظهر عندنا، لكن الأولى اشتراط زمان معيّن»^(٥).

وفيه: منع اعتبار المدة في الصلح عنه المراد به نقله نفسه إليه.

(٢) التذكرة ١٦: ٦١، ولكن لم يشر إلى السببية ولا الإشكال.

(٤) الدروس ٣: ٣٤١.

(١) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٥) التذكرة ١٦: ٤٩.

نعم لا إشكال في اعتبارها لو أريد منه القائم مقام الإجارة مثلاً.

ولو فرض الإذن منهم على إنشاء التملك له مجاناً أو بعوض ملكه ولكل حكمه؛ ضرورة كون الفضاء ملكاً كسائر الأملاك فيجرب عليه جميع أحكامها، والله العالم.

(ولو كان للإنسان داران) مثلاً (باب كل واحد منهما) (إلى زقاق غير نافذ جاز أن يفتح بينهما باباً) فضلاً عن النافذين. بل يجوز فتح باب ذات الشارع إلى ذات السكة، فضلاً عن العكس [١].

نعم لو كانت دار واحدة لها طريقتان للزقاقين اتجه حينئذ ما ذكره [الشيخ من اشتراكه مع أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين]، وثبتت الشفعة له ولهم، مع فرض تحققها مع الكثرة والشركة في الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقتين [٢].

(ولو أحدث) الأجنبية أو بعض أهلها (في الطريق المرفوع حدثاً) على غير الوجه الشرعي (جاز إزالته لكل من له عليه استطراد). من غير فرق بين المضّر وغيره، وبين كونه في الهواء كالروشن أو في الأرض كالدكة. ولا بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه.

[١] كل ذلك: ١ - للأصل. ٢ - وقاعدة التسلط وأولويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائر له إجماعاً في جامع المقاصد^(١)، وقولاً واحداً في التذكرة^(٢). فما عن بعض العامة - من عدم الجواز^(٣)؛ لأنه يثبت له الاستطراد في درب مملوك لدار لا حق لها فيه، ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة لو بيعت بعض دور إحدى الطريقتين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الأخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة.. فيه: أن فتح الباب لا يوجب حقاً للدار في الطريق الآخر، وإنما أباح الانتقال من داره إلى داره الأخرى، ومتى صار فيها استحقاق المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للأولى. وحينئذ فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق، ولا يتعدى إلى الأخرى، وإن جاز الاستطراد. لكن قد يقال: إن الفتح المزبور وإن لم يفد الحق المذكور، إلا أنه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغیر الاستطراد الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه. اللهم إلا أن يمنع دلالاته على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق. وعلى كل حال فما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين^(٤). فتبطل حينئذ شفعة كل منهما بالكثرة، أو تثبت بناءً على ثبوتها معها لا وجه له.

مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين - أي ذيهما - ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقين اللتين لكل منهما زقاق؛ لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك.

[٢] ولعلّه إلى ذلك أشار في القواعد بقوله: «ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما. وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر»^(٥) وإن أكثر في جامع المقاصد^(٦) في الاحتمالات فيها، والله العالم.

(١) جامع المقاصد ٥: ٤١٧.

(٢) التذكرة ١٦: ٥٥.

(٣) نسب في التذكرة (٥٥: ١٦) إلى أكثر الشافعية، انظر العزيز شرح الوجيز ٥: ١٠١.

(٤) (٥) الدروس ٣: ٣٤١، القواعد ٢: ١٧٤.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٤١٧-٤١٨.

بل لو بقي واحد بغير إذن كان له الإزالة ، بل وللاذن ذلك أيضاً [١] .

(ولو كان في زقاق بابان) مثلاً (أحدهما أدخل من الآخر فصاحب الأول يشارك الآخر في مجازة وينفرد الأدخل بما بين البابين) [٢] . ولكنه غير جيد ، والوجه اشتراك الجميع في الجميع .

(و) عليه يتضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهما فيما (لو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها) أي أسفلها (وتداعيها) أو لم يتداعياها (فهما) إذن (فيه سواء) [٣] .

[١] لقاعدة التسلط ، وإذن بعض الشركاء لا تجدي في المال المشترك .

[٢] على المشهور بين الأصحاب كما في المسالك^(١) ؛ لأن المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك الداخل بخلافه .

وقيل : يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها أي أسفلها ؛ لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحمال و وضع الأنقال ، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد بل متعسر ، والمتعارف الاحتياج إلى أزيد من ذلك^(٢) ، ولظهور اتحاد جميع أهل الدرية في اليد عليها أجمع حتى الفضلة التي تكون فيها . فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيد . ولعله لذا قوى في الدروس^(٣) الاشتراك في الجميع ، كما ستمعه إن شاء الله .

[٣] لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذي يدهم جميعاً عليه بالاستطراق . وغيره من وجوه الارتفاق على وجه لا أولوية لأحد منهم على الآخر . واحتياج الداخل إلى استطراق ما بين البابين للدخول إلى داره لا يقتضي اختصاصه بذلك ، بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به ، وإن لم يحتج إليه في الاستطراق إلى داره . وحينئذ فلا وجه لإشكال ذلك بتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك إليها ، فإذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل .

ولا إلى دفعه بأن ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ، ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إليها بشاهد الحال ، كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق ، فمع فرض اشتراكهم في اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم .

ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث لا يجوز للخارج دخوله بذلك ؛ لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بدراه إلا به ، بخلاف الفضلة فإن يدهم فيها سواء ؛ إذ لا تصرف لهم فيها إلا بالارتفاق وهو مشترك ؛ إذ هو كما ترى ، بعد ما عرفت من أن يد الداخل على ما بين البابين لا تنافي يد غيره أيضاً عليه بالسلوك فيه للفضلة أو لغيرها من مقامات الارتفاق . فالتحقيق حينئذ بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في الدروس^(٤) . ويؤيده ظهور اتحاد كيميئة إحياء الطريق المرفوع والطريق العام . فكما أن اتخاذ جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة ، حتى لمن لم يستطرقه منهم ؛ لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع ، كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقاً إلى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق إلى الدار ، فكل منهم قد اتخذهم جميعاً على هذا الوجه ، ولذا كان بينهم أجمع على الشركة .

(و) من ذلك [المتقدم] يعلم النظر فيما ذكره المصنّف [١] من أنّه (يجوز للدّاخل أن يقدّم بابه) إلى الخارج (وكذا الخارج) يجوز أن يقدّم بابه .

(و) لكن (لا يجوز لـ) هـ أي (الخارج أن يدخل بابه) إلى أسفل (وكذا الدّاخل) بالنسبة إلى الدّاخل الذي هو خارج في القياس إليه [٢] .

[وهذا] أمّا بناءً على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع فالمتجه حينئذٍ تساوي الإخراج والإدخال من كلّ منهم في الجواز وعدمه [٣] .

وقد يقوى الجواز بالنسبة إلى الاستطراق الذي بناء الشركة على عدم معارضة أحدهم الآخر فيه ، فيختار في فتح بابه من أيّ جهة شاء من جداره ، خارجاً عن بابه الأوّل أو داخلاً ، بل مع سدّ الأوّل وعدمه ؛ لأنّ له الاستطراق متحدّاً أو متعدّداً من أيّ جهة شاء .

نعم ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط بدون إذن جميعهم [٤] .

[١] وغيره من متأخري الأصحاب .

[٢] فإنّ ذلك كلّهُ مبنيّ على اختصاص كلّ داخل عن الخارج بما دخل عنه ، ومشاركته فيما خرج ، فيجوز للدّاخل إخراج بابه لثبوت حقّ الاستطراق له في جميع الطريق إلى بابه فكُلّ ما خرج عنه له فيه حق ، وله حقّ التصرف في جداره برفعه أجمع ، فبعضه أولى .

بل مقتضى إطلاق المتن وغيره عدم الفرق بين سدّ الباب الأوّل وعدمه .

بل صرح به بعضهم ^(١) ، وإن توقّف فيه آخر ^(٢) ، باعتبار اقتضاء ذلك تعدد حقّ الاستطراق إلى الدار ، لكنّه في غير محلّه .

بخلاف الخارج فإنّه لا حقّ له في الاستطراق إلى أزيد من بابه ، فليس حينئذٍ أن يدخلها .

وإن كان ربّما أشكل ذلك بأنّه قد كان له في السابق فتح بابه من أيّ جهة شاء من جداره ، بل له رفع الجدار أجمع ، فلا وجه لعدم جواز إدخال بابه .

لكن قد يدفع بأنّه وإن كان له ذلك قبل ذلك إلّا أنّه تشخّص حقّه بالباب التي استطرقتها ، فله حينئذٍ الاستطراق من أيّ جهة شاء من جداره ، منتهياً إلى تلك الباب دون الدّاخل منها .

ورفع الجدار كلّهُ لا يقتضي ثبوت حقّ الاستطراق له من أيّ جهة منه ، بل بناءً على انتهاء اختصاصه إلى بابه ، يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً .

نعم ذلك كلّهُ مبنيّ على الاختصاص والاشتراك المزبورين .

[٣] لتساوي الجميع في الاستحقاق .

[٤] لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه ، على ما عرفت .

نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين أتجه حينئذٍ عدم اعتبار إذنه في الجناح والروشن والسباط ونحوها ؛ لعدم الحق له حينئذٍ .

وإنما يتوقف على إذن غيره ممن هو أدخل باباً إن كان ، وإلا لم يحتج إلى إذن أصلاً [١] .

[١] قال في الدروس : « ولو كان في أسفل الدرب فضلة فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها ، وقال متأخروا الأصحاب : إن ذا الباب الخارج إنما يشارك إلى موضع بابه ، ثم لا مشاركة حتى أن الداخل ينفرد بما بقي ، ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحوال ، و وضع الأتقال ، فعلى الأول ليس للخارج حق في المنع من الروشن وشبهه فيما هو أدخل منه ، ويكفي إذن من له فيه حق . وعلى الثاني لابد من إذن الباقيين ، وهو عندي قوي »^(١) . وهو كما ذكرنا .

وكذا ما فيها أيضاً : « درس في الجدار : أمّا الخاص فلما لكانه التصرف فيه بما شاء من فتح كوة للاستضاءة ، و وضع الجذوع ، وغير ذلك حتى رفعه من البين ، ويتخرج من هذا جواز إدخال الباب من غير إذن الجار في المرفوعة »^(٢) . نعم ما ذكره سابقاً يخالفه في الجملة . وإن كان قد يشهد له في الجملة خبر الدعائم^(٣) .

قال : « وأمّا السكة المرفوعة - أي المنسدة الأسفل - فلا يجوز إحداث روشن ولا جناح فيها إلا بإذن جميع أهلها ، سواء كان في أسفلها أو أعلاها ، ولا فتح باب أدخل من بابه ، سدّ بابه أو لا ، ويجوز له إخراج بابه وإن لم يسدّ الأولى على قول . ولو أذن أهل الأسفل في إدخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع ؟ فيه إشكال ، من عدم استطراقهم ، ومن الاحتياج إليه عند ازدحام الدواب والناس ، وهو أقوى »^(٤) .

إذ قد عرفت أنه بناءً على الاشتراك يتجّه له الجواز في الباب ، بناءً على ما سمعت من عدم حق لأحدهم في المعارضة فيه ؛ لبناء مثل هذه الشركة على ذلك . وإنما هو كذلك بالنسبة إلى الروشن والجناح وغيرهما .

أمّا الفضلة فيمكن أن تكون كذلك أيضاً ، فلكلّ منهم إخراج بابه منها من غير حاجة إلى إذن الآخر .

بل مع منعه لكونها جزءً من الطريق الذي قد عرفت أصل وضعه لذلك .

ويمكن عدم الجواز إلا بإذن الجميع ؛ لعدم إعدادها للاستطراق وإن انتفعوا بها في غيره .

أمّا الروشن والجناح إليها فلا إشكال في الحاجة إلى إذن الجميع . وبذلك كلّه بأنّ أن إطلاق الأصحاب سابقاً - أنّ الطريق المرفوع ملك لأربابه ، وأنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو سباط أو فتح باب ولو للاستضاءة - غير مراد منه ظاهره على جهة العموم ، بل هو على الإهمال ، وإلا لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكه ، وبالفارق بين الداخل والخارج بالنسبة إلى فتح الباب وغيره . وإن كان هو على مختارنا أليق منه على غيره .
فما وقع لبعضهم^(٥) من الإشكال في ذلك حتى ظنّ التدافع يبين كلماتهم في غير محله .

هذا (و) [المختار] [١] أنه (لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً) مثلاً غير مضرّ بالمارة (لم يكن لمقابله) ولا لغيره (معارضته ولو استوعب عرض الدرب) ما لم يضع منه شيئاً على جداره [٢] من غير اختصاص لأهل الدور في شيء منه . من غير فرق بين ما قابله منهم وعدمه .

بل [الظاهر] [٣] أنه (لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره إلى عمل روشن لم يكن للأول منعه ؛ لأنهما فيه شرع كالسبق إلى القعود في المسجد) فقام منه ولم يملك الأول الموضع بوضع الروشن فيه ، وإنما اكتسب أولوية سبقه إليه ، فإذا زال أثره زالت كالقعود في المسجد والسوق ، بل لو فرض أن الثاني أخرب روشن الأول لم يكن له إزالة ما وضعه الثاني وإن كان قد ضمن الأرض واكتسب الإثم في الإزالة ، وكذا الكلام في المسجد وشبهه [٤] . ولا ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك [ما في تحتها وهواها] .

[١] [كما] قد بان لك أيضاً ممّا تقدّم سابقاً .

[٢] للأصل .

والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح .

[٣] [كما] صرح غير واحد منهم الفاضل (و) الشهيدان^(١) .

[٤] لكن قد يناقش أولاً : بصدق الغضب واستصحاب بقاء حقه .

بل قد يناقش في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازة بناءً على كونه مباح الأصل على ما صرح به في الدروس^(٢) ، فيستمرّ حينئذٍ على ملكه ، وإن زال أثره .

وقد احتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بُعد قال : « فرع : لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله أو فوقه فهل للسابق منعه ؟ لم أقف فيه على كلام ، وقضية الأصل عدم المنع ، إلا أن يقال : لما ملك الروشن ملك قراره وهواه ، وهو بعيد ؛ لأنه مأذون في الانتفاع ، وليس ملزوماً للملك »^(٣) .

قلت :

ببني بناء المسألة على أن الطريق المحيا بالاستطراق يكون ملكاً لمن أحياه هو مع هواه ، فأرض الطريق حينئذٍ وما تحتها وهواها ملك للمسلمين ، إلا أنه جرت السيرة والطريقة على تصرفهم فيه بما لا ضرر فيه على مازتهم ، وحينئذٍ فلا يملك ذو الروشن مثلاً شيئاً من الهواء ، بل هو على ملك المسلمين ، وإنما له حق اختصاص ، فإذا زال أثره زال حقه .

أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق ، فالفضاء والأسفل باقي على الإباحة الأصلية يملكه من يحوزه ، ويجرى عليه حينئذٍ حكم ذلك . لم أعثر على تحرير لهم في ذلك .

والذي ذكرناه سابقاً الأول ، وقلنا : إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية .

بل هو الموافق لقاعدة « من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض » .

وحينئذٍ فالمتمجه أن للسابق حق اختصاص سبقه فمتى زال أثره زال حقه ، والله العالم .

[الحكم فيما إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره]:

المسألة (الثانية : إذا التمس وضع جذوعه) مثلاً (١) على حائط جاره لم يجب على الجار إجابته ، ولو كان

خشبة واحدة [١] . كما لا يجوز له الوضع بدونها [٢] .

(لكن يستحب) إجابته [٣] . بل يمكن الحكم بكرامية المنع [٤] .

(و) حينئذٍ - لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً [٥] .

(وبعد الوضع) المستلزم نقضه للضرر (لا يجوز) الرجوع [٦] (لأن المراد به) للمستعير والمعير (التأييد)

فهو حينئذٍ كالعارية للدفن [٧] .

(و) لكن مع ذلك فالقول بـ (الجواز حسن مع الضمان) [٨] .

[١] عندنا ؛ للأصل ، بل الأصول .

[٢] لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » (٢) ، ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه .

فما عن أحمد (٣) ومالك (٤) بل والشافعي (٥) في القديم وإن كان مع شروط ثلاثة - عدم احتياج مالك الجدار إلى

وضع الجذع عليه ، وأن لا يزيد الجار في رفع الجدار ، ولا يبني عليه أزجاً ؛ ولا يضع عليه ما لا يحمله ويضر به

وانحصار الحاجة في الرابع ؛ لأنه مالك للجوانب الثلاث ، أما إذا كان الكل للغير لم يضع الجذوع عليها قولاً واحداً -

من أن له الوضع بدونها ، بل يجبر مع الامتناع ؛ لخبر أبي هريرة عنه ﷺ : « لا يمنع أحدهم جاره أن يضع خشبة على

جداره » (٦) . واضح الفساد ؛ ضرورة وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأصول المذهب وقواعده .

[٣] لما ورد من الحث على قضاء الحوائج (٧) ، والتوصية بالجار (٨) .

[٤] للخبر المزبور ولغيره .

[٥] بقسميه ؛ للأصل وغيره ، بل ظاهرهم ذلك ، وإن استلزم ضرراً عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره .

[٦] عند الشيخ (٩) ومن تبعه .

[٧] وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون .

[٨] بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين (١٠) ؛ لأنه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى

(١) في الشرائع : وفيه .

(٢) هوالي اللآلي ١ : ٢٢٢ ، ح ٩٨ . انظر الوسائل ٥ : ١٢٠ ، ب ٣ من مكان المصلي ، ح ١ ، ٣ .

(٣) حلية العلماء ٥ : ١٥ .

(٤) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٣٧ .

(٥) مغني المحتاج ٢ : ١٨٧ .

(٦) انظر الوسائل ١٦ : ٣٥٧ ، ٣٦٥ ، ب ٢٥ ، ٢٧ من فتل المعروف .

(٨) انظر الوسائل ١٢ : ١٢٥ ، ١٢٨ ، ب ٨٦ ، ٨٧ من أحكام العشرة ، و ١٥ : ١٩٠ ، ب ٤ من جهاد النفس ، ح ١٩ ، ٢١ .

(٩) المبسوط ٢ : ٢٩٢ ، ٢٩٧ .

(١٠) التحرير ٤ : ٥٠٧ . جامع المقاصد ٥ : ٤٢٢ . المسالك ٤ : ٢٨٥ .

[ولا ريب أن الأقوى بناءً على جواز الرجوع القلع مجاناً].

الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك ، والإلحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النيش . وكذا العارية للرهن ، المقضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن . بخلاف ما هنا ، فإنه لا حرمة على المالك في خراب ملكه ، إلا أنه نسبه في الدروس^(١) إلى القيل ، مشعراً بتمريضه ، واحتمل المنع من النقص ، بل كأنه مال إليه .

قال : « ولو أسعفه فوضع قيل : جاز له الرجوع ؛ لأنه إعارة ، ويحتمل المنع من النقص ؛ للضرر الحاصل به ، فإنه يؤدي إلى خراب ملك المستعير . نعم يكون له الأجرة فيها بعد الرجوع . وفي المبسوط : لا رجوع حتى يخرّب ؛ لأنّ البناء للتأييد وللضرر . ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الأرض وجهان ، من استناد التفريط إلى المستعير ، ومن لحوق ضرره بفعل غيره »^(٢) .

قلت : الأصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة^(٣) عن الشافعية ، ومحصله خمسة وجوه : أحدها : أن له الرجوع ويتخير بين البقاء بالأجرة والقلع بالأرض ، قال فيها : وهو أظهر قولها^(٤) . والثاني : أن له الرجوع والقلع بالأرض ، وأما البقاء بالأجرة فمتوقف على رضاها بذلك ، وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين^(٥) ، واستحسنه في المتن .

الثالث : أن له الرجوع ، ولا يجوز له النقص ، وإنما له الأجرة خاصة ، ومال إليه الشهيد في الدروس^(٦) . الرابع : أن له الرجوع والقلع مجاناً .

الخامس : أن ليس له الرجوع ، بمعنى أنه لا يستفيد به جواز قلع ولا أجرة ، وهو الذي اختاره الشيخ^(٧) ومن تبعه ، بل هو ظاهر المصنّف . ولا ريب في قوة الرابع بناءً على أن له الرجوع ؛ ضرورة كون المنشأ في ذلك على تقدير القول به أن حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائها استدامة الإذن . فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها ، فيبقى وضع بلا إذن . والضرر اللاحق بالقلع إنما يجيء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير ورفع عنه . وبذلك لا يعدّ كون المعير متلفاً لا مباشرة ولا تسببياً كي يتجّه ضمانه الأرض ، خصوصاً بعد إقدام المستعير على الوضع بالإذن المفروض جواز الرجوع فيها ، فلا غرور منه . بل وجوب الأرض إنما يتجّه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء الذي قد فرض عدمه ، باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذي هو السبب فيه . ومنه يعلم ما في القول بأن له الرجوع ، ولكن لا يجوز له النقص ، وإنما له الأجرة ، فإنه لا حق له بعد فرض انقطاع الإذن المفروض أن دوامها هو السبب في البقاء ، فلا حق له حينئذٍ فيه ، كي يجب على المستعير مراعاته . وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها ، على أن الضرر الحاصل على الغير بسبب تفرغ الملك المخاطب به شرعاً لا دليل على الضمان به . بل الأصل يقتضي عدمه ، وإلا لاتّجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات من بناء ونحوه ، فلا محيص عن المجانية حينئذٍ مع فرض أن له الرجوع .

(١) الدروس ٣ : ٣٤٣ . (٢) الدروس ٣ : ٣٤٣ .

(٣) التذكرة ١٦ : ٦١ - ٦٢ . (٤) التذكرة ١٦ : ٦١ .

(٥) المسالك ٤ : ٢٨٥ ، جامع المقاصد ٥ : ٤٢٣ ، ٤٢٣ . (٦) الدروس ٣ : ٣٤٣ .

(٧) المبسوط ٢ : ٢٩٢ ، ٢٩٧ .

الصلح / الحكم فيما إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره ٥٢٣

نعم قد يتجه [القول] [١] من عدم جواز الرجوع [٢]. [كما أنَّ المتجه انفساخ العارية بالاغماء والمجنون والموت]. ثمَّ إنَّ الأرض على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم؟ أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان [٣]. ولكن لا يخفى عليك قوة الأول [٤].

بل قد يقال: إنَّ المتَّجه ضمانه أيضاً كلَّ ضرر يحدث في ملك المالك بسبب النقص المزبور، فتأمل، والله العالم. هذا كله في الرجوع قبل انتهاء أمدّه.

(أما لو) انتهى فـ (سانهدهم لم يعد الطرح إلّا بإذن مستأنف) [٥]. (و) لكن (فيه قول آخر) [٦]: وهو أنّه إن

[١] [كما ذكره الشيخ.

[٢] باعتبار أنَّ العارية المبنية على الدوام سببها ابتداء واستدامة إنّما هو الإذن الأولي التي لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العارية. وهذا معنى قول الشيخ: «لأنَّ المراد الدوام والتأيد»^(١). ومحصله أنَّ عارية الدوام عرفاً هكذا، وقد شرَّعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه. وهو معنى لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم إرادة ما كان استمرار الإذن فيها هو المقتضي للبقاء، لا ما كان فيها علّة الدوام والابتداء واحدة، وهي الإذن الأولي التي لا يتصور فيها رجوع. ولعلَّ من ذلك العارية للدفن، لا لأنَّ النش محرمٌ، فإنَّ حرمة النش لا تنافي جواز الرجوع المقتضي لتعين الأجرة حينئذ. وكذا إعارة المكان للصلاة التي يحرم الإبطال على الداخل بها. كما أنَّ من ذلك يتجه حينئذ عدم انفساخها بالإغماء أو الجنون للمعير أو المستعير.

بل والموت وانتقال الدار إلى وارث أو مشتر آخر، ونحو ذلك الذي لا يخفى ما في دعوى التزام الانفساخ بذلك كله. خصوصاً مع دعوى وجوب الأرض أو الأجرة حينئذ، أو الإذن الجديدة من المعير. فإنَّ دعوى وجوب الأرض على المعير بانفساخ العارية بجنون المستعير مثلاً إن لم يأذن جديداً ممّا لا يلتزمها من له أدنى راحة في الفقه. بل قد يقال: إنَّ قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على المعير، باعتبار أنّه يأذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي، وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال ونحو ذلك، مثل العارية للرهن الذي تعلق به حقّ الغير، واندراج تحت ما دلَّ على لزوم الرهن^(٢) الذي لا يعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها إلّا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها. وكالإذن بالدخول في الصلاة التي يترتب عليه حرمة الإبطال، فتأمل جيّداً، فإنّه تحقيق وتدقيق.

[٣] يشأن من كونه بهيئته حقّاً بلانيه، فجزه بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً؛ لأنَّ ذلك هو نقص المائيّة.

ومن أنَّ نقص هذه المائيّة مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يصمنه، إنّما يضمن مال الغير الذي كان سبب إتلافه وفواته. [٤] لأنَّ جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعاً على ملك الغير، وذلك الملك إنّما أثر جواز النقص، لا المشاركة في المائيّة.

[٥] لانقطاع حكم الإذن الأولي بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الإذن فيه.

[٦] محكي عن الشيخ في المبسوط^(٣).

أعاده بالهيئة الأولى لم يكن له منعه من ردّ الخشب والسقف عليه وإن أعاده بغيرها كان له منعه [١]، [وهو غير صحيح].

نعم لو فرض انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره أمكن تخريجه على [هذا القول] [٢].
(ولو صالحه على الوضع ابتداءً جاز بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها) أو يشاهدها، ولو لكون الصلح في أثناء الوضع للاختلاف في ذلك [٣].

بل قد يقال بعدم الحاجة إلى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده [٤]. والمرجع حينئذٍ في ذلك إلى ما يحتمله مثل الحائط المزبور، كما أن ذلك هو المرجع في الآجر واللين.
بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة على حائطه، فلا يفتقر إلى ذكر الطول وسمك اللين [٥]. هذا كله في الوضع على حائط مملوك. أما لو كان موقوفاً بحيث لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لأحد البناء عليه، ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، وليس له الإذن بغير عوض قطعاً أيضاً.

[١] وفيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن الأولى فليس له العود بدون الجديدة، فضلاً عما لو منع.
ودعوى أن الإذن الأولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور بمعنى كونها في صنف الوضع وإن تعددت أشخاصه واضحة المنع، بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك، وإن قلنا بأن عارية الدوام لازمة، لكن بمعنى أنها بالنسبة إلى ذلك الشخص لا الصنف. وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما.

[٢] [وهو] مذهب الشيخ. كما أنه يمكن أن يكون كلامه في غير ما نحن فيه، من أنه واضح الجدوع الذي لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك حتى يعلم كونه عارية؛ ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك، فيتجه حينئذٍ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه مقدمة لحصول حق الوضع، هذا.

ولكن في المسالك بعد أن ذكر خلاف الشيخ قال: «وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافاً ويمكن أن يكون سببه أن الشيخ ذكر أولاً في الكتاب أنه لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذن مستأنف، ولم يتردد في ذلك. فاطرحو قوله الآخر، وهو قول بعض الشافعية، كما أن القول الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب»^(١) والله العالم.

[٣] بل ذكر غير واحد أنه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة؛ لكونه حينئذٍ هنا كالإجارة.

وفيه: منع اعتبارها؛ لعموم الصلح^(٢)، فيصح حينئذٍ بقصد الدوام.

بل يمكن أن يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام، خصوصاً بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي.

[٤] لما عرفت من عدم ثبوت مانعية ما عدا الإبهام من الجهالة فيه.

[٥] خلافاً لبعضهم^(٣) فأوجبه؛ لاختلاف الضرر باختلافهما [= الطول وسمك اللين].

وفيه: أنه لا دليل على مانعية مثل ذلك.

أما معه وفرض المصلحة فيه وجهان [١]. ولكن الإنصاف عدم خلوّ الأول عن قوّة. ولو كان الوقف خاصاً جاز للنظر أو الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون، فيمضي حينئذٍ عليهم، وليس لأهل البطن الأول ذلك [٢].

[حكم ما لو تداعيا جداراً مطلقاً ولا بينة]:

المسألة (الثالثة: لو تداعيا جداراً) بين ملكيهما (مطلقاً) ليس لأحدهما يد اختصاص عليه (ولا بينة) حلف كلّ واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف. فإن نكل أحدهما كان الجميع للآخر إن قلنا يقضى بالنكول، وإلا حلف، وصار الجميع له. وإن نكل هو أيضاً فـ [سقيّل]: [٣] هو أي النصف لهما [٤]. فقول المصنّف: (فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له) ظاهر في موافقة [ما قيل] [٥].

(و) على كلّ حال فـ (إن حلفاً أو نكلاً قضي به بينهما) لعدم الترجيح.

وأش الجدار يتبع من يكون الجدار له، اختصاصاً أو اشتراكاً. فلو تنازعا فيهما حينئذٍ أقام أحدهما بينة بالجدار فهو ذو يد في الأُس وكذا الشجرة مع المغرس [٦].

(و) كيف كان فهذا كلّ إذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص. [و] أما (لو) فرضت بأن (كان متصلاً ببناء أحدهما) اتصال ترصيف بتداخل الأحجار واللبن فيه وفي حائطه المختص به - كما يظهر ذلك في الزوايا على وجه دالّ على أنّه جدار واحد - أو كان لأحدهما عليه قبة أو سترة على وجه يكونان من الجدار نفسه [٧]، أو نحو ذلك

[١] أحودهما في المسالك العدم^(١)، وقوّاه في الدروس^(٢)؛ لأنّه تصرّف في الوقف بغير ما وضع له، ولأنّه يثمر شبهة.

[٢] لما فيه من الضرر على البطون المتأخّرة الذي لا يندفع بعدم إجازتهم فيما بعد، كما هو واضح.

[٣] [قاله] في التذكرة^(٣).

[٤] وفي أحد وجهي الشافعي^(٤) أنّه يحلف كلّ واحد منهما على الجميع؛ لأنّه الذي ادّعاء. قال في التذكرة: وعليه فإذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضاً، فإذا حلف قسم الجدار بينهما؛ لعدم الأولوية، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين أخرى. ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان. وعلى الأول يكون النصف بينهما، مع احتمال أنّه للثاني خاصة. وإن قال في جواب الحاكم قبل الحلف: إنّي لا أحلف إلا على النصف كان في الحقيقة مدّعياً للنصف^(٥).

[٥] [قاله] الشافعي^(٦). اللهمّ إلا أن يريد أنّه مع النكول يحلف يميناً واحدة على الجميع، قائمة مقام اليمين المردودة ويمين الإكثار. ولكنّه كما ترى أيضاً.

[٦] وذلك لأنّ كون الجدار حائلاً بين الملكين أمانة على اشتراك اليد، ولا دلالة على اشتراكهما في الأُس والمغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصّت به.

[٧] كما صرح به في التذكرة^(٧).

دون الآخر (كان القول قوله بيمينه^(١)) مع فقد البينة ؛ لصيرورته بذلك صاحب يد .

نعم لو اتصل بهما معاً كذلك أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفة والآخر بالآخرى فاليد لهما حتى لو كان لأحدهما واحدة والباقي مع الآخر ؛ إذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح ، فيحلفان ويقسم بينهما ، كما يقسم لو نكلا إلى تمام ما عرفته سابقاً ، ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء أحدهما [هل كان بذلك صاحب يد بالنسبة إلى الجدار ؟] (١) . [ولعله يقوى القول باختصاص صاحب الجذع بالجدار] .

(ولو^(٢)) كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع قيل ([٢] : (لا يقضى بها) [٣]) . (وقيل : يقضى) بها لذبيها (مع اليمين وهو الأشبه) [٤] . [فلا إشكال في كونه يداً لهما على الجدار] .

نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص إذا كان الوضع على وجه ظاهر في كونه في أصل بناء الجدار فلا يد اشتراك معه [٥] [فهذا الوضع علامة على اختصاص الجدار به] .

[١] ففي التذكرة : « كان بذلك صاحب يد »^(٣) . ونظر فيه في الدروس من أنه كالأس أو كالجزء [فلا يتبع الجذع] قال : « ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولى فيه فاحتمال اختصاصه أقوى »^(٤) . وظاهره قوة الاختصاص في الأول .

ولعله كذلك ؛ ضرورة ظهور الفرق بينه وبين الأس بكون الخشبة شيئاً واحداً ، بخلاف الأس ، فإنه أجزاء متعددة باعتبار تعدد آلاته ، والله العالم .

[٢] والقاتل الشيخ^(٥) .

[٣] لجريان العادة بالتسامح للجدار في ذلك ، بل قد سمعت أن مالكا وأحمد لا يجوزاً منه^(٦) ؛ للخبر المزبور^(٧) ، ولدلالة كونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما ، فوضع الجذوع من أحدهما مزيد انتفاع ، كاختصاص أحد الشريكين الساكنين بزيادة الأمتعة ، بل قد سمعت أن زيادة التصرف لا يقتضي الترجيح ، بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليد لهما .

[٤] بأصول المذهب وقواعده ؛ لأنه تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لا يعارضه التسامح المزبور ما لم يعلم . ولمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة ، كما في المسالك . قال : « وحينئذ وضع الجذع بفيد اليد الواضع ، ويبقى الآخر خالياً ، ويكون حكمه حكم ما سلف من المرجحات ، ولو جامعها اعتبر ما فضله »^(٨) .

وفيه : أنه لا إشكال في كونه يداً لهما ، كما اعترف به هو سابقاً ، ولذا لو أداها به أجنبي كان القول قولهما بيمينهما . [٥] كغيره من المرجحات السابقة التي هي علامة على اختصاص الجدار في نفسه لا من حيث كونه تصرفاً . وما قدمناه سابقاً من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد إنما هو في يد الاختصاص ، لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضي الاختصاص عادة ، (و) يمكن إرادته ذلك .

(١) في الشرائع : « مع يمينه » .

(٣) التذكرة : ١٦ : ١٠٣ .

(٥) المبسوط : ٢ : ٢٩٦ .

(٧) سنن البيهقي : ٦ : ٦٨ .

(٢) في الشرائع : « وإن » .

(٤) الدروس : ٣ : ٣٥٠ .

(٦) المغني (لابن قدامة) : ٥ : ٣٧ . حلية العلماء : ٥ : ١٥ .

(٨) المسالك : ٤ : ٢٨٨ .

نعم (لا يرجع دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان) كالكتابة والتزيين ، والوجه الصحيح من اللين لو بناه بانصاف اللين ، (ولا الروازن) والطين [١] .

(ولو اختلفا في خَصٍّ) بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين (قضي لمن إليه) منهما (معاهد القمط) بالضم أيضاً جمع قماط : وهي شداد الخَصِّ من ليف أو خوص أو غيرهما (عملاً بالرواية) [٢] .

[١] لا إمكان إحداثه له من جهة من غير شعور صاحب الجدار ، كما في المسالك^(١) ، بل وفيها : « ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر »^(٢) . إذ هو مناف لأصالة الصِّة في تصرف المسلم . بل لعدم دلالتها عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك ؛ إذ الروزنة ونحوها إنما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار لا استحقاقه . وحينئذ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجع عليه ممّا يدل على الاختصاص ، ولو بأمرة ظنية عرفية ، كالترصيف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد . وكذا القبة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه . والحاصل أن أمانة الاختصاص تكون على وجهين : أحدهما : في الجدار نفسه . وثانيهما : في التصرف ولو كان طارئاً إذا كان على وجه يقتضي الاختصاص بالتصريف وإن كان التصرف حادثاً ، فتأمل .

[٢] وهي صحيحة منصور بن حازم المروية في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام : سألت عن خَصٍّ بين دارين فذكر « أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله القمط »^(٣) . ورواها أيضاً في الكافي بسند آخر صحيح أو حسن عنه إلا أنه قال : « عن خزيمة »^(٤) . وكذا الصدوق ، إلا أنه قال : « فزعم »^(٥) عوض « فذكر » المعتمدة بخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : « أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خَصٍّ فقال : إن الخَصَّ للذي إليه القمط »^(٦) . وبالعامة : أن قوماً اختصموا إلى رسول الله ﷺ في خَصٍّ فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن إليه معاهد القمط ، ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره ، فقال : « أصبت وأحسن »^(٧) . وبقوى المعظم من الأصحاب ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٨) . فما عن قول للشافعي^(٩) من الحكم بعكس ذلك في غير محلّه . وكذا ما عن أبي حنيفة^(١٠) من عدم الترجيح بذلك . بل وما عن المصنف في النافع من نحو ذلك قائلاً : « إنها قضية في واقعة »^(١١) ، فلا يتعدى الحكم . وحينئذ فحكم « الخَصِّ » حكم الجدار بين الملكين ، سيما بعد قول الباقر عليه السلام في خبر عمر ، فتأمل .

(١) المسالك ٤ : ٢٨٨ . (٢) المسالك ٤ : ٢٨٨ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٩٦ ، ح ٩ ، التهذيب ٧ : ١٤٦ ، ح ٦٤٩ . الوسائل ١٨ : ٤٥٤ ، ب ١٤ من الصلح ، ح ١ ، وفيها : « فزعم » بدل « فذكر » و« القماط » بدل « القمط » .

(٤) الكافي ٥ : ٢٩٥ ، ح ٣ . الوسائل ١٨ : ٤٥٤ ، ب ١٤ من الصلح ، في ذيل الحديث ١ ، وفيه : « عن خزيمة » .

(٥) الفقيه ٣ : ١٠٠ ، ح ٣٤١٢ ، ولكن فيه : « فذكر » بدل « فزعم » ، الوسائل ١٨ : ٤٥٤ ، ب ١٤ من الصلح ، ذيل الحديث ١ .

(٦) الفقيه ٣ : ١٠٠ ، ح ٣٤١٣ ، الوسائل ١٨ : ٤٥٤ ، ب ١٤ من الصلح ، ح ٢ ، وفيها : « عمرو بن شمر » .

(٧) سنن البيهقي ٦ : ٦٧ - ٦٨ ، مع اختلاف . (٨) التذكرة ١٦ : ١٠٥ .

(٩) العزيز شرح الوجيز ٥ : ١٢١ .

(١٠) حلية العلماء ٥ : ٢٥ .

(١١) المختصر النافع : ٢٨٤ .

نعم قد يقال : إنه لا يتعدى منها إلى سائر وجوه التراجيح ، بل يقتصر عليها في كل خصص .
وأما غيرها فلا بد من الترجيح بالأمانة العادية في رفع يد الاشتراك ، والله العالم .

[تصرف الشريك في حائط لهما ببناء أو تسقيف]:

المسألة (الرابعة): لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة) ولا غير ذلك من التصرف (إلا بإذن شريكه) [١]. من غير فرق بين المضّر وغيره [٢]. نعم استثنى له ولغيره الاستناد إليه وإسناد المتاع ونحوه مع فرض عدم الضرر. وكذا الجدار المختص (أي المختص بالجار) [٣]. فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره [٤]. نعم ليس له حك شيء من آلاته حجراً كانت أو أجراً أو لبناً، ولا الكتابة عليه ولا غير ذلك، وإن سلم من مظنة الضرر [٥].

[١] بلا خلاف ولا إشكال؛ لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً.

[٢] بل في التذكرة: «لا يجوز أخذ أقل ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب»^(١).

[٣] عملاً بشاهد الحال كما في الدروس^(٢)، ولأنه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير، والاستقلال بجداره. مع أنه صرح في المسالك تبعاً للتذكرة بحرمة ذلك أيضاً مع منع المالك والشريك^(٣)؛ لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه. لكن في الدروس: «هل لصاحب الجدار منع المستند والمستظل إذا كان المجلس مباحاً؟ الأقرب المنع مع عدم الضرر»^(٤).

ومنه يعلم حينئذ أن الجواز للإذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال.

[٤] للسيرة المستمرة، إلا أن الإنصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع، لا مطلقاً؛ لأن الناس مسلطون على أموالهم. وفرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستقلال ونحوه بالتصرف في مال الغير في الأول، بخلاف الثاني. اللهم إلا يقال: إن في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الأملاك وفي الطرق النافذة وغيرها عسراً وحرماً. على أن الانتفاع بالقضاء المملوك مثلاً لا يتم إلا بالمعاشرة للجدار. والامتناع عن بعضه مقدّمة ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدّمة، جمعاً بين الحقين، ولقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(٥). نعم إنما يقتضي ذلك جواز المعاشرة لا الاستناد. ولعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيرة تقتضي بجوازه حتى مع المنع، هذا. وفي المسالك: «وموضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند، وإلا لم يجز إجماعاً»^(٦). وكأن مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا كونه ملكاً له، كما أن ذلك [= كلام المسالك] ربما يكون شاهداً لما ذكرناه [من أن جواز الاستناد للإذن الشرعية لا المالكية]. وإلا فلا تلازم بين حرمة المجلس وحرمة الاستناد أو اللبس. وكذا [أي يكون شاهداً لما ذكرناه] ما فيها من أنه «لو بنى الشريك في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، ولم يكن للآخر الاعتراض عليه. ولو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه»^(٧)، فإنه أيضاً مبني على ما ذكرنا [من اعتبار إباحته]. [٥] لقاعدة «حرمة التصرف في مال الغير» السالمة عن معارضته السيرة والعسر والحرج. وما في الدروس من تعليل حرمة ذلك بأنه تصرف في ملك الغير بما هو مظنة الضرر موهماً اعتبار ذلك في الحرمة^(٨) في غير محله، والأمر سهل.

(١) (٦) (٧) التذكرة ١٦: ٦٣. المسالك ٤: ٢٨٩.

(٢) (٤) (أ) الدروس ٣: ٣٤٤.

(٣) المسالك ٤: ٢٨٩. التذكرة ١٦: ٦٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣- ٥.

- (و لو انهدم) الجدار أو استرمَ (لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته) [١].
 بل الأقوى توقّف عمارته من الشريك خاصّة على إذن الآخر لذلك أيضاً [٢].
 وعلى كلّ حال فـ [المختار] [٣] عدم جواز عمارة الشريك بدون الإذن مطلقاً [٤].

[١] بلا خلاف ولا إشكال؛ للأصل، وقاعدة التسلّط.

[٢] خلافاً لبعضهم فجوزه^(١)؛ لأنّه نفع وإحسان.

وحكاة في الدروس^(٢) عن الشيخ، ولعلّه الظاهر من قواعد الفاضل^(٣). وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز. و[خلافاً ل] آخر ففرق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه، وبين إعادته بالآلة من عنده فيشترط^(٤)؛ لبقائه شريكاً على الأوّل بخلاف الثاني. وفيه ما عرفت أيضاً.

وفي الدروس: «ولو بناه أحدهما بالآلة المشتركة كان بينهما، وفي توقّفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوي، ولو أعاده بالآلة من عنده فالحائط ملكه، والتوقّف على إذنه هنا أقوى. ومنع الشيخ من التوقف على إذن الآخر، وله منع الآخر من الوضع عليه في الثانية دون الأولى، نعم للشريك المطالبة بهدمه.

قال الشيخ: «أو يعطيه نصف قيمة الحائط، ويضع عليه، والخيار بين الهدم وأخذ القيمة للثاني»^(٥). وفيه: أنّه يكفي في قوة الاحتمال الأوّل اشتراك الآلات، وإن لم يكن الأساس مشتركاً. كما أنّ له المنع من الوضع أيضاً مع فرض اشتراك الآلات. فما في المسالك تبعاً لما سمعته عنها من أنّ له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناه بالمشاركة^(٦) في غير محلّه أيضاً.

اللهم إلّا أن يكون الوضع مستحقاً له سابقاً مثلاً فيتّجه حينئذ ما ذكره.

[٣] [كما] قد ظهر لك [ذلك].

[٤] نعم، في المسالك: «على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه؟ احتمال، من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كأنّها مغصوبة فله ازالته. والأقوى العدم إن كان بناه بالآلة المشتركة؛ لأنّ هدمه أيضاً تصرف في مال الغير، وهو الشريك الذي بني فلا يصحّ كالأوّل. وإنّما تظهر الفائدة في الإثم، والجواز إن كان بناه بغير آله؛ لأنّه عدوان محض، وتصرّف في أرض الغير، فيجوز تغييره»^(٧).

قلت: قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة، بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه أيضاً^(٨). لكنه لم يصرّح في بناء الفرع تقدير اعتبار الإذن، والمتّجه أن له ذلك أيضاً فإنّ له الامتناع من بناء الآلات المشتركة، كما اعترف به في جامع المقاصد^(٩). ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الأساس، فلم يكن الوضع حينئذ بحق فهو ظالم لا حقّ لعرقه، فله الإزالة بلا أرض.

(١) (٥) الدروس ٣: ٣٤٥.

(١) التحرير ٤: ٥١١.

(٤) انظر الدروس ٣: ٣٤٥. جامع المقاصد ٥: ٤٢٥.

(٣) القواعد ٢: ١٧٥.

(٧) المسالك ٤: ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٦) المسالك ٤: ٢٩٠.

(٩) جامع المقاصد ٢: ٤٢٥.

(٨) التذكرة ١٦: ٧٣.

[فلو خالف وعمره فهل للشريك نقضه ؟]

[المتّجه جواز النقض له مع فرض الشركة في الأساس].

[فله الامتناع من بناء الآلات المشتركة].

[وله الامتناع من التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الأساس].

نعم لو قلنا بحرمة ذلك [= النقض] عليه أنّه حينئذٍ إلزامه به [= بالوضع]، كما لو هدمه ابتداءً، هذا.

[ولو امتنع من الإذن فهل يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن ؟] [١]

[قد يشكل جواز جبره على الإذن فله الامتناع منها].

[١] وفي المسالك أيضاً: «أنّه حيث يتوقف البناء على إذن الشريك ويمتنع [فحينئذٍ] يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم.

وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك أو مجاناً؟ الأقوى الثاني؛ لأنّ الشريك إذا لم يجبر على العمارة

لا يجبر على الإنفاق، فإذا اختار الشريك بناء مجاناً فعل، ولأتركه»^(١).

قلت: بل قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه، بأنّ له الامتناع منها؛ لقاعدة «التسلّط»^(٢). ود عدم

حلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٣). وغيرها.

ومن هنا فُكر عليه ذلك في الحدائق^(٤)، خصوصاً بناءً على مختاره سابقاً من اعتبار الإذن في الجواز للشريك، حتى لو أراد

بناءه من غير رجوع عليه، وأنّه يأنم لو بناه من غير إذن.

إلى غير ذلك من عباراته التي هي كمباراة غيره من الأصحاب، خصوصاً مثل إطلاق المصنّف وغيره.

وخصوصاً مثل عبارات التذكرة في الظهور أو الصراحة في عدم وجوب الإذن عليه، بناءً على اعتبار إذنه.

نعم في جامع المقاصد: «فرع: لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها

فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير

الشريك بين عدة أمور: من بيع وإجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك، عملاً بقوله: «لا

ضرر ولا ضرار»^(٥). ولأنّ في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال، وقد نهى عنها، ولم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح»^(٦).

قلت: قد يشهد له في الجملة ما في دعائم الإسلام قال: روي عن جعفر بن محمد صلوات الله عليه أنّه سئل عن جدار

الرجل، وهو سترة فيما بينه وبين جاره سقط، وامتنع من بنيانه، قال: «ليس يجبر على ذلك إلا أن يكون وجب ذلك لصاحب الدار

(١) المسالك ٤: ٢٩٠.

(٢) الجار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٣) حوالى اللّٰهي ١: ٢٢٢، ح ٩٨. الوسائل ٥: ١٢٠، ب ٣ من مكان المصنّف، ح ١، ٣.

(٤) الحدائق ٢١: ١٣٣-١٣٤.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣-٥.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٤٢٥.

الأخرى ، أو شرط في أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك في حَقِّكَ إن شئت ، قيل له : فإن كان الجدار لم يسقط ، ولكنته هدمه أو أراد هدمه إضراراً بجاره لغيرها حاجة منه إلى هدمه ، قال : لا يترك إنَّ رسول الله ﷺ قال : لا ضرر ولا ضرار وإن هدمه كَلَّفَ أن يبنيه ^(١) .

وعلى كلِّ حال فما في جامع المقاصد ^(٢) هو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة .
ومنه ما سمعته من المسالك ^(٣) الذي لم يعلِّقه على الضرر ونحوه ، بل جعله من أحكام الشركة في الجدار التي قد اعترف سابقاً باعتبار الإذن من الشريك ، لو أراد التبرُّع ببنائه ، ولاحقاً في مسألة السفل والعلو .
وحينئذ يكون كافتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في أرض مشتركة ، وآلات كذلك .
ولا ريب في عدم وجوب الإذن بذلك عليه ، وإن تضرَّر الآخر بذلك ، وأنه لا وجه لرفع أمره إلى الحاكم ، ولا لجبره على ما هو غير واجب عليه .

نعم لو قلنا : إن سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع مع طلب الآخر ، أتجه حينئذ ذلك .

لكن ينبغي عليه عدم اعتبار إذنه ، بل نهيه أيضاً كما في باقي صور امتناعه عمّا هو حقُّ عليه .
وكأنه هو الذي لحظه الفاضل فيما ذكره في القواعد ^(٤) من عدم جواز منعه إياه لو أراد [الآخر] الانفراد بالعمارة .
إلا أنه كما ترى ؛ ضرورة عدم ثبوت حقِّ يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح .
ولو سلَّم فهو غير ما سمعته من المسالك الذي لم أعثر على موافق له فيه ، ولا من احتمله ، بل صريح كلماتهم عدمه ، بل هو في نفسه بناء على اعتبار الإذن في غير محلّه .

بل منه يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني ^(٥) من أنه لا يحتاج إلى الإذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرُّر به ، ولا بدّ منها مع عدمه ؛ إذ هو مع أنه خروج عن محلِّ البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك ، أي مع قطع النظر عن الأمور الخارجية .

قد يناقش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الآخر بها ، والضرر لا يدفع بالضرر ، كما اعترف به الفاضل ^(٦) وغيره في الردِّ على الشافعي ^(٧) في القديم من وجوب المساعدة في العمارة .
بل ومع فرض عدمه أيضاً بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل مال آخر ، وإن لم يتضرر به ، وإلا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره .

(١) دعائم الإسلام ٢ : ٥٠٤ ، ح ١٨٠٥ . المستدرک ١٣ : ٤٤٧ ، ب ١٠ من الصلح ، ح ١ ، ومع اختلاف .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٤٢٥ .

(٣) تقدّم في ص ٥٢٩ - ٥٣٠ .

(٤) القواعد ٢ : ١٧٥ .

(٥) الحدائق ٢١ : ١٣٢ - ١٣٣ .

(٦) التذكرة ١٦ : ٦٨ .

(٧) انظر المجموع ١٣ : ٤١٦ .

نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها، أو برفع الأمر إلى الحاكم ليرى وجهاً يحكم به لقطع النزاع بينهما، مراعيّاً للجمع بين الحقيقتين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّة هو لها [١].

(وكذا لو كانت الشركة في دولا ب أو بئر أو نهر) أو قناة أو ناعورة أو نحو ذلك أي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها، من غير فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي بعمارته وغيره [٢].

و[من غير فرق] بين القابل للقسمة وعدمها [٣]. نعم لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي أثر فيه نقل الطين عنه، وليس له فيه عين ملك.

بخلاف الحائط إذا بناه بآلات منه، كما هو واضح.

(وكذا) [٤] أنه (لا يجبر) [٥] (صاحب السفل ولا العلو) في الساباط وغيره (على بناء الجدار الذي يحمل العلو) ولا على جدار البيت [٦].

إلا أن يكون ذلك لازماً بعقد، فيجب حينئذ كعمارة الساقية المستحق إجراء الماء فيها [٧].

ولو طلب صاحب العلو مثلاً بناء جدران السفل تبرّعاً فهل له منعه؟ [٨]

- [١] ولعله على ذلك يحمل ما في دعائم الإسلام: وعنه صلوات الله عليه عن الجدار بين الرجلين يهدم ويدعو أحدهما صاحبه إلى بنائه ويأبى الآخر، قال: «إن كان ممّا يقسم قسم ما بينهما، وبني كلّ واحد منهما حقّه إن شاء، أو ترك إن لم يكن ذلك يضرّ صاحبه، وإن كان ذلك ممّا لا يقسم قيل له: ابن أو ع أو سَلِّمْ لصاحبك أن يرضى أن يبنيه ويكون له ذلك، وإن اتفقا على أن يبنيه الطالب ويتنفع به فإن أراد الآخر الانتفاع به معه دفع إليه نصف القيمة»^(١) فتأمل جيّداً، والله العالم.
- وممّا ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنّف وغيره بقوله: [وكذا لو كانت الشركة ...].
- [٢] عند الأصحاب على ما في المسالك^(٢).
- [٣] وأما تبه بذلك على خلاف أبي حنيفة^(٣) الذي حكم بإجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط. فارقاً بينهما بأن الشريك لا يتمكّن من المقاسمة فيها فيتضرّر به، بخلاف الجدار، فإنه يتمكّن من قسمته.
- ورّد بإمكان كون القسمة فيه أكثر ضرراً عليه، فكانا حينئذ سواء.
- [٤] [إذ] ظهر لك ممّا ذكرناه أيضاً [ذلك].
- [٥] عندنا.
- [٦] لأصالة براءة الذمّة من وجوب عمارة ملك الإنسان لنفسه، فضلاً عن الغير.
- [٧] خلافاً للشافعي فيجبر صاحب السفل على الإعادة^(٤). ولا ريب في ضعفه.
- [٨] ففي المسالك: «فيه الوجهان السابقان. وأطلق في التحرير: ليس له منعه»^(٥).

(١) دعائم الإسلام ٢: ٥٠٥، ح ١٨٠٧. المستدرک ١٣: ٤٤٨، ب ١٠ من الصلح، ح ٣، مع اختلاف.

(٢) المسالك ٤: ٢٩٠.

(٣) المغني (لاين قدامة) ٥: ٤٩.

(٥) التحرير ٤: ٥١٢.

(٤) المغني (لاين قدامة) ٥: ٤٧-٤٨.

(٦) المسالك ٤: ٢٩١.

قلت: قد عرفت التحقيق في ذلك سابقاً [من أنه يتوقف على إذن صاحبه لو كان الأساس مشتركاً أو كان للآخر، ولا يتوقف عليه لو كان الأساس له] [١].

وعلى كل حال فلو بناء في أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوة وغرز وتد ونحو ذلك. أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه وإن انتفع به. هذا كله إذا انهدم بنفسه أو هدماه معاً من غير شرط.

أما إذا استهدم فهدمه صاحب السفلى بشرط أن يعيده [٢] [أجبر عليه] أي إذا كان ذلك منه بملزم شرعي. (ولو هدمه) أي الجدار المشترك مثلاً (بغير إذن شريكه) الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه (وجب عليه اعادته) [٣].

قلت: قد يقوى [القول باطلاق الاعادة] [٤] بل تصحّ الإجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار. نعم لو فرض تعدّد ذلك كما في بعض البناء انتقل إلى القيمة كما في كل مثلي تعدّد مثله. (وكذا) الكلام في كسر الخاتم ونحوه، وفتق الثوب ونحوه.

[١] وأما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيهه على ما في القواعد من أنه «لو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له منعه، وإن أعاده بألة من عنده فله ذلك»^(١).

وإن كان يجب تقييده أيضاً، كما في جامع المقاصد بما إذا لم يكن الأساس للآخر ولا مشتركاً بينهما، وإلا لم يجبر بدون الإذن^(٢)؛ لما عرفته سابقاً.

لكن في ما حضرنى من نسخة للتذكرة سقيمة: «وإن أراد بناء بألة من عنده فله ذلك وجاز أن يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير إذنه ليصل إلى حقّه من الحمل عليه»^(٣).

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قدمناه سابقاً.

[٢] ففي التذكرة أجبر عليه قولاً واحداً^(٤).

[٣] لأنه ضمان مثله عادة.

لكن في الدروس: «إن أمكنت الماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع، وإلا فالأرض. والشيخ أطلق الإعادة، والفاضل أطلق الأرض»^(٥). وفي المسالك بعد أن حكى تفصيل الدروس، وتبعاً للكركي^(٦): «وفيه مناسبة إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية؛ لانتفاء المثلية في الفات، فإنه محض صفة؛ إذ الأعيان باقية، والماثلة في الصفة بعيدة، فالقول بالأرض مطلقاً أوضح»^(٧).

[٤] [كما ذكره الشيخ^(٨)؛ لصدق المثلية عرفاً].

- | | |
|-------------------------|--|
| (١) القواعد ٢: ١٧٥. | (٢) جامع المقاصد ٥: ٤٢٩، وفيه: «لم يجزه بدل ولم يجبر». |
| (٣) التذكرة ١٦: ٧٤. | (٤) التذكرة ١٦: ٧٢. |
| (٥) الدروس ٣: ٣٤٥. | (٦) جامع المقاصد ٥: ٤٢٤. |
| (٧) المسالك ٤: ٢٩١-٢٩٢. | (٨) المبسوط ٢: ٣٠٣. |

(و لو هدمه [= الجدار] بإذن شريكه -ه و شرط إعادته) وجب ذلك إذا كان الشرط في عقد لازم [١]. وبالجمله القول بوجوب الإعادة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه إعادة قويّ جداً في صورة عدم الشرط فضلاً عما لو شرطه، والله العالم. ولو اُصطلح الشريكان على أن يبنياه ويكون لأحدهما أكثر مما كان له [ف قيل: لا يصح، وفيه إشكال؟] [٢]

[١] بل قد سمعت ما في التذكرة^(١) في نظيره من أنه كذلك قولاً واحداً، لكن ربّما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرض. ولملّه لعدم إمكان الشرط؛ لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفة. إلا أنه كما ترى، فإنّ عود الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن وواقع، بل من ذلك يعلم قوّة ما ذكرناه أولاً [من وجوب الإعادة].

بل قد يؤيده أيضاً أنّ الأرض المذكور هنا أريد به ما يخصّ الشريك من مقابل الهيئة الفاتنة فهو لا يجدي في عمارة الجدار المزبور الذي تحقق فيه الضرر عليه بهدمه، ولو لقوات حصّة الشريك فلم يكن في ذلك [= في الأرض] جبر لضرره، وإن أريد به ما يقابل تمام الهيئة، ففيه أنها مشتركة بين الهادم والشريك، والإنسان لا يضمن لنفسه. مضافاً إلى ما عن الأردبيلي من استبعاد الأرض فيما حكى عنه، قال: «فإنّه لا يسوّى بعد الهدم إلا شيئاً قليلاً جداً، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة، بل المناسب على القول بالأرض أن يراى به ما يحتاج في تعمير مثل ذلك. وفيه أيضاً تأمل؛ إذ قد يتفاوت العمل والأجرة كثيراً، فتأمل»^(٢).

[٢] فعن الشيخ بطلان الصلح^(٣)؛ لأنّ فيه انتهاك ما لم يوجد. وفيه: أنه يكفي مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الأرض.

ودعوى أنّ الثالث من الجدار جزء صوري لا يمكن ضبطه، يدفعها: أنّ الصورة صفة تابعة للموهوب وضبطها ممكن، وإلا لما جاز الاستئجار على البناء المقدّر بالعمل، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح، على أنه يمكن القول هنا بأنّ الشارط على نفسه متبرّع بما يخصّ شريكه من عمله، والشارط لنفسه غير متبرّع، فيشترط له قدرًا من الملك. وكذا دعوى اقتضاء تعليق الملك في عين وهو ممتنع لامتناع الأجل في الملك، ومن هنا احتمل بعضهم^(٤) جواز اشتراط تملك الأكثر من الآلات لا من الجدار بعد البناء، وحينئذٍ فلو انفرد أحدهما بالعمل وشرط لنفسه الأكثر من الآلة صحّ قطعاً. إذ [هي] قد تدفع أيضاً بأنّ هذا الصلح يجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء من الدقيق، وعلى الارتضاع بجزء من العبد، فإنّه يملكه في الحال، ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره، وعلى هذا يملك الأكثر في الحائط مبنياً. كلّ ذلك مضافاً إلى ما سمعته غير مرّة من كون الصلح عقداً مستقلاً برأسه، لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده، فربّما كان مورده لا يجري عليه عقد من العقود، وإنّما فسرّ أنه كلّما يفرض إمكان قطع الخصومة به لو كانت ممّا لا يكون فيه تحليل حرام ولا تحریم حلال. ولا ريب في جواز رفع أحد الشريكين يده عمّا يملكه من آلات الجدار جميعه، فضلاً عن الأكثر، ببنائه من الشريك الآخر خاصّة، أو مع كونه معه.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٦٤ - ٣٦٥.

(٤) الدروس ٣: ٣٤٧.

(١) التذكرة ١٦: ٧٢.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٩.

فيصح الصلح حينئذ عليه وإن لم يكن عوض للمتنع من ماله وعمله سوى كون الجدار مبنياً ليكون ساتراً مثلاً بينهما، كما هو واضح، والله العالم .

ثم إنه [المختار] [١] جواز قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً .

وطوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى الزاوية الأخرى، لا ارتفاعه عن الأرض الذي هو عمقه .

والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع .

فلو كان طوله عشرأ وعرضه ذراعين فاقسمهما في كلّ الطول ونصف العرض، فيصير لكل واحد منهما طول عشرة أذرع في عرض ذراع جاز .

وكذا لو اقسما في كلّ العرض ونصف الطول، بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسة أذرع في عرض

ذراعين .

ثم القسمة بعلامة توضع جائزة في الأمرين .

وبالنشر جائز في الثاني دون الأول إلا مع تراضيهما، كما لو نقضاه واقسما الآلة .

والقرعة متمتعة في الأول؛ لإمكان وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم إمكان التبدل، بل يختص كل وجه

بصاحبه [٢] .

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال فيه [٤] .

[٢] ولعله لذا قال في القواعد: «ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كلّ الطول ونصف العرض»^(١)؛ لأنّ القرعة معيار القسمة . لكن قال أيضاً: «وكذا في نصف الطول وكلّ العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى، بل يختص كل وجه بصاحبه»^(٢) . وظاهره عدم الإيجاب في صورتين .

لكن في محكي التذكرة: أنه إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أجبر عليهما في الصورة الثانية، وإن تضرر الممتنع لم يجبر^(٣) .

وفي الدروس: «ومتى تطرّق ضرر عليهما أو على أحدهما وطلبه الآخر فهي قسمة تراض، وإلا فهي قسمة إجبار، ولو طلبها المتضرر أجبر الآخر . وكذا يجوز قسمة عرصته قبل البناء»^(٤) .

قلت: هذا خلاصة ما في القواعد وجامع المقاصد والدروس^(٥) .

لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمة: القرعة، بمعنى عدم الإيجاب عليها مع عدم إمكانها .

كما أنه قد يتوقف في اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به؛ إذ يمكن حينئذ الرجوع إليها والأخذ في المقام وإن وقعت في

الوجه الخارج عنه، إلا أنه يمكن التبدل بالمعاوضة والإجارة ونحوها .

ولتحقيق ذلك - وتحقيق وجوب الإجابة إلى القسمة مطلقاً على وجه يجبر الممتنع منها - محل آخر يأتي إن شاء الله .

(٣) التذكرة ١٦: ٦٦، وفيه: «عليها» بدل «عليهما» .

(٥) جامع المقاصد ٥: ٤٢٤ .

(١)(٢) القواعد ٢: ١٧٥ .

(٤) الدروس ٣: ٣٤٥ .

ولو ملكا دارين متلاصقين مثلاً فليس لأحدهما مطالبة الآخر برفع جذوعه عنه .
ولا منعه من التحديد لو اتهدم السقف إذا لم يعلما على أي وجه وضع ؛ لجواز كونه بعوض [١] .
فالمتجه حينئذ في [مفروض المسألة] [٢] وجوب الإبقاء .
أما لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر في الاستحقاق وعدمه ولم يكن ثم استناد إلى يد ونحوه
فالمتجه كون اليمين على منكر الاستحقاق [٣] .
[تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت] :

المسألة (الخامسة : إذا تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت) الحاملة للعلو [فهل القول قول صاحب
البيت والغرفة مع يمينه] (ف) [المختار] [٤] أن (القول قول صاحب البيت مع يمينه ، ولو كان في جدران الغرفة

[١] وعن الخلاف نفي الخلاف فيه ^(١) .

كما نصّ على ذلك كله في الدروس ، ثم قال : « نعم لو ادّعى أحدهما الاستحقاق ونفاه الآخر جزماً احتمل حلف
المنكر ، وعليه الفاضل .

وظاهر الشيخ أن على مدّعي العارية البيّنة ، واليمين على الآخر » ^(٢) .

قلت : لكن في القواعد : « لو وجد بناء أو خشبته أو مجرى ماء في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم
قول صاحب الأرض والجدار في عدم الاستحقاق » ^(٣) . و وافقه عليه في جامع المقاصد ^(٤) :

١ - لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير .

٢ - ولأنّ اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع .

والوضع أعمّ من الاستحقاق ، وغايته أن يكون بحق ، وهو أعمّ من العارية التي يجوز فيها الرجوع .

وفيه : أن الأصل في تصرف المسلم ويده أن يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه .

[٢] [ك] كما فرضه في الدروس ^(٥) .

[٣] وما عن الشيخ ^(٦) من كون البيّنة على مدّعي العارية واليمين على الآخر يمكن تنزيله على ذي اليد ونحوه .

كما أن ما في القواعد وجامع المقاصد ^(٧) إن كان المراد به ما فرضه أولاً في الدروس ^(٨) فقيه ما عرفت .

وإن كان المراد به ما ذكره بقوله [= الشهيد] : « نعم » أي الاختلاف في الاستحقاق وعدمه [فهو متّجه ، وإن كان هو غير

ظاهر من أوّل العبارة ، ولكن الأمر سهل بعد وضوح الحال ، والله العالم .

[٤] [وهو] المشهور كما في المسالك ^(٩) .

(١) لم نعر عليه فيه ولا الحاكي عنه و وجدناه في المبسوط ٢ : ٢٩٨ .

(٢) الدروس ٣ : ٣٤٦ .

(٣) القواعد ٢ : ١٧٦ .

(٤) جامع المقاصد ٥ : ٤٣٢ .

(٥) الدروس ٣ : ٣٤٦ .

(٦) استظهره في الدروس ٣ : ٣٤٦ . انظر المبسوط ٢ : ٢٩٥ .

(٧) القواعد ٢ : ١٧٦ . جامع المقاصد ٥ : ٤٣٢ .

(٨) الدروس ٣ : ٣٤٦ .

(٩) المسالك ٤ : ٢٩٢ .

فالقول قول صاحبها مع يمينه [١].

(ولو تنازعا في السقف قيل) [٢] (إن حلفا قضى به لهما) وكذا إن نکلا، ولأختص بالخالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في الجدار وشبهه الذي يدهما معاً عليه [٣] (وقيل) [٤]: (لصاحب العلو) [٥].

[١] قيل: «ويعضده أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها، فيحكم بهما لصاحب الجملة»^(١). بل في جامع المقاصد^(٢) جعل ذلك دليل المسألة. وفيه: أنه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ما عدا محل النزاع منها، ولأنه لم يكن ثم وجه للمخاصمة كي تتوجه البيئة على أحدهما واليمين على الآخر. فلا دليل حينئذ للحكم المزبور إلا دعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادّعاء، فيكون القول قوله مع يمينه. نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفلى على جدار بيته، مع فرض تصرف صاحب العلو به وبالبنا عليه. وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفلى به باتصاله بالعالي بملكه، على وجه هو كالجاء منه، وبالاتكان تحت السقف المعلق عليه. والتصرف في الجدار إنما هو بالتصرف في بعض أجزائه؛ لأنه شيء واحد عرفاً. وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيدي من «أن جدار البيت بينهما؛ لأن حاجتهما إليه واحدة، بخلاف جدران الغرفة؛ إذ لا تعلق لأصحاب البيت به، إلا كونه موضوعاً على ملكه»^(٣) وإن ارتضاه في المختلف^(٤). بل في المسالك: «هو قول جيد»^(٥) إلا أنك عرفت قوة اشتراك الجميع في اليد من كل منهما. اللهم إلا أن يدعى استقلال اليد عرفاً منهما على كل منهما، خصوصاً في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيدي كالسقف الأعلى. وأن ما ذكرناه ليس من الأمانة على اشتراك اليد في العادة، فيتجه حينئذ قول المشهور.

[٢] والقائل الشيخ^(٦) فيما حكى عنه.

[٣] وقواه في الدروس قال: «وفي المبسوط: يقسم بعد التحالف، والقرعة أحوط وتردد في الخلاف بين القرعة والتحالف»^(٧).

[٤] والقائل ابنا الجنيدي وإدريس^(٨).

[٥] ومال إليه في المسالك^(٩) بل اختاره في جامع المقاصد^(١٠). بل عن الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه^(١١): ١ - لأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل؛ لأنه أرضها والبيت قد يكون بغير سقف. وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها. ٢ - ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى. وإن كان هما معاً كما ترى. نعم قد يقال: إن اليد مختصة به دون الأسفل؛ لأن سكونه تحته ليس بدأ عليه. وإن كان هو محلاً للنظر أيضاً باعتبار صدق التصرف به بالتصرف في البيت الذي هو من أجزائه. بل فيما تسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به، باعتبار أن الغرفة على البيت، فلا يتحقق إلا بعده، والبيت لا يتم إلا بالسقف. وإن كان هو واضح الضعف أيضاً.

(١) (٥) المسالك ٤: ٢٩٢، وفيه: «بها» بدل «بهما».

(٢) (١٠) (٢) جامع المقاصد ٥: ٤٥١، ٤٥٢.

(٣) (٤) المختلف ٦: ٢٢٦.

(٣) نقله في المسالك ٤: ٢٩٢.

(٨) (٨) نقله عن ابن الجنيدي في المختلف ٦: ٢٢١. انظر السرائر ٢: ٦٧.

(٦) (٧) المبسوط ٢: ٣٠٠، الدروس ٣: ٣٥٠.

(٩) المسالك ٤: ٢٩٣.

(١١) نسبة في المسالك ٤: ٢٩٢. انظر التحرير ٤: ٥١٠. المختلف ٦: ٢٢١. نفى عنه البأس في التذكرة ١٦: ١٠٨.

فالأقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدم [في الجدار] (وقيل) (١): [يقرع بينهما، وهو حسن] عند المصنّف [٢]. [هذا كله في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، وأمّا ما لا يمكن] فينتج فيه التحالف على نحو المذكور [الذي تقدم، وهو إن حلفا قضى به لهما وكذا إن نكلا، وإلا اختص بالتحالف منهما].

[حكم ما لو خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار]:

المسألة (السادسة): إذا خرجت أغصان شجرة (أو عروقتها (إلى ملك الجار وجب) وثبت له استحقاق (عطفها) مثلاً على مالكها (إن أمكن، وإلا قطعت من حدّ ملكه).

(وإن امتنع صاحبها) من ذلك عطفها أو قطعها الجار، ولا يتوقّف على إذن الحاكم) في تفريغ ملكه عمّا

[١] والقاتل الشيخ كما في المسالك^(١).

[٢] «لأنّها لكل أمر مشتبّه»^(٢).

وفيه: أنّه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما. وفي المسالك: «وربما منع الاشتباه هنا؛ لأنّ رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم»^(٣) هذا.

وفي القواعد: «أمّا السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفّل لاتصاله ببنائه، وإن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل - التسوية؛ لأنّه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفّل - واختصاص الأوّل [ويحتمل اختصاص الثاني]»^(٤).

وتبعه على ذلك في الدروس قال: «ولو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجاً ترصيفاً حلف صاحب البيت لاتصاله به»^(٥).

وكذا في جامع المقاصد والمسالك^(٦) قال في الأخير منهما: «وموضع الخلاف السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت.

أمّا ما لا يمكن كالأزج الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد، فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار، وهو دخول آلات البناء من كلّ منهما في الآخر، فإنّ ذلك دليل على أنّه لصاحب السفّل، فيقدم قوله بيمينه».

قلت: قد يناقش بأنّ ذلك لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرّف فيه أيضاً الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره، وحينئذ يكون يد كلّ منهما عليه.

(١) المسالك ٤: ٢٩٣، انظر المبسوط ٢: ٣٠٠، الخلاف ٣: ٢٩٨.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٦٠، ب ١٣ من كيفية الحكم، ح ١١، وفيه: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

(٣) المسالك ٤: ٢٩٣.

(٤) القواعد ٢: ١٧٩.

(٥) الدروس ٣: ٣٥١.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٤٥١، المسالك ٤: ٢٩٣.

لا يستحق بقاؤه عليه ، فضلاً عما يكون بقاؤه عدواناً [١] .

وربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم وعدمه ، فلا يحتاج إلى الإذن في الأول دون الثاني [٢] .

نعم مع إمكان العطف لا يجوز له القطع ، فلو فعله كان ضامناً .

لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف ؟ وجهان [٣] . ولعل الأقوى الأول .

كما أنه يقوى وجوب الأجرة له مع امتناع المالك ، وإن لم يستأذن الحاكم إذا لم ينو التبرع .

ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع تفريطه ضمن أجرة الأرض والهواء [٤] .

بل لعله كذلك مع صدق استبقاء المنفعة وإن لم يكن ثم تفريط ، ولذا [قبل] [٥] بأنه ليس لمالك الأرض

إيقاد النار تحت الأغصان لتحرق حيث يجوز القطع ؛ لأنه أشدّ ضرراً .

فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه ، وهو كذلك .

[١] قاعدة « قبح التصرف في مال الغير » لا تأتي في دفع الظلم أو الضرر عنه ، خصوصاً مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم وغيره .

ولذا صرح في محكي التحرير بالوجوب والإجبار مع الامتناع^(١) ، وجعله المختار في جامع المقاصد^(٢) .

بل قد يظهر من إطلاق المحكي عن التحرير^(٣) : أن للمالك الإزالة من دون استئذان المالك [أي مالك الشجرة] ،

كما لو دخلت بهيمة إلى داره أو زرعه .

بل صرح به في جامع المقاصد^(٤) :

١ - لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له ، وتوقفه على إذن الغير ضرر .

٢ - ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع الامتناع ؛ لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ، وغير

إذن من يقوم مقامه مع التمكن .

وحينئذٍ فما يظهر من المتن والدروس ومحكي التذكرة^(٥) من اعتبار إذنه [= المالك الشجرة] لا يخلو من نظر .

[٢] مراعاة للجمع بين القواعد جميعها وعلى كلّ حال فما عن التذكرة من أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها ، وإن

جاز لمالك الأرض ؛ لأنه من غير فعله ، ويلزمه عدم الإجبار عليه^(٦) مخالف للقواعد الشرعية .

[٣] كما في المسالك^(٧) من التعدي بالقطع فيضمن ، ومن أن العطف حق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً .

[٤] كما صرح به غير واحد .

[٥] [كما] صرح غير واحد أيضاً .

(٢) (٤) جامع المقاصد ٥ : ٤٤٤ .

(١) التحرير ٤ : ٥١٤ .

(٥) انظر الدروس ٣ : ٣٤٨ . التذكرة ١٦ : ٩١ ، ١٢٣ .

(٣) انظر التحرير ٤ : ٥١٤ .

(٧) المسالك ٤ : ٢٩٤ .

(٦) حكاة في المسالك ٤ : ٢٩٤ . انظر التذكرة ١٦ : ٩١ .

نعم قد يقال: إن له إيقاد النار لمصالحه، كالتنوير ونحوه وإن أدى ذلك إلى تلف الأغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلاً أو القطع [١]. وفي حكم الشجرة الجدار المائل إلى ملك الغير.

(و) كيف كان فـ (لو صالحه على إبقائه) أي الغصن مثلاً (في الهواء لم يصح على تردّد) [٢].

لكن لا ريب في أن الأقوى الثاني [أي صحّة الصلح على ذلك] كما عرفته في نظائره [٣].

(أمّا لو صالحه على طرحه على الحائط جاز) [٤] (مع تقدير) المدة (و) الزيادة أو انتهائها).

بل قد عرفت جوازه في نظير المسألة مع التصريح بالتأييد.

بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير الزيادة ولا انتهائها؛ لتحمل الصلح من الجهالة ما لا يتحمّله غيره [٥].

[حكم ما لو كان لإنسان بيوت الخان السفلى وآخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة]:

المسألة (السابعة): إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى وآخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضى بها لصاحب

العلو مع يمينه) من حيث كونه صاحب سفلى وعلو [٦].

[١] لعموم «تسلّط الناس»^(١)، ولأنّ إهماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي إلى تلف مال الغير، فتأمّل.

[٢] ينشأ من عدم جواز إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع، ومن كونه عقداً مستقلاً مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء، بل هو صلح عن منفعة قائم مقام الإجارة.

[٣] خلافاً للمحكي عن الشيخ^(٢).

[٤] بلا خلاف.

[٥] خلافاً لجماعة، فاعتبروا في جوازه الأمرين جميعاً. بل في الدروس^(٣) وغيرها التصريح بعدم جواز التأييد، والله العالم.

[٦] لاستقلال يد اختصاصه بالتصرّف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في الأرض المحكوم بها أيضاً لصاحب السفلى باعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على محلّها. ويد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها، كما هو واضح. نعم في المسالك: «هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أمّا لو اتّفقا على أنّ الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل فيجري فيها الخلاف السابق [في السقف]»^(٤).

وفي الدروس: «ولو تنازعا في المرقى ومحلّه فهو للأعلى، وفي الخزانة تحتها بينهما. ولو اتّفقا على أنّ الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، فيقضى بها بينهما، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه تحتها، ثمّ إذا ثبت الدرجة للأعلى فهو ذو يد في الأُس»^(٥).

قلت: قد يرجّح صاحب السفلى [في دعوى الخزانة] بأنّها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها؛ لتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرقاً بالأعلى. ومن ذلك يظهر لك ما في قول المصنّف: [ولو كان...].

الصلح / حكم ما لو كان لإنسان بيوت الخان السفلى ولآخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة ٥٤١

[هذا مع الاختلاف في الخزانة ، ولو اتفقا في الخزانة تحت الدرجة فقد يربح قول صاحب السفلى بأنها من بيوته]. [وقال المصنف] (ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها^(١) سواء) [١] .

ولكن يقوى كونها [= الدرجة] كالسقف حيث يكون خزانة ، وقد عرفت أن يدهما معاً عليه ، بخلاف الأرض والجدران [٢] .

(ولو تداعيا الصحن) الذي وضعت المرقاة في صدره أي نهايته في السعة ، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب (قضي منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما) مع التحالف والنكول .

[١] والفاضل في القواعد : « يقضى بالدرجة لصاحب العلو ويتساويان في الخزانة تحتها »^(٢) إلى آخره ، فيقضى بها بينهما بعد التحالف والنكول ؛ لأن لكل واحد منهما شاهداً يملكها ، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو تقضي بأن مكانها كذلك ؛ إذ الهواء كالقرار . كما أن يد الاختصاص للأسفل تقضي بأن الهواء له أيضاً ؛ لأنه تابع للقرار ؛ لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفاً بها لذي السفلى المفروض كون البيوت له التي هي من جملتها في الحقيقة . بل لعل كلامهم فيما تقدّم - في تقديم صاحب السفلى لو كان النزاع في الجدار الأسفل - شاهد على ذلك . وكأنّه مال إليه في الحقائق^(٣) . وفي محكي التذكرة^(٤) احتمال ، واحتمال الاختصاص بذوي العلو . ولا ريب في ضعفه .

نعم قد يؤيد الأول بظهور التفاوت بين خزانة الدرج وغيرها من البيوت ، باعتبار كونها كالتابع له ، وصاحب اليد عليه ذو يد عليها أيضاً . ومن ذلك مع تصرف صاحب الأسفل حكم المصنف وغيره بالتسوية بينهما [= بين صاحب السفلى وصاحب العلو] ، بخلاف بيوت الأسفل . بل هي غير التداعي بين صاحب الغرفة وبين من تحتها فتأمل جيداً ، فإنه لا يخلو من مصادرة . اللهم إلا أن يفرض اختلاف الهيئات في ذلك عرفاً ، هذا .

وقد يشكل كون الدرجة للعالي وكونهما سواء في دعوى الخزانة ، والفرض أن الدرجة من أجزائها . واحتمال كون المراد تسويتها فيما عداها - بقرينة ذكرهم الدرجة للعالي أولاً - يدفعها : احتمال كون المراد بالأول : حيث لا تكون خزانة . ثم إن المتجه للمصنف [القائل بتساويهما في الخزانة] استحسان القرعة لو تنازعا في سقفها كما ذكره في سقف البيت ، ولعلّه لذا في اللمعة اختار القرعة في الاختلاف في الخزانة كما اختارها في الاختلاف في سقف البيت^(٥) . وبالجمله كلامهم لا يخلو من تشويش . وقد يحتمل كون الدرجة للأعلى وإن كان سقفاً ، والباقي للأسفل .

[٢] وفي الروضة : ما في اللمعة في القرعة في الخزانة لما ذكره في السقف . ثم قال : « ويشكل أيضاً الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة ؛ لأنه إذا قضي بالخزانة لهما ، أو حكم بها للأسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل لعين ما ذكر ، خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده ، فينبغي أن يجري فيها الخلاف ومرجح »^(٦) إلى آخره . وربما كان فيه منافاة في الجملة ؛ لما سمعته في المسالك ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

(١) في الشرائع المحقق : «دعواهما» .

(٢) القواعد ٢ : ١٧٩ .

(٣) الحدائق ٢١ : ١٤٢ .

(٤) التذكرة ١٦ : ١١٢ .

(٥) اللمعة : ١٤٢ .

(٦) الروضة ٤ : ١٩٠ - ١٩١ .

(وما يخرج^(١) عنه لصاحب السفل) [١]، ويشاركه فيه للتصرف أيضاً صاحب السفل، ويختصّ بغيره [٢].
(تتمّة):

[حكم ما لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها]:

(إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضي للراكب مع يمينه) [٣] (وقيل) [٤]: (هما سواء في الدعوى) [٥].

(و) لكن قد يقال: إنّ (الأول أقوى) [٦].

(أمّا لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء) [٧]. (وكذا لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب) مع

[١] لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك في ملك مقدار الممرّ.

[٢] لكن في الدروس: «وربما أمكن الاشتراك في العرصة؛ لأنّ صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خطّ مستوٍ، ولا يمنع من وضع شيء فيها، ولا من الجلوس قليلاً»^(٢). وفيه: أنّ مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضي اليد على تمام العرصة، كما هو واضح. ثم قال: «ولو كان مراقبة في دهليزة فالأقرب أن لا مشاركة للأسفل للعرصة. إلّا أن نقول في السكّة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع. ويؤيده أنّ العرصة يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل. ولو كان المراقبة في ظهره فاختصاص صاحب السفل بالعرصة أظهر»^(٣). وفيه أيضاً: أنّ اشتراك الفضلة بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يد عليها - ولا ترجيح، بل قد يرفع الجميع بها - لا يقتضي الحكم بالاشتراك في الغرض بعد أن لم يكن لذي العلو تصرف في العرصة. والإحاطة بمجردها ليست تصرفاً. والحكم بها للأسفل للتصرف، وظهور كونه داراً لبيوته، لا للإحاطة. ولذا جزم في الروضة^(٤) في الغرض بكون العرصة للأسفل، كما أنّه جزم في الأخير بأنّها مع الدهليز للأخير، والله العالم.

[٣] وفاقاً للمحكي عن المبسوط^(٥)؛ لظهور يد الاختصاص له عرفاً.

[٤] والقائل الشيخ أيضاً في محكي الخلاف^(٦) وابن إدريس في محكي السرائر^(٧).

[٥] لثبوت يد كلّ منهما عليها. وزيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً. وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته. ولذا كان ذلك خيرة ثاني المحققين والشهيد^(٨).

[٦] لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له، خصوصاً مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم، كتنازع لابس الثوب وممسكه ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها، وغير ذلك.

[٧] لعدم اقتضاء الأثرية عرفاً الاختصاص. وما وقع من بعضهم^(٩) من أنّه كمسألة الراكب والقابض، باعتبار أنّ كلّاً منهما زيادة تصرف لم يثبت كونه مرجحاً كما ترى.

(١) في الشرائع: «خرج».

(٢) (٣) الدروس ٣: ٣٥١.

(٤) الروضة ٤: ١٩٠.

(٦) الخلاف ٣: ٢٩٦.

(٨) جامع المقاصد ٥: ٤٤٠، المسالك ٤: ٢٩٧.

(٥) المبسوط ٢: ٢٩٦-٢٩٧.

(٧) السرائر ٢: ٦٧.

(٩) انظر المسالك ٤: ٢٩٧.

فرض ثبوت يدهما عليه [١].

ومن هنا يعلم أنه لو فرض أن لأحدهما خاصة عليه يد والآخر له ثياب عليه فالقول حينئذ قول صاحب اليد ، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصة عليه يد إلا الثياب لأحدهما يكون بينهما أيضاً [٢].

(أما لو تداعيا جملاً ولأحدهما عليه حمل) وليس للآخر عليه يد (كان الترجيح لدعواه) قطعاً [٣].

بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يدأ عليه بقبض الزمام [٤] فضلاً عما لو كانا معاً قابضين ، ولأحدهما خاصة الجمل [٥].

(ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها إلى غرفة الآخر ، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت) قطعاً [٦].

نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفاً فيها بسكنى وغيره أمكن تقديمه حينئذ على صاحب البيت ، باعتبار أن يده حينئذ فعلية ويد صاحب البيت تبعية ، والفعلية أقوى وأولى [٧].

[١] لأنه لا مدخلية لزيادة الملك ، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكةا أو بالعارية ، فهي حينئذ ليست بدأ عرفاً .

[٢] لما عرفت من عدم كون الثياب يبدأ لصاحبها .

[٣] ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال^(١) به .

[٤] باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل كالراكب والقابض .

[٥] وعن الدروس : أنه جعل حكم الراكب ولايس الثوب وذو الحمل سواء^(٢) .

وفي المسالك : « هو كذلك »^(٣) أي في اتحاد الحكم فيها أجمع ، وإن كان هو عنده الاشتراك وعند غيره الاختصاص ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

[٦] لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد بدأ عرفاً .

[٧] مع أنه في المسالك احتمل التساوي أيضاً ، قال : « لثبوت اليد من الجانبين في الجملة ، وعدم تأثير قوة اليد كما سلف »^(٤) . وفي قواعد الفاضل ومع التصرف إشكال^(٥) . وإن كان لا يخفى عليك ما فيه .

نعم قد يشكل ذلك بمنافاته للحكم بشركة الخزانة تحت الدرج ، مع أن يد صاحبه عليها تبعية ويد المتصرف بها فعلية ، فلنقدم حينئذ عليها كما ذكرناه سابقاً .

إذاً لا فرق في التبعية بين أن يكون منشؤها لحوق السفل بالعلو أو بالعكس ، فإن من ملك قراراً ملك هواء ، ومن ملك شيئاً ولو هواء ملك قراره ، والدرج كذلك ، والله العالم .

(١) كذا في النسخ والظاهر : « الاستيلاء » .

(٢) الدروس ٣ : ٣٥٢ .

(٣) المسالك ٤ : ٢٩٨ .

(٤) المسالك ٤ : ٢٩٨ .

(٥) القواعد ٢ : ١٧٧ .

(كتاب الشركة)

[الشركة] بكسر الشين مع إسكان الراء ويفتحها مع كسرهما ، بل واسكانها .

(والنظر) فيه يقع (في فصول :

أقسامه]:

(الأول: في أقسامها)

ولكن ينبغي أن يعلم أولاً أنَّ ماهية (الشركة) لغة [١] الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورة .

وشرعاً (اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع) ، فالأول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع

مع التمييز في مكان واحد ، والثاني بمنزلة الفصل .

ف[الظاهر هو] [٢] الواحد بالشخص ، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف .

وحينئذٍ فلا شركة مع تعدد الشخص .

نعم المراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وإن تعدد [٣] .

[١] على ما قيل^(١) .

[٢] [حيث] إن المنساق منه [ذلك] .

[٣] لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد .

وفي جامع المقاصد والمسالك : أنَّ قيد «الشيع» لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من

أجزاء متعددة - كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث - فإنه لا شركة لعدم الشيع ، وإن صدق

اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد^(٢) .

وفيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ؛ إذ هو مجموع أشخاص .

وعن الشهيد في المحكي عن حواشيه : أنه لإخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص على البدل - كمستحق

الزكاة والخمس والمجتمعين على مسجد أو على معدن أو مباح يتعدر فيه الاجتماع - فإن ذلك اجتماع لا على سبيل

الشيع .

قال : « فإن قيل : يخرج هذه بقوله : « الملاك » ، قلنا : الملك المراد به الاستحقاق ، حذراً من المجاز والاختراك »^(٣) .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٧ - ٨ . المسالك ٤ : ٣٠٢ .

(١) لم نثر عليه .

(٣) نقله في جامع المقاصد ٨ : ٧ .

وأشكله في جامع المقاصد بأن الملك أخَصَّ من الاستحقاق مطلقاً، فلو حمل على معناه الخاص المتعارف لخرجت هذه الأقسام بالقيد المذكور، وخرج بقيد «الشياع» ما تقدّم سابقاً - إلى أن قال: - «وفي التعريف نظراً لانتفاضة بالشركة في القصاص وحدّ القذف والخيار والرهن والشفعة ونحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقي، فلا مالك حقيقة، وقد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة»^(١).

وكأنه تصدى إلى دفع جميع ذلك في المسالك فقال: «ويمكن أن يكون إنما حاول بحمل «الملك» على الاستحقاق الذي هو أعمّ منه إدخال الشركة في الخيار ونحوه ممّا لا ملك فيه، فإنه محض استحقاق، فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض التعريف في عكسه إن أُريد به المعنى الخاص. ولو جعل مشتركاً بينه وبين الاستحقاق أو مجازاً في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز، فحمّله على معنى الاستحقاق العام يدخل الأقسام، ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر. لكن يبقى فيه: أن إطلاق الخاص وإرادة العام مجاز غير شائع يجب صون التعريف عن مثله ...»

وقد يجاب عنه بأن إطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحدّ ونحوه.

أو أنه مجاز شائع وإن كان مطلق إطلاق الخاص على العام ليس شائعاً. والعبرة في رخصة التعريف إنما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله، لا بنوع ذلك الفرد، وهذا هو الظاهر هنا. وينتبه عليه أنّ المصنّف [بعده] بلا فصل ذكر حكم الاشتراك في الحقّ المذكور، فليس بغافل عن دخوله في التعريف.

وحينئذٍ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته قريبة، أو المشترك اشتراكاً معنوياً إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقة، والاشتراك المعنوي لا يضرّ دخوله في التعريف. ولو أبدل الملك في التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كلّهُ»^(٢).

قلت: ولعلّه لذا عرّفها [= الشركة] في الإيساد شرح الارشاد من كتب العامة: بأنها ثبوت الحق في الشيء الواحد لمتعدد^(٣). ولكن قد يقال: بعد الإغضاء عمّا في قوله: «ينبغي... إلى آخره» إنّ الشركة في الحقوق وإن دخلت في التعريف ولو على إرادة الاستحقاق من «الملك»، لكن قد ينافي ذلك قيد الشياع فيه، فإنه لا شياع في استحقاق كلّ منهما الثابت له، فلا محيص حينئذٍ عن اختصاص التعريف بشركة المال، أو ارتكاب التجوّز في الإشاعة على وجه يشمل ذلك.

ثمّ إنّه لا ريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس، والمسلمين الأرض المفتوحة عنوة، إلّا أنّه ملك جنس لا تعدّد فيه، كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك، والأفراد من حيث الشخص لا ملك لأحد منها.

كما أنّ الأشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حدّ سواء، بمعنى أنّ لكلّ واحد حيازتها، والسابق منهم أحقّ من غيره، ومع تعدّد السابق يقرع. وكذا المسجد والوقف العام، وإن كان ربّما يفرّق بينهما.

إلا أنه على كل حال لا شركة فيها من حيث الملك ولا من حيث الحق على سبيل الشركة في الأموال والحقوق، والأمر في هذا كله سهل.

إنما الكلام في ملك الكتي في الصبرة مثلاً كالصاع منها، وكمكك مئة في الثلث بالوصية ونحو ذلك، بناءً على عدم تنزيله على الإشاعة مما لا إشكال في صدق الشركة معه، ولا إشاعة.

اللهم إلا أن يرد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث والربع ونحوهما.

وكيف كان ففي المسالك تبعاً لجامع المقاصد: أن للشركة معنيين، بل في أولهما شرعيين: أحدهما: ما ذكره المصنف، ولكنه معنى من المعاني دخوله في باب الأحكام أولى؛ ضرورة حصول الاجتماع المزبور بعقد وغيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بالمعنى المزبور به. وثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيع فيه، ولا يدخل فيه المستحقون للارث ونحوه. وهذا هو المعنى الذي به تدرج الشركة في جملة العقود، ويلحقها الحكم بالصحة والبطالان. وإليه يشير المصنف فيما بعد بقوله: قيل: تبطل الشركة أعني الشرط والتصرف، وقيل: يصح. ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره؛ لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتيهما وأحكامهما^(١).

وفي القواعد^(٢) وغيرها كفاية قول: «اشتركتنا» في العقد المزبور.

لكن في الحدائق: لا يخفى على من تأمل الأخبار عدم معنى للشركة إلا الأول الذي ذكره المصنف والفاضل والشهيد في اللعة، وأما المعنى الثاني فلا يشمله رائحة منها إلى أن قال بعد أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز: «لا عقد هنا بالكلية، ولا عاقد، وإنما الشركة اجتماع الأموال على الوجه المذكور، فلا معنى لوصفه بالجواز. نعم البقاء على حكمها أمر جائز، بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركة، بل يجوز رفعها وأخذ حصته، وبعد هذا الاجتماع لا يصح لأحد الشركاء التصرف فيها إلا بإذن الباقيين»^(٣) المدلول عليها باللفظ الصريح، أو الظاهر أو غيره من القرائن كثير المقام مما يعتبر فيه الإذن.

قلت: قد يؤيد ذلك أيضاً ظاهر كلام المصنف واللعة^(٤) وغيرهما مما لم يتعرض فيها لكونها عقداً.

بل في جامع المقاصد^(٥) عن فخر المحققين وأول الشهيدين تنزيل قول الفاضل: «وقيل: تبطل، إلا أن يشترط الزيادة للعامل»^(٦) على إرادة بطلان الإذن، لا عقد الشركة. ورد ذلك كله في الرياض تبعاً لجامع المقاصد وغيره بالإجماع^(٧). وبأن الأصل حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه.

(١) المسالك ٤: ٣٠١. جامع المقاصد ٨: ٨.

(٢) القواعد ٢: ٣٢٦، ٣٢٧.

(٣) الحدائق ٢١: ١٤٨-١٤٩.

(٤) اللعة ١٤٣.

(٥) جامع المقاصد ٨: ٢٧.

(٧) الرياض ٦١: ٨: ٢٧.

[ويصح إطلاق العقد على الشركة].

فيقتصر فيها على القدر المتيقن، وهو ما دلّ عليها صريحاً من الجانبين كما تبه عليه في التذكرة^(١)، وعليه يصح إطلاق العقد عليه. وأمّا الاكتفاء فيها بمجرّد القرائن الدالة عليها والألفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه.

وعلى فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالة عليه أصلاً، فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للأوّل أيضاً؛ لحصول الأوّل بامتزاج المالين قهراً من دون رضا المتشاركين، وهو غير الامتزاج مع الرضا به.

وبالتصرّف في المالين مطلقاً أو مقيداً على حسب ما يشترطانه فانكاره [= عقد الشركة] رأساً فاسد جداً.

ولا ينافي التنافير دخول الثاني في الأوّل دخول الخاصّ في العامّ، فإنّه من أفرادهِ؛ لمغايرتهما في الجملة قطعاً، وهو كافٍ في إفراد الخاصّ عن العامّ في الإطلاق إلى غير ذلك من الكلمات، خصوصاً التذكرة^(٢)، وخصوصاً ما في بعض^(٣) كتب العامة، إلّا أنّها جميعها من غرائب الكلام. أمّا ما في الحدائق^(٤) من إنكار عقد الشركة رأساً فهو واضح الفساد. بل يمكن دعوى إجماع الخاصّة والعامة على خلافه. كما أنّ دعوى كون عقدها ما دلّ على جواز التصرف من كلّ منهما أو من أحدهما واضح الفساد أيضاً؛ ضرورة عدم مدخلة ذلك في الشركة بوجه من الوجوه، بل هو داخل في قسم الوكالة.

وقد اعترف به في التذكرة، قال فيها: «الشركة قد تقع بالاختيار، وقد تقع بالإجبار. وكلامنا في الأوّل، وهي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ، فلو امتزج المالان برضاها حصل الشركة الاختيارية، وإن لم يكن هنا لفظ. وأمّا التصرف فالإذن فيه والمنع منه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة»^(٥).

ومن ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه وكلام غيره أيضاً. وكأنّ السبب الذي أوقعهم في الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري، فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذٍ؛ ضرورة حصولها بالمزج المزبور، المفيد لذلك مع القهر، وعدم القصد به إليها، فضلاً عن قصدت به اختياراً، فلم يكن حينئذٍ معنى لعقدها إلّا جواز التصرف، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجارة المبنية على العمل من الشريكين، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها، وفيمن ينبغي أن يشارك وأن لا يشارك، وغير ذلك من أحكامها.

ولعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول: «اشتركنا» باعتبار امتناع أن يراد بانشائه حصولها بدون مزج، ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ. فتعيّن أن يكون معناه جواز التصرف، وإلّا لم يكن له معنى أصلاً، كما صرح بذلك في جامع المقاصد^(٦).

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما في ذلك؛ إذ لا دلالة في قول: «اشتركنا» على الإذن بوجه من الوجوه، كما أنّه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد.

وليس من مقومات الشركة حصولها؛ إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً لغرض من الأغراض.

(٢) انظر التذكرة ١٦: ٣٢٦-٣٢٧.

(١) التذكرة ١٦: ٣٢٦.

(٤) الحدائق ٢١: ١٤٩.

(٣) انظر روضة الواعظين ٤: ٢٧٥-٢٧٦.

(٦) جامع المقاصد ٨: ١٥.

(٥) التذكرة ١٦: ٣٢٦-٣٢٧.

فالتحقيق أن يقال حينئذٍ [١]: إن قول: «اشتركنا» لإنشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالين بينهما على الإشاعة، إلا أنه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده إن لم يكن.

فهو حينئذٍ شرط كاشف أو ناقل نحو القبض في الوقف، أو أنه جزء السبب.

ومتى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحققت [الشركة] وكانت كالمعاطاة بناءً على جريانها فيها، وإن كان التحقيق خلافه، سيما مع عدم فرق حينئذٍ بينها وبين العقد إلا على احتمال الكشف.

أما المزج القهري والمجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الأمر، وإنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال. إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدم نظائره.

فالفرق حينئذٍ بين المزج القهري والمزج الإنشائي هو ما ذكرناه [من أن الأول لا يوجب الشركة واقعاً بل يفيد الشركة ظاهراً، بخلاف الثاني فإنه يفيد واقعاً]. فله حينئذٍ [في المزج القهري] إيقاع عقد الشركة بعد وقوعه كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعاً [٢].

[١] بعد الإجماع على كونها عقداً.

[٢] بل لو سلم إضافة المزج القهري الملك في الواقع على نحو المزج الاختياري - كما هو ظاهر كلمات الأصحاب - أمكن أن يقال حينئذٍ: إنه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلاً إذا جاء به لإتمام عقد الشركة مثلاً.

بل و[لا مانع] من صيرورته سبباً تاماً في ذلك إذا قصد الإنشاء به في المعاطاة.

و[لا مانع] من اتفاق حصول الشركة به قهراً، فإنه لا تنافي حينئذٍ بينهما، ويكفي في العقد تحققه به لا أنه لا تقع الشركة بغيره. لكن الإنصاف عدم خلوّ ذلك من نظر بل منع.

وعلى كل حال بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش والاضطراب، خصوصاً التذكرة وجامع المقاصد والمسالك، والرياض وغيرها التي لا يخفى عليك حالها بعد الإحاطة بما ذكرناه [من التحقيق].

فضلاً عما يظهر من المحكي عن ابن الجنيدي في المختلف من تحقق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج، قال: «لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه، وإن كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعاً»^(١).

وهو كماترى، ومن هنا قال في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه: «والأجود أن لا شركة إلا بالامتزاج، والتلف قبله من صاحبه»^(٢).

ومراده في محل الفرض [وهو عدم تحقق الشركة مع الافتراق]، فتأمل.

وربما يجيء لذلك أيضاً زيادة تحقيق في مطاوي البحث.

(ثمّ) المال (المشترك قد يكون عيناً) كما هو ظاهر، (وقد يكون منفعة) بالإجارة والحبس والسكنى [١].
 (وقد يكون حقاً) كالخيار والشفعة المورثين مثلاً والقصاص وغيرها [فيكون ذلك مشتركاً بين الوارثين].
 (و) أمّا (سبب الشركة) في الثلاثة [وهي المال والمنفعة والحق]، فـ (قد يكون إرثاً) كما إذا ورثنا مالاً أو منفعة أو حقاً.

(وقد يكون عقداً) في الثلاثة أيضاً، كما لو اشترينا داراً أو استأجرناها أو صالحنا عن حقّ تحجير مثلاً. (وقد يكون مزجاً) في العين، كما هو واضح، بل والمنفعة فيما لو فرض استئجارهما دراهم للتزوين مثلاً، بناءً على جوازه لكلّ دراهم مخصوصة، ثمّ مزجها بإرادة الاشتراك في المنفعة فيتحقق حينئذٍ اشتراكهما في المنفعة. وقد يشكل ذلك [٢]. (وقد يكون حيازة) [٣].

(و) لكن (الأشبه) [٤] (في الحيازة اختصاص كلّ واحد بما حازّه) [٥].

(نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفوا ماءً دفعةً) بأنيّة واحدة أو اشتركا في نصب حباله الصيد المشترك ورمي السهم المئبث له (تحققت الشركة) حينئذٍ في الجملة قطعاً [٦]. [ويكون لكلّ بنسبة عمله، ومع الاشتباه فطريق التخلص الصلح أو تملك كلّ واحد للآخر].

[١] قيل: والوقف^(١). وفيه: أنّه إن كان على محصورين فلا اشتراك بالعين، وإلا فلا اشتراك.

بل هو [= الوقف] حينئذٍ نحو ما عرفته في حقّ الزكاة والخمس، والطرق العامة، والطرق النافذة.

[٢] بأصالة عدما، وإنّما هو من الاشتباه لا المزج المعتبر في تحقق الشركة، فتأمل.

[٣] بناءً على تحقّقها بشركة الأبدان، كما عن الاسكافي^(٢)، أو على فرض نيّة كلّ منهما؛ بأن ما يحوزه له ولشريكه الموكّل له على ذلك، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك.

[٤] عند المصنّف بأصول المذهب وقواعده.

[٥] لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتى مع النيّة؛ لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاً عما إذا لم ينو، فإنّه لا وجه له إلا على جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا. ومن ذلك يعلم ما في المسالك: من أنّه «ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كلّ بنيّة الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنّه حينئذٍ يتوجّه الاشتراك؛ لأنّ ذلك ممّا يقبل النيابة»^(٣). إذ قد عرفت الملك بذلك أيضاً عند المصنّف.

[٦] وفي المسالك: «لكن يكون لكلّ واحد من المحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوّة والضعف، ولو اشتبه مقدار كلّ واحد فطريق التخلص بالصلح، أو تملك كلّ واحد ما بقي له عند الآخر، بناءً على جواز هبة المجهول»^(٤).

قلت: أو يحكم بالنصف؛ لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر.

[أو يحكم لكل منهما بالنصف]، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف [١].
(وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتفاقاً) مقصوداً به الشركة أولاً [٢].

(و) على كل حال فـ [المختار] [٣] أنه (يثبت ذلك في المالين المتمثلين في الجنس والصفة) أي بالمزج الراجع للامتياز بينهما الذي قد عرفت سببته للشركة.

فلو تخلف أحدهما تحقق الامتياز المنافي للشركة، فلا يكفي حينئذ مزج الحنطة بالشعير ولا الدخن بالسهم، وإن عسر التخلص، والدرهم بالدنانير، بل ولا الحنطة الحمراء بالبيضاء، والصغيرة الحب الكبيرة، والدرهم الصحيحة بغيرها، ونحو ذلك مما لم يرتفع التمييز فيها بالمزج الذي هو سبب الشركة إذا كان على الوجه المزبور.

(سواء كانا) أي المالان (أثماناً) أي ذهباً وفضة (أو عروضاً) كالأدهان وغيرها من المانعات، بل والحنطة

[١] لصديق اتحاد فعلهما في السببية، واندرجهما في قوله: «من حاز ملك» (١).

ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً، فتأمل جيداً، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجه فيه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

وفي دعائم الإسلام: روي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «أن رسول الله ﷺ أجاز الشركة في الرباع والأرضين وأشرك رسول الله ﷺ علياً عليه السلام في هديه، وإذا أراد رجلان أن يشتركا في الأموال فأخرج كل منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم ثم خلط ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات فما كان في ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من ضيعة كان عليهما بالسواء، فهذه شركة صحيحة لا اختلاف علمناه فيها، وليس لأحدهما أن يبيع ويشترى إلا مع صاحبه، إلا أن يجعل له ذلك» (٢).

وإن كان يحتمل، بل هو الظاهر أن قوله: «وإذا... إلى آخره» من مصنفها، لا فيما رواه عن جعفر بن محمد عليه السلام، إلا أنه على كل حال فيه شهادة على المزج في الجملة.

لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختياري المقصود فيه الشركة وغيره بالملك مشاعاً في نفس الأمر في الأول، بخلاف الثاني وإن عومل معاملته في الأحكام، إلا أنه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن لآخر شركة فيه.
بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلا لأحدهما أمكن حينئذ إتيان القرعة عند القائل بها في مثله، وقسمته بينهما من الصلح القهري عند غيره، على نحو ما سمعته في نظائره في كتاب الصلح، والله العالم.

[٣] [كما] لا خلاف فيه [هـ].

(١) مستدرك سفينة البحار ٩: ٤٤٥.

(٢) دعائم الإسلام ٣: ٨٥، ح ٢٥٤، ٢٥٥. أورد صدره في المستدرك ١٣: ٤٥١، ب ٦ من الشركة، ح ١.

والشعير والذرة والسسم ونحوها [١] . ثم المراد من عدم التمييز كونه في الظاهر كذلك لا في نفس الأمر [٢] .

[١] خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط فمنع من الشركة في العروض إلّا في المكيل والموزون^(١) .

وما عن الاسكافي^(٢) من إطلاق عدم صحة الشركة إذا كان لكل واحد منهما متاع إلّا أن يتعاضداً بمتاعيهما فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا .

وإن كان يمكن تنزيل كلام الأخير منهما على ما لا يحصل معه الامتزاج الراجع للامتياز .

[٢] فإن الأجسام لا تتداخل في المانعات ، فضلاً عن غيرها .

لكن في الرياض بعد أن اعترف بأنه المستفاد من كلمات الأصحاب سيما معقد إجماع التذكرة قال : « وهو منافٍ لما ذكره في التعريف من أنها اجتماع حقوق على الإشاعة ، فإن الظاهر منها حيث تطلق أن لا يفرض جزء إلّا وفيه حقّ لهما [فلا بد من عدم التمييز في نفس الأمر] . وبه صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب ، بل صرح فيه بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة والذرة والسسم ونحوها بمثلها ، بل حصراً في مثل الأدقة والأدهان بمثلها . ولكن الظاهر عدم استقامة ما ذكره على طريقة الأصحاب ؛ لاتفاقهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التميز النفس الأمري ، مع أنّ اشتراطه في نحو الأثمان مخالف لطريقة المسلمين في الأعصار والأمصار ؛ لأنهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبي ﷺ إلى زماننا هذا من غير تكبير في صقع من الأصقاع ، وعصر من الأعصار ، فكان إجماعاً ، وقد ثبت عليه في التذكرة . بقي الكلام في التوفيق بين التعريف وما هنا ، والخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا ؛ لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدم ، مع احتمال إرادتهم منها هنا عدم التميز المطلق^(٣) . »

قلت : وفيه أولاً : أنّ عدم التميز في نفس الأمر لا يتم في الأدهان ، ولا في غيرها كما سمعت .

وثانياً : أنّ التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الإشاعة التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها . ولا ريب في أنّ المراد منها المعنى الأول ، لا عدم التمييز ، كما هو واضح لا يشتبه على من له أدنى تحصيل . وما حكاه في التنقيح لم أجده فيما حضرني من نسخته ، قال : « الفائدة الثانية : الشركة أمر حادث ، وكلّ حادث لابد له من سبب ، والسبب هنا قد يكون إرثاً . وقد يكون حيازة ، كما لو اقتلعا شجرة أو اغترف ماءً بآنية . وقد يكون مزجاً ، كما إذا مزجت الأجزاء المتساوية المصغرة بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالأدقة والأدهان ، لا كالحنطة والذرة والدخن والسسم ، والدراهم الجدد والعق » .

ثم قال : « الفائدة الثالثة : إنمّا قيد الاجتماع على وجه الشياخ ، احترازاً عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك . والمراد فيه بالشياخ أن لا يفرض جزء إلّا وفيه حقّ لهما^(٤) . وهو كما ترى أجنبى عمّا حكاه عنه ؛ ضرورة كون مراده عدم تحققها مع التمييز ، كمزج الحنطة بالذرة ، والدخن بالسسم ، والدراهم الجديدة بالعتيقة . ولذا أفردوا وجمع الأدهان والأدقة ، لا بأمثالها التي من ضرورة المذهب تحقّق الشركة فيها بالامتزاج . وأمّا ما ذكره من تفسير « الشياخ » فهو في محلّه ، لأنّه يريد تماميته في مثل الدقيق دون غيره ، كما هو واضح بادنى تأمل ، خصوصاً مع ملاحظة كونه أجلّ من أن يقع في هذه الوهم الذي لا ينبغي جوازه على أصاغر الطلبة .

(١) حكاه في المختلف ٦ : ٢٣٨ . انظر المبسوط ٢ : ٣٤٤ - ٣٤٥ .

(٢) نقله في المختلف ٦ : ٢٣٨ .

(٣) الرياض ٩ : ٥٦ - ٥٧ .

(٤) التنقيح ٢ : ٢٠٧ - ٢٠٨ ، ولكن ذكرها ذيل « الثالثة » و« الرابعة » .

إنما الكلام في اعتبار المثلية إذا كانت بالمرج فيها [١] (أما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد فلا تتحقق فيه بالمرج، بل قد تحصل بالإثر أو أحد العقود الناقلة كالإتياع والاستيهاب) [٢] .

[١] كما هو ظاهر المصنف .

بل قيل : هو صريح قوله [ذلك] .

[٢] ولعله لأصالة بقاء كل على ملك ماله، المقصر في الخروج عنها على المتيقن الذي هو المرج في المثليات دون غيرها . لكن في الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا ، قال : « وفاقاً للمبسط والإسكاني ، إلا أنه أطلق ، ولكن معلوم النسب لا يقدر خروجه بالإجماع . ومع ذلك يضعف بتحقق المرج على الوجه المتقدم في كثير منها ، كالثياب المتعددة المتقاربة الأوصاف والخشب كذلك ونحوهما ، فيتحقق الشركة ، فإن ضابطها حصول المرج مع عدم الامتياز ، ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل »^(١) . ولا يخفى عليك ما في الثاني [وهو قوله : ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك] من المصادرة الواضحة . نعم لو كان في الأدلة ما يقتضي إطلاقه تحققها [= الشركة] بالمرج الراجع للامتياز أتجه حينئذ الاستدلال بإطلاقه . ولكن لم نثر على ذلك . اللهم إلا أن يستدل بإطلاق « **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** »^(٢) ، مقتضى لتحققها في جميع أفراد الشك ، أو بإطلاق معقد دعوى الإجماع على ذلك ، إلا أننا لم نتحققه .

نعم في التذكرة : « وأما العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور - أي المرج الراجع للامتياز - سواء كانت من ذوات الأمان أو من ذوات القيمة »^(٣) . وهو ليس إجماعاً صريحاً . مع أنك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والإسكاني ، وإن كان قد سمعت كلامهما سابقاً . ولو سلم الإجماع على ذلك فليس في كلام المصنف صراحة فيما ينافيه ، خصوصاً بعد قوله سابقاً^(٤) : « وكل ما لين مرج أحدهما بالآخر ... إلى آخره » الشامل للقيمي والمثلي .

بل قوله أيضاً : « وثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة » كذلك أيضاً ؛ ضرورة صدق ذلك على القيميات . لكن قوله : « أما ما لا مثل له ... إلى آخره » قد يظهر منه ذلك [= المثلي] ، إلا أنه من المحتمل إرادته عدم تحققها بالثوب والخشب والعبد ، باعتبار عدم المرج فيها الراجع للامتياز ، فهو حينئذ لبيان ما احتجز به من اعتبار المرج الراجع للامتياز . على أن مثل هذه لا يتحقق فيها الشركة بمزجها باعتبار عدم ارتفاع الامتياز بمزجها ، كما هو واضح . وربما يؤول إليه أفراد الثوب والعبد ؛ إذ لو كان المراد [مرج] الثوب في الثياب والعبد في العبيد والخشب في الأخشاب لناسب التعبير بالجمع . نعم قد يقال : إن المتيقن من الفتاوى ومعاهد الإجماعات في سبب الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المرج الراجع للامتياز بسببه ، فمضى لم يحصل صدق المرج - كالدور والبساتين والعبد في العبد والجمل في الجمل والفرس في الفرس ونحو ذلك - لم تتحقق الشركة المزجية .

إذ هو من الاشتباه - لا الامتزاج - الشبيه بالتداخل عرفاً كما في المائعات وذوات الأجزاء الصغيرة من الحبوب ونحوها بل وغيرها مع فرض الكثرة من الجانبين .

وبالجملة المدار في حصولها [= الشركة] على ذلك [= المزج الرافع للامتياز]، من غير فرق بين المثلي والقيمي، كالمصوغات الصغيرة مثل حبّ الذهب ونحوه؛ ضرورة صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينها. بل إن لم يتم إجماع أمكن القول بتحقيق الشركة بامتزاج الشخصين المتحدّين في الأوصاف الخارجية. وإن كانا من جنسين كالقزم مع بعض الأصباغ المساوية له في اللون، والعسل وبعض أفراد الدبس ونحو ذلك [١].

كما أنه غير خفي عليك فيما (لو أراد الشركة فيما لا مثل له) وغيره ممّا لا تتحقّق [أي الشركة] فيه بالامتزاج؛ لعدم ارتفاع امتياز به (بإجماع كل واحد منهما حصّته ممّا في يده حصّته ممّا في يد الآخر) [فتتحقق الشركة]، أو وهب كلّ منهما كذلك، أو باعها بثمن اشترى الأخرى به منه، أو غير ذلك.

بل [الظاهر] [٢] تتحقّقها في مال اشترى بثمن معيّن مثلاً بقول: «شركتك فيه» على معنى إرادة نقل نصفه مثلاً إليه بنصف الثمن، ويقول: «الربح بيني وبينك فيه» ونحو ذلك [٣].

(ولا تصح الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة) [٤].

من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه، ولا بين كون العمل في مال مملوك، أو تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما [٥].

[١] واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف إنّما هو للاحتراز عمّا لا يرتفع بالامتزاج امتيازهما من مختلفهما، بخلاف محلّ الفرض. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذلك من متعسر التخلّص بالامتزاج - كالدهن مع الدبس مثلاً - لا ممّا رفع امتزاجه امتياز، وصيّره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه في الجنس والصفة، مع أنّه أيضاً كما ترى للنظر فيه مجال، بل قد يقال بتحقيقها في متعذر التخلّص أيضاً كلّ على نسبة قيمة ماله كما في المثليات والقيميّات الممتزجة، المفروض اختلاف قيمتها، على معنى صيرورة ذلك المال مشتركاً بينهما على نسبة قيمة مالهما.

لا أنّ المشترك بينهما قيمتهما الوهمية دونهما.

وبالجملة كلامهم في ذلك غير منقّح، وقد عرفت ما تقتضيه الأصول (و) القواعد في محالّ الشكّ.

[٢] [كما] قد يستفاد من النصوص ^(١) [ذلك].

[٣] قال محمد بن مسلم في الموقّ: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها فأتى رجلاً من أصحابه فقال: يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والريح بيني وبينك فنقد عنه فنفتت الدابة؟ قال: «ثمنها عليهما؛ لأنّه لو كان ربحاً [فيها] لكان بينهما» ^(٢) ونحوه غيره، والله العالم.

[٤] بلا خلاف معتدّ به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي فيه منهما مستفيض أو متواتر.

[٥] للأصل السالم عن معارضته «أو قووا بالعقود» ^(٣)، بعد ما عرفت.

(١) انظر الوسائل ١٩: ٥، ب ١ من الشركة.

(٣) المائدة: ١.

(٢) المصدر السابق: ٥، ح ٢.

والتراضي بما لم يثبت شرعيته غير مجد .
 والمراد بالتجارة عنه ما ثبتت التكتسب به شرعاً .
 وما يحكى من شركة سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنونه ، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فأقرهم النبي ﷺ وشركهم جميعاً^(١) غير ثابت .
 مع إمكان أن يكون ذلك يوم بدر الذي غناهم - على ما صرح في التذكرة^(٢) - للنبي ﷺ ، فيمكن أن يكون ذلك منه هبة لهم ، بل يمكن غير ذلك أيضاً . ومن هنا اتفق أهل الحق على عدم الشركة بذلك .
 عدا ما يحكى^(٣) عن ابن الجنيدي أنهم مع أن المحكي عنه في المختلف أنه قال : « لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما جاز ذلك ، ولو اشترك رجلان فكان من عند أحدهما بذر وبقر وعلى الآخر العمل والخراج كانت الشركة جائزة بينهما ، ولو اشترك رجلان على أن يعملوا عملاً لكل واحد منهما فيه عمل منفرداً وأن تكون أيديهما جميعاً في العمل وتقسم الأجرة بينهما لم أجز ذلك ؛ لأن الأجرة عوض عن عمل ، فإذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه ، وإن تشاركوا الفضل وتحالاً أو تضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة جاز ذلك »^(٤) . وهو كما ترى صريح في عدم الجواز .
 لكن في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « والوجه البطلان ، لنا : إجماع الفرقة ، وخلاف ابن الجنيدي غير معتد به ؛ لانقراضه بحصول الاتفاق [على عدم الشركة في الأعمال] بعده ، ولأن الأصل عدم الشركة وبقاء حق كل واحد عليه ، ولأنه غرر عظيم . ولأن الشركة عقد شرعي ، فيقف على الإذن فيه »^(٥) .
 ويمكن أن يريد [ابن الجنيدي] ما ذكره أولاً : من شركة الوجوه .
 ولكن قد يقال : إنه يمكن صحة ما ذكره بالتوكيل من كل منهما على الابتاع والبيع .
 كما أن ما ذكره ثانياً يمكن كونه من باب المزارعة ، وحينئذ فلا يكون خلاف منه ، بل تتفق كلمة أهل الحق على البطلان ، وإن اشتهر نقل ذلك عنه .
 بل المعروف في الحكاية عن الشافعي^(٦) موافقته على ذلك . وإنما المخالف أبو حنيفة ومالك وإبن حنبل^(٧) على اختلاف فيما بينهم أيضاً في تعيين الجائز من ذلك .
 وحيث كان الجميع عندنا باطلاً ، لم تكن ثم فائدة يعتد بها في التعرض إلى ذلك .

(١) المغني والشرح الكبير ٥ : ١١١ - ١١٢ ، ١٨٦ .

(٢) التذكرة ١٦ : ٣١٦ .

(٣) حكاة في المسالك ٤ : ٣٠٧ .

(٤) المختلف ٦ : ٢٣٠ .

(٦) المغني والشرح الكبير ٥ : ١١١ ، ١٨٦ .

(٧) المغني والشرح الكبير ٥ : ١١١ ، ١٨٦ .

وحينئذٍ فيختص كل منهما بما اكتسبه ، ولا يشاركه الآخر فيه .

(نعم لو عملاً معاً لواحد) مثلاً (بأجرة ودفع إليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما) التي وقعت في عقد

استئجارهما على العمل دفعة (تحققت الشركة) حينئذٍ (في ذلك الشيء) .

إلا أنها ليست من شركة الأعمال ، بل هي من شركة الأموال نحو ما لو أجر كل منهما نفسه منفرداً ، ثم أذى

المستأجر إليهما مالاً مشتركاً فإن الشركة في المال خاصة قطعاً .

وحينئذٍ فلا إشكال في جوازها ، من غير فرق بين اختلاف عملهما واتفاقه ، ولا بين علمهما بنسبة أحد

العملين إلى الآخر وعدمه [١] . فيقسم عليهما على نسبة العمل ؛ بأن ينسب أجرة مثل عمل أحدهما إلى أجرة مثل

العملين ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

ومع الجهل بالنسبة يحتمل التساوي والصلح كالمالين الممتزجين المجهول قدر كل منهما ، والله العالم .

(ولا) تصح أيضاً الشركة (بالوجوه) المفسرة [٢] باشتراك وجهين ، لا مال لهما بعقد لفظي ، على أن ما

يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيتبايعان ويبيعان ، ويؤذيان الأثمان ، وما فضل فهو لهما [٣] .

(ولا شركة) [٤] (في المفاوضة ^(١)) التي هي اشتراك شخصين فيما يغتمان به من ربح وإراث ولقطة وركاز

وغير ذلك ، ويغرمان من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقاً فيهما [٥] . أو باستثناء قوت

اليوم ، وثياب البدن والخدام وبذل الخلع والصداق والجنابة على الحر [٦] .

(وإنما تصح) [٧] (بالأموال) [٨] .

[١] لأن الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء ، وأجرة المجموع هنا معلومة .

[٢] [وذلك] في الأشهر .

[٣] وقيل : أن يبتاع وجهه في الذمة ، ويقفّض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما ^(٢) . وقيل : أن

يشارك وجهه لا مال له ، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجه ، والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه

إلى الوجه ، والربح بينهما ^(٣) .

وقيل : أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له ^(٤) .

[٤] عندنا .

[٥] كما عن بعض ^(٥) .

[٦] لعدم الدليل عليها عندنا ، بل الإجماع بقسميه على فسادها كالشركة بالمعينين الأولين .

[٧] عندنا .

[٨] بلا خلاف فيه ، بل الإجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها .

(١) في الشرائع المحقق : « بالمفاوضة » ، وفي الحجري : « المفاوضة » .

(٢) (٣) (٤) نقله في المسالك ٣٠٨ - ٣٠٩ . (٥) لم نعر عليه .

وهي المسماة بشركة العنان، من « عنان الدابة »، أو من « عن » إذا ظهر، أو من « المعانة » بمعنى المعاوضة [١] .

[١] لا يمكن تقرير وجه المناسبة في الجميع، والأمر فيه سهل وإن أطنبوا فيه، لكن لا ثمرة معتد بها فيه .

إنما الكلام فيما في المسالك، فإنه بعد أن ذكر تفسيرات شركة الوجوه، قال : « والكُلّ عندنا باطل، خلافاً لابن الجنيّد، فإنه جوزها بالمعنى الأوّل ولأبي حنيفة مطلقاً . وحينئذٍ إذا أذن أحدهما للآخر في الشراء فاشتري لهما وقع الشراء لهما، فكانا شريكين؛ لأنّه بمنزلة التوكيل، وقد اشترى بإذنه فيشترط شروط الوكالة، وإذا كان المال لأحدهما وباع الآخر سواء كان خاملاً أو لا، صحّ البيع بوكالة المالك، وللمباشر اجرة المثل لعمله، ولا شيء له في الربح »^(١). وكأنّه أخذ ذلك ممّا في جامع المقاصد، قال : « وأمّا شركة الوجوه فإنّ أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الآخر له أو مع قصد اختصاصه به، فلا حقّ للآخر في الربح . وإن وكلّه فاشتري لهما فقد تحقّقت شركة العنان »^(٢). كما أنّه قيل ذلك بعد أن ذكر الإجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الأقسام الثلاثة، قال : « والمراد ببطلانها عدم ترتّب آثارها عليها . أمّا شركة الأبدان فلاّنها إن عملا كان لكلّ منهما أجره عمله إن تميّزا، قليلة كانت أو كثيرة، ومع الاشتباه فسيأتي أنّ الأصحّ الصلح، وإن كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين، وإن عمل أحدهما فلا شيء للآخر في أجره عمله . وأمّا شركة المفاوضة فلاّن كلّ ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال أو ثبوت غرم فهو مختصّ به . ولو كان في مال أحدهما المجدّد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة، وانقلبت إلى شركة العنان »^(٣).

قلت : محلّ البحث بين الأصحاب ومن أجاز ذلك من العامة مشروعيّة عقد شركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان وعدمه . واتفق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقضي بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة، وعدم إرادتها . وإنما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصحّ أن يكون مورداً للوكالة لو قصدت به . ومن ذلك يظهر لك ما في المحكي عن الأردبيلي فإنه بعد أن حكى عن التذكرة بطلان شركة الأبدان عندنا، سواء اتفق عملهما أو اختلف، وسواء كانت الصنعة البدنيّة في مال مملوك، أو في تحصيل مباح كالاصطياد والاحتشاش، قال : « ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، وإلاّ فلا مانع، فإنّه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور وتمليك مال في البعض الآخر، وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع، ولهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة »^(٤). ثمّ نقل عنه أيضاً : « أنّ شركة المفاوضة عندنا باطلة، وليس لها أصل، وبه قال الشافعي ومالك ». ثمّ نقل عنه أيضاً في شركة الوجوه أنّها « عندنا باطلة وبه قال الشافعي ومالك ». ثمّ قال : « والبحث فيها مثل ما تقدم فنأمل »^(٥). وفيه ما لا يخفى عليك من الخروج عن محلّ النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح وإن سَمّوه باسم الفاسد . ومن البطلان إذا أراد تأثير عقد الشركة الذي أوقعه ذلك، وإن اتفق في بعض الأحوال اتّحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصوداً لهما . بل به يظهر فساد ما وقع ممن جوزها من العامة معللاً برجوعها إلى الوكالة، أو نحوها ممّا هو صحيح؛ إذ قد عرفت حقيقة الحال [من عدم الرجوع إليها بلا قصد]، والله العالم .

(و[في شركة الأموال] يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه) أي المال المشترك بينهما بأن كان لكل منهما نصفه .

(ولو كان لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله ، وكذا عليه من الخسارة) [١] .

مع اتفاقهما في العمل أو اختلافهما فيه [٢] .

[و] إنما الكلام فيما (لو شرط لأحدهما) في عقد الشركة (زيادة في الربح مع تساوي المالكين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالكين) مع عدم مقابلة ذلك بعمل . فـ (قليل) [٣] : (تبطل الشركة - أعني الشرط والتصرف الموقوف عليه - يأخذ كل واحد منهما ربح ماله ولكل منهما أجرة مثل عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله ، وقيل) [٤] : (تصح الشركة والشرط) [٥] .

[١] بلا خلاف في شيء من ذلك .

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه ، والسنة مستفيضة أو متواترة فيه ، مضافاً إلى اقتضاء أصول المذهب وقواعده في المشاع ذلك ، بل هو مقتضى الأصول العقلية أيضاً .

وما عن بعض العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالكين في القدر ، وفرض اتفاقهما في العمل . قياساً على ما لو اختلفا في الربح واتفقا في المال ^(١) .

مدفوع بأن المعتبر في الربح المال ، والعمل تابع ، فلا يضر اختلافه .

كما يجوز مع استوائهما في المال عند الكل (و) إن عمل أحدهما أكثر .

[٣] والقائل الشيخ وابن إدريس وزهرة والقاضي ^(٢) وجماعة .

بل عن السيد منهم الإجماع عليه ^(٣) .

كما عن ابن إدريس نسبته إلى الأكثر ^(٤) .

[٤] والقائل المرتضى والفاضل والده ولده ^(٥) .

[٥] بل عن الأول منهم دعوى الإجماع عليه ^(٦) .

وقيل - والقائل أبو الصلاح ^(٧) في المحكي عنه ^(٨) :- تصح الشركة دون الشرط الذي هو إنما يفيد الإباحة لها لا ملكها ، فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية .

(١) انظر المغني والشرح الكبير ٥ : ١٢٧ ، ١١٨ .

(٢) المبسوط ٢ : ٣٤٩ . السرائر ٢ : ٤٠٠ - ٤٠١ . الغنية ٢٦٤ ، ولم يصرح بالطلان . جواهر الفقه : ٧٣ .

(٣) حكاه عنه في الرياض ٩ : ٦٠ .

(٤) السرائر ٢ : ٤٠٠ .

(٥) الانتصار : ٤٧١ . المختلف ٦ : ٢٣١ . نقله عن والده في المختلف ٦ : ٢٣١ . الايضاح ٢ : ٣٠١ .

(٦) الانتصار : ٤٧١ .

(٧) انظر الكافي ٣ : ٣٤٣ . (٨) حكاه في المسالك ٤ : ٣١٢ .

(والأول أظهر) عند المصنف [١]. (هذا إذا عملا في المال أمّا لو كان العامل أحدهما، وشرطت الزيادة للعامل صح، وكان بالقراض أشبه).

[١] وجماعة ممن تأخر عنه؛ لأنه أكل مال بالباطل، باعتبار عدم مقابلة الزيادة لعوض، لكون الفرض أنها ليست في مقابل عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة؛ لتضمّ إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب الثمرة للملك معدودة، وليس هذا أحدها، ولا هو إباحة للزيادة؛ إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له، فيكون اشتراطها اشتراطاً لملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فيكون باطلاً، فيبطل العقد المتضمن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرف إلا على ذلك التقدير، فلا يندرج في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ولا في قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، خصوصاً مع الجواز في عقد الشركة المنافي للزوم المستفاد من الآية والرواية. وأمّا عدم اندراجها في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣) فظاهر؛ إذ الشركة ليست من التجارة في شيء؛ إذ هي مقابلة مال بمال. وهذا الشرط ليس تجارة أيضاً؛ لعدم تضمّنه معاوضة. ومجرّد التراضي غير كافٍ في الزوم، بل غايته الإباحة، ولا كلام في الجواز بها. ولكنه غير مفروض المسألة؛ لعدم استناده إلى عقد الشركة. ومع ذلك الإباحة في صورة جهلها بفساد الشرط محلّ مناقشة بل منع. نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ؛ لأنّ العمل مال، فهو في معنى القراض كما تبه عليه المصنف بقوله: [هذا...].

[٢] بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة. بل ولا في جوازه مع العمل منهما أيضاً وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر، وإن كان ظاهر العبارة يوهّم خلافه. وبذلك كلّ ظهر لك دليل القولين الأخيرين [وهما القول بصحة الشركة والشرط، والقول بصحة الشركة دون الشرط] وفساده، حتى الإجماع المحكي^(٤) للثاني منهما المعارض بإجماع ابن زهرة^(٥) المعتضد بالنسبة إلى الأكثر^(٦) وبما سمعت. ولكن مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال، وذلك لأنّ الإتفاق على الجواز في صورتين المزبورتين ليس هو الاشتراط المزبور؛ إذ ليس ذلك قراضاً قطعاً؛ لعدم قصده أولاً، وعدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانياً، وعدم اعتبار ما يعتبر في القراض من كونه نقداً في الصحة هنا ثالثاً. فليس حينئذٍ إلّا الشرط المزبور، وهو كما أنّه قابل للتملك في مقابلة العمل أو زيادته قابل للتملك مجاناً، المتحقق شرعاً بالهبة وغيرها، فلا يكون الأكل به حينئذٍ أكلاً بالباطل، بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط وأحد أسباب المملّكة. ودعوى كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الإذن خاصة لا يفيد ملكاً؛ إذ هو كعقد العارية. يدفعها؛ أنّه كذلك مع اشتراطها للعامل خاصة. كما أنّ دعوى كون عقد الشركة من الجائز - فلا تشملها الآية ولا الرواية - مشترك الإلزام. مبني أيضاً على أنّ المراد من عقدها المشترك فيه ذلك إمّا هو العقد المشتمل على الإذن في التصرف لا عقد إنشاء الشركة الذي قدّمناه سابقاً، فإنّه لازم لا ينافي بطلان الشركة بالقسمه كما لا ينافي لزوم البيع الإقالة. وأمّا منع كونه تجارة عن تراض بمعنى تكسّب ولو لأحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع. هذا، مع أنّه قد يقال في صورة تساويهما في العمل وشرطت الزيادة لأحدهما أو اختلافاً وشرطت لأحدهما بالصحة بناءً على ما ذكره لمقابلتها حينئذٍ بالعمل ممّن اشترطت له. وأمّا الآخر فهو متبرّع بعمله لم يرد في مقابلته شيء؛ إذ لا امتناع في أن يعمل أحدهما بعوض والآخر بلا عوض. هذا كلّ ما مشاهة مع الخصم، وإلا فالمتّجه [ذلك].

(١) (٣) (٥) (٦) المائدة: ١. النساء: ٢٩. الغنية: ٤٦٤. السرائر ٢: ٤٠٠.

(٢) (٤) حكاة في مفتاح الكرامة ٧: ٤٠٣. الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

[ولكن المتَّجِه] لصحة مطلقاً حتى إذا لم يعمل، بل نعى المال في نفسه [١].

[وأما] قسمة الربح على المالكين بناءً على البطلان [فيه إشكال]؛ إذ هو غير تام بناءً على اقتضاء بطلان عقد

الشركة بمعنى الإذن؛ لصيرورة التصرف حينئذٍ فضولياً فلا ربح.

نعم هو كذلك مع فرض الإجازة.

اللهم إلا أن يراد ربح ما حصل من التصرف من كل منهما في ماله.

وأما الأجرة لكل منهما عوض عمله في المال بنقل ونحوه فالوجه فيه احترام عمل المسلم.

وإقدام المتبرع منهما بزعم صحة العقد فمع فرض بطلانها لم يكن منه تبرع.

لكن قد يقال بمنع الأجرة مع ذلك [٢].

نعم هو كذلك بالنسبة إلى من شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد، فإن العامل يستحق الأجرة

فيه [٤].

أما من لم يشترط لعمله شيء فهو في حكم المتبرع على تقدير الصحة والفساد.

اللهم إلا أن يقال: إن الشريك كذلك [= في حكم المتبرع] مع فرض صحة عقد الشركة المقتضي لذلك لا مع

فساده.

إذ هو حينئذٍ عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحة الشركة، فمع بيان فسادها يبقى مضموناً على من

وصل إليه.

[١] فما في القواعد من اشتراط الصحة بذلك [= بالعمل] قال: «ولو شرط التفاوت مع تساوي المالكين أو التساوي

مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة له أو للأخير»^(١) في غير محله.

ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في صورتين، كما هو واضح.

وبذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي وثاني الشهيدين^(٢) وأتباعهما، فلاحظ وتأمل.

مضافاً إلى ما عساه يستفاد من بعض النصوص^(٣) المتقدمة في كتاب الصلح الدالة على جواز اشتراط رأس المال لأحد

الشريكين، وللآخر الربح وعليه الخسران التي قد سمعت تفصيل الكلام فيها.

والى بعض النصوص المتضمنة للمشاركة في الجارية^(٤)، على أن يكون بعض الشريك شريكاً في الربح دون الخسران، وإن

حملها بعض الناس على معنى آخر.

بقي الكلام فيما ذكره المصنف وغيره من [قسمة الربح].

[٢] لأصالة البراءة.

[٣] لأن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» فكذا هنا.

(٢) انظر جامع المقاصد ٨: ٢٤-٢٧. المسالك ٣١١-٣١٤.

(١) القواعد ٢: ٣٢٧، وفيه: «ولو شرطاً».

(٤) الوسائل ١٩: ٧، ب ١ من الشركة، ح ٨.

(٣) انظر الوسائل ١٨: ٤٤٤، ب ٤ من الصلح.

وكشف الحال في أصل المسألة [أي مسألة الاجرة بناءً على البطلان] [١].

[فالمنتج على تقدير عدم ثبوت عقد الشركة بمعنى الإذن ثبوت الأجرة] [٢].

كما أن المنتج ذلك أيضاً لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضي لمجانبة العمل، فمع بيان فساد منتج الأجرة [٣].

[وقد عرفت النظر في أصل ثبوت عقد الشركة بمعنى الإذن عندنا].

[وإذا اشتراك المال] بأحد أسبابه السابقة عدا ما كان بالعقد منها بناء على اقتضائه الإذن (لم يجز لأحد

الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين) [٤].

[١] إن ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الآخر بأجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما، بناءً منهم على أن مقتضى عقد الشركة ذلك. بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع العمل من أحدهما أيضاً. وإن كان قد يناقش في أصل اقتضاء عقد الشركة ذلك، بناءً على ثبوته بالمعنى المزبور [= الإذن].

[٢] أما على تقدير عدمه فالمنتج حينئذ ثبوته [= الاجرة]؛ لقاعدة احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له.

[٣] للقاعدة المزبورة أيضاً. اللهم إلا أن تكون معارضة بقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن فسادها». مع إمكان منع ذلك هنا بأن يقال: إن عدم الأجرة إنما هو لظهور التبرع منهما، لا أنه من مقتضيات عقد الشركة كي يتجه إتيان القاعدة.

نعم قد عرفت النظر في أصل ثبوت هذا العقد عندنا، فضلاً عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته. وربما يؤيده قول المصنف هنا - أعني الشرط والتصرف كالمحكي عن أول الشهيدين وفخر المحققين - من أن المراد من البطلان هنا بطلان الإذن^(١)؛ لأن الشركة العنانة الحاصلة بالمزج مع العقد لا توصف بالصحة والبطلان؛ لعدم إمكان وقوعها على وجهين. وإن نظر فيه في المسالك تبعاً لجامع المقاصد^(٢) «بأن الشركة العنانة بالمعنى الذي ذكرناه - أي كونه عقداً ثمرته الإذن في التصرف - وتوصف بالصحة والبطلان. بل ليس الغرض من الشركة في الأموال إلا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه. اللهم إلا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المزبور هي العنانة، كما يظهر من التذكرة: أنها مركبة من مزج المالين والعقد^(٣). لكن يشكل بأنها إذا لم تكن شركة [العنان] فهي أحد الأقسام الأخر؛ لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان، وانحصار مطلق الشركة في المذكورات. وغاية ما ينزل أنها تطلق على المعنيين معاً، لكنها في الثاني أظهر^(٤)».

قلت: لكن قد عرفت فيما تقدم فساد إن لم يكن إجماعاً بما لا مزيد عليه. كما أنك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانة بالمعنى الذي ذكرناه بالصحة والفساد. وأن صحيحها مقتضى للملك على الإشاعة في نفس الأمر، بخلاف فسادها، فإنها إشاعة في الظاهر لا الواقع، فتأمل جيداً.

[٤] لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه.

ومجرد اشتراك المال لا يدل عليها، وإن كان بالمزج الاختياري المراد به حصول الشركة.

(فإن حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقيين) [١].

(و) لكن يقتصر من التصرف على ما أُذن له فيه.

(فإن أُطلق له الإذن) في التصرف جاز [٢].

(وتصرف كيف شاء) من وجوه التجارة والاسترباح الغالبة المنزل عليها الإطلاق [٣].

فيتصرف حينئذٍ معها ببيع وشراء مرابحة ومساوية، وتولية ومواضعة وقبض وإقباض، وحالة واحتيال، وردّ

بالعيب ونحو ذلك.

نعم يقوى عدم جواز السفر له بالمال [٤].

إنما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز أو يكفي فيه عدم المفسدة وجهان، لا يخلو ثانيهما من قوة [٥].

(وأما فيما لم يتناوله الإطلاق) فالمتجه حينئذٍ الحكم بفضولية كلّ ما لم يشمل الإطلاق، سواء كان فيه

مصلحة أو لا.

إلا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أميناً، والله العالم.

(ولو^(١) عيّن له السفر في جهة لم يجز له الأخذ في غيرها أو نوعاً^(٢)) من التجارة لم يتعد إلى سواها (سواء نهاه

عن غيرها أم لا [٦].

[١] لحصولها بالنسبة إليه دونهم.

[٢] لأنّ الإطلاق في ذلك غير منافي؛ لعدم الضرر فيه.

[٣] لكن في جامع المقاصد والمسالك^(٣) تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل المطلق.

[٤] لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الإذن له فيه.

بل في جامع المقاصد: «وكذا لا يجوز مكاتبة عبد الشركة ولا اعتاقه على مال، ولا تزويجه ولا المحابة بمال الشركة ولا إقراضه، ولا المضاربة ونحوه؛ لأنّ ذلك كلّ ليس من توابع التجارة الغالبة - أي المنزل عليها الإطلاق - نعم لو اقتضت المصلحة شيئاً من ذلك ولم يتيسر استئذان الشريك جاز فعله»^(٤).

قلت: لا حظّ للفقهاء في حصر أنواع التصرف المستفاد من الإطلاق جواز فعلها للمأذون؛ ضرورة الاختلاف في ذلك زماناً ومكاناً وحالاً.

[٥] وكذلك الكلام فيما ذكره [جامع المقاصد] من جواز فعل ما لم يتناوله الإطلاق مع اقتضاء المصلحة، وعدم تيسر إذن الشريك؛ ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الإطلاق.

ودعوى شمولها لها معها منافية لاعتبار عدم تيسر إذن الشريك؛ ضرورة الجواز حينئذٍ بدونها وإن تيسرت.

[٦] لأنّ عدم الإذن كافٍ في عدم الجواز.

(١) في الشرائع: «وإن»، (٢) في الشرائع: «نوع».

(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٢. المسالك ٤: ٤١٤.

(٤) جامع المقاصد ٨: ٢٢.

لكن لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة [١].

اللهم! إلا أن يفرض تقييدها به، فيكون فضولياً حينئذٍ، كما أنه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك أيضاً. ويضمن أيضاً لو عين غاية للجهة التي قد أذن بالسفر إليها فتجاوزها في تلك الجهة، إلا أن الظاهر كون الضمان فيها وفيما شابه ذلك إنما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه، أو بغيره مما تضمن به الأمانة مع التعدي فيها. ولا ينافي ذلك بقاء الإذن في التصرف. أما لو خسر مثلاً فيما هو مأذون فيه فلا ضمان على الظاهر [٢].

(و) على كل حال فقد ظهر لك أنه (لو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف وإن انفردا) [٣]. نعم (لو شرط الاجتماع لم يجز الانفرد) الذي لم يؤذن فيه.

(ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن) [٤].

من غير فرق في التعدي بين أن يكون لعدم تناول إطلاق الإذن أو لمخالفة خصوص مانص عليه.

[من غير فرق] في المحدود بين أن يكون نوع التجارة وزمانها ومكانها وغير ذلك.

(ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن) الذي هو كالتوكيل (والمطالبة بالقسمة؛ لأنها غير لازمة) على وجه

يجب الاستدامة عليها [٥]. هذا، ولكن ينبغي أن يعلم أنه بناءً على ثبوت عقد الشركة للإذن في التصرف يتجه انفساخه بقول أحدهما؛ فسخت الشركة [٦].

[١] لعدم بطلان الإذن بذلك.

[٢] للأصل فيه.

[٣] لإطلاق الإذن. (و) عدم ما يدل على تقييدها بذلك.

[٤] لقاعدة اليد وغيرها.

[٥] إذ «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) بأنواع التسلط الذي منه إفرازه عن غيره.

وفي المسالك^(٢) جعل ذلك من المصنف (حيث قال في الشرايع: «ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة» [إشارة إلى معنى الشركة، فإلى الثانية التي هي العقد بقوله أولاً: ولكل... إلى آخره. و[أشار] إلى الأولى التي هي من الأحكام بقوله «والمطالبة... إلى آخره» وهي غير لازمة بمعنيها. ثم قال: «والأنسب في قوله: «غير لازمة» أن يكون إشارة إلى الثانية؛ لأن الموصوف بالجواز وال لزوم هو العقد»^(٣). قلت: لا يخفى على كل ناظر لكلام المصنف وغيره مَن ذكر نحو ذلك أنه لا شركة عنده بالمعنى الذي أتبعتها؛ ضرورة صراحة كلامهم في أن ذلك كله من أحكام الإذن التي هي ليست من العقود قطعاً، نحو الإذن في دخول الدار، وأكل الطعام، بل لو جعلت عقداً فليست إلا وكالة لا شركة. نعم بناءً على ما ذكرناه من العقيدة يراد بجوازها عدم وجوب الاستدامة عليها وإبطال كونها شركة بالقسمة، كما هو واضح.

[٦] لأنه عقد جائز فيرفع العقد حينئذٍ من أصله بذلك.

بخلاف ما لو قال أحدهما للآخر: « عزلتك » فإنها لا تنفسخ بذلك، وإن انعزل المعزول بذلك، إلا أن العازل يبقى على الإذن له في التصرف [١]. وكذا لو وقع المنع عن التصرف لم يحتج إلى عقد جديد للشركة، بخلاف ما لو فسخه، فتأمل جيداً، والله العالم.

(و ليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتفقا على البيع) [٢].
(ولو شرط^(١) التأجيل في الشركة لم يصح) على وجه يترتب عليه أثره بحيث يكون لازماً (و) ليس لأحدهما فسخها قبله، بل (لكل منهما أن يرجع متى شاء)؛ لأنها عقد جائز، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه [٣].

[١] لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين، ووقوع العزل عن أحدهما لا يقتضي العزل من الأخرى.
ولعله إلى ذلك أشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما: فسخت العقد، وقوله: عزلتك^(٢).
فما وقع عن بعضهم^(٣) من التأمل زاعماً عدم الفرق بينهما في غير محله.
وذلك لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله، بخلاف العزل ونحوه الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره.
[٢] لعدم تسلط أحدهما على الآخر بالإقامة المزبورة بوجه من الوجوه، كما هو واضح.
[٣] نعم في المسالك: « يترتب على الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف؛ لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة »^(٤).

قلت: كأنه أخذ ذلك مما في المختلف، قال: « قال الشيخان: الشركة بالتأجيل باطلة. والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس، بل عدم اللزوم، ولهذا قال المفيد عقيب ذلك: ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء. وقال أبو الصلاح: ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه أي وقت شاء، وإن كانت مؤجلة والعبارتان رديتان. والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كل منهما عن التصرف بعده إلا بإذن مستأنف، وإن لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة؛ إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل »^(٥) انتهى.

ولا يخفى عليك أن الأمر كما ذكره في اشتراط الأجل في عقد الشركة الذي هو بمعنى الإذن في التصرف الراجع إلى الوكالة، أما إذا كان اشتراطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا ريب في بطلانه، بمعنى عدم الأثر له أصلاً إن أريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور.

ولا يجب الوفاء به إن أريد به الالتزام ببقائها إليه؛ لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة، فلا يلزم الشرط المزبور فيها. ولعل حمل كلام الشيخين وأبي الصلاح^(٦) بل والمصنف على ذلك أولى. ولو قيل: إن بطلانه على المعنى الأول يقتضي بطلان الشركة أيضاً. قلنا: هو كذلك، ولكن لما كان الامتناع على أي وجه وقع يؤثر الشركة ولو في الظاهر لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلا ما سمعته، فتأمل جيداً، والله العالم.

(١) في الشرائع المحقق: « شرطاً ».

(٢) التذكرة ١٦: ٣٤٩.

(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٠٢.

(٤) المسالك ٤: ٣١٦.

(٥) المختلف ٦: ٢٣٧-٢٣٨.

(٦) المقننة: ٦٣٣. النهاية: ٤٢٧. الكافي: ٣٤٤.

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] أنه (لا يضمن الشريك ما تلف) من مال الشركة الذي (في يده) بإذن الشريك من غير تعدٍ ولا تفريط (لأنه أمانة). و [المختار] [٢] أنها لا تضمن (إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ).
(و) أنه (يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق أو خفياً كالسرقة) [٣].

(وكذا) [المختار] [٤] أن (القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط) [٥].
(ويبطل الإذن بالجنون والموت) والإغماء وغيرها مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لفسه أو فلس وغير ذلك، بخلاف أصل الشركة فإنها لا تبطل بشيء من ذلك.
نعم ينتقل أمر القسمة إلى الوارث أو الولي أو غيرهما، كما هو واضح.
[تقسيم مال الشركة]:

الفصل (الثاني: في القسمة).
(وهي تمييز^(١) الحق) لكل شريك (من غيره).
(و) لا ريب في أنها أمر برأسه (ليست بيعاً) ولا صلحاً ولا غيرهما، (سواء كان فيها ردّ أو لم يكن) [٦]؛
ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها.
كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم والأحكام المقتضية لاختلاف المازومات. وحينئذٍ فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس، ولا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع، (و) لا غير ذلك [٧].
نعم هي (لا تصح) في غير قسمة الإيجاب (إلا باتفاق الشركاء) [٨].
(ثم هي) بالنسبة إلى الإيجاب عليها مع طلب أحد الشركاء وعدمه (تنقسم) قسمين.

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال فيه [هـ].

[٢] [إذ] من المعلوم نصاً وفنوّى [ذلك].

[٣] لإطلاق الأدلة.

خلافاً لبعض العامة فأوجب البينة في الأول^(٢).

[٤] [إذ] عن المعلوم أيضاً بلا خلاف ولا إشكال [فيه].

[٥] لكونه منكراً والبينة على المدعي واليمين على من فكر.

[٦] بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال.

[٧] خلافاً لبعض العامة^(٣).

[٨] بلا خلاف أيضاً ولا إشكال؛ للأصل بل الأصول.

(فكل ما لا ضرر في قسمته) على أحد الشركاء ولو من جهة الاحتياج إلى ردّ (يجبر الممتنع مع التماس الشريك) أو وليّه (القسمه) [١].

(ويكون) الاقتسام (بتعديل السهام) بالأجزاء إن كانت في متساويها كالأوزن أو زرعاً أو عدداً بعدد الانصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان. (والقرعة) بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام كلّ في رقعة وتضان ويؤمر من لم يطلع على الحال بإخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدراً. ولو اختلفت قسّم على أقلّ السهام، وجعل لها أول يعيّنه المتقاسمون وإلا الحاكم وتكتب أسماؤهم، لا أسماء السهام حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أولاً أخذ من الأول وأكمل نصيبه منها على الترتيب ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين وهكذا، وبذلك تتمّ القسمة من غير حاجة إلى شيء آخر من رضا بعده وغيره في قسمة الإيجاب وغيرها. بل ولا في قسمة الردّ إذا كان القاسم في الجميع منصوباً. أمّا إذا كانت من غيره ولو منصوباً منهما [ف] - قد يقال بالاحتياج إلى الرضا بعد القرعة [٢]، وقد يشكل [ذلك] [٣].

[و] إنّما الكلام في اعتبارها [= القرعة] في القسمه [٤].

[١] بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل الظاهر الاتفاق عليه. ولعلّه العمدة بعد قاعدة وجوب إبطال الحق إلى مستحقّه مع عدم الضرر والضرار.

[٢] [فذلك هو] المشهور على ما قيل^(١) الاحتياج إلى رضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الرد لاشتغالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدلّ على الرضا بذلك.

[٣] أولاً: بالاكْتفاء بالرضا بالقرعة. وثانياً: بفحوى الاكتفاء بها في قسمة الإيجاب، وفيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام، مع أنّها في الجميع كالمعاوضة التي يدعيها الخصم. وثالثاً: بما دلّ من نصوص القرعة^(٢) على كونها مميّزة للحق ومشخصة له وملزمة به. بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيّتها. وبذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة.

[٤] كما عن ظاهر كثير أو الجميع. نعم عن الأردبيلي الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهم^(٣) :
١ - لعموم تسلّط الناس على أموالهم^(٤).

٢ - ولأنّه من التجارة عن تراض.

٣ - وأكل مال الغير بطيب نفسه.

٤ - وفحوى قوله عليه السلام: «في رجلين لم يدرك كلّ منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما: لك ما عندك ولي ما عندي، لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(٥). ثمّ قال: «وإن لم يكن ملكاً فلا كلام في جواز التصرف فيه تصرف المالك مثل

(١) الحدائق ٢١: ١٧٣.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٥٩ - ٢٦٠، ٢٦٢، ١٣ من كيفية الحكم، ح ١١، ١٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١٥.

(٤) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٥) الوسائل ١٨: ٤٤٥، ب ٥ من الصلح، ح ١.

ما قيل في المعاطاة والعطايا والهدايا والتحف . واحتمال كونه حراماً لكونه بعقد باطل عمل المسلمين على خلافه ، بل على الملك^(١) . وتبعه المحدث البحراني^(٢) . وأفكر العثور على القرعة في شيء من أخبار القسمة التي ذكروها هنا ، وفي كتاب القضاء .

بل قال : ليس المقام في شيء من موارد نصوص القرعة^(٣) ، وإنما غاية ما يدل عليه بعض أخبارها - بقوله عليه السلام : « ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عز وجل إلا خرج سهم المحق »^(٤) - الرجوع إليها عند التنازع . وأما مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها . وكان الشيخ^(٥) ومن تبعه تبع العامة فيها ، وفيما ذكروه من أحكام القسمة .

بل ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة . كخبر غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقسما ما في أيديهما وأحال كل واحد منهما نصيبه « فما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب منهما »^(٦) . ومثله خبر الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام^(٧) وخبر محمد بن مسلم عن أحدهما [عليه السلام]^(٨) وصحاح معاوية بن عمار^(٩) وعبد الله بن سنان^(١٠) وخبر سليمان بن خالد^(١١) . فإن ظاهر الانقسام لما في أيديهما ذلك^(١٢) .

قلت : قد يقال : يمنع صدق الانقسام شرعاً - بعد فرض اعتبارها [= القرعة] فيه ، بناءً على ما حكاه عن الأصحاب - على المجرد عنها ، فلا دلالة حينئذٍ بما في النصوص المزبورة^(١٣) على ما ذكره ، خصوصاً بعد تعارف القرعة قديماً وحديثاً بين المتشعبة في قسمة الأموال المشتركة .

بل قد يقال : إن تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضي أن حصة الشريك كلي دائر بين مصاديق متعدّدة ، فمع فرض تراضي الشريكين مثلاً على قسمة المال نصفين ، على أن يكون نصف كل واحد منهما في النصف المقسوم ، احتيج إلى القرعة في تشخيص كل من النصفين لكل منهما . فهي حينئذٍ لإخراج المشتبه والمتردد ، وهو محل القرعة لإشكاله ، لا أن القرعة ناقل أو جزء ناقل ؛ لاستحقاق كل من المالين إلى الآخر .

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بأن المراد من إشاعة الشركة دوران حق الشريك بين مصاديقه . لا أن المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض ، وإلا لأشكل تحققها في الجزء الذي لا يتجزأ من المال المشترك .

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢١٥ ، وفيه : « ملكاً ، بدل وملكاً » .

(٢) الحدائق ٢١ : ١٧٥ .

(٣) الوسائل ٢٧ : ٢٥٩ - ٢٦٠ ، ب ١٣ من كيفية الحكم ، ح ١١ ، ١٨ .

(٤) المصدر السابق : ٢٦١ ، ح ١٣ .

(٥) المبسوط ٨ : ١٤٨ .

(٦) التهذيب ٦ : ١٩٥ ، ح ٤٣٠ . الوسائل ١٩ : ١٢ ، ب ٦ من الشركة ، ذيل الحديث ١ ، مع اختلاف .

(٧) التهذيب ٧ : ١٨٥ ، ح ٨١٨ . الوسائل ١٩ : ١٢ ، ب ٦ من الشركة ، ذيل الحديث ١ .

(٨) التهذيب ٧ : ١٨٦ ، ح ٨١٩ . الوسائل ١٩ : ١٢ ، ب ٦ من الشركة ، ذيل الحديث ١ .

(٩) التهذيب ٧ : ١٨٦ ، ح ٨٢٠ . الوسائل ١٩ : ١٢ ، ب ٦ من الشركة ، ذيل الحديث ١ .

(١٠) الوسائل ١٩ : ١٢ - ١٣ ، ب ٦ من الشركة ، ح ٢ .

(١١) الوسائل ١٨ : ٣٧١ ، ب ٢٩ من الدين والقرض ، ح ١ .

(١٢) انظر الحدائق ٢١ : ١٧٤ - ١٧٦ .

(١٣) الوسائل ١٩ : ١٢ ، ب ٦ من الشركة ، ح ٢١ .

و[المتجه] [١] اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام، ورضا الشريكين مثلاً في تعيين كلّي مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج [٢].

[١] [كما] بذلك يتّجه [ذلك].

[٢] ضرورة كونه حينئذٍ من مواردها، بل لا يتحقق الاقتسام بدونها؛ لعدم كون المدار فيه رضاهما بأن ما له من الحق فيما في يد شريكه هو عوض ما في يده، كي تكون من قبيل المعاوضات، وإلا لم يعتبر فيها تعديل السهام «لنسلط الناس على أموالها»^(١). مع أنّ فاقده [= تعديل السهام] ليس من القسمة شرعاً قطعاً، ولأنّ شكل أيضاً قسمة الوقف من الطلق، وإلا لكانت بعض أجزاء الوقف طلقاً، والطلق وقفاً.

على أنّ هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجة في عقد من العقود المملكة، كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الآخر، فضلاً عن لزومه.

وليس في القسمة عموم أو إطلاق يقتضي ذلك كي يكون حينئذٍ أمراً مستقلاً برأسها، بخلافه على ما ذكرنا [من اعتبار القرعة] فإنه غير محتاج إلى شيء من ذلك؛ ضرورة الاكتفاء برضاها في تخصيص المصداق، والقرعة لاستخراج خصوص ما لكل منهما من المصداق المتردد واقعاً، فتكتفّ حينئذٍ عن كون حقّه في الواقع ذلك، ولو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه. ولا يحتاج بعد إلى عموم أو عقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم، فنأمل جيّداً، فإنه دقيق نافع. أو يقال: إنّ القرعة مشروعة للتعيين، كما شرّع قبض المستحق من المستحق عليه في الدين مثلاً كذلك.

أو يقال: إنّ ملك الكلّي في الشركة وغيرها يتحقق في مصداق من مصاديقه في علم الله تعالى شأنه؛ لعدم تصوّر حصول صفة الملك بناءً على أنّها كالمصداق الخارجة في الكلّي الذي لا وجود له إلا بوجود أفراد، أو وجوده عين وجود أفراد؛ ضرورة عدم قيام العرض إلا بجوهر، كضرورة عدم تحقق الملك في فرد غير معيّن في علم الله تعالى.

وذلك لا ينافي إجراء حكم الشركة ظاهراً على الأفراد، كما لا ينافي شرعيّة القرعة لإخراجها، سواء انطبقت عليه أو لا؛ إذ هي ميزان من الموازين الشرعيّة في الظاهر.

نعم لو قلنا بأنّ الملك والكلّيّة ونحوهما من الأمور التي جعلت عنواناً في الشرع وليس لها وجود حقيقة، ولا مشخصات كذلك لم يتّجه حينئذٍ ما ذكرناه، ويتعيّن ما قلناه سابقاً من التعيين بالقرعة، والله العالم. ومع الإغضاء عن ذلك كلّهُ يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الأصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعاً. مؤيداً بتعارف ذلك بين عوام المتشرّعة، فضلاً عن خواصهم.

بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة.

ولا أقل من أن تكون القرعة كالعقد في اللزوم وفاقدها كالمعاطاة، نحو ما سمعته من الأردبيلي^(٢). وأمّا احتمال عدم اعتبارها أصلاً وأنّ التراضي كافٍ في الانتقال واللزوم فلا ينبغي الإصغاء إليه بوجه من الوجوه.

هذا كلّهُ بناءً على ما حكاه عنهم، وإلا فقد يقال: إنّ مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي؛ لأنّها العدل بينهما.

[ويعتبر القرعة حال عدم التراضي].

[و] أمّا مع فرض التراضي منهما فلا بأس [بالقسمة بدون القرعة] كما يؤمّن إليه قول المصنّف: (أمّا لو أراد أحد الشركاء التخيير^(١) فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها) [١].

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه.

وحاصل البحث فيه أنّك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كلّ ما لا ضرر فيها على أحدهما [٢].

(وكلّ ما في) قسمته (به ضرر) عليهما (كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة) [٣].

وعلى كلّ حال فما كان نحو ذلك (لا يجوز قسمته) بمعنى أنّه لا يجبر الممتنع عنها [٤]، ولكن في المتن هنا

[١] ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها [= بدون القرعة].

وأنّ الفرق بينها وبين الأولى جبر الممتنع عنها دونها.

وأصرّح منه ما في اللّعة في القسمة في القضاء: «وإذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كلّ واحد بسهم لزم، وإلا أقرع»^(٢).

وفي الروضة في شرحها: «لزم من غير قرعة؛ لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتميّز الحق، ولا فرق بين قسمة الرّد وغيرها، وإلا يتفقا على الاختصاص أقرع»^(٣).

وهو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة إلا حال عدم التراضي.

والمحدث البحراني قد صرّح باعتبار القرعة حينئذٍ، وعدمها مع التراضي^(٤). وهو عين ما سمعته منهم، فما أدري أين محل إكباره؟!

نعم قد يناقش في أصل الاكتفاء بالرضا في اللزوم بما ذكرناه أوّلًا، وتسمع إن شاء الله تمام البحث في ذلك وغيره في كتاب القضاء.

[٢] لما سمعت.

[٣] قال في الصحاح: «أعضاد كلّ شيء ما يشيد حواليه من البناء وغيره، كأعضاء الحوض، وهي حجارة تنصب حول شفيره. وكذلك عضادات الباب: وهما خشبته من جانبيه»^(٥).

[٤] ١ - لقاعدة نفي الضرر والضرار^(٦).

٢ - والنهي عن السرف والتبذير^(٧).

٣ - وتلف المال في غير الغرض الصحيح.

(١) في الشرائع المحقق: «التميّز».

(٢) اللّعة: ٩٣.

(٣) الروضة ٣: ١١٧.

(٥) الصحاح ٢: ٥٠٩.

(٤) الحدائق ٢١: ١٧٤ - ١٧٥.

(٧) الأغراف: ٣١.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ - ٥.

لا يجوز (ولو اتفق الشركاء على القسمة) ومقتضاء عدم المشروعية أصلاً [١]، [وهو غير صحيح].
ثم إن الظاهر [٢] عدم وجوب الإجابة إلى المهاية أي قسمة المنفعة بالأجزاء أو بالزمان، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين [٣]، هذا.

[و] لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أجره [٤]. ولعل ذلك من السياسات، بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه. وحينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك، فله

[١] وفيه: أنه منافع لقاعدة «تسلط الناس على أموالها»^(١).

والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح.

على أنه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة: بنقص القيمة، لا خروج المال عن الانتفاع^(٢).

ولا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه وإن استلزم نقصاً فاحشاً في المال.

وأيضاً فالإثم بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعاً.

كل ذلك مع أنه منافع لما قيل: من وجوب الإجابة [في القسمة] فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصة، وكان الطالب لها المتضرر.

قال في الدروس: «ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس»^(٣).

لكن قال: «وفي المبسوط: لا يجبر أحدهما بتضرر الطالب، وهذا حسن إن فسر التضرر بعدم الانتفاع، وإن فسر بنقص القيمة فالأول أحسن»^(٤).

وكأنه لحظ إمكان فرض الغرض الراجع للسفه على تقدير التفسير بالنقص، بخلافه على الآخر.

[٢] [وهو] ما صرح به في الدروس واللمعة والروضة^(٥) وغيرها من [عدم ذلك].

[٣] بل في الأخير سواء كان ممّا يصحّ قسمته إجباراً أم لا، وأنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها فيجوز لكلّ منهما فسخا. وحينئذ فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو كان عليه أجره حصّة الشريك^(٦).

ولو رجع بعد استيفاء كلّ منهما مذته فلا شيء له، إلّا مع التراضي كما في كشف اللثام^(٧). وظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاة، وصيرورتها كالمقاولة الوعدية.

إلا أنه لا يخلو من نظر في الجملة.

[٤] جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف، وجبراً للضرر، كما صرح به في الدروس^(٨).

(١) الجار ٢: ٢٧٢، ح ٧. (٢) الشرائع ٤: ١٠١.

(٣) الدروس ٢: ١١٨.

(٤) (٨) الدروس ٢: ١١٩.

(٥) الدروس ٢: ١١٩. اللمعة: ٩٣. الروضة ٣: ١١٦.

(٦) الروضة ٣: ١١٦.

(٧) كشف اللثام ١٠: ١٦٤.

حينئذ يبيعه عليهم، مع كونه مقتضاها [١]. أما مع قطع النظر عنها فالمتجه [٢] عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهياة [٣].

وعلى كل حال فـ [غني تفسير الضرر المانع من الاجبار على القسمة أقوال] [٤].

[والمتمعن تفسيره بنقصان العين أو القيمة، نقصاناً لا يتسامح فيه].

ولو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة والآخر بعدمها فزع إلى الترجيح، ومع فرض التساوي إلى القرعة. هذا كله في الضرر الناشئ من حيث كونها كذلك.

أما الضرر الخارج عنها [= عن القسمة] المترتب على حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان.

والمتموّل للجبر في مقامه الحاكم أو أمينه بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره. ولو تعذر الجبر قسم

الحاكم، بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه كما ذكرناه في نظائره.

بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة، خصوصاً مع تضرره بعدمها [٥].

[١] كما عن بعض العامة من كون ذلك وجهاً^(١).

[٢] [ك] كما صرح به بعضهم من [عدم ذلك].

[٣] لأصلي:

١ - عدم الوجوب.

٢ - وعدم صحة البيع عليهم.

[٤] [ف] قد ذكروا في الضرر المانع من الإيجار على القسمة أقوالاً ثلاثة^(٢):

أولها: أنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة نقصاناً لا يتسامح فيه عادة؛ لأن فوات المالية منطوق الضرر في الأموال، فيندرج

حينئذ في قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(٣). مؤيدة بأصالة عدم القسمة الشرعية السالمة عن معارضة إطلاق أو عموم تقتضيها. وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له.

ثانيها: أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلاً.

ثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به في السكنى، وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك. ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث؛ ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر^(٤) والضرار الأعم من أولهما، وقاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له ما ينافي ثانيهما. فتعين حينئذ تفسيره بالأول.

[٥] بل ربما احتمل أو قيل بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له، وإرادة قبض حقه، فيؤني الشريك حينئذ القسمة مع الغاصب، وتكون قسمة. لكنه كما ترى، وقد تقدم لنا سابقاً البحث في ذلك.

(٢) راجع التفصيل في الأقوال مفتاح الكرامة ١٠: ١٩١-١٩٢.

(١) انظر المعنى (الابن قدامة) ٥: ٤٩، ٤٩٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣-٥.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣-٥.

(و) كيف كان فـ [عند قال المصنف:] (لا يقسم الوقف) وإن كان مشتركاً بين أربابه [١] (لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين و) لا ولاية للمتولي على ذلك. نعم (لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صحّ قسمته؛ لأنه تمييز^(١) للوقف عن غيره) [٢].

فالتحقيق أنّ الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة وكثرة ونحو ذلك لم يجز قسمته.

أما إذا لم يكن كذلك كما في المثال بل وفيما لو اتحد الواقف وتعدّد المصرف - مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذريته والآخر على عمرو وذريته - لم يكن بأس في قسمته.

إلا أنّ المتولّي لها الحاضرون من الموقوف عليهم و وليّ البطون [٣]، بل قد يقال بجواز القسمة في مقام

[١] بلا خلاف أجده فيه.

[٢] وظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدّد الواقف واتحاده، وتعدّد المصرف واتحاده، كما صرح به في الدروس قال: « ويجوز قسمة الوقف من الطلق لا الوقف، وإن تعدد الواقف والمصرف »^(٧). بل في القواعد: « ولا يصحّ قسمة الوقف؛ لعدم انحصار المستحق في القاسم، وإن تغاير الواقف »^(٣) أي مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كأن يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصّته على زيد وأولاده، والآخر حصّته عليهم، أو على عمرو وأولاده، لكن في الحدائق الموافقة على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه، سواء تعدد الواقف أو اتحد قال: « وأما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركة بين زيد وعمرو نصفين مثلاً فوقف زيد نصفه على ذريته وعمرو نصفه على ذريته فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف بأن يميّز أحد النصفين عن الآخر، كما يميّز الوقف عن الطلق »^(٤). وقد سبقه إلى ذلك الفاضل في محكي التحرير، قال: « ولو قيل: بقسمة الوقف بعضه من بعض مطلقاً أمكن؛ إذ القسمة ليست بيعاً. والأقرب عدم جوازها؛ إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف، ولا يلزمه ما فعل البطن الأول. ولو تعدد الواقف والموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة »^(٥) انتهى. وفيه: أنّ المانع أيضاً متحقق، وهو عدم انحصار الحق في الحاضرين، وعدم ثبوت ولاية المتولّي على المعدومين بالنسبة إلى ذلك. لكنّ الإنصاف أنّ ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطلق، باعتبار عدم انحصار الحق في القاسمين مع ذي الطلق. واحتمال أنّ القاسم معه الواقف - مع أنّ مثله يأتي في الفرض - يدفعه خروج المال عن ملكه بالوقف، فلا حق له حينئذ كما لو باعه.

[٣] وليس ذلك مقتضياً لدخول بعض أجزاء كلّ نصف في الآخر، وإلاّ لاقضى ذلك في الطلق والوقف، وإنما هي تمييز أو أنّ نحو ذلك يغتفر فيها. وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في الدروس. وأما إطلاق المصنّف [عدم الجواز] ونحوه فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من الصورة.

(٢) الدروس ٢: ١١٨.

(٤) الحدائق ١٢: ١٧٧.

(١) في الشرائع: يميّز.

(٣) القواعد ٣: ٤٦٢.

(٥) التحرير ٥: ٢٢٣.

يجوز البيع ؛ ضرورة أولويتها منه [١] .

ثم إن الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق ، وإن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه ، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وفقاً أو ملكاً ؟ وجهان : أقواهما الثاني .

نعم لو كان الردّ عوض وصف كالجودة والرداءة أتجه كونه حينئذٍ وفقاً [٢] . ويأتي إن شاء الله الكلام في غير ذلك من أحكام القسمة [٣] .

الفصل (الثالث : في لواحق هذا الباب) .

[لواحق مال الشركة]:

(وهي مسائل)

[حكم لو دفع إنسان دابةً وآخر راويةً للسقاء على الاشتراك في الحصول]:

(الأول: لو دفع إنسان دابةً) مثلاً (وآخر راويةً إلى سقاء على الاشتراك في الحصول لم تنعقد الشركة) قطعاً [٤] -[قال المصنف: (كان ما يحصل) حينئذٍ (للسقاء وعليه أجرة مثل الدابة والراوية) [٥] .

وعلى كلّ حال فتحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الآتية وما شابها من المسائل مبني على التحقيق

[١] قال في التحرير: « ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز ، كما أجزنا البيع حينئذٍ »^(١) .

[٢] كما صرح به في القواعد وغيرها قال: « ولو كان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف وإن اتحد المالك . ولو تضمنت ردّاً جاز من صاحب الوقف خاصة ، فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف »^(٢) ، والله العالم .

[٣] فإن المصنف وغيره قد أطنبوا فيها في كتاب القضاء ، والله المؤيد والمسدّد .

[٤] لأنّها مركّبة من شركة الأبدان والأموال مع عدم المزج ، والكلّ باطل .

(و) في محكي المبسوط: « ولا يمكن أن يكون إجارة ؛ لأنّ الأجرة فيها غير معلومة »^(٣) .

[٥] وقيل: إنهم يقسمون أثلاثاً ، ويكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثاً أجرة ماله ونفسه ، ويسقط الثلث ؛ لأنّ ثلث النفع حصل له . وفي الناس من حمل الوجه الأوّل على أنّه إذا كان السقاء يأخذ الماء من ملكه . والثاني على أنّه إذا أخذه من ماء مباح ، وهذا ليس شيء ؛ لأنّه إذا أخذه من موضع مباح فقد ملكه . والوجهان قريبان ، ويكون الأوّل على وجه الصلح ، والثاني مرّ فيه الحكم^(٤) . بل في المختلف: « أنّ ما قرّبه الشيخ قريب »^(٥) .

قلت: ولعلّ مراد الشيخ أنّه يمكن أن يكون الأوّل على وجه الصلح إذا أراد ، أمّا مع عدمها فمرّ الحكم فيه . [و] الثاني الذي هو

الموافق للضوابط .

(٢) القواعد ٣: ٤٦٢ .

(١) التحرير ٥: ٢٢٣ .

(٣) المبسوط ٢: ٣٤٦ .

(٤) نقله في المبسوط ٢: ٣٤٦ ، ولكن فيه: إنّهما ينتسمان ... منهما على صاحبه .

(٥) المختلف ٦: ٢٣٨ .

في أن الوكالة في حيازة المباحات جائزة أو لا ؟ الظاهر الأول [١] .

وحينئذٍ فصاحب الراوية والدابة إن كانا قد وكلّا السقاء في الحيازة لهما أو أمراه بذلك مثلاً وقد حازه بئيهما مع نفسه أتجه حينئذٍ شركة الجميع بالماء ، وكان لكلّ منهم ثلثا الأجرة على الآخرين ، فإن تساوت لم يرجع أحدهم على الآخر بشيء ، وإلا رجع بالتفاوت . فلو فرض كون الماء مثلاً ببيع بأربعة وعشرين وكان أجرة مثل السقاء خمسة عشر والدابة اثني عشر والقربة ثلاثة كان للسقاء منها ثلاثة عشر ، ولصاحب الدابة عشرة ، ولصاحب القربة واحد . وربما تكون أجرة المثل أزيد من الحاصل [٢] .

وإن لم يكن ثمّ توكيل وقد حازه بنية الجميع ولم نقل بجريان الفضولية في نحوه أو لم تحصل الإجازة أشكل ملكه له أيضاً بناءً على اعتبار نية الملك في الحيازة [٣] . بل حينئذٍ هو باقٍ على الإباحة الأصلية يملكه إذا جدّد النية . نعم لو قلنا بالملك بها قهراً حتى مع نية الملك للغير التي فرضناها أتجه حينئذٍ كونه ملكاً له [٤] . وكيف كان فلو دفع إليه دابة مثلاً ليحمل عليه مال غيره مثلاً بالأجرة والحاصل لهما فالشركة باطلة قطعاً لما عرفت ، لكن إن كان العامل قد أجر الدابة فلأجر لمالكها [٥] .

[١] خلافاً لما سمعته من المصنّف في كتاب الوكالة ، ومن أنّ التملك بالحيازة مفتقر إلى نية الملك بها أو إلى عدم نية عدم الملك ، أو كونه للغير كما تسمع البحث فيه إن شاء الله .

[٢] ولذا احتمل بعض أنّ له أقلّ الأمرين من الحصّة وأجرة المثل^(١) ، إلا أنه كما ترى .

[٣] ضرورة كون الفرض نية الملك للغير معه ، فضلاً عن نية التملك .

[٤] ومن ذلك يظهر لك ما في إطلاق المصنّف الذي تبعه عليه الفاضل في القواعد^(٢) ، خصوصاً مع تردّد الآتي ، ولذا ناقشه الكرّكي^(٣) بنحو ذلك .

[٥] كما في القواعد وجامع المقاصد^(٤) ، وفي الأخير وعليه أجرة مثل العامل ، وإن كان الحاصل يفي بأجرة مثل الدابة والعامل فذاك ، وإن قصر تحاصلاً كلّ على قدر أجرة مثله ، سواء كان ذلك بسؤال العامل ، أو سؤال المالك ، أو سؤالهما^(٥) .

وفي القواعد : « تحاصلاً إن كان بسؤال العامل ، وإلا فالجميع »^(٦) . وعن الشهيد احتمال وجوب أقلّ الأمرين من الحصّة المشروطة ، والحاصلة بالتحصّل ، و وجوب الأقلّ إن كان بسؤال العامل والأكثر إن كان بسؤال المالك^(٧) . لكن لا يخفى عليك قوة ما ذكرناه أولاً ؛ لأنّ الفرض حصول الرضا منهما معاً بذلك ، سواء كان بسؤال المالك أو العامل أو سؤالهما معاً . نعم قد يشكل الحكم بأنّ الأجرة لمالك الدابة ، مع أنّه لم يصدر منه إلا الإذن بتلك المعاملة الفاسدة ، فينبغي حينئذٍ أن تكون إجارتها من الفضولي . اللهم إلا أن يقال بالاكتفاء بهذه الإذن ، كما تسمع نظيره في القراض .

(١) انظر مفتاح الكرامة ٧ : ٤١٨ . (٢) القواعد ٢ : ٣٢٩ .

(٣) جامع المقاصد ٨ : ٤١ - ٤٥ . (٤) القواعد ٢ : ٣٢٩ . انظر جامع المقاصد ٨ : ٤٢ .

(٥) جامع المقاصد ٨ : ٤٢ نقلاً بالمعنى . (٦) القواعد ٢ : ٣٢٩ .

(٧) نقله في جامع المقاصد ٨ : ٤٣ .

هذا كله إذا أجر عين الدابة .

أما إذا تقبل حمل شيء في ذمته ثم استعمل الدابة فيه فـ [خيل] الأجرة المسماة حينئذٍ له وعليه أجرة المثل للدابة بالغة ما بلغت ؟ [١]

[ويمكن صحة المسألة على الضوابط].

وحينئذٍ يكون المسمى المقابل لمنفعة الدابة وعمل العامل لهما معاً يقسم فيما بينهما على حسب أجرة مثلها، كما لو استؤجرا مثلاً على هذا الوجه .

أما لو فرض وقوع ذلك على وجه الشركة الباطلة فلا وجه لاختصاص المالك بأجرة الدابة المفروض كونها في مقابل الدابة والعمل .

كما لا وجه للتخاص في الحاصل [٢] .

فالتحقيق الرجوع في المسألة ونظائرها إلى ما تقتضيه القواعد العامة [٣] .

ولو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم فلا ريب في بطلان الشركة .

ثم إن كان عقد أجرة طحن الطعام من واحد ولم يذكر أصحابه حتى في النية فـ [سقد قيل :] [٤] الأجرة المسمى له ، وعليه أجرة المثل لأصحابه .

وإن نواهم أو ذكرهم على وجه التزوما بطحنه أرباعاً فالأجر بينهم أرباعاً ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه ربع أجرة مثله [٥] .

نعم لو استأجر الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا الطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم ، لكل واحد من المسمى بقدر حصته ، نحو ما لو باع المالين مثلاً لرجلين بثمن واحد .

[١] كما في القواعد وجامع المقاصد^(١) .

بل في الأخير : ولو أجر نفسه للحمل على هذه الدابة بكذا اتجه أن يكون الأجرة المسماة له ، ولمالك الدابة أجرة المثل ، فتأمل ، فإنه قد يجري بعض الكلام السابق أو جميعه هنا . كما أنه لا يخفى عليك الإشكال في أصل المسألة ؛ ضرورة إمكان صحتها على الضوابط ، وإن زعما حصول الشركة العنانية بذلك فإنه زعم خارج .

[٢] ضرورة ثبوت أجرة المثل في الذمة على المستوفي ، لا في خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعاملة الفاسدة .

[٣] التي منها يعلم أيضاً ما ذكره في الجامع أخيراً .

[٤] [قاله] في القواعد وجامع المقاصد^(٢) .

[٥] إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا ، فإن الأجر بينهم أرباعاً ؛ لأن كل واحد منهم لزمه طحن رבעه برع الأجرة ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد برع أجرة مثل العمل الصادر منه أو من دابته ومنفعة دكانه .

لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقاً من الفضولية .

بل وجريان بعض ما ذكروه من الكلام السابق من التحاّص في المسمّى ونحوه .

إلا أن تفصيل الكلام في ذلك محتاج إلى إطناب تام لا يسعه المقام ، وإن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد

الفقه العامة المحيط بما أسلفنا وما يأتي لنا [١] .

[حكم ما لو حاش صيداً أو احتطب ناوياً أنّهما له ولغيره]:

المسألة (الثانية): وهي ما (لو حاش صيداً أو احتطب أو احتشّ بنية أنّه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان ما

جمعه^(١) له خاصّة) [٢] [إن لم يكن وكيلاً للغير، ولا تؤثر الملك للغير] .

ولكن من الغريب ذلك منه مع قوله متصلاً به (وهل يفتر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك؟ قيل: لا ،

وفيه تردّد) [٣] .

اللهم إلا أن يقال: المعتبر في الحيابة من النية - على القول بها - نية أصل الملك ، بمعنى عدم كون الحيابة

لغرض آخر غير أصل الملك . ولا ريب في أن نية أصل الملك متحققة فيما نحن فيه .

وإنما فقد كونه له باعتبار فرض كون القصد له ولغيره ، فلا ينافي حينئذ الجزم بالملك التردّد في اعتبار

النية [٤] .

[١] وكيف كان فمما ذكرناه سابقاً يظهر لك الحال فيما ذكره المصنّف في [المسألة الثانية ...] .

[٢] ضرورة أنّك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل ، بل الإجارة في عدم تأثير النية ، وإلا [لو كان وكيلاً أو أجيراً] كان تأثيرها الملك

للغير .

ويمكن أن يكون المصنّف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك الوكالة .

نعم جزمه بأن ما جمعه له خاصّة مبني على ما سمعت من أنّ المباح يملك بمجرد الحيابة ، ولا عبرة بالنية وإن كانت للغير .

[٣] ونحوه وقع للفاضل في القواعد^(٢) .

[٤] ضرورة كون المحوز له على التقديرين .

أما على القول بكونها من السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح .

وأما على الثاني فالنتيجة لأصل الملك محققة ، وإن لم يقع للغير ؛ لعدم التوكيل والإجارة ، أو لعدم مشروعيتهما .

وكيف كان فقد قيل^(٣) في وجه التردّد من أنّ اليد والسلطنة سبب في الملك ، ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف

على أمر آخر ، ولأنّ الحيابة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالإتفاق ؛ لأنّ أقصى ما يقول المشتري للنية : إنها سبب

ناقص ، فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق ، واشتراط النية لا دليل عليه ، فينفى بالأصل » .

ومعارضة ذلك - بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنية - تقتضي تساقطهما ، فيبقى سببها اليد من غير معارض .

« ومن أنه قد تكرر في فتوى الأصحاب أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ، ولا يجب دفعه إلى البائع » .

وأيد الأول في جامع المقاصد بأنه « لو اشترطت [النية] في حصول الملك لم يصح البيع قبلها ، لانقضاء الملك ، والثاني معلوم بالظن ؛ لإطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النية ، حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع أو استنقاذ لعدم نية الملك لا يلتفت إلى قول من يدعي الاستنقاذ »^(١) .

ثم حكى^(٢) عن فخر المحققين أنه أورد ذلك على والده العلامة ، فأجاب عنه بأن إرادة البيع تستلزم نية التملك . واعترضه بأنه إنما يتم في من حاز وتولى هو البيع ، أما إذا تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوض إليه جميع أموره التي منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع السؤال .

قال : « ويرد عليه أيضاً أن حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره يجب أن لا تثمر ملكاً جزماً ؛ لعدم العلم بالنية وعدم الاعتداد بأخبارهما ، خصوصاً المجنون . ولو خلف ميت تركه فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل ولم يعلم نية التملك لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصية ، والأصح عدم اشتراطها »^(٣) .

قلت : لا يخفى عليك ما في جميع هذا الكلام ؛ ضرورة أن الوجه الأول من التردد إن أريد به أن السلطنة واليد فيما نحن فيه سبب في الملك كان مصادرة محضة ، وإن أريد به أن ذلك سبب في الحكم بالملك ، كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجاً عما نحن فيه . وذلك لأن الحكم بملكية ما في اليد لسبب من أسبابها لا يقتضي كونها هي نفسها سبباً ، وهو محل البحث .

وتعارض الأصلين - بعد تسليم كون الأول منهما أصلاً معتدلاً به - وإن اقتضى تساقطهما ، لكن دعوى بقاء سببية اليد بحالها لا معارض لها واضحة الفساد ؛ لعدم دليل يقتضي ذلك على وجه يجدي فيما نحن فيه .

وأما الوجه الثاني فيمكن المناقشة فيه أولاً : بمنع أن ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءاً لها ولا كالجاء مثل غذائها يعد محوزاً بحيازتها .

ولو سلم فاقضى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيازة ، أو الشعور به ولو تبعاً ، أما نية التملك فلا . وأما التأيد ففيه أن إطباق الناس الذي ذكره إنما يفيد الحكم بملكية ما في اليد ؛ لحصول سببه ، لا أنه يقتضي كونها سبباً في الملك وإن علمنا تجرده عن النية .

ومنه يعلم ما في مناقشته بما لو خلف ميت تركه إلى آخره ، بل وبما ذكره من الصبي والمجنون ، باعتبار إمكان الحكم بملكية ما في أيديهما أيضاً من غير حاجة إلى إخبارهما .

والمراد بنية التملك عند القائل بها هي القصد بالحيازة دخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية ، فيتبعها الملك الشرعي .

(١) جامع المقاصد ٨ : ٥٠ - ٥١ ، وفيه : « والثاني » بدل « والثاني » .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٥١ .

(٣) جامع المقاصد ٨ : ٥١ ، وفيه : « ما ذكره » بدل « ما ذكره » .

بل قد يقال: إنَّ المباحات هي ملك لكافة الناس؛ لقوله تعالى: ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ ﴾^(١).

والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصية نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكاة المملوكة جنساً لجنس الفقراء.

وحينئذٍ فالمراد بفاقد النية غير المقصود بالحيازة للإدخال تحت الحوزة والسلطنة، كمن حوّل تراباً عن طريق أو حجراً ونحو ذلك مريداً التمكن من عبوره، أو قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد السكنى فيه، ونحو ذلك ممّا لا يريد إدخاله تحت حوزته، فإنّه بذلك لا يدخل في ملكه، ولا يمنع من أخذه، ولا يخرج عن أصل الإباحة.

وكذا من حفر بئراً في المباح لمجرد الارتفاق.

كما عن الشيخ المحكي عنه اعتبار النية، قال في باب إحياء الموات من المبسوط: «إذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً يشربوا منها ويسقوا غنهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ولم يقصدوا الملك بالإحياء فإنهم لا يملكونها بالإحياء؛ لأنّ المحيي إنّما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه»^(٢).

وهو كالصريح فيما ذكرناه من نية التملك، بل يمكن من ذلك أن يكون النزاع لفظياً.

فإنّ القائل بعدم اعتبارها إنّما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة، وإدخال المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفية، لا أنّه يقول بالملك قهراً كالأثر، وإن لم يقصد بالحيازة ذلك؛ ضرورة عدم كون ذلك حيازة عند التحقيق.

وحينئذٍ يتجه حصول أثرها في المجنون والصبي المميّز مع فرض حصول قصدتها منهما، كما صرح به بعضهم^(٣)، بل ظاهر الفخر^(٤) وغيره المقرّوية منه، بل هو مقتضى السيرة والطريقة سيّما في الصبي.

وبذلك ونحوه يتّضح ما يقتضي ترتّب الملك بها على ما دلّ على عدمه من قوله عليه السلام: «لا يجوز أمره»^(٥).

ونحوه ممّا يقتضي سلب المجنون والصبي عن التملك الاختباري، ولو بالأفعال التي منها الحيازة والالتقاط.

وبالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الأعيان منهم الكركي وغيره.

بل لو قلنا بعدم لفظية النزاع كان وجه التردد في المتن وغيره دعوى ظهور قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»^(٦) الذي

هو كالقول: بأنّ «من حاز شيئاً فهو له» في الملكية قهراً، وأنّه من باب الأسباب، فلا تعتبر النية.

ومن كون المراد بذلك القصد بالإحياء والحيازة إلى دخول المحوز تحت الحوزة والسلطنة، بل لا يعدّ غيره حيازة فاعتبرت

النية بهذا المعنى.

ولعلّ الأقوى ذلك.

(١) البقرة: ٢٩.

(٢) المبسوط ٣: ٢٨١.

(٣) انظر المسالك ٤: ٣٢٦. مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٢.

(٤) انظر الإيضاح ٢: ٣٠٣.

(٥) الوسائل ١٨: ٤١١، ٢ من الحجر، ح ١.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤١٢، ب ١ من إحياء الموات، ح ٥، ٦، ٤١٣، ب ٢، ح ١.

الشركة / بيع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض فادعى المشتري تسليم الثمن ٥٨١

[ولعلّ الأتقى اعتبار نيّة التملّك بمعنى القصد بالإحياء والحياة إلى دخول المحوز تحت الحوزة والسلطنة].

كما أنّ الأتقى عدم اعتبارها إن أريد بها إنشاء قصد التملّك [١].

[حكم ما لو كان بينهما مال بالسوية فأذن أحدهما لصاحبه بالتصرف]:

المسألة (الثالثة: لو كان بينهما مال بالسوية فأذن أحدهما) خاصّة (لصاحبه في التصرف) بالمال المشترك (على أن يكون الربح بينهما نصفيين لم يكن قراضاً؛ لأنّه لا شركة للعامل في مكسب مال الأمر) وهو حقيقة القراض [٢]. (ولا شركة) اصطلاحية (وإن حصل الامتزاج) في المال [٣]، (بل) لا (يكون) المال في يد العامل إلاّ (بضاعة) [٤].

[شراء أحد الشريكين متاعاً فادعى الآخر أنّه لهما وأنكر]:

المسألة (الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً فادعى الآخر أنّه اشتراه لهما وأنكر) فلا إشكال [٥] (ف) أي أنّ (القول قول المشتري مع يمينه لأنّه أبصر بنيته). (و) كذا (لو ادّعى أنّه اشترى لهما فأنكر الشريك ف) إنّ (القول أيضاً قوله) يمينه (لمثل ما قلناه) من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه أميناً. بل لو ادّعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة مثلاً أمكن تقديم قوله [٦]. نعم لو قال: كان مال الشركة وخلص لي بالقسمة كان القول قول الآخر في إنكار القسمة بيمينه، كما هو واضح.

[بيع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض فادعى المشتري تسليم الثمن]:

المسألة (الخامسة: لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في) البيع (والقبض) للثمن عن صاحبه (فادعى^(١) المشتري تسليم الثمن) أجمع (إلى البائع) الذي هو الوكيل (وصدّقه الشريك) الموكل (برئ المشتري من

[١] الذي يمكن دعوى السيرة، بل الضرورة على خلافه.

وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في محلّه إن شاء الله، فإنّ البحث عن ذلك إنّما ذكر استطراداً، والله العالم المؤيد.

[٢] إذ المفروض كون المال بينهما نصفيين، فنصف الربح الذي يستحقّه إنّما هو لكونه شريكاً في المال.

ولا شيء له من الربح زائداً على ذلك في مال الأمر كي يكون قراضاً.

[٣] لعدم كون العمل منهما.

[٤] وذلك لأنّ حصّة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل. قال في الصحاح: «البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة، تقول: أبضعت واستبضعت: أي جعلته بضاعة، وفي المثل كمستبضع تمرّاً إلى هجر»^(٢). وبنحو ذلك صرح في القواعد^(٣). لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة. وقد عرفت البحث [من الاكتفاء بهذه الإذن] فيه سابقاً، كما أنّك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين، والله العالم.

[٥] [كما] ولا خلاف [فيه].

[٦] لأنّ الاختلاف في فعله، ولأنّ ظاهر يده يقتضي الملك.

حقه قطعاً [١] .

بل لو وقعت الدعوى بين المشتري (و) البائع (قبلت شهادته) أي الشريك المصدق - إذا كان عدلاً - (على القابض في النصف الآخر) الرجاع إليه (وهو حصّة البائع لارتفاع التهمة) بجر النفع إليه (عنه في ذلك القدر) إليه . لكن إذا كانت شهادته التي أداها بوصول حقه إليه .

أمّا إذا كانت بوصول جميع الثمن إليه ، والفرض عدم قبولها بما يرجع إليه [٢] [فهل يمكن قبولها ؟ لنا فيه نظر] .

نعم لو تقدّمت خصومة الشريك مع شريكه البائع على الخصومة بينه وبين المشتري أمكن حينئذٍ ردّها للخصومة حينئذٍ ، بناءً على قدحها في الشهادة .

وبهذا يظهر لك أنّ هنا خصومتين :

إحدهما : بين البائع والمشتري ، والثانية : بين الشريكين .

فإن تقدّمت الأولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فادّعى الأداء وأقام البيّنة - ولو كان أحد أجزائها الشريك المقرّر على الوجه الذي عرفت - برئ من الحقّق بالإقرار والبيّنة ، وإن لم تكن له بيّنة حلف البائع أنّه لم يقبض ، فيستحق أخذ نصيبه ، ولا يشاركه فيه الآذن [٣] .

فإن نكل عن اليمين ردّت على المشتري ، فإذا حلف أنّه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة ، فإن نكل ألزم بنصيب البائع فقط [٤] .

ثمّ إن كان المشتري قد أقام البيّنة بإقباضه البائع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصّته قطعاً .

أمّا إذا كان ذلك بشاهد ويمين أو باليمين المردودة فلا ، وإن قلنا : إنّها كاليّنة [٥] .

نعم للشريك حينئذٍ إحلاف البائع على عدم قبض حصته ، فإن نكل حلف الآذن اليمين المردودة وأخذ منه .

[١] لاعترافه بالوصول إلى وكيله على القبض وهو الشريك البائع .

[٢] لكونه مدّعياً صرفاً ، ولجّز النفع إليه في ذلك أمكن عدم قبولها أيضاً في حقّ البائع بناءً على أنّ الشهادة متى ردّت في البعض ردّت في غيره .

وإن كان لنا فيه نظر ، بل ظاهر الفاضل في قواعده ^(١) القبول ، بل لعلّه ظاهر المتن هنا أيضاً ، لولا قوله فيما يأتي ^(٢) : « والمنع في المسألتين أشبه » .

[٣] لأنّ إقراره بقبض البائع أولاً يقتضي أن يكون ما قبضه ثانياً بيمينه ظلماً .

[٤] لأصالة بقاء الثمن في ذمته ، كما هو واضح .

[٥] لأنّها كذلك في حقّ المتخاصمين فيما تخصّصا فيه ، لا مطلقاً .

الشركة / بيع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض فادعى المشتري تسليم الثمن ٥٨٣

وليس للبائع الرجوع بذلك على المشتري ولا مخاصمته [١].

نعم قد يقال: إن له المقاضاة مع إمكانها، من غير فرق بين هذا الحق وغيره، فتأمل جيداً. ثم إعلم إن نكول البائع في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه في خصومة الشريك؛ لأنها خصومة أخرى وبالعكس.

وقد عرفت أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقاً.

هذا فيما إذا تقدمت خصومة البائع مع المشتري.

أما إذا تقدمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت [من إمكان ردها للخصومة].

غير أن شهادة الشريك حينئذٍ على البائع في الخصومة مع المشتري يشكل قبولها [٢].

وأما المشتري فعلى كل حال لا تقبل شهادته [٣].

هذا كله فيما لو ادعى المشتري التسليم إلى البائع.

أما لو ادعى تسليمه إلى الشريك (الأذن) فصده البائع وكان قد أذن له في ذلك فالحكم كما عرفت [من

براءة المشتري من حقه].

نعم إذا لم يكن مأذوناً من البائع (لم يبرأ المشتري من شي من الثمن؛ لأن حصّة البائع لم تسلم إليه ولا إلى

وكيله).

فيجب عليه دفعه له من غير يمين (و) الفرض أن (الشريك ينكره) (ف) كان (القول قوله مع يمينه)، فإذا

حلف أذى المشتري جميع الثمن. (و) لكن (قيل: تقبل شهادة البائع) هنا على الشريك في وصول حقه إليه كما

قبلت شهادة الشريك عليه في المسألة السابقة؛ لعدم التهمة، باعتبار بقاء حقه عند المشتري. وفيه: أن التهمة هنا

[١] لأنه بزعمه ظالم. وربما نوقش بأن ذلك لا يسقط حق الدعوى، بعد أن كان وكيلاً عن الشريك في القبض، وقد أغرم للموكل

حصته. ويدفعها: أن اعتراف الشريك بقبض البائع يقتضي انعزاله بفعل متعلق الوكالة. بل يقتضي سقوط حق الدعوى له على

المشتري. وفي جامع المقاصد: «أنه يمكن أن ينظر بوجه آخر، وهو أن البائع قد أدى عن المشتري بأمر الحاكم فله الرجوع.

ويجب بأن ذلك إنما هو مع تحقق الدين وهنا قد برئ المشتري منه بإقرار الآذن. ويمكن أن يقال: إن إقراره إنما ينفذ في حقه لا في

حق البائع. ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزماً ليكون ذلك متوقفاً على ثبوته. وإنما تجوز له المخاصمة، والطلب على تقدير

الثبوت»^(١).

قلت: فيه ما لا يخفى من عدم الحق للبائع، بعد اعتراف صاحب الحق أنه لا حق للبائع على المشتري فكيف تتصور المطالبة

بحق يعترف صاحبه بسقوطه؟!

[٢] بما عرفت.

[٣] لأنه مدع. (و) لعل المصنف لم يتعرض للفرق بين صورتين نظراً إلى عدم وجود كثير فرق، أو إلى عدم قبولها على

التقديرين؛ لما عرفت.

باعتبار إرادة استقلاله بما يأخذه من المشتري ؛ إذ الشريك له مشاركته فيما يأخذه منه ؛ لكون الثمن مشتركاً بينهما .
 (و) من هنا قال المصنّف : (المنع في المسألتين أشبه) [١] .
 نعم لو فرض اندفاعها هنا من هذه الجهة بإبراء البائع ونحوه أتجه القبول .
 ومما ذكرنا لك سابقاً يظهر لك الوجه هنا في الخصومتين .
 بل الظاهر توجّه اليمين هنا على الشريك مرتين : إحداهما : للمشتري بأنّه لم يقبض منه شيئاً . والثانية : إذا أراد الشركة مع البائع فيما أخذه من المشتري [٢] .
 ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين في خصومته مع المشتري التي هي خصومة أخرى ، ولا يرجع البائع على المشتري بما أخذه منه الشريك [٣] .
[بيع كلّ واحد عبده صفقة بثلثين واحد] :
 المسألة (السادسة) : لو باع إثنان عبيدين كلّ واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثلثين واحد مع تفاوت قيمتهما قيل : يصحّ البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمة ماليهما [٤] .
 وكذا لو أجر أنفسهما صفقة بأجرة معينة (وقيل : يبطل ؛ لأنّ الصفقة تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كلّ واحد منهما مجهولاً) [٥] [لكن فيه إشكال] .
 (أمّا لو كان العبدان لهما) على الشركة (أو كانا لواحد جاز) [أي بيعهما صفقة] [٦] .
 بل (وكذا لو كان لكلّ واحد قفيز من حنطة) مثلاً متساوية القيمة (على انفراده فباعاهما صفقة لانقسام الثمن عليهما بالسوية) فلا جهالة حينئذٍ كما هو واضح .
[حكم ما لو وقعت الشركة ثمّ أجرا أنفسهما] :
 المسألة (السابعة) : قد بيّنا أنّ شركة الأبدان باطلة (فلو وقعت وأجرا أنفسهما مثلاً بعنوان الشركة) فإن تميّزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه (بالتسمية) اختصّ بها (ولا يشاركه الآخر فيها) [٧] .
 (وإن اشتبهت) كأن لم يسمّ لأحدهما أجرة مخصصة (قسم حاصلهما على قدر أجرة مثل عملهما ، وأعطى كلّ واحد منهما ما قابل أجرة مثل عمله) .

[١] بأصول المذهب وقواعده وإن كنت قد عرفت تفصيل الحال في المسألة .

[٢] لأنّه يدعي عليه وصول حقّه إليه .

[٣] لا عتراه بكونه ظالماً له فيه ، كما هو واضح .

[٤] للأصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن ؛ لعدم الدليل على اعتبار العلم أزيد من ذلك ، وهو العلم بمجموع الثمن ، وقد حصل ، أمّا حال الأجزاء فيمكن حينئذٍ مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع ، واستواء نسبة الملاك إلى الأبعاد .

[٥] لكن فيه ما عرفت كما أوضحنا ذلك في كتاب البيع .

[٦] بلا خلاف ولا إشكال .

[٧] لما عرفت من بطلان عقد الشركة .

نحو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد، كما هو واضح [١].

أما مع اشتباه العمل [٢] [فما هو المتعين؟ المتعين هو الصلح، كما في كل مالين امتزجا، وجهل قدر كل

[١] لكن في المسالك: «في المسألة وجهان آخران، ذكرهما العلامة، أحدهما: تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل؛ لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، وأن الأصل مع الاشتراك التساوي، ولصدق العمل على كل واحد منهما، والأصل عدم زيادة أحد العاملين على الآخر، والحاصل أنه تابع للعمل.

ويصنف بمنع كون الأصل في المال والعمل التساوي....

والثاني: الرجوع إلى الصلح؛ لأن به يقين البراءة، كما في كل مال مشتبه، ولا شبهة في أنه أولى مع إتفاقهما عليه، وإلا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية»^(١).

قلت: لا يخفى عليك أن مفروض المسألة في المتن لا تأتي فيه الوجوه الثلاثة، بل ليس فيه إلا الوجه الذي ذكره المصنف. وذلك لأن صريح العبارة أو كصريحها كون العمل من كل منهما معلوماً، إلا أنه لم يكن بأجرة مستأه.

وإنما سميت الأجرة لمجموع العاملين بعنوان شركة الأبدان من الأجيرين.

وهذه ليس فيها بعد فرض صحة الإجارة إلا التوزيع على أجرة مثل عمليهما، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذي تقدم الكلام فيه سابقاً.

وقد ذكرها العلامة سابقاً على هذه المسألة، فقال: «ولو باعاً بثمن واحد أو عملاً بأجرة واحدة ثبتت الشركة، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة»^(٢).

ومفروض العلامة في القواعد ليس فيه إلا وجهين التساوي بالأجرة والأصح الصلح، وهو ما إذا لم يتميز عمل كل منهما.

قال: «وإذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح»^(٣).

ومراد أنه مع تمييز العمل يختص بالأجرة، ولو ما يخصه من التوزيع.

[٢] ففيه احتمالان. وكان وجه الأول منهما اجتماع الأجرتين معاً في ذلك الحاصل لأنه الفرض، والأصل عدم زيادة أحدهما على الآخر، ولأن الأصل مع الاشتراك التساوي. ولكن فيه: أن الأصل المذكور ممنوع هنا، فإن زيادة مال شخص على آخر ونقصانه أو مساواته له ليس أصلاً؛ إذ لا رجحان لأحدهما على الآخر، لا بحسب العادة ولا في نفس الأمر، وإنما يتحقق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملك، كما لو أقر لهما بملكية شيء أو أوصى لهما أو وقف عليهما، فإن السبب المملك لهما هو الإقرار والوصية والوقف، والأصل عدمهما.

بخلاف ما نحن فيه، فإن العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر، واستواءهما وتفاوتهما على حد سواء بالنسبة إلى النفي بالأصل، فليس حينئذ إلا الصلح، كما في كل مالين امتزجا، وجهل قدر كل منهما.

منهما].

بل لعل ذلك كذلك حتى لو تميّز عمل أحدهما وجهل الآخر، أو تميّز بعض عمل كل منهما وجهل الباقي. وبالجمله متى جهلت النسبة بين العملين [١].

[بيع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً]:

المسألة (الثامنة: إذا باع الشريكان) مثلاً (سلعة) بينهما (صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً) ولو بنية أنه له (شاركه الآخر فيه) كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً [٢].

[لكن مع حصول الإذن من الشريك بالقبض] ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض.

[١] اللهم إلا أن يقال: إن التساوي هو الراجع منهما، فيكون كالأصل؛ لأنّ فضله كالأمر العدمي. لكن لنا في ذلك نظر ذكرناه في محله.

وعلى كلّ حال فهو غير موضوع ما ذكره المصنّف من العمل المتميّز، والله العالم.

[٢] وذلك لأنّ كل جزء جزءٍ منه مشاع بينهما، فإنّ ما في الذمة إنّما يخالف الشخصي الخارجي في الكلّية والجزئية، أمّا الإشاعة فهما على حدّ سواء فيها.

ففي المرسل عن أبي حمزة قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما وأحال كلّ منهما نصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر؟ قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله»^(١).

ومثله خبر غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام.

إلا أنّه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما»^(٢).

وكذا خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام،^(٣) ومعاوية بن عمار^(٤).

وفي خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: سألت عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتهما العين والدين فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر أيرده على صاحبه؟ قال: «نعم ما يذهب بماله»^(٥).

لكن هذه النصوص بل والتمن وما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة.

وما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض.

(١) الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة، ح ١.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٥، ح ٤٣٠. الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة، ذيل الحديث ١.

(٣) التهذيب ٧: ١٨٦، ح ٨١٩. الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة، ذيل الحديث ١.

(٤) التهذيب ٧: ١٨٦، ح ٨٢٠. الوسائل ١٩: ١٢، ب ٦ من الشركة، ذيل الحديث ١.

(٥) الوسائل ١٩: ١٢-١٣، ب ٦ من الشركة، ح ٢.

إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه [١] .
[والمتجه حينئذٍ بقاؤه على ملك الدافع] .
[وقد يقال : إنه برضا الشريك بكون المقبوض حصّة للمقبوض يتمحض المقبوض مآلاً للشركة] .

[١] وقد ذكر غير واحد من الأصحاب .

بل نسب ^(١) إلى المشهور أن للشريك مشاركة الآخر فيما قبض ، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته ، فيكون قدر الحصّة في يد القابض ، كقبض الفضول إن أجازها ملكه ، وتبعه النماء ، وإن ردّه ملكه القابض ، ويكون مضموناً عليه على التقديرين ولو تلف قبل اختيار الشريك ، كما في المسالك ^(٢) .

بل في التذكرة التصريح في تعيين حقّه به ، ولا يضمنه للشريك ^(٣) .
وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك ، وأنه من الفضولي ، وأنّ ذلك هو المراد من قولهم : تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه ^(٤) .
والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية .

وذلك لأنّه وإن اتّجهت الشركة مع إجازة القبض لهما ، بناءً على تأثير مثل هذه الإجازة في مثله .
وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه ، بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين .
لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها [= الإجازة] لا وجه له ، بل المتجه حينئذٍ بقاؤه على ملك الدافع .
وذلك لأنّ القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة .

وتية الدافع أنّه مقدار حصّة القابض لا تنفع في ذلك وإن وافقتها تية القابض .
بل لو رضي الشريك بكون ذلك حصّة للقابض ، وما بقي في ذمّة الغريم حصّة له لم يجد ؛ لعدم صحّة مثل هذه القسمة .
ودعوى - جوازها لكنّها مراعاة بقبضه فإن حصل تمت وإلا رجع على القابض وشاركه فيما قبضه - تهجّس بلا دليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحّة قسمة الدين .
و[مخالفات] للمعلوم من أنّه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مآلاً للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض ؟ !

وحينئذٍ فإن لم يكن ثمة إجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه ، بعد عدم الإجازة ، بل ولا بعضه .
اللهم إلا أن يقال : إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصّة للقابض يتمحض المقبوض مآلاً للشركة ، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك .

(١) (٢) المسالك ٤ : ٣٣٧ .

(٣) التذكرة ١٦ : ٣٧٤ .

(٤) انظر المسالك ٤ : ٣٣٦ - ٣٣٧ .

نعم جعله حصّة له لا يتمّ قسمة إلا بقبض الشريك مقابله ، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأن لكلّ منهما ما في يده ، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة ، فله الرجوع عليه ، وأخذ نصيبه منه [١] .

[١] إذ لم يدخل في ملك القابض .

وذلك الرضا الذي وقع من الشريك أولاً يكون ما قبضه حصّة له لا يفيد تمليكاً ، مع احتمالاه ، لكن على جهة التزلزل ، إلا أن الأقوى خلافه ، وإن كان ذلك كلّ كما ترى .

وعلى كلّ حال ممّا ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن ادریس^(١) من اختصاص كلّ من الشريكين بما يستوفيه من حصّه ولا يلحقه الآخر فيه :

١ - لأنّ اشتراك الدين في الذمّة لا يمنع من تعيين حقّ واحد في معيّن .

٢ - ولأنّ لكلّ واحد أن يبرئ الغريم من حصّه ويصالح منه على شيء بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه .

٣ - ولأنّ متعلّق الشركة بينهما هو العين وقد ذهبت ولم يبق لهما إلا دين في ذمّته ، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ .

٤ - ولأنّ ما في الذمّة لا يتعيّن إلا بقبض المالك أو وكيله ، والمفروض ليس منه ، وذلك لأنّ الشريك لم يقبض إلا لنفسه .

٥ - ولأنّه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق ، لكن المقدم حقّ بالاتفاق ، فالتالي مثله ، وذلك لأنّ وجوب الأداء بالمطالبة بحصّة الشريك فرع التمكّن من تسليمها ؛ لاستحالة التكليف بالمتنّع .

فإذا ثبت تمكّنه من دفعها - على أنّها للشريك - ودفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق .

٦ - ولأنّه لو كان للشريك في المدفوع حقّ لزم وجه قبض ، وهو تسلّط الشخص على قبض مال غيره بغير إذن .

٧ - ولأنّه لو كان كذلك لوجب أن يبرئ الغريم من مقدار حصّه من المدفوع ؛ لاستحالة بقاء الدين في الذمّة ، مع صحّة قبض عوضه .

لكن التالي باطل عندهم ؛ لكونهم يحكمون بأنّه مختير في الأخذ من أيّهما شاء .

٨ - ولأنّه لو ناهى الشريك عن قبض حصّه ، فإن تمكّن من المطالبة بحصّته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق .

والأمتنع أخذ حصّه بمنع الشريك إيّاه من القبض .

٩ - ولأنّ المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً أو لا ، فإن كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه أن يتلف منهما ، كسائر أموال

الشركة ، وتبرأ ذمّة الغريم منه ، وإلا لم يكن للشريك فيه حق .

وقد مال إلى ذلك في جامع المقاصد ، فقال : « ولا يخفى أنّ بعض هذه الوجوه في غاية القوّة والمتانة ، والروايات لا

تقاومها ، مع أنّها قابلة للتأويل . فمختار ابن ادریس قوي متين ، كما اعترف به المصنّف في المختلف ، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى »^(٢) .

(١) السرائر ٢ : ٤٠٢ - ٤٠٣ .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٣٩ .

وتبعه على ذلك ثاني الشهيد^(١).

إلا أن الجميع كما ترى ، بعد التأمل الجيد فيما ذكرنا ، مع قطع النظر عن النصوص ؛ إذ الأول مصادرة محضة ، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقق الإشاعة في العين كلية كانت أو شخصية .

و[أما الثاني فلأن] إبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيء يمحص الباقي للشريك الآخر ، فإن الإبراء يتعلق بالمشاع على إشاعته ، وكذا الصلح .

فمع فرض حصولهما وعدم تصوّر ملك الشخص على نفسه ليتمخض الباقي للشريك الآخر .

وقد ذكر طرق متعددة لاختصاص كلّ منهما بما يأخذه إذا أراد ، إلا أنه خروج عن مفروض المسألة .

والثالث : أيضاً مصادرة محضة كما عرفت .

والرابع : مبني على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً ، والقائل لا يلتزمه بل يشترطه بالإجازة على الوجه الذي سمعت .

والخامس : بعد تسليم أن له المطالبة منفرداً ، وجوب الأداء له لا يقضي ما ذكره الخصم ، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه ، أو بتعين حقه بأحد الوجه المعينة له عن صاحبه ، بصلح ونحوه .

والسادس : قد عرفت توقّف الحق على الإجازة فلا جهة قبح فيه .

والسابع : مع الإجازة لا إشكال في الإبراء : والتخيير إنما هو في الإجازة وعدمها ، كما عرفت ذلك مفضلاً ، أو في القسمة على الوجه الذي ذكرناه ، على أن التخيير المزبور لم أجده في الخلاف^(٢) والنهاية^(٣) والوسيلة^(٤) ، بل الموجود « شارك » مثل عبارة المتن وما شابهها وظاهرهم تعيين الشركة .

وليس ذلك إلا للإذن للشريك في القبض ، فإنه يكون حينئذ مالاً للشركة وإن نوى لنفسه ، بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض يكون أيضاً مشتركاً ؛ لمعلومية كون القيد لغواً لعدم إمكانه ، والنصوص المزبورة^(٥) محمولة على الإذن ، فلا يقدح عموم ما اقتضى أحدهما ؛ لما عرفت .

وفي الوفاء بغير الجنس وجهان ، ومثله المقاصة به لنفسه ، أما المقاصة بالجنس فكالوفاء به .

والثامن : قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس .

كما أن التاسع يعرف ما فيه مما تقدّم في السابع وغيره .

فمن الغريب دعوى المتانة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد .

والتحقيق ما عرفت .

(١) المسالك ٤ : ٣٣٨ .

(٢) الخلاف ٣ : ٣٣٦ .

(٣) النهاية : ٣٠٨ .

(٤) انظر الوسيلة : ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٥) الوسائل ١٩ : ١٢ ، ج ٦ من الشركة ، ح ٢٠١ .

نعم لكلّ منهما طرق في الاختصاص لو أرادته ، كالصلح والتأجيل المقتضي للإفراز بعقد لازم مثلاً ، والضمان والحوالة ، والشراء بها شيئاً ، ونحو ذلك ممّا لا ينافي التصرف بها على الإشاعة كما أوضحنا ذلك كلّه في محلّه ، والله العالم .

[مدة إجارة الاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد] :

المسألة (التاسعة : إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة صحّت الإجارة) [١] .

(ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة) [٢] .

فهو في الحقيقة كالعبد المملوك الذي يكون لسيّده [٣] .

هذا كلّه لو ضبط العمل بالمدة .

(و) أمّا لو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصحّ ؛ لعدم الثقة بحصوله غالباً) بناءً على اشتراط ذلك فيها ، كما

عرفت نظيره في البيع وتعرف تمامه في كتاب الإجارة ، والله الموفق والمعين .

[١] لعموم أدلّتها الشامل لذلك .

[٢] لأنّه نماء عمله المملوك له .

[٣] نعم قد يشكّل ذلك بأنّه لا يتمّ بناءً على عدم قبول هذه الأشياء للنيابة الذي صرح به المصنّف في كتاب الوكالة ^(١) ، وأنّه يملكها المحيز وإن نواها للغير كما سمعته منه هنا ، مع التردّد في اعتبار النية ^(٢) .

ومن هنا صرح في جامع المقاصد ^(٣) بأنّه إذا جوّزنا التوكيل في هذه جوّزنا الإجارة عليه ، وإن منعناه منعنا الإجارة ، حاكياً له عن صريح التذكرة .

قال : « وظهر الشرائع في كتاب الشركة صحة الاستئجار مطلقاً ، نظراً إلى أنّه بالإجارة تصير منافع الأجير مملوكة للمستأجر فيملك ما حازه . ويضعّف بأنّه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصوّر صحة الإجارة » ^(٤) .

قلت : قد يمنع التلازم ويكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة وهو غير التملّك بالنيابة في الحيازة ، فتأمّل جيّداً .

والأمر سهل عندنا بعد ما عرفت أنّ المختار عندنا صحة التوكيل ، واعتبار النية بالمعنى الذي أسلفناه .



(كتاب المضاربة)

[المضاربة :]

من الضرب في الأرض ؛ لضرب العامل فيها للتجارة ، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال .
فكان الضرب مسبب عنهما ، طرداً لباب المفاعلة في طرفي الفاعل .
أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم .
أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه [١] .
ولعل الأولى من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال والعمل .
ويقال للعامل :

مضارب بكسر الراء ؛ لأنه الذي يضرب في الأرض .
ولم نعر على اشتقاق أهل اللغة اسماً لرب المال من المضاربة التي هي لغة أهل العراق .
فأما أهل الحجاز فيسمونه قراضاً .
من القرض بمعنى القطع الذي منه « المقراض » ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل
الذي أقطع له قطعة من الربح .
أو من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة [٢] .
ولما كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا ، أو لا اشتراكهما في الربح وتساويهما في أصل
استحقاقه ، وإن اختلفا في كميته .
ويقال للعامل هنا :
مقارض بالفتح ، وللمالك بالكسر .
والأمر في ذلك كله سهل ؛ لعدم الثمرة المعتد بها على ذلك .

[١] كذا قيل^(١) .

[٢] يقال : « تقارض الشاعران » إذا وزن كل منهما الآخر بشعره ، ومنه : « قارض الناس ما قارضوك ، فإن تركتهم لم يتركوك »
بمعنى ساوهم فيما يقولون .

إنما الكلام فيما [قيل :] (١) [بأنه لو دفع مال للتجار واشترط الربح للعامل ، فهو قرض ؟] ولكن فيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة ، بل تكون مضاربة فاسدة .
ثم إن [الظاهر عدم الفرق بين ما لو صرح بكون الربح بأجمعه للمالك ، وبين ما لم يشترط شيئاً] (٢) .

[١] [كما] ذكره في المسالك ، تبعاً للتذكرة^(١) ، قال : « واعلم أنّ من دفع إلى غيره مالاً ليتجر به فلا يخلو إمّا أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترط شيئاً ، فإن شرطاه بينهما فهو قراض ، وإن شرطاه للعامل فهو قرض ، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة ، وإن لم يشترط شيئاً فكذلك ، إلّا أنّ للعامل أجره المثل »^(٢) .
وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة ؛ إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد ، لا أنها من القرض المحتاج إلى إنشاء تملك المال بعوض في الذمة .

وقصد كون الربح للعامل أعمّ من ذلك ، وإن كان هو من اللوازم الشرعية لملك المال .
ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحقيقه :

١ - لفحوى الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : « من ضمن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء »^(٣) .

٢ - والمؤثّق عن أبي جعفر عليه السلام : « من ضمن مضاربة فليس له إلّا رأس المال ، وليس له من الربح شيء »^(٤) ؛ إذ كما أنّ التضمنين من لوازم القرض ، فكذا الاختصاص بالربح .

يدفعها : أنّ المتّجه - بعد تسليم مضمونها ، وعدم رجحان معارضهما عليهما - الاختصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعية . ولو فرض عدم إرادة الفاضل والشهيد ذلك بل مرادهما أنّ الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضي الحكم عليه بذلك كان فيه أيضاً منع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك ؛ لما عرفت . وأصالة الصحة لا تصلح قرينة على صرف الظاهر ، مع أنّه لا يتمّ في المعلوم خلوه عن هذا القصد . نعم يمكن إرادتهما بيان حال كلّ من القراض والقرض والبضاعة في حدّ ذاته لا أنّ المراد تحقيقه على الوجه المزبور ، وحينئذٍ يخرج عمّا نحن فيه .

[٢] [لكن] ظاهر العبارة المزبورة [في المسالك] الفرق بين فردي البضاعة باستحقاق الأجر في الثاني دون الأوّل الذي نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب في الرياض ، بل قال : « هو حسن ، إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، وإلا فالمتّجه لزومه »^(٥) .

قلت : لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما ؛ إذ التصريح في الأوّل منهما بكون الربح بأجمعه للمالك ، أعمّ من التبرّع بالعمل ، وعدم إرادة الأجر عليه .

(١) التذكرة ١٧ : ٥ .

(٢) المسالك ٤ : ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٢٢ ، ب ٤ من المضاربة ، ح ١ .

(٤) التهذيب ٧ : ١٨٨ ، ح ٨٣٠ . الوسائل ١٩ : ٢٣ ، ب ٤ من المضاربة ، ح ٢ .

(٥) الرياض ٩ : ٧١ .

فالتحقيق حينئذٍ عدم الفرق بينهما، وأن العامل يستحق الأجر فيهما [١]. من غير فرق في ذلك بين الوقوع بصورة المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه إرادة التبرع. ولا بين كون العامل من المعدّين لأخذ الأجرة، كالسمسار ونحوه وغيره، مع فرض كون العمل ممّالاً له أجرة في العادة. بل [الظاهر] [٢] استحقاق الأجرة على العمل المأذون فيه، وإن لم ينو العامل الرجوع بها، بل يكفي عدم قصده التبرع [٣].

وكيف كان فقد علم ممّا ذكرنا أنّ المضاربة دفع الإنسان إلى غيره ملاً ليعمل فيه بحصّة من ربحه. ولكن يتبعها أحكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة وغيرها، كالغصب وأجرة المثل ونحوها [٤].

(و) على كلّ حال فـ (هو) أي تمام البحث في كتاب المضاربة (يستدعي بيان أمور أربعة):

[الحكم في العقد]:

(الأوّل: في العقد) [٥] [فهل يعتبر فيه اللفظ أو يكفي المعاطاة؟ والمتجه مشروعية المضاربة معاطاة، وإن

[١] وقيام احتمال التبرع - ما لم يعلم منه إرادة التبرع - لا يدفع أصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك، فضلاً عن الواقع بأمره واعترافه.

[٢] [كما هو] مقتضى الأصل المزبور.

[٣] ولعلّه إلى ذلك أشار الفاضل المقداد في شرح النافع، قال في البضاعة: «فإن قال - أي المالك - : مع ذلك لا أجرة لك، فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة، وإن قال: ولك أجرة كذا، فإن عيّن عملاً مضبوطاً بالمدّة أو العمل فذاك إجارة، وإن لم يعيّن فجعالة، وإن سكّت فإن تبرّع العامل بالعمل فلا أجرة له، وإن لم يتبرّع وكان ذلك الفعل له أجرة عرفاً، فله أجرة مثله»^(١). ومن ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه، بل وفيما ذكره^(٢) سابقاً في دفع إشكال استحقاق الأجرة، فلاحظ وتأمل.

[٤] والظاهر أنّه المراد ممّا في المسالك من أنّ عقد القراض مركّب من عقود كثيرة؛ لأنّ العامل - مع صحّة العقد وعدم ظهور ربح - ودعيّ أمين، ومع ظهوره شريك، ومع التعدي غاصب، وفي تصرّفه وكيل، ومع فساد العقد أجبر^(٣)، لأنّ المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقدها، وإلا كان محكماً للنظر. مضافاً إلى ما في ذكر الغصب وأجرة المثل، والشركة في الربح في العقود.

[٥] الذي جعله في التذكرة والقواعد^(٤) من أركان هذه المعاملة، بل صرح في التذكرة بأنّه لا بدّ فيها من لفظ يدلّ على الرضا^(٥). وظاهرهما أو صريحهما كغيرهما عدم مشروعية ما يشبه المعاطاة في البيع منها. وهو وإن كان موافقاً لأصالة عدم ملك العامل الحصّة من الربح، إلا أنّه مخالف لما دلّ على جوازها في البيع ممّا هو مشترك بينه وبين المقام وغيره، من السيرة المستمرة، وصدق الاسم عرفاً، وتجارة عن تراض، ونحو ذلك ممّا هو كافٍ في المشروعية وفي تخصيص نحو قوله ﷺ: «إنما يحلّل الكلام، ويحرّم الكلام»^(٦). فالمتجه بناءً على ذلك مشروعيتها كذلك وإن لم يكن المركّب من الإيجاب والقبول فعليين من عقدها.

(١) (٣) التفتيح ٢: ٢١٣-٢١٤. المسالك ٤: ٣٤٤. (٢) تقدّم في ص ٥٩٤.

(٤) التذكرة: ١٧. القواعد ٢: ٣٣١. (٥) التذكرة ١٧: ١١.

(٦) الوسائل ١٨: ٥٠، ب ٨ من أحكام العقود، ح ٤ وفيه: «يحلّ» بدل «يحلّل».

لم يكن المركّب من الإيجاب والقبول الفعلين من عقدها [١] .

وعلى كلّ حال فـ [المختار] [٢] اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها ، وإن كان لا يتعيّن فيه لفظ مخصوص .

بل يكفي فيه كلّ لفظ دالّ على إنشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح [٣] .

أمّا القبول فـ [قد قيل] [٤] [بـ] الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد [٥] .

قلت : لا يخفى عليك ما في ذلك [من اعتبار باللفظ وغيره] كلّّه ، بناءً على تحقق المضاربة في المركّب من

الفعلين إيجاباً وقبلاً ، فضلاً عن محلّ الفرض .

وأصاه أنّه لا يكون عقد مضاربة ، وإلّا فهو مشروع يترتّب عليه أحكام المضاربة .

[١] وعدم الثمرة المترتبة بين معاطاتها وعقدها - لجواز الفسخ فيهما - لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور ، وإن كان

قد سلف ممّا في البيع خلاف ذلك كلّّه ، فلاحظ .

[٢] [كما] لا خلاف فيه [٤] .

[٣] لأنّه المتعارف في كفيّة عقدها ، بل قد عرفت فيما مضى قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة .

[٤] [قاله] في التذكرة^(١) وجامع المقاصد^(٢) والروضة^(٣) .

[٥] خلافاً لظاهر الفاضل في القواعد^(٤) وغيره ، بل صرّح به بعض^(٥) العامة .

بل في الرياض بعد أن حكى عن التذكرة ذلك ، وأنّه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه وفي الاكتفاء في الإيجاب والقبول بكلّ

لفظ .

قال : « فإن تمّ وإلّا فالأولى خلافه اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على أنّ الربح تابع للمال ، وللعامل أجره المثل ، المنطبق

مع المضاربة تارة ، والمتخلف عنها أخرى على المتيقّن .

ولعلّه لذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجاب والقبول ، والتنجيز وعدم التعليق على شرط أو صفة ، وهو حسن على ما حققناه .

ولكن على ما ذكره - من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول ، وبكلّ لفظ فيه وفي طرف الإيجاب بناءً على جواز العقد - مشكل .

وسؤال الفرق بينه وبين اعتباره إياهما متجه «^(٦) .

وكأنّه أخذ ذلك أو بعضه من جامع المقاصد ، فإنّه بعد أن حكى عن التذكرة اعتبار التواصل ، قال : « وفيه نظر ؛ لأنّ ذلك

معتبر في العقود اللازمة خاصّة ، دون الجائزة من الطرفين ، وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة »^(٧) .

(١) التذكرة ١٧ : ١١ - ١٢ .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٥٣ .

(٣) الروضة ٤ : ٢١٢ .

(٤) انظر القواعد ٢ : ٣٣١ .

(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٠٩ .

(٦) الرياض ٩ : ٧٢ .

(٧) جامع المقاصد ٨ : ٥٤ .

مع أنه يمكن القول بتحقق العقد أيضاً بالقبول الفعلي [١]. أما غير ذلك ممّا يعتبر في غيرها من العقود ، كالتواصل والتنجز فـ[الظاهر] [٢] اعتباره الذي لا فرق فيه بين الجائز واللازم [بل لا ريب في اعتبار التنجز] [٣].

(و) كيف كان فـ (هو جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، سواء نَضَّ المال) بأن صار دراهم أو دنانير ، (أو كان به عروض) [٤]. وقد يقال باستحقاق العامل أجره المثل إذا كان هو الفاسخ ولم يظهر ربح فضلاً عما إذا كان الفاسخ هو المالك).

(و) على كلّ حال فـ (لو اشترط فيه) أي عقد المضاربة (الأجل لم يلزم) العقد مدّة على أحد منهما ، فيصحّ لكلّ منهما فسخه قبله [٥].

[١] بناءً على تعارف عقدها بذلك بين المتشرّعة ، ومثله كافٍ في ذلك . لكن لا ثمرة مهمّة هنا بعد فرض المشروعيّة بين كون هذه الكيفيّة عقداً أو لا ؛ لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز ، وغيره من أحكامها . نعم بناء على عدم مشروعيّة التعاطي فيها يتّجه حينئذٍ البحث في القرض . ولعلّ المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفيّة عقدها بذلك .

لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثمّ إجماع بخلافه ، ودونه خُط القُتاد ، وإن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشاً على نحو ما في بعض كتب العامّة .

[٢] [إذ] يبقى على مقتضى ما دلّ على [ذلك] .

[٣] ضرورة كونه من كيفيّات العقد . والتوسّع في العقود الجائزة بالنسبة إلى الاكتفاء في إيجابها مثلاً بكلّ لفظ ، لا يقتضي التوسّع فيها بالنسبة إلى ذلك [= التواصل] .

وثبوته [= التوسّع] في الوكالة للدليل ، لا يقتضي الثبوت في غيرها ، بعد حرمة القياس ، هذا كلّ في التواصل .

[و] أمّا التنجز فلا ريب في اعتباره ؛ لاتحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم ، كما حققناه في محلّه ، والله العالم .

[٤] بلا خلاف فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة لزوم . لكن ذكر غير واحد أنّه إن كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له ، وإن كان المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت ، صوناً للعمل المحترم من الخلوّ عن الأجر ، مع احتمال العدم ؛ للأصل . وإقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد ، وإمكان فسخه قبل ظهور الربح ، بل وبعده مع تحقق الوضيعة المستغرقة له ؛ لكونه وقاية لرأس المال .

قلت : قد يقال : إن قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدّمناها سابقاً تقتضي استحقاق الأجرة في الأوّل ، كما عن التذكرة^(١) ، فضلاً عن الثاني ما لم يكن إجماع . والإقدام على جواز العقد أعمّ من الإقدام على التبرّع .

[٥] بلا خلاف أجده فيه ؛ للأصل وغيره . نعم في المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال : «لكن العقد والشرط صحيحان ، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده ؛ لأنّ التصرف تابع للإذن ، ولا إذن بعده ، وأمّا العقد فلا لأنّ الشرط المذكور لم يناف مقتضاه ؛ إذ ليس مقتضاه الإطلاق»^(٢) .

قلت: قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم بقريته قوله متصلاً بها: (لكن لو قال: إن مرت بك سنة مثلاً فلا تشتت بعدها بيع صح) [١] (لأن ذلك من مقتضى العقد) [٢] (وليس كذلك لو قال: على أنني لا أملك فيها) أي السنة (منعك) فإنه شرط باطل (لأن ذلك مناف لمقتضى العقد) [٣].

فالتحقيق حينئذ أن يقال: إن أريد باشتراط الأجل المعنى الأول [إن مرت بك سنة مثلاً فلا تشتت بعدها] صح.

وإن أريد به المعنى الثاني [أي على أنني لا أملك فيها منعك] بطل وأبطل [٤].
[هذا إذا كان المراد باشتراط الأجل بالمعنى الثاني ما ينافي حكم المضاربة شرعاً، فإنه لا إشكال في البطلان حينئذ].

[أما لو كان المراد به الكناية عن اللزوم الذي لا إشكال في صحة اشتراطه في المضاربة فلا يكون باطلاً].

[١] عندنا.

[٢] الذي هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء. وعلى منع العامل عمّا يشاء من النوع والزمان والمكان؛ ضرورة ظهور الاستدراك فيه في أن الأول ليس كذلك. بل هو من أفراد المسألة التي ذكرها بقوله أيضاً: [وليس كذلك...].

[٣] بل المشهور - كما قيل^(١) - بطلان العقد معه.

[٤] كما صرح به غير واحد، بل لم أجد خلافاً هنا في بطلانه. وزاد في القواعد وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال، أو إلزامه بحصة من الخسارة^(٢). إلا أنه قد يناقش في ذلك إن أريد بها الكناية عن اللزوم مثلاً بالعارض، ولو بالشرط، لا أن المراد به ما ينافي حكمها شرعاً، فإنه لا إشكال في البطلان حينئذ.

إنما المناقشة في الأول بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد، المراد به ما يعود على العقد بالنقض، ولا ريب في عدم منافاة اللزوم لعقد المضاربة؛ إذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا إشكال في صحة اشتراطه.

ومن هنا كان له شرطه، أي اللزوم في العقد الجائز بعقد لازم آخر.

ولو أنه من المنافي لمقتضاه لم يصح ذلك؛ إذ هو كاشتراطه عدم الملك في البيع.

ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصة من الربح، لا اشتراط اللزوم في المضاربة.

وكذا الكلام في [اشتراط] الضمان الذي لا ينافي كون الشيء أمانة، فإن كثيراً من الأمانات مضمونة كعارية الذهب والفضة، والعارية المشترط فيها ذلك، والمقبوض بالسوم، وغير ذلك.

بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة.

بل وكذا الكلام في اشتراط إلزام العامل حصة من الخسارة.

فإن جميع هذه الأمور من الأحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالقبض، فتأمل جيداً.

[وكذا يصح اشتراط ضمان العامل المال . وكذا يصح اشتراط إلزامه بحصة من الخسارة].
 بقي شيء وهو أنه قد [قيل] [١] بصحة شرط المالك على العامل المضاربة في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة في شيء بعينه [٢] .
 [والتحقيق عدم مدخلية هذا الشرط في فسخ المالك العقد].
 إنما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به وعدمه .
 فيحتمل الأول ، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد ، وعدم إنشاء فسخه [٣] .

[١] [كما] صرح الفاضل في القواعد وتبعه في جامع المقاصد^(١) .

[٢] معللاً له الثاني منهما :

١ - بعموم قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢) .

٢ - وقوله : « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) .

لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد والشرط^(٤) .

وكذا عن المبسوط ، إلا أنه قال أخيراً : « ولو قلنا : القراض والشرط جائز لكن لا يلزم الوفاء به كان قوياً »^(٥) .

ثم إنه في جامع المقاصد : قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به^(٦) .

ثم قال : « وهو حق ، فإنَّ العقد جائز من الطرفين ، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل ولم يف بالشرط ، فظهر ربح . والذي يقتضيه النظر أنَّ للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضي ، فيكون للعامل أجره المثل ، وللمالك الربح » .

إلى أن قال : « ولو شرط ذلك من طرف العامل على الملك ، فالحكم كما هنا ، بغير تفاوت ، إلا أنَّ الفسخ هنا بعد العمل إذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل ؛ لأنه إنما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط »^(٧) .

قلت : لا يخفى عليك ما في الذي جعله مقتضى النظر ، فإنَّ إلزام تسلُّط المالك والعامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط ، وأخذ المالك تمام الربح ، والعامل أجره المثل ممَّا لا يمكن إلزام فقيه له . فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك .

[٣] لكونه حينئذٍ كنفس مقتضى العقد ؛ إذ هو من توابعه .

وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٨) بناءً على كون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضى كلِّ عقد لم يحصل له فاسخ جائز ولازم .

وفي قوله : « المؤمنون عند شروطهم »^(٩) .

(١) القواعد ٢ : ٣٣٢ . جامع المقاصد ٨ : ٥٥ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٣) المبسوط ٣ : ١٩٧ .

(٤) جامع المقاصد ٨ : ٥٦ - ٥٧ .

(٥) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٦) جامع المقاصد ٨ : ٥٦ - ٥٧ .

(٧) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٨) المائدة : ١ .

(٩) المذهب ١ : ٤٦٦ .

(١٠) جامع المقاصد ٨ : ٥٦ .

(١١) المائدة : ١ .

ويحتمل الثاني لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد [١]. وهو لا يخلو من قوة، والله العالم.

(و) على كل حال (لو اشترط) على العامل (أن لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا على عمرو ص) [٢]. (وكذا لو قال) له: (على أن لا تشتري إلا الثوب الفلاني) مثلاً (أو ثمرة البستان الفلاني سواء^(١)) كان وجود ما أشار إليه عاماً أو نادراً [٣]. نعم (لو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد) [٤]. وذلك (لأن مقتضاه) أي القراض الاشتراك في الربح الحاصل من (التصرف في رأس المال) [٥]. (و) لكن مع ذلك [قال المصنف:] (فيه تردد) [٦].

لكن يقوى في النظر الأول. نعم لو قال له: اشتريه وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا، فالأقوى

[١] لأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها العقود اللازمة؛ لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق.

وكذا قوله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط.

وأما لزوم وعدمه فتبع العقد الذي تضمن الشرط، فإن كان لازماً وجب الوفاء بالشرط؛ لكونه حينئذ من توابع العقد، وإلا لم يجب بل يكون حينئذ شبه الوعد.

ولعل هذا مراد الشيخ والفاضل في التحرير^(٣) من المحكي عنهما، لأن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد - باعتبار جواز العقد، وإلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد - إذ هو كما ترى لا دليل عليه.

بل المعلوم خلافه؛ ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد.

فإن من استوعق أو وكل أو استعار أو ضارب - أي جاء بعقد من هذه العقود - لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فيأخذ الودعة مثلاً، ويفعل ما وكل ويتناول العارية، ويأخذ عين مال القراض فالشرط أولى [بعدم وجوب الوفاء به]. ومنه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكره من عدم لزوم الوفاء به.

[٢] لأن الناس مسلطون على أموالهم^(٤).

[٣] لما عرفت. خلافاً لبعض العامة فلم يجوز الأخير^(٥). (و) هو واضح الضعف.

[٤] بل لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا.

[٥] وإن تبعه النماء أيضاً في بعض الأحوال، لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه، لا أقل من الشك في تناول الإطلاقات له، والأصل الفساد.

[٦] ممّا سمعت، ومن إمكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من ربّه، والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك، سواء كان نماء فعل أو مال؛ إذ هو أيضاً مسبب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء.

(١) في الشرائع: «وسواء». (٢) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٣) المبسوط ٣: ١٩٧. التحرير ٣: ٢٦١.

(٤) البهار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٥) المغني (لابن قدامة) ٥: ١٨٤.

الصحة [١]. كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها شارك في النماء قطعاً [٢].

(وإذا أذن له في التصرف) بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربة مثلاً وأطلق (تولّى بإطلاق الإذن) المستفادة من العقد ما يعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة، ومثل ذلك العامل في مثل ذلك المكان والزمان (ما يتولاه المالك) وغيره (من عرض القماش، والنشر والطي وإحرازه وقبض الثمن وإيداعه الصندوق واستئجار من جرت العادة باستيجاره كالدلال والوزان والحمال) وغير ذلك مما لا يمكن تحديده بالتعداد (عملاً بالعرف) [٣].

(و) حينئذٍ (لو استأجر لـ) شمل (الأول) الذي جرت العادة بمباشرة (ضمن الأجرة). بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك. (ولو تولّى الأخير) الذي جرت العادة بالاستئجار له (بنفسه) قاصداً للتبرع (لم يستحق أجرة). أما مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها، بناءً على تناول الوكالة لمثل نفسه. بل قد يقوى استحقاقه إياها مع الخلط عن القصد [٤]. ولا ينقُ العامل في الحضر [٥] عندنا شيئاً من مال القراض (و) إن قل، حتى فلس السقاء [٦]. نعم له أن (ينفق في) حال (السفر كمال نفقته) من مأكل ومشرب وملبس ومسكن، ونحو ذلك مما هو داخل في النفقة (من أصل المال على الأظهر) [٧].

[١] لإطلاق الأدلة.

[٢] ودعوى اعتبار شراء مع بيع ولو مرة في المضاربة، واضحة المنع. وبذلك ظهر لك أنّ لشركة العامل في النماء صوراً ثلاثة: إحداها: معلومة الصحة. والثانية: مظنونة. والثالثة: يشك في شمول الإطلاق لها، والأصل الفساد. كما أنه ظهر لك من ذلك ما في المسالك^(١) وغيرها، فلاحظ وتأمل.

[٣] الذي هو الضابط لذلك.

[٤] لقاعدة احترام عمل المسلم المتقدمة، والله العالم.

[٥] عندنا.

[٦] لأصالة حرمة التصرف في مال الغير.

[٧] الأشهر، بل المشهور بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٢)، بل في محكي الخلاف الإجماع عليه^(٣).

وهو الحجة، بعد صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام في المضارب، «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»^(٤). ونحوه خبر السكوني عن أمير المؤمنين عليه السلام^(٥). خلافاً للمحكي عن بعض من كون جميع نفقته على نفسه كالحضر^(٦)؛ للأصل المقطوع بما عرفت [من الإجماع والرواية]. فالعمل عليه حينئذٍ كالاتجاه في مقابلة النص. نعم عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر^(٧)، وهو مخالف لظاهر النص أيضاً، المعتمد بما سمعت.

(١) انظر المسالك ٤: ٣٤٦. (٢) التذكرة ١٧: ٩٩.

(٣) الخلاف ٣: ٤٦١-٤٦٢.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٤، ب٦ من المضاربة، ح١، وفيه: «فهو من» بدل «فمن».

(٥) الكافي ٥: ٢٤١، ح٩. الوسائل ١٩: ٢٤، ب٦ من المضاربة، ذيل الحديث ١.

(٦) المبسوط ٣: ١٧٢. (٧) كشف الرموز ٢: ١٤.

والمراد بالسفر هنا العرفي، لا الشرعي الذي هو في الحقيقة أحد أفراد السفر، قد علق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصة، كقصر الصلاة والإفطار ونحوهما. كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الإقامة والتردد ثلاثين يوماً، وإن بقي معهما صدق اسم السفر الذي يجري عليه الحكم هنا؛ لكونه عنوانه يدور معه وجوداً وعدمًا. نعم [قد قيل] [١] [بوجوب الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجارة].

قلت: هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلاً، أو حبس ظالم أو نحو ذلك ممّا يتعلّق بالتجارة [٢]. والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه فيه من مأكل ومشروب وملبوس ومركوب، وآلات ذلك كالقربة والجوالق، وأجرة المسكن ونحو ذلك ممّا هو داخل في اسم النفقة الآتي إن شاء الله تفصيلها في النفقات. وحينئذٍ فليس المراد مؤنته المندرج فيها جوائزه وعطاياه وضيافته، وغير ذلك ممّا مرّ بيانها في كتاب الخمس [٣].

نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يحسب له؛ لأنّه لم ينفق ذلك.

وعلى كل حال فإذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من الزاد يجب ردّه على التجارة. وكلّ ذلك ما لم يشترط عليه عدمها، وإلا لم يجز للعامل، ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرّع محض، ولو شرطها على المالك فهو تأكيد [٤].

[١] [قاله] في المسالك وغيرها: «يجب الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجارة، فلو أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة»^(١).

[٢] ولذا قال في التذكرة: «لو أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد للحاجة لجباية المال أو لانتظار الرفقة أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض، كانت النفقة على مال القراض أيضاً؛ لأنّه من مصلحة القراض. أمّا لو أقام للراحة أو للتفرّج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض فإنّه لا يستحق عن تلك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة»^(٢).

أمّا لو أقام للتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كلّ منهما علّة تامّة في المكث ففي اختصاص النفقة في مال القراض؛ للإطلاق وعدمه للأصل والتوزيع؟ أوجه، أقواها الأول، كما أنّ أقواها الأخير لو تركّب الداعي منهما، بحيث يكون كلّ منهما جزء العلة.

[٣] وبذلك يظهر لك أنّ معنى قوله ﷺ: «ما أنفق»^(٣) ما يذهب منه نفقة له، لأنّ جميع ما يتلفه، وهو الموافق للأصل.

[٤] ويقوى حينئذٍ وجوب تعيينها حذراً من الجهالة، بناءً على اعتبار عدمها في مثل المقام، ولعلّه لا يخلو من نظر. بل ربّما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول؛ لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل. وإن كان فيه ما لا يخفى؛ ضرورة عدم رجوع ذلك إلى شيء من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه.

[ويحتمل وجوب ضبطها مع الاشتراط].

ثم إن [الظاهر] [١] عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدّمة على حقّ العامل [٢].

وعلى كلّ حال فإنّما يستحقّ العامل النفقة في السفر المأذون فيه.

فلو سافر إلى غيره - أي يتجاوز المأذون - أو إلى غير جهته فلا نفقة، وإن كانت المضاربة باقية. وهذا [قد قيل] [٣] «بأنّ مؤونة المرض والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة». وهو كذلك بالنسبة إلى الموت.

بل والمرض إذا كان على وجه لا عمل له في المال معه.

أما إذا كان مرضاً لا يمنعه من العمل بالمال فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال.

[١] [كما هو] ظاهر النصّ والفتوى.

[٢] ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدّد من الربح، كما أوماً إليه في التذكرة بقوله: «والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح، وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحقّ المال»^(١).

وكذا في المسالك قال: «ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح وإن قصر المال. نعم لو كان ربح فهي منه مقدّمة على حقّ العامل»^(٢).

لكن في الرياض: «ولا يعتبر في ثبوتها حصول الربح، بل ينفق ولو من الأصل؛ لإطلاق الفتوى والنصّ، ومقتضاهما الإنفاق من الأصل ولو مع عدم حصول الربح. ولكن ذكر جماعة أنّها منه دون الأصل، وعليه فلتقدّم على حصّة العامل»^(٣). وهو من غرائب الكلام إن أراد بالأوّل إخراجها من الأصل، حتى لو تجدد بعد ذلك ربح، خصوصاً بعد ما سمعته من الفاضل وثاني الشهيدين^(٤)، من أنّها منه مقدّمة على حقّ العامل، وإن قلنا بخروجها من الأصل، حال عدم الربح. فالتحقيق حينئذٍ ما عرفته من أنّه ينفق ولو من أصل المال. لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه، ثم إن بقي ربح أخذ حصّته، وإلا فلا. وهو الموافق للتأمل في النصّ والفتاوى، لا ما سمعته منه. ولا أنّه ينفق حال عدم الربح من أصل المال، وحال وجود الربح منه من غير جبر للأوّل [أي ما أنفق منه من أصل المال]. نعم إن لم يكن ثمّ إجماع أمكن القول بأنّ النفقة إنّما تكون للعامل، حيث يكون ربح في المال يحتملها أو بعضها، فتخرج حينئذٍ منه على المالك والمضارب، وإلا فلا نفقة له، كما أنّ نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة، ولعلّه أوفق بالأصل والنصّ، إلا أنّنا لم نجد قولاً لأحد.

وإن أراد ذلك في الرياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً لتعيينهم، كما لا يخفى على من لاحظ وتأمل.

[٣] [قاله] في المسالك وغيرها: «أنّ مؤونة المرض والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة؛ لأنّهما لم يتعلّقا بالتجارة»^(٥).

(٢) المسالك ٤: ٣٤٩.

(١) التذكرة ١٧: ١٠٤.

(٤) تقدّم في ص ٦٠٢.

(٣) الرياض ٩: ٧٨، وفيه: «مع حصول الربح».

(٥) المسالك ٤: ٣٤٩.

نعم قد يشكل دخول مثل الدواء ونحوه في النفقة ، وقد حققنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح ، من أرادته فليلاحظه .

فإن الظاهر اتحاد البحث في المقامين بالنسبة إلى ذلك .

(و) كيف كان (فـ) لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه (١) [التقييـط] ؛ لأن السفر لأجلهما ، فنفته

عليهما . وهل هو على نسبة المالين أو العـمـلين ؟ وجهان [٢] .

ثم إن الظاهر جريان التقييـط على القول الآخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر [لاكمال النفقة] ؛

ضرورة كونها حينئذ هي التي تقتط على المـالـين أو العـمـلين [٣] .

[فـالمتجه توزيع النفقة فيما لو كان معه مال لنفسه أو مال مضاربة لآخر] .

[١] [وذلك] عند المصنّف وجماعة .

[٢] أوجدتهما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الأول ؛ لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولا نظر إلى العمل^(١) . ومن هنا اتجه تفريع المصنّف ذلك على ما ذكره أولاً .

لكن أورد عليه في الأخير أنه يقتضي أن لا يستحق نفقة أصلاً لو أخذ مضاربة في حال السفر^(٢) .

[٣] فما عن فخر المحققين^(٣) من عدم جريان ذلك على هذا القول ، بل تكون النفقة على نفسه ؛ لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه ، وإن استصحبه مال القراض . غير واضح .

والتعليل المذكور يسقطها على القول الآخر أيضاً [وهو وجوب كمال النفقة في السفر] .

ومن هنا حكى عن السيد العميد^(٤) أنه جعل احتمالي سقوط النفقة وثبوت التفاوت بين حالي الحضر والسفر خاصة في عبارة القواعد^(٥) من توابع الفرض ، وهو ما لو كان معه مال آخر لنفسه . وربما يؤيد الاحتمال الأول [وهو سقوط النفقة] ، ظهور خبر النفقة في الذي ليس معه إلا مال المضاربة ، فيقي محلّ الفرض مندرجاً تحت الأصل .

نعم يندرج في النص المضارب^(٦) الذي معه مضاربات متعدّدة ؛ ضرورة صدق كونه مضارباً ، والتوزيع حينئذ متّجه فيه .

إمّا لأنّ قوله ﷺ : « من جميع المال »^(٧) يشمل مال الجميع على جهة النسبة .

أو لأنّ اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجح ، مع أنّ علّة الاستحقاق صدق وصف المضاربة المتحققة في الجميع ، فلا عدل حينئذٍ إلا التوزيع بعد تعذّر التكرار ، وقيمة النفقة ليست نفقة .

بل قد يدعى انسياقه من أمثال ذلك ، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات . كما أنه قد يدعى انسياق ذلك أيضاً حتى

لو كان مال لنفسه مع مال القراض ، لا سقوط النفقة ؛ ضرورة صدق كونه مضارباً معه .

إلّا أنه لما كان السفر ليس للقراض خاصّة اتّجه التوزيع المزبور .

(١) المسالك ٤ : ٣٤٩ . جامع المقاصد ٨ : ١١٢ .

(٣) الإيضاح ٢ : ٣١٩ .

(٥) القواعد ٢ : ٣٤٠ .

(٧) الوسائل ٩ : ٢٤ ، ٦ من المضاربة ، ح ١ وذيله .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ١١٢ .

(٤) كنز الفوائد ٢ : ٧٤ .

(٦) الوسائل ٩ : ٢٤ ، ٦ من المضاربة ، ح ١ وذيله .

وعلى كل حال ففي كونه على قدر الأموال أو الأعمال البحث السابق ، هذا [١] .
ولا ريب في التوزيع مع الإطلاق فيهما وإن علم أحدهما بالآخر . نعم لو أريد من الشرط الاختصاص بالنفقة على من عليه الشرط أتجه ذلك . إلا أنه لا فرق معه بين صورتي الجهل والعلم حينئذ [٢] .
(ولو أنفق صاحب المال مسافراً) مثلاً (فانتزع المال منه) بقصد فسخ المضاربة (فنفقة عوده منه خاصة^(١)) [٣] . وكيف كان فلا إشكال [٤] في أن (للعامل ابتياح المعيب والردّ بالعيب وأخذ الأرض^(٢)) .
نعم (كل ذلك) ونحوه (مع الغبطة) [٥] . وكذلك الكلام في الرد بالعيب ، وأخذ الأرض .
(و) لكن مع هذا قد ذكر [المصنف :] [٦] أنه (يقضي إطلاق الإذن) هنا (البيع نقداً بثمن المثل من نقد

[١] وفي المسالك بعد أن ذكر التوزيع في القراضين قال : « ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما وأطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ؛ لأن ذلك منزل على اختصاص الشروط عليه بالعمل . هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر ، أما لو علم صاحب القراض الأول بالثاني وشرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولا شيء على الثاني »^(٣) .

وقد تبع بذلك الكركي قال : « لو شرط في القراض النفقة فأخذ من آخر قسط ؛ لأن ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له ، وكذا لو شرطاً ، ولو شرط أحدهما وأطلق الآخر فإن علم الأول بالقراض فالنفقة من ماله خاصة ، عملاً بالشرط »^(٤) . وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة قال فيها : « فإن شرط صاحب المال الأول النفقة من مال القراض ، مع علمه بالقراض الثاني جاز ، وكان نفقته على الأول ، وإذا لم يعلم بالقراض الثاني بسطت النفقة وإن كان قد شرطها الأول ؛ لأنه إنما أطلق له النفقة بناءً على اختصاص عمله به ؛ لأنه الظاهر »^(٥) . قلت : قد عرفت في السابق أن شرط النفقة إنما هو مؤكّد لثبوتها بدونه ، فصوره الشرط حينئذ كصورة الإطلاق بالنسبة إلى ذلك .

[٢] ودعوى انسياق ذلك من الشرط حال العلم دون الجهل لا شاهد لها ، والله العالم .

[٣] لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة ، ولا غرر بعد دخوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك ونحوه . فما عن بعض العامة من ثبوتها^(٦) واضح الضعف .

[٤] لا خلاف [فيه] .

[٥] لأن الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح والمعيب ، فلا يتقيد بإطلاقها حينئذ بالأول . وإن كان هو كذلك في إطلاق الوكالة ، المحتمل إرادة القنية التي لا يناسبها المعيب .

[٦] [كـ]غير واحد من الأصحاب .

(١) في الشرائع : من خاصته بدل « منه خاصة » .

(٢) في الشرائع المحقق : والأخذ بالأرض » .

(٣) المسالك ٤ : ٣٤٩ .

(٤) جامع المقاصد ٨ : ١١٤ .

(٥) التذكرة : ١٧ : ١٠٥ .

(٦) انظر المعني (لأين قدامة) ٥ : ١٥٣ .

البلد) [١]. والتحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحة، إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل. أمّا مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجّار في تحصيل الأرباح.

وأما النادر وإن فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق [٢].

(و) على كلّ حال فـ [المختار] [٣] أنه (لو خالف) ما دلّ عليه اللفظ (لم يمتز إلا مع إجازة المالك) [٤].

وهو غير باطل [٥]، وإنّما هو فضولي، فإن أجاز نفذ [٦].

[١] لأنّ المتعارف في التجارة لتحصيل الربح؛ إذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى؛ كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل، واحتمال الكساد في بيع العروض. لكن في المسالك وغيرها المناقشة في الأخير بأنّ «المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب؛ لأنّ الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، وهو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازها بها مع الغبطة». إلى أن قال: «ولو أذن له في شيء من ذلك عموماً أو خصوصاً» كـ «تصرّف كيف شئت، وبحسب رأيك ونظرك» ونحو ذلك، فإنّه يجوز له البيع بالعروض قطعاً. أمّا النقد وثمر المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح^(١). وما أبعد ما بينه وبين فاضل الرياض^(٢)، حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق، وإن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً.

وظنّي أنه لا موافق له على ذلك، وإن كان قد يتوهم من بعض العبارات.

[٢] إذ ليس العنوان الإذن: في عمل كلّ ما فيه مصلحة.

وإنّما هو الإطلاق المنصرف إلى الأفراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس، والله العالم.

[٣] [كما] قد ذكر المصنّف وغيره [ذلك].

[٤] لكونه تصرّفاً قد وقع بدون إذن المالك.

[٥] عندنا.

[٦] لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد^(٣): «أنّه مع الإجازة إن قدر على تحصيل النسيئة، وإلا ضمن الثمن؛ لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة، ومع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان، وإلا ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد، ولا التفاوت في صورة النقيصة؛ لأنّه مع عدم الإجازة بيع باطل، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدّى فيه وسلّمه من غير إذن شرعي»^(٤).

قلت: قد يناقش في ضمانه بأنّه مع إجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة صار الثمن الذي في ذمّة المشتري له برضاه، ولم يحصل من العامل ما يقتضي ضمانه. بل لعلّ ذلك كذلك في الغاصب إذا باع المصنوب نسيئة ثمّ ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك، ورضي بالثمن الذي في ذمّة المشتري أن يكون له، خرج الغاصب من الضمان. ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه إلى الثمن الذي لم تستول به عليه. وكأنّ ذلك كلّّه لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد. اللهمّ إلا أن يقال: إنّ ما نحن فيه ممّا تسمع تظافر النصوص والفتاوى به، بضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك، وإن بقيت المضاربة صحيحة والربح بينهما.

[ويضمن العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك ، وإن بقيت المضاربة صحيحة والربح بينهما] [١] .
 (وكذا يجب) مع الإطلاق (أن يشتري) العامل (بعين المال) [٢] (و) حينئذٍ فـ (لو) خالف (و) اشترى في
 الذمة) للمالك (لم يصح البيع إلا مع الإذن) فيه ولو لاحقاً . لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الإطلاق عرفاً الشراء بالذمة
 على وجه الحلول وإرادة الدفع من مال المضاربة ، كما هو المتعارف بين الناس ، من غير فرق بين المالك والعمال
 والوكلاء وغيرهم . نعم ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة [٣] .
 فإذا اتفق عروض ذلك من العامل وفرض تلف مال المضاربة أدى المالك من غيرها حينئذٍ [٤] .
 (ويكون ما أذاه المالك من مال القراض) .

(و) على كل حال فـ (لو اشترى) العامل (في الذمة) بنية أنه للمالك (لا معه) أي الإذن منه ، لا سابقاً ولو من
 الإطلاق المزبور ، ولا لاحقاً ، (و) لكن (لم يذكر) أي (المالك) على وجه يفهم البائع أن البيع له (تعلق الثمن بذمته
 ظاهراً) وإن كان هو فاسداً في نفس الأمر . ويجب عليه التخلص من البائع بمقاصة ونحوها . نعم لو وقع الشراء منه
 بلا نية أنه للمالك أو لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهراً و واقعاً ، وكان الربح له ، كما لو نوى لنفسه [٥] .

- [١] إذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح ، أو المفهوم من الإطلاق .
 فكما لو قال له : اشتر مثلاً تمرأ فخالف واشترى غيره كان ضامناً ، ولكنه صحيح ، والربح بينهما كما ستعرف .
 كذلك ما نحن فيه ، المستفاد من انسياق الإطلاق ، بل هو أولى بذلك ، والله العالم .
 [٢] لأنه المفهوم أو المتيقن منه ، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال عدم إرادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه .
 والشراء بالذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره ، كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء فيه .
 [٣] فإنه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك . ويمكن إرادة الأصحاب بالمنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الأول الذي قد
 يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين .
 [٤] لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور ، المفروض وقوعه . ومن ذلك يعلم ما في التعليل المذكور . كما أن منه
 يعلم أنه مع تأدية المالك في الفرض المزبور من غير مال المضاربة يكون ذلك من مال القراض ؛ لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ،
 كما عن الشيخ في المبسوط^(١) التصريح به ، وإن حكى عنه أنه حكى فيه وفي الخلاف^(٢) أقوالاً غير محضلة ، لا فائدة في ذكرها ، كما
 لا محصل معتد به لما أظن به في الرياض^(٣) من ذكر الإشكال المزبور ، والجواب عنه ، والنظر في الجواب ، فلاحظ وتأمل .
 [٥] لظهور المعاملة في ذلك ، حتى لو فرض كونه مأذوناً في الشراء في الذمة للمالك . لكن لا ينصرف الشراء في نفس الأمر عمن
 وقعت المعاملة له إلا بنية أنه له ، كما هو واضح . فما في الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة^(٤) واضح الضعف .
 إلا أن فيما حضرنى من نسخه غير نقية من الغلط .

(١) انظر المبسوط ٣ : ١٨٧ . وحكاها في التنقيح ٢ : ٢٢٠ .

(٢) انظر المبسوط ٣ : ١٧٥ ، ١٧٧ ، ١٨١ ، ١٨٧ . لم نعتز عليه في الخلاف ، وحكاها في التنقيح ٢ : ٢٢٠ .

(٣) الرياض ٩ : ٧٩ - ٨٠ . (٤) انظر الرياض ٩ : ٧٩ .

نعم لو كان قد نوى المالك ثم أجاز كان له [١].
 كما أنه يبطل مع ذكره له لفظاً، وعدم إذنه سابقاً ولا حقاً [٢].
 (ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها) أثم وضمن المال؛ لتعديده، وإن نفذ بيعه، وكان الربح بينهما [٣].
 بل هو كذلك حتى في صورة الإطلاق [٤].
 من غير فرق بين خوف الطريق وأمانه.
 وعلى كل حال فلا إشكال [٥] في الحكم المزبور [٦].

[١] بل ربما ظهر من المقداد^(١) كونه مال قراض حينئذٍ.

[٢] وبذلك كله بأن لك صور المسألة وأحكامها.

لكن الإنصاف عدم خلوه عمله مال قراض مع الإجازة اللاحقة وأداء الثمن من غير مالها من إشكال، أو منع، والله العالم.
 [٣] إذ لا منافاة بين ذلك وبين المنع من السفر؛ لكونه مأذوناً في التجارة من حيث هي تجارة، وإن لم يجز له السفر، فإن المنع من أحد المتقارنين لا يقتضي بمجرده المنع من الآخر.

[٤] فإن الظاهر عدم استفادة الإذن منه في السفر، كما صرح به غير واحد، بل في جامع المقاصد نسبته إلى علمائنا^(٢)؛ لما فيه من التفرير بالمال. خلافاً لبعض^(٣) العامة.

[٥] ولا خلاف عندنا [في ذلك].

[٦] وفي الصحيح عن أحدهما: سألت عن رجل يعطي المال مضاربة وينهى أن يخرج [به فخرج]؟ قال: «يضمن المال والربح بينهما»^(٤).

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: في الرجل يعطي للرجل المال، فيقول [له]: أنت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها، واشتر منها؟ قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما»^(٥).
 وفي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى فعصاه، قال: «هو له ضامن، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»^(٦).

وخبر أبي الصباح: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى أرض وينهى أن يخرج به إلى غيرها فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: «هو ضامن، وإن سلم فهو بينهما»^(٧).

(١) التفتيح ٢: ٢٢٠. (٢) جامع المقاصد ٨: ١٠٩.

(٣) المغني (لابن قدامة) ٥: ١٥١.

(٤) الوسائل ١٩: ١٥، ب ١ من المضاربة، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ١٥-١٦، ح ٢.

(٦) المصدر السابق: ١٨، ح ١٠.

(٧) الوسائل ١٩: ١٧، ب ١ من المضاربة، الحديث ٦، وفيه: «فربح فالربح» بدل «فهو».

[وكذا يضمن لو خالف أمر صاحب المال] [١].

(أو أمره بابتياح شيء بعينه^(١)) فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط [٢].

[١] بل في صحيح الحلبي عنه أيضاً أعم من ذلك قال في المال الذي يعمل به مضاربة: «له من الربح، وليس عليه من ضيعة شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذاكبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»^(٢). وفي صحيحه الآخر عنه أيضاً: في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط [عليه]، قال: «هو ضامن، والربح بينهما»^(٣). وفي خبر أبي الصباح عنه أيضاً: في الرجل يعمل بالمال مضاربة، قال: «له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال»^(٤). بل في صحيح جميل عنه أيضاً: في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى [به] غير الذي أمره؟ قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»^(٥). وإليه أشار المصنف بقوله: [أو أمره...].

[٢] إلا أنه أشكله بعض^(٦) بمخالفته القواعد المعلومة؛ ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الإذن لاحقاً وسابقاً، فكيف يتجه استحقاق الربح حينئذٍ. ومن هنا جمد بعض الناس^(٧) على ما في النصوص. ولعل إقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك. لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص^(٨) الدالة على الأعم من ذلك، وهو كل شرط قد خولف. وهو الذي جزم به غير واحد، قائلًا أنه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب، إلا أنه كما ترى أيضاً.

ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة، وإرادة الضمان من الاشتراط. كما يؤول إليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق^(٩)، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم. بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط. كما عساه يؤول إليه خبر رفاعة عن أبي عبد الله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبت أو أكلته فأنت له ضامن؟ قال: هو له ضامن إذا خالف شرطه^(١٠). هذا.

وفي المسالك: «يجب تقييد المخالفة في جهته بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة أو يزيد، فلو كان ناقصاً لا يتغابن بمثله لم يصح، كما لو باع بدون ثمن المثل»^(١١). ومثله في جامع المقاصد وزاد: «أنه إذا أجاز المالك كان الثمن مضموناً»^(١٢).

(١) في الشرائع: «معين». (٢) الوسائل ١٩: ١٧، ب ١ من المضاربة، ح ٧.

(٣) المصدر السابق: ١٦: ح ٥.

(٤) المصدر السابق: ١٨، ح ٩.

(٥) انظر المسالك ٤: ٣٥٢.

(٦) المصدر السابق: ١٧، ح ٧.

(٧) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٤ وفيه: «آذيته، بدل «أذهبته». الوسائل ١٩: ١٧، ب ١ من المضاربة، ح ٨، وفيه: «أذنته بدل «أذهبته».

(٨) المسالك ٤: ٣٥٣. (٩) جامع المقاصد ٨: ١١٠.

[وهل يحتاج في مورد المخالفة إلى جازة المالك؟] قلت: قد يقال بالصحة من غير احتياج إلى الإجازة [١]. ولا رب أن محلّ الفرض من ذلك [= مما في النصوص]، والله العالم.

(و) كيف كان فد (بموت كل^(١)) منهما تبطل المضاربة؛ لأنها في المعنى وكالة [٢]. [بل الظاهر عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والإغماء]. وحينئذٍ إذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى من انقضاء المال دراهاً ودنانير وغير ذلك كما هو واضح. ثم إن كان الميت المالك وكان المال ناضباً لا ربح فيه أخذه الوارث، وإن حصل فيه ربح اقتسماه، وليس لأحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصته [٣]. و[أما] إن كان المال عروضاً [٤]. [فالمختار أنه ليس له يبعه من دون إذن الوارث الذي قد انتقل إليه وإن رجبى الربح]. كما أنه ليس للوارث إلزامه بالإنقضاء مطلقاً بعد انقضاء المضاربة. اللهم إلا أن يقال: إنه للميت فينتقل إلى وارثه. وإن كان الميت العامل فإن كان المال ناضباً ولا ربح أخذه المالك، وإن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصصهم منه. ولو كان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنقيض فإن أذن المالك للوارث فيه جاز، وإلا نصب الحاكم أميناً يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّة الوارث، وإلا سلم الثمن للمالك، والله العالم.

[الحكم في مال القراض]:

الأمر (الثاني: في مال القراض).

(ومن شرطه أن يكون عيناً) فلا يجوز بالدين (وأن يكون دراهم أو دنانير) [٥].

[١] لما سمعته من النصوص أنّ البيع صحيح مع المخالفة، ولكنه ضامن للوضعية.

[٢] التي هي كثيرها من العقود الجائزة، نحو العارية والوديعة تنفسخ بالموت والجنون والإغماء، ونحو ذلك ممّا يقتضي بطلان الإذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه. بل ظاهر الأصحاب في المقام وغيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والإغماء؛ لتضريحهم بالانقضاء بعروض أحد هذه العوارض.

[٣] لما ستعرف إن شاء الله من ملكه لها بالظهور، فكان شريكاً للمالك.

[٤] ففي المسالك: «إنّ للعامل يبيعه إن رجبى الربح، وإلا فلا، وللوارث إلزامه بالإنقضاء إن شاء مطلقاً»^(٢).

وفيه: أنه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذي قد انتقل إليه وإن رجا الربح.

[٥] بلا خلاف أجده في شيء منه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى ما قيل^(٣) من أصالة الفساد هنا السالمة عن معارضة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، «والمؤمنون عند شروطهم»^(٥)، ونحو ذلك ممّا عرفت إرادة العقود اللازمة منه. وعن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة، وإنما هي في معرض أحكام آخر. وإن كان لا يخلو من تأمل؛ ضرورة الاكتفاء بـ ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٦) ونحوه في ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح. ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور.

(١) في الشرائع: «كل واحد».

(٢) انظر الرياض ٩: ٨٤-٨٥.

(٣) (٤) العائدة: ١.

(٥) (٦) النساء: ٢٩.

(٥) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ٢٠٠ من المهورح ٤.

و[الظاهر] [١] أنه لا وجه لقول المصنّف: (وفي القراض بالنقرة) التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضة تردّد) [٢]. [حيث لا يصحّ القراض بالنقرة] [٣].

(و) كذا (لا يصحّ بالفلوس) [٤].

بل (ولا بالورق المغشوش) الذي يجب كسره، (سواء كان) فيه (الغشّ أقلّ أو أكثر).

إذ المراد به المغشوش بالنسبة إلى تلك السكّة في ذلك الزمان، المعبر عنه في زماننا بالقلب.

لأنّ المراد به ما يشمل المتعارف في زماننا من الشاميّات والشوشيات وغيرها من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضة؛ ضرورة صحه المضاربة بها، ووجوب الزكاة؛ لعدم اعتبار الخلوّص في الدراهم والدنانير. وإنّما هو القطعة المسكوكة للمعاملة، سواء كان خليطاً أو لا، وإن اتفق خلوصه في ذلك الزمان، إلّا أنّه أحد الأفراد، كهيئته السابقة [٥].

(و) كذا (لا) يصحّ (بالعروض) التي هي غير التقدين من المتاع مطلقاً والأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً [٦].

[١] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٢] ضرورة عدم كونها حينئذٍ منهما.

ومن هنا لم نعرف مخالفاً في عدم الجواز بها، بل ولا متردداً غير المصنّف.

نعم في المسالك: «ربّما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكّة، فإن صحّ هذا الإسم كان التردّد من حيث إنّها قد صارت دراهم ودنانير، وإنّما تخلف السكّة وهي وصف في التقدين ربّما لا يقدر، خصوصاً إذا تعامل بها على ذلك الوجه»^(١). مع أنّه أيضاً كما ترى، بعد معلومية كون الدرهم والدينار حقيقة في المسكوك للمعاملة. وتخلف السكّة قاذح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق إسم الدرهم والدينار. والتعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا للمعاملة، لا يحقق الإسم المزبور.

ولو سلّم تحقق الإسم بناءً على أنّه للأعمّ من المسكوك للمعاملة، فليس حينئذٍ إلّا الصحة.

[٣] وعلى كلّ حال فلا وجه للتردّد بعد الجزم بشرطية الدرهم والدينار، والله العالم.

[٤] لفقء الشرط المزبور.

[٥] وحينئذٍ فلا حاجة إلى ما في جامع المقاصد^(٢) والمسالك^(٣) من تقييد نحو عبارة المصنّف بما إذا لم يكن متعاملاً به أي المغشوش؛ فلو كان [المغشوش] معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة، وصحّ جعله مالاً للقراض، سواء كان الغشّ أقلّ أو أكثر إذ قد عرفت إرادة المصنّف وغيره من المغشوش ما سمعت [المعبر عنه في زماننا بالقلب]، لا نحو ذلك كما هو واضح.

[٦] لانتفاء الشرط المزبور، كما هو واضح.

وكأنّ المصنّف ذكر الأوّل ولم يستغن عنها بالعروض، بناءً على التفسير الأوّل دفعاً لتوهم الجواز في النقرة باعتبار كونها مادة للدرهم والدينار، وفي الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل التقدين في السكّة والمعاملة، فأراد النصّ عليها بعدم الجواز.

(ولو دفع) إليه أي إلى العامل (آلة الصيد كالشبكة بحصة) ثلث مثلاً (فاصطاد) لم يكن مضاربة قطعاً؛ لانتفاء الشرط، ولا شركة لعدم الامتزاج، ولا إجارة لعدم معلومية الأجرة، فليس هي إلا معاملة باطلة .
وحينئذٍ كان^(١) ما اصطاده (للصائد) الذي قد حازه (و) لكن (عليه أجرة) المثل لـ (سالة) كما هو واضح [١] . (ويصح القراض بالمال المشاع) [٢] . من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك (و) غيره . نعم (لابد) في مال المضاربة (أن يكون معلوم المقدار) بعد معرفة الجنس [٣] .
إلا أن ذلك كله في المجهول الذي لا يؤول إلى علم .
أما ما يؤول إليه ولو بالعد بعد وقوع العقد ونحوه فقد يشكل [الحكم بعدم صحته] [٤] .
[لكن يمكن القول] بأنه [غرر و] [لا تكفي المشاهدة] فيه وإن زال بها معظم الغرر [٥] . [و] [قيل : يصح مع

- [١] نعم في المسالك وغيرها الحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصوّر التوكيل في تملك المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد، وقد سبق الكلام على نظيره، ويعد بناءؤه على أنّ العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه؛ لأنّ ظاهر الحال دخوله على الشركة، وحيث يكون الصيد لهما فعلى كلّ منهما أجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه^(٢) .
قلت : قد تقدم سابقاً إمكان اختصاصه بذلك وإن قلنا بصحة التوكيل، بناءً على عدمه [= عدم التوكيل] في المقام؛ لكون الإذن قد وقعت في العقد الفاسد فلا أثر لها . ونية الشركة مع عدم الإذن لا تجدي .
ودخوله في ملكه يكفي فيه قصده الحيابة، أي دخول الشيء في حيازته، والفرض أنّه قد تحقق القصد فيه، فيكفي ذلك في دخول الشيء في ملكه وإن كان من قصده الشركة التي قد بانّ فسادها، والله العالم .
[٢] بلا خلاف ولا إشكال عندنا؛ لأنّه معيّن في نفسه، جامع لشرائط الصحة .
[٣] للنهي عن الغرر، ولعدم معرفة الريح من رأس المال .
[٤] بناءً على تحقق عموم أو إطلاق في الباب يشمل الفرض، ولو قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣) . لعدم ما يدلّ على اعتبار العلم هنا، أو البطلان مع مثل هذه الجهالة، والنهي عن الغرر إنّما هو في البيع .
أللهم إلا أن يقال : بأنّ في بعض النصوص النهي عن الغرر^(٤) فيشمل المقام .
بل لو سلّم تحقّق إطلاق في المضاربة يشمل محلّ الفرض كان التعارض من وجه، والترجيح للأزول، بفتوى المشهور بذلك، بل (و) [لا تكفي المشاهدة] .
[٥] لأنّها ليست طريقاً للعلم فيما اعتبر فيه، وإنّ حكى عن المرتضى^(٥) الاكتفاء بها في المقام وغيره، بل هو أحد قولي الشيخ^(٦) هنا . وهو كذلك لو سلّم وجود دليل على اعتبار العلم في المقام . (و) من هنا [قيل : يصح مع الجهالة] .

(١) في الشرائع : «كان الصيد» . (٢) المسالك ٤ : ٣٥٧، وفيه : «بالتملك» بدل «بالتملك» .

(٣) النساء : ٢٩ .

(٤) دعائم الإسلام ٢ : ٢١، ح ٣٤٠ . الوسائل ١٧ : ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣ .

(٥) حكا، في كشف الرموز ٢ : ١٤ - ١٥ .

(٦) الخلاف ٣ : ٤٦٩ .

الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره) [١]. والتحقيق - إن لم يكن ثم إجماع - عدم قبح الجهالة التي تزول إلى علم، نحو أن يقع العقد على ما في الكيس مثلاً، ثم يعدّنه بعد ذلك [٢].

أما الجهالة التي لا تزول إلى علم فالظاهر عدم جوازها [٣].

(و) كيف كان - ولو أحضر مالين وقال: قارضتك - بأحدهما أو (بأيهما شئت لم ينعقد بذلك قراض) [٤].

(وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه) [قال المصنّف: (ضمن) مع جهل المالك] [٥].

قلت: لعلّ المتجّه في مفروض المسألة الفساد، من غير فرق بين حالي العلم والجهل. وذلك لمعلومية اعتبار

[١] بل في المسالك: «إنه في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة، وقواه في المختلف، محتجاً بالأصل. وقوله عليه السلام: «المؤمنون على شروطهم»^(١)». ولا أثر لانتفاء هذه الجهالة التنازع بعد أن كان القول قول العامل شرعاً في قدر الواصل؛ لأن الأصل عدم وصول الزائد إليه.

[٢] لإطلاق الأدلة أو عمومها. نعم بناء على عدم عموم أو إطلاق مستند إليه في مثل ذلك، فلا ريب في أنّ الأصل الفساد.

[٣] لعدم إمكان تحقق الربح معها، وهو روح هذه المعاملة، فتأمل جيّداً، والله العالم.

[٤] للإبهام في الأول المانع من تعلق العقد، فإنّ المبهم لا وجود له في الخارج. وموقوفة العقد مع التخيير إلى حال وقوعه، وليس في الأدلة - حتى الإطلاقات - ما يدلّ على مشروعية ذلك. بل لعلّ الأدلة قاضية بخلافه؛ ضرورة ظهورها في سببية العقود، وعدم تأخر آثارها عنها. وجعل الخيار كاشفاً عن مورد العقد من أول الأمر لا دليل عليه؛ لكونه مخالفاً للأصل. ومن هنا لم يحك خلاف في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة.

[٥] كما في المسالك، قال: «لأنّه حينئذ يكون واضعاً يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه؛ لأنّ تسليمه إليه إنّما كان ليعمل فيه فكان ضامناً»^(٣). ونحوه في جامع المقاصد^(٤). وفي الأول منهما: «هل يكون ضامناً للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره؟ قولان: من عدم التمييز، والنهي عن أخذه على هذا الوجه، ومن أنّ التقصير بسبب الزائد، فيخص به، والأوّل أقوى. وربما قيل: إنه إن أخذ الجميع دفعة فالحكم كالأوّل، وإن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصّة. ويشكل بأنّه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع. ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه؛ إذ لو ترك الأوّل وأخذ الزيادة لم يعجز»^(٥). وقد صرح فيهما بأنّه لو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن^(٦). إمّا لقدمه على الخطر، أو لأنّ علمه بذلك يقتضي الإذن له في التوكيل. ثم قال في المسالك: «وحيث يثبت الضمان لا يبطال العقد به؛ إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد، والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة، وهذا يحصل حال العقد، فمن ثمّ فرق بين علم المالك وجهله، ولو كان قادراً فتجدّد العجز وجب عليه ردّ الزائد عن مقدوره؛ لوجوب حفظه، وهو عاجز عنه، وإمكان التخلص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد»^(٧).

(٢) المسالك ٤: ٣٥٧.

(٤) جامع المقاصد ٨: ١٢٢.

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٣) (٥) (٧) المسالك ٤: ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٦) المسالك ٤: ٣٥٨، جامع المقاصد ٨: ١٢٢.

قدرة العامل على العمل في الصحة نحو ما ذكره في الإجارة [١] . بل الظاهر أن الحكم كذلك بتجدد العجز ، فضلاً عما كان حال العقد [٢] . بل يقوى البطلان حتى مع إذن المالك في التوكيل للغير أو الاستئجار [٣] .

(ولو كان له في يد غاصب) مثلاً (مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان) السابق [٤] . [لكن الأقوى عدم الضمان] . فإنه إذا لم يكن كذلك لم يبرأ حتى (فـ) في صورة ما (إذا اشترى به ودفع المال إلى البائع) التي حكم المصنّف [٥] بأنّه متى فعل ذلك (برئ) من الضمان (لأنّه) قد (قضى دينه) أي المالك (بإذنه) [٦] .

[١] ضرورة لنوعية التعاقد مع العاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة ، فضلاً عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل ، على العمل العاجز عنه ؛ إذ هو أولى بذلك من الوصي الذي حكموا ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أوصى به .

[٢] ومن ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة .

بل لعلّ عبارة المتن والقواعد^(١) كذلك [= ساقط] ، بناء على إرادة الضمان مع الصحة منها .

[٣] فإنّ ذلك فرع صحة العقد الذي قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه بنفسه ، وإن لم يشترط عليه المباشرة ، على أنّه لو اكتفى بذلك في الصحة لم يكن للضمان حينئذٍ وجه ؛ ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان إلا ما خرج ، كما هو واضح ، والله العالم .

[٤] للأصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان ، بل يجامع في كثير من المقامات . ولظهور قوله ﷺ : « حتى يؤذي »^(٢) في بقاء الضمان إلى حال التأديّة التي ليس وقوع عقد القراض منها . وكون العين في عقد القراض أمانة لا ينافي الضمان من جهة أخرى . ورفع اليد عن الغصب ليس وصولاً إلى يد المالك . لكن قد تقدّم في كتاب الرهن منّا تحقيق ذلك على وجه يعلم منه قوّة عدم الضمان . ولو من جهة اقتضاء العقد الإذن في دوام القبض . وما في المسالك : « من أنّ مجرد العقد لا يقتضي ذلك [= زوال الضمان] ، وأنّما يحصل الإذن بأمر آخر ، ولو حصل زال الضمان »^(٣) واضح الضعف ، وإن حكى عن العلامة في التذكرة^(٤) مستظهِراً لذلك أنّ كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض . فلو قال المالك : أنا أبقى المال في يدي وأدفع الثمن كلّما اشترت متاعاً صحّ . إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة عدم منافاة ذلك على تقدير تسليمه ؛ لاقتضاء إطلاق العقد ذلك كضرورة المكابرة في عدم دلالة إطلاق العقد على الإذن في البقاء والعمل به وتقليبه .

[٥] وغيره ، بل في المسالك الإجماع عليه^(٥) .

[٦] ضرورة صراحة ذلك في تحقق الإذن منه ، التي هو قد اعترف صريحاً بعد ذلك في كلامه بزوال الضمان معها ، حتى أنّه حكى عن بعضهم^(٦) القول بالعدم ، وضّفه بأنّه حينئذٍ وكيل محض ، وإن كان له في القبض مصلحة ؛ إذ هو كالوكيل يجعل . وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه . وأنّما القول بعدم زوال الضمان معها [= مع الإذن] أيضاً فقيه - مضافاً إلى ما سمعته - أنّه أداء إليه ؛ ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد ، وإن أردت زيادة التحقيق في ذلك فلا حظ ما سلف لنا في كتاب الرهن^(٧) ، والله العالم .

(١) (٧) القواعد ٢ : ٣٤١ . انظر ص : ٩٧ وما بعدها . (٢) المستدرك ١٤ : ٨ ، ب ١ من الرواية ، ح ١٢ ، وفيه : « تؤذي » .

(٣) (٤) المسالك ٤ : ٣٥٩ . التذكرة ١٧ : ٣٢ . (٥) المسالك ٤ : ٣٦٠ .

(ولو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه) [١].

(وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد) بعد القبض [٢]. نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلاً عنه صح، بناءً على جواز مثل ذلك [٣].
(تفريع^(١)):

[حكم ما لو قال: بع هذه السلعة فإذا نصّ ثمنها فهو قراض]:

(لو قال: بع هذه السلعة فإذا نصّ ثمنها فهو قراض لم يصح؛ لأن المال) أي الثمن (ليس بمملوك عند العقد) [٤].

[حكم ما لو مات رب المال وبالمال متاع]:

(ولو مات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن) العقد (الأول بطل) بالموت [٥].

[١] بلا خلاف ولا إشكال [فيه]؛ لما عرفت من اعتبار العينية في مال القراض المنافية للدينية.

[٢] إذ هو لم يخرج بالإذن عن كونه ديناً.

[٣] وفي المسالك: إن في قول المصنف: «ما لم... إلى آخره» إشارة إلى صحة القبض وإن كان مترتباً على عقد فاسد^(٢).

وفيه: أنه يمكن أن يكون ذلك مبنياً على إجازة القبض عنه بعد وقوعه.

على أن ظاهر العبارة فرض التصريح بالإذن مستقلاً، لا الاستفادة من العقد الفاسد، والأمر سهل.

[٤] ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع.

على أنه مجهول، بل التعليق محقق، فلا إشكال في الفساد. خلافاً للمحكي عن بعض^(٣) العامة من الجواز، فلا ريب

في فساده.

[٥] وليس هو فضولياً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علقه بالمال حال العقد بوجه من الوجوه. وبذلك افرق عن إجازة البطن

الأول العين الموقوفة مدة زادت على حياتهم، فإن الإجازة تصح بإجازة البطن الثاني؛ لتعلق حق لهم من الواقف، فالإجازة على المدة

الزائدة في نفس الأمر لهم، وإن لم يعلم بها حال العقد، بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت.

وحينئذ فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير، ولكن الفضولي أجرى العقد عليه.

بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك، ولكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه، فليس هو في عقده على ماله فضولاً عن الغير الذي

لا مدخلية له حال العقد. وكذا إجازة الإنسان ماله مدة مات في أثنائها، بناءً على انقضاء الإجازة، فإنه لا يجدي في صحة

الاستمرار بإجازة الوارث. نعم تجدي إجازة الوارث في مثل الوصية التي هي تصرف بعد الموت الذي هو محلّ تعلق حق الوارث وفي

مثل التنجيز في المرض الذي تعلق به حق الوارث. وصحة الإجازة في الأول قبل الموت إنما هو للدليل، على أنه في التصرف بعده.

وكذا الثاني الذي قد عرفت الحق فيه (و) هو واضح.

(١) في الشرائع المحقق: «فروع» وفي الحجري: «فروع».

(٢) المسالك ٤: ٣٦٠.

(٣) انظر المبسوط (للرخسي) ٢٢: ٣٦.

بل (لا يصح ابتداء القراض) في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه (بالعروض) حتى في النقد منه خاصة [١] .

نعم لو فرض كون المال ناصباً وأراد التجديد عليه لم يكن به بأس حتى إذا كان بلفظ التقرير [٢] .
[الاختلاف في قدر رأس المال] :

(ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه) سواء كان المال باقياً أو تالفاً بتفريط أو غيره .
لأنه اختلاف في المقبوض [٣] .

[وقد قيل بتقديم قول المالك مع فرض ظهور الريح] . ولعله الأقوى [٤] .

[خلط العامل مال القراض بماله] :

(ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميز ضمن ؛ لأنه تصرف غير مشروع) له [٥] .
نعم لا يبطل العقد بذلك ، فيبقى الريح حينئذٍ بينهما على حسب الشرط ، وإن أتم بذلك العامل وضمن ، هذا كله مع إطلاق العقد . أما مع الإذن في ذلك خصوصاً أو عموماً فلا بأس به مع المصلحة في الأخير ، كما هو واضح .

[١] لعدم ذكر الحصة له ، وإنما ذكرت للجميع الذي منه العروض .

[٢] لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذا العقد ، والله العالم .

[٣] وفي الواصل إليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه . ولا ريب في أن الأصل عدم ذلك بالنسبة إلى الزائد .

بل هو في صورة التلف بتفريط غارم محض ، والأصل براءة ذمته ، فيكون هو المنكر .

بل ظاهر المتن وغيره أن ذلك كذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك أيضاً .

لكن قد يشكل حينئذٍ بأن ذلك يؤول من العامل إلى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخص .

بل ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال المخصوص .

ولا ريب في أن القول قول المالك فيه [= في قدر استحقاق العامل] ؛ لأصالة عدم استحقاقه الزائد ، وأصالة عدم ربح للمال وعدم زيادته ، ولأن الأصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك ، بل هو كذلك حتى في صورة التلف بتفريط ؛ إذ المضمون قدر مال المالك ، وإذا كان الأصل يقتضي كون الجميع له إلا ما أقر به للعامل ، فهو ضامن له حينئذٍ ؛ إذ الضمان تابع للاستحقاق .

ومن هنا جزم في جامع المقاصد والمساك بأن القول قول المالك في الفرض ^(١) ، واستحسنه في الرياض ^(٢) .

[٤] ومنه يعلم ما عن فخر المحققين ^(٣) من أن القول قول المالك إلا مع التلف بتفريط ؛ إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه .

[٥] ضرورة كونه أمانة في يده ، فلا يجوز خلطها كالوديعة ، على أن الشركة عيب .

(١) جامع المقاصد ٨ : ١٦٨ . المسالك ٤ : ٣٦١ .

(٢) الرياض ٩ : ٨٦ .

(٣) الايضاح ٢ : ٣٣١ .

[حكم الريح وتعيينه]:

الأمر (الثالث: في الريح).

(ويلزم الحصة) منه (بالشرط) في هذه المعاملة إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث (دون الأجرة على الأصح) [١].

نعم (لابد أن يكون) جميع (الريح مشاعاً) على جهة الشركة بينهما.

(ف) لو كان لأحدهما شيء معين منه والباقي للآخر بطل [٢].

وكذا (لو قال: خذه قراضاً والريح لي فسد) قراضاً (و) إن كان (يمكن) هنا (أن يجعل بضاعة نظراً إلى المعنى) [٣].

فهي حينئذٍ توكل في التجارة تبرعاً لا تختص بلفظ، فمنه اللفظ المزبور، وإن ذكر فيه لفظ «القراض» إلا أنه يمكن إرادة البضاعة منه ولو مجازاً فإنه أولى من إلغائه.

(و) مع ذلك (فيه تردد) [٤].

(وكذا التردد لو قال: خذه قراضاً (والريح لك) بين صيورته قرضاً فالريح كله للعامل، وبين كونه قراضاً فاسداً فالريح كله للمالك، وعليه الأجرة للعامل.

إلا أنك قد عرفت ما يقوى منه كونه قراضاً فاسداً [٥].

إلا أن تقوم قرينة حالية أو مقالية على إرادة الإقدام على التبذع في الأول، وإنشاء التملك للمال في

[١] الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتهما، المدلول عليها بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) وغيره، وبالمتواتر من السنة المروية من الطرفين.

فما عن المفيد والشيخ في النهاية وسلاور وابن البراج وظاهر أبي الصلاح^(٢) من عدم مشروعيتهما [= الحصة] فليس للعامل حينئذٍ إلا أجرة المثل، وإن وقع من المالك اشتراط الحصة من الريح، إلا أنه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به معلوم البطلان (و) واضح الفساد.

[٢] إجماعاً.

[٣] إذ قد عرفت أنها المال المدفوع ليعمل به، على أن الريح لمالكه بلا أجرة للعامل.

[٤] من ذلك، ومن ظهور اللفظ في إرادة المعنى الحقيقي الذي هو أعم من الصحيح والفساد، وهو غير معنى البضاعة الذي هو الإقدام على التبذع في العمل، وليس في الفرض ما يشعر بذلك بوجه.

فدعوى اتحاد المعنى حينئذٍ واضحة الفساد، كدعوى كون اللفظ لغواً.

[٥] كما هو المشهور.

الثاني [١].

(أمّا لو قال: خذه فاتّجر به والريح لي كان بضاعة، ولو قال: والريح لك كان قرضاً) [ولكن فيه إشكال] [٢]. نعم لو قصد القرض والبضاعة منه لم يكن ثمّ إشكال. بل لا إشكال في جريان القراض الفاسد عليه إذا قصد به [٣]. ولو اختلفا في العقد المبطل [٤] فالظاهر تقديم العامل].

[١] وكأنّه لمع إلى ذلك في المسالك بقوله هنا: «ومحلّ الإشكال إذا لم يقصد القرض ولا القراض، إمّا بأن لم يقصد شيئاً، أو لم يعلم ما قصد، وإلّا كان قرضاً في الأوّل، وقرضاً فاسداً في الثاني بغير إشكال»^(١).

لكن لا يخفى عليك أنّه لا دلالة على القصد إلّا بظاهر اللفظ الصادر من الالفاظ، والقرض صدور لفظ القراض منه، والمناسق من اللفظ حقيقته، فليس حينئذٍ إلّا الحكم عليه بإرادة القسم الفاسد منه. نعم بناءً على اعتبار الشركة في الربح في مفهوم القراض يتّجه احتمال إرادة التجوّز منه، بإرادة البضاعة والقرض. إلّا أنّ الظاهر اعتبار ذلك في الصّحة لا المفهوم. ومع الإغضاء عن ذلك كلّه فالأصل احترام عمل المسلم، والأصل تبعية النماء للمال، وعدم انشاء التملك بعوض في الذمّة. وبذلك يظهر لك ما في قول المصنّف: [أمّا لو قال...].

[٢] ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم، إلّا بعدم وجود لفظ القراض فيه. ولكن ذلك لا يبيّن إرادة القرض والبضاعة منه إلّا بدعوى انصراف الإطلاق إليهما، أو حملة عليهما ولو لأصالة الصّحة، كما هو ظاهر المسالك^(٢)؛ إلّا أنّها يمكن منعها.

[٣] فإنّ التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشرط، بعد صلاحية العقد له. [٤] ففي المسالك: «احتمل تقديم المالك؛ لأنّه أعرف به. والعامل نظراً إلى ظاهر اللفظ، وترجيحاً للصّحة ولو اختلفا في ضميمة اللفظ قدّم قول مدّعي ما يصحّ معه العقد؛ لأصالة الصّحة وعدم الضميمة»^(٣).

قلت: لا يخفى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك [= تقديم العامل]؛ ضرورة عدم وجه لمن يدّعي خلاف الظاهر بلا قرينة، وإلّا لزم من ذلك فساد كثير. كما أنّه لا يخفى عليك عدم كون الثاني من مقام مدّعي الصّحة والفساد؛ ضرورة عدم اتفاقهما على حصول المعاملة المخصوصة بينهما، واختلافهما في الصّحة والفساد، كي يقدّم مدّعيه على مدّعيه. وإنّما اختلافهما في أنّ الواقع بينهما قراض فاسد أو بضاعة صحيحة، نحو الاختلاف في أنّ الواقع بينهما بيع فاسد أو إجارة صحيحة. ولعلّ الوجه في مثله التحالف، فلم يثبت العقد الصحيح حينئذٍ لمدّعيه. ويبقى على الأصل الذي قد عرفت اتحاده في الحكم مع القراض الفاسد؛ لقاعدة احترام عمل المسلم، وتبعيّة النماء. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ أصالة الصّحة أيضاً تجري في نحو الفرض باعتبار اتفاقهما على كون الواقع بينهما أحدهما، والفساد منهما بالأصل، فليس حينئذٍ إلّا الصحيح. أو يقال: إنّ محلّ الفرض في عبارة المسالك الاختلاف في ضميمة اللفظ المقتضي للفساد وعدمها. ولا ريب في موافقة الثاني للأصل. نعم قد عرفت الإشكال في الصّحة مع عدم اللفظ. اللهمّ إلّا أن يدّعي انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفاً. وهو كما ترى، خصوصاً بعد ما عرفت من اقتضاء الأصول مع الشكّ، نتيجة القراض الفاسد، والله العالم.

[ولعل الوجه في ما لو اختلفا في أن الواقع هل هو البضاعة أو القرض الصحيحين أو القرض الفاسد التحالف ، ويتحد في الحكم مع القراض الفاسد من استحقاق العامل أجرة المثل].

(ولو شرط أحدهما شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد) لا (لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة) بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في القرض [١] . فحينئذ يبطل القراض وإن وثق بالزيادة [٢] .

(ولو قال : خذه على النصف صح) [٣] .

(وكذا لو قال : خذه (على أن الريح بيننا) [٤] .

ومن هنا لو اتفقا على ذلك (و) اختلفا بالتفاوت (يقضى بالريح بينهما نصفين) كما في كل مقام ذكر فيه لفظ « الاشتراك » أو ما يؤدي مؤداه في الإقرار وغيره [٥] .

(ولو قال : خذه (على أن لك النصف صح) .

(و) أما (لو قال : على أن لي النصف واقتصر) [قال المصنف :] (لم يصح ؛ لأنه لم يعين للعامل حصّة) [٦] .

[١] ضرورة اقتصار النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الريح بينهما على جهة الإشاعة بنحو النصف والثلث والربع ، وما يؤدي مؤداه . ومنهما يتقدح الشك في تناول الإطلاقات له . هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان ، ولو لظهورها في اعتبار الشركة الإشاعية في جميع الريح ، فضلاً عن صريح الفتاوى .

[٢] لعدم اشتراك جميع الريح بينهما حينئذ ، بعد اختصاص أحدهما بشيء معين منه ، كما هو واضح .

[٣] لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة أن الريح بينهما نصفين . لا لأن المالك لا يقتقر إلى تعيين حصّة للتبعية ، وإنما يفتقر إليها العامل الذي قد ذكر أن النصف له ، فإنه المحتاج إلى الاشتراك .

فما نظر فيه في المسالك ^(١) - بأنه كما يحتمل ذلك [من اللفظ] يحتمل أن يكون النصف المذكور للمالك والآخر لم يذكره اتكالا على التبعية فيبطل العقد ، حينئذ ، واقتضاه إلى تعيين حصّة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولاً عليه - وإن كان ذلك لا يخلو من نظر ، خصوصاً بعد ما سلف منه من إمكان تشخيص أصالة الصحة نحو ذلك .

إلا أنه يسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور [وهو كون الريح بينهما نصفين] من غير اختصاص لأحدهما .

[٤] للتبادر المذكور .

[٥] فإنه يفهم عرفاً منه مع الإطلاق التساوي . فما عن بعض الشافعية من الحكم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيتجهل العقد ^(٢) وواضح الفساد ، والله العالم .

[٦] وقد قيل ^(٣) في وجه الفرق : إن الريح لما كان تابعاً للمال والأصل كونه للمالك لم يفتقر إلى تعيين حصته ، فإن عينها كان تأكيداً ، وأما تعيين حصّة العامل فلا بد منه ؛ لعدم استحقاقها بدونه . فإذا قال : النصف لك كان تعييناً لحصّة العامل ، وبقي الباقي على حكم الأصل . بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره ، بل هو باق على الأصل أيضاً ، فيبطل العقد .

قلت : قد يمنع ذلك بدعوى انسياق إرادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفاً .
 من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل ، فإن المراد النصف الآخر للآخر ، كما هو واضح .
 (ولو شرط لغلامه) أو غلام العامل (حصّة معهما صح ، عمل الغلام أو لم يعمل) بناءً على أنّ العبد لا يملك شيئاً [١] .

لكن قد يناقش [ذلك] [٢] . والمتّجه حينئذٍ فيه البطلان ، إلّا أنّ الإنصاف إمكان دعوى انسياق إرادة المالك عرفاً على نحو الاشتراط للدّابة أو السفينة .
 (و) أمّا (لو شرط لأجنبي و) لو كان خادماً لأحدهما فـ [المختار] [٣] أنّه إن (كان عاملاً صح) الشرط [٤]
 (وإن لم يكن عاملاً فسد) [٥] .

قلت قد يقال : إنّ [الظاهر] [٦] كون الربح في القراض بين المقارض والمقارض والعامل المذكور إن فرض كونه مقارضاً صار من تعدّد العامل ، وهو غير مانحن فيه ، ولذا اعتبر فيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضاً ، وإلاّ كان أجنبياً لا يجوز الشرط له ، وإن عمل بعض مقدّمات التجارة [٧] .

[١] فاشتراطها حينئذٍ له اشتراط لسيّده ، والفرض أنّه أحدهما ، ويجوز تساويهما في الحصّة وتفاوتهما .

نعم بناءً على ملكه يتّجه فيه ما سمعته من الاشتراط للأجنبي .

[٢] بعدم دلالة الاشتراط للعبد على إرادة الاشتراط للسيّد .

وعدم قابليّة العبد للملك لا يصلح قرينة لذلك ، على أنّه يمكن فرض العلم بعدم إرادة ذلك .

[٣] [كما هو المشهور] .

[٤] لأنّه حينئذٍ يكون بمنزلة العامل المتعدّد .

[٥] لأنّ الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك والعامل ، هذا .

ولكن في المسالك : « لا بدّ من ضبط العمل بما يرفع الجهالة ، وكونه من أعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها .

وإنما وصفه بـ « الأجنبي » مع كونه عاملاً ؛ لأنّ المراد بالعامل هنا ما يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد ، وهذا المشروط له ليس كذلك .

وإنما اشترط عليه عمل مخصوص بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق ، أو أن يدلّ عليه ، ونحوه من الأعمال الجزئية المضبوطة .

فلو جعل عاملاً في جميع الأعمال كان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعدّداً ، وهو غير محلّ الفرض . وبهذا يندفع ما قيل من أنّ شرط العمل ينافي كونه أجنبياً » ^(١) .

[٦] [كما هو] ظاهر النصوص أو المتيقن منها .

[٧] فإنّ ذلك لا يجعله عاملاً ، بمعنى كونه مضارباً ، وإلاّ لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة ، بل ومع عدم العمل أصلاً ؛ ضرورة اشتراك الجميع في المصتح ، بناءً على أنّه الاشتراط المزبور .

ومن ذلك يعلم [فساد] ما في قول المصنّف: (وفيه وجه آخر) [في صحّة الشرط] [١].

(ولو قال:) خذه قراضاً و(لك نصف ربحه صح) [٢].

(وكذا لو قال: لك ربح نصفه) بناءً على إرادة نصف ما يربح من المال قلّ أو أكثر [٣]. فكلّ جزء من المال إذا

ربح فنصف ربحه للعامل، ونصفه للمالك.

ولو فرض كون الريح للنصف خاصّة كان ذلك هو رأس المال، والذي لم يربح لا اعتداد به. وكلّ جزء من

النصف الذي ربح بين المالك والعامل [٤].

(ولو قال لاثنتين) مثلاً: ضاربتكما بهذا المال مثلاً و(لكما نصف الريح) مثلاً [٥]. [ولا يعتبر اتحاد

المالك أيضاً]، فيجوز مضاربة الإثنتين لواحد مثلاً، كما أنّه يجوز في صورتين تمييز كلّ من مالي العاملين وعدمه.

وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصورة في المقام، كما أنّه ظهر لك ممّا تقدّم سابقاً أنّه لو وقع عقد

المضاربة مع العاملين على النحو الذي فرضناه صحّ (وكانا فيه) أي النصف (سواء) [٦].

[١] بناءً على أنّه ما حكاها في المسالك^(١) من صحّة الشرط له وإن لم يعمل؛ لعموم «المؤمنون»^(٢) و﴿أَوْفُوا﴾^(٣). أو أنّ

المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعاً إلى أصله؛ لثلا يخالف مقتضى العقد. ولإقدام العامل على أنّ له ما عتّن له خاصّة؛

إذ قد عرفت أنّ ظاهر النصوص أو الثابت فيها ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور، بناءً على شموله لمثل المقام، والله

العالم.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال [فيه]. وإنّما ذكره مقدّمة لقوله: [وكذا لو قال ...].

[٣] إذ هو حينئذٍ كالآل في المراد، وإن تغيّرت العبارة. وذلك لأنّ الفرض إشاعة النصف.

[٤] لما عرفت من الإشاعة المزبورة. وبذلك ظهر لك أنّ ما عن أحد قولي الشيخ^(٤) من البطلان واضح الضعف، بناءً على إرادته

ما فرضناه. وظنّي أنّه لا يريده، خصوصاً بعد تعليقه^(٥) البطلان بمنافاته لمقتضى القراض، من أنّ ربح كلّ جزء بينهما. وهنا قد

شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، والآخر بالعكس، وربّما ربح نصفه فيختصّ به أحدهما، أو ربح أكثر من

النصف، فلا تكون الحصّة معلومة؛ ضرورة ظهوره في فرض موضوع البطلان أنّ حصّة كلّ منهما في النصف من حيث النصفية، ولا

ربح في البطلان مع هذا القصد. وربّما كان ذلك هو المناسق في بادئ النظر من مثل اللفظ المزبور.

إلّا أنّ التأمل الصادق يقضي بإرادة ما ذكرناه أولاً، فتأمل، والله العالم.

[٥] لإطلاق الأدلّة، والسيرة. ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد أو المثال، كالمالك فإنّه لا

يعتبر فيه الاتحاد أيضاً.

[٦] لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك (و) لو للتبادر.

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٢) الخلاف ٣: ٤٦٩.

(٣) المسالك ٤: ٣٦٨.

(٤) المائدة: ١.

(٥) أوردته في المبسوط ٣: ٢٠٣، وإن اختاره فيه الصحة.

نعم (لو فضل أحدهما صح أيضاً) [١] (وإن كان عملهما) فيه (سواءً) ومختلفاً [٢].

كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح فإنه جائز [٣].

إنما الكلام في جملة من الفروع المتعلقة بالمسألتين التي لم نعر على محرر لها.

منها: ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهري أو اختياري وكان أحدهما قد عمل وربح والآخر بعد لم يعمل،

فهل يستحق حصته من الربح وإن لم يكن له مال ولا عمل؟

ومنها: فيما لو قارض الإثنين واحداً بعقد واحد وحصّة مشاعة منهما إلا أن مال كلّ منهما متميز فعمل

بأحدهما وربح ولم يعمل بالآخر أو عمل ولم يربح واتفق انفساخ المضاربة، فهل يستحق من لم يربح ماله بربح مال

الآخر؟

وهل تجبر خسارة مال أحدهما بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربة أو لا؟

بل هي بمنزلة مغيبتين يلحق كلاهما حكمها بالنسبة إلى ذلك من غير مدخلية للأخرى فيها.

وإنما الاتحاد يؤثر بالنسبة إلى سريّة الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر؛ لكون العقد واحداً فلا

يتبعض.

والذي يقوى في هذا الثاني، كما أن الذي يقوى في سابقه الأول [٤].

إلى غير ذلك من الفروع في المقام التي تلحق الصور المتصورة فيه باعتبار تعدّد المالك والعامل، واتحاد

المال وتعدّده [٥].

(ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه) [٦].

[١] عندنا.

[٢] لأن غايته اشتراط حصّة قليلة لصاحب العمل الكثير، والحصّة على الشرط مع ضبط مقدارها، ولأنّ عقد الواحد مع الإثنين

كعقدين فيصح.

[٣] اتفاقاً كما في المسالك^(١). خلافاً لبعض العامة، حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في

العمل^(٢)، قياساً على اقتضاء شركة الأبدان ذلك. والأصل والفرع عندنا باطلان، كبطلان ما يحكي عن الجويني منهم من

اعتبار الاستقلال لكل من العاملين في صحّة مضاربتهم، فلا يجوز اشتراط مراجعة أحدهما الآخر^(٣)؛ إذ هو كما

تري، لا مستند له، بل إطلاق الأدلّة على خلافه.

[٤] لأنّه مقتضى عقد المضاربة.

[٥] ومنشأ الإشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة فتأمل، والله العالم.

[٦] عند علمائنا كما في التذكرة^(٤)؛ لأنّه منكر للزائد، ولأنّ الأصل تبعيّة النماء للمال.

(٢) المعنى (لا ين قدامة) ١٤٥: ٥.

(٤) التذكرة ١٧: ١٢٧-١٢٨.

(١) المسالك ٤: ٣٦٩.

(٣) روضة الواعظين ٥: ١٢٥.

فلا يخرج عنه إلا ما أقر المالك بخروجه عنه ، من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح وعدمه [١] .
 (ولو دفع قراضاً في مرض الموت وشرط ربحاً صح ، وملك العامل الحصّة) وإن كانت أزيد من أجرة المثل ،
 وقلنا بأن التبرعات من الثلث [٢] .
 (ولو قال العامل : ربحت كذا ورجع لم يقبل رجوعه) .
 (وكذا لو ادعى الغلط) [٣] .

[١] لكن في جامع المقاصد : « هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح ؛ لأن المالك متمكّن من منع الربح كنه بفسخ العقد ، وأما بعد حصوله فإن كلّاً منهما مدّع ومدعى عليه ، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك »^(١) . وضغفه في المسالك بأن نفس العمل لا تتناوله الدعوى ؛ لأنه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ؛ لأن العقد الجائز لا يستحق به العمل . وإنما المستحق المال الذي أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه ، فيجئ فيه ما تقدّم من الأصول^(٢) .

قلت : أوّلًا : قد يتصوّر النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بلا اشتراط في عقد لازم ، وحينئذ يتجه دعوى المالك .

وثانيًا : أنه لا ريب في أنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر إذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ؛ ضرورة اقتضاء الأصل عدم كلّ من الشخصين . نعم بعد تعارض الأصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر ، ولا ريب في كونه مع المالك ؛ لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد ، نحو ما ذكره في الاختلاف في الأجرة في عقد الإجارة ، والتمن في البيع مع تلف عين المبيع . وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بأن القول قول المالك . بل ظهر لك حينئذ أولوية ذلك في حال ظهور الربح . وأما حال عدمه وفرض لزوم العقد ، فإنه وإن كان قد يقال : إن المالك حينئذ مدّع استحقاق العمل ، لكن قد يدفع بأنهما قد اتفقا على استحقاقه .
 وإنما النزاع في الحصّة كأجرة ، ولا ريب في أنّ مدعى زيادتها هو المدعى ، بعد قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المتضمّن لها ، والله العالم .

[٢] لكن من المعلوم أنّ ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث . بخلاف المقام الذي لا فوات فإن الربح أمر معدوم متوقّع الحصول ، وليس مالاّ للمريض . بل هو على تقدير حصوله أمر جديد حصل بسعي العامل ، وحدث على ملكه بعد العقد ، فلم يكن للوارث فيه اعتراض . وبذلك افرق عن مثل نماء الدابة والشجرة .

[٣] لسبق إقراره الماضي عليه ؛ لقاعدة : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(٣) . وقاعدة : « عدم سماع الإنكار بعد الإقرار » السالمتين عن معارضة قاعدة « سماع الأمين في كلّ ما يدعيه » بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها ، وإنما الثابت المسلّم منها ما لم يسبق بإقرار . وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة « الإقرار » عليها ، فتخصّ بها حينئذ . بل قد يقال : إنّ ما نحن فيه من تقديم أحد قولي الأمين على الآخر .

وعلى كل حال فلا ريب في تقديم إقراره السابق ، من غير فرق في ذلك بين ذكره وجهالته محتملاً وعدمه [١] .

بل [الظاهر] [٢] عدم سماع بيّنته على ذلك [٣] .

فيبقى حينئذٍ شهادة البيّنة نفسها بلا دعوى .

ولا ريب في تقديم قوله المخالف لها عليها [٤] .

هذا كله إذا كان ذلك منه رجوعاً أو دعوى غلط أو نحو ذلك .

(أما لو قال : ثم خسرت أو قال : ثم تلف الريح قبل) [٥] .

نعم [قيد القبول] [٦] فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل ، بأن عرض في السوق كساد ، وإلا لم يقبل . ولا بأس به .

(والعامل يملك حصّته من الريح بظهوره) ملكاً متزلزلاً (ولا يتوقّف) ذلك (على وجوده ناضاً) [٧] .

[١] خلافاً لبعض^(١) العامة .

[٢] [كما هو] ظاهر قول المصنّف وغيره : «لم يقبل» [رجوعه] .

[٣] لكونه مكذباً لها بإقراره السابق . وعموم «البيّنة على المدّعي»^(٢) إنّما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة ، لا ما إذا أسقطها الشارع بقاعدة «الإقرار» .

[٤] لعدم ثبوت حجّيتها في هذا الحال ، خصوصاً بعد أن كان المشهود به حقّاً له .

فلا ريب في تقديم قوله فيه ، فتأمل .

[٥] لأنّه أمين يصدّق بالنسبة إلى ذلك .

[٦] [كما] قيّده في التذكرة^(٣) .

[٧] على المشهور بين الأصحاب ، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه متاكفاً في المسالك^(٤) ، بل لعنه ظاهر التذكرة^(٥) أيضاً :

١ - لإتفاق اقتضاء العقد والنصّ والفتوى على كون الريح بينهما .

ولا ريب في تحقّقه بمجرد ظهوره لغة وعرفاً .

٢ - وخصوص الصحيح : رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشتري أباه وهو لا يعلم ، قال : يقوم فإن زاد درهماً واحداً

انتعق ، واستسعى في مال الرجل^(٦) . إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته بالظهور لم ينتعق ، فلا وجه حينئذٍ لذلك إلا دخول الحصّة في الملك ، ويسري العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه .

(١) انظر حلية العلماء ٥ : ٣٥٣ . (٢) انظر الوسائل ٢٧ : ٢٣٣ ، ب ٣ من كيفية الحكم .

(٣) التذكرة ١٧ : ١٢٥ - ١٢٦ .

(٤) المسالك ٤ : ٣٧١ .

(٥) انظر التذكرة ١٧ : ١٠٦ .

(٦) التهذيب ٧ : ١٩٠ ، ح ٨٤١ . الوسائل ١٩ : ٢٥ ، ب ٨ من المضاربة ، ح ١ ، وفيهما : «اعتق» بدل «انتعق» .

٣ - ولأنَّ الربح مع ظهوره مملوك ، فلا بدَّ له من مالك ، وربَّ المال لا يملكه إتفاقاً ، ولا يثبت أحكام الملك في حقِّه ، فيلزم أن يكون العامل ؛ إذ لا مالك غيرهما إتفاقاً .

٤ - ولأنَّ العامل يملك المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك ؛ إذ لا يكفي في استحقاقها مجرد العلقه ؛ لأنَّها حينئذٍ ليست قسمة حقيقة ، واطلاقهم يقتضي أنَّها حقيقة .

لكن مع ذلك كلُّه عن الفخر^(١) عن والده أنَّ في المسألة أربعة أقوال ، وإن كان لم يذكر القائل بها .
أحدها : ما سمعت .

الثاني : الملك بالإنتضا ؛ لأنَّه قبله غير موجود خارجاً ، بل مقدَّر موهوم ، والمملوك لابدَّ أن يكون محقق الوجود .
نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقق ، ولهذا يورث عنه ، ويضمن حصَّته من أ تلف المال وإن كان المالك .
الثالث : الملك بالقسمة :

١ - لأنَّه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال ، كسائر الأموال المشتركة ، والتالي باطل ؛ لانحصاره في الربح .

٢ - ولأنَّه لو ملك لاخصَّ بربحه .

٣ - ولأنَّ القراض معاملة جائزة ، والعمل فيها غير مضبوط ، فلا يستحق العوض فيها إلَّا بتمامه كمال الجعالة .

الرابع : أنَّ القسمة كاشفة عن ملك العامل ؛ لأنَّ القسمة ليست من الأسباب المملكة ، والمقتضي للملك إنَّما هو العمل ، وهي دالَّة على تمام العمل الموجب للملك .

لكن في المسالك عن التذكرة : أنَّه « لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الأولين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ، ولأحمد في إحدى الروايتين ، ووافقنا في الباقي على الأوَّل ، فلا ندرى لمن ينتسب إليه هذه الأقوال . وهي مع ذلك ضعيفة المآخذ ، فإنَّا لا نسلم أنَّ الربح قبل الإنتضا غير موجود ؛ لأنَّ المال غير منحصر في النقد . فإذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال ، والزائد ربح متحقق الوجود . ولو سلم أنَّه غير متحقق الوجود لا يقدح في كونه ملكاً ، فإنَّ الدين مملوك ، وهو غير موجود في الخارج ، بل هو في الذمة أمركلي ، هذا ما على [القول] الثاني . وعلى الثالث : أنَّه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشيا ؛ إذ يجوز أن يكون مالكا ، ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال ، فيكون الملك متزولاً ، واستقراره مشروط بالسلامة . وكذا لا منافاة بين ملك الحصَّة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك . ولأنَّه لو اختصَّ بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر ممَّا شرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه . ولأنَّ القسمة ليست من العمل في شيء ، فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك ، فلا وجه للإلحاق بالجعالة ، كما تَبَّه عليه في الوجه الرابع . ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع ؛ لأنَّه مرَّتَب عليها^(٢) . وقد تبع بذلك كلُّه أو أكثره ما في التذكرة وجامع المقاصد^(٣) .

إِلَّا أَنَّ الْإِنْصَافَ عَدَمَ خَلْوِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ إِشْكَالٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ إِجْمَاعاً [١] .

نعم لا بأس أن يقال: إِنَّهُ بِالظُّهُورِ مُلْكُ الْعَامِلِ أَنْ يَمْلِكُ ، بِمَعْنَى أَنَّ لَهُ الْإِنْصَافَ وَلَوْ قَدَرُ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَتَحَقَّقُ الرِّيحُ حِينَئِذٍ وَيَتَبَعُهُ تَحَقُّقُ الْمُلْكِ ، وَبِهِ يَوْرَثُ وَيُضْمَنُ التَّالِفَ لَهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ [٢] .

وَكَيْفَ كَانَ فـ [قد قيل :] [٣] إِنَّ الْمُرَادَ بِهِ [الْمُلْكُ بِالظُّهُورِ] مُلْكٌ مُتَزَلِّزٌ [٤] .

وَحِينَئِذٍ فَالْكَلَامُ فِيمَا يَسْتَقَرُّ [أَيِ الْمُلْكِ] بِهِ [٥] . وَتَفْصِيلُ الْحَالِ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ صَوْرًا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَنْضَمَّ إِلَى الظُّهُورِ إِنْصَافُ جَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ قَدَرُ رَأْسِ الْمَالِ مَعَ الْفَسْخِ وَالْقِسْمَةِ أَوْ أَحَدَهُمَا أَوْ بَدُونَهُمَا أَوْ يَنْضَمُّ إِلَيْهِ الْقِسْمَةُ دُونَ الْإِنْصَافِ ، ثُمَّ الْقِسْمَةُ إِمَّا لِلرِّيحِ فَقَطْ أَوْ لَجَمِيعِ الْمَالِ :

[١] وَذَلِكَ لِأَنَّ الرِّيحَ حَقِيقَةٌ مَا زَادَ عَلَى عَيْنِ الْأَصْلِ الَّذِي هُوَ رَأْسُ الْمَالِ ، وَقِيَمَةُ الشَّيْءِ أَمْرٌ وَهِيَ لَا وَجُودَ لَهُ ذِمَّةٌ وَلَا خَارِجًا ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ فُرُوضِ الذَّهْنِ ، وَبِذَلِكَ افْتَرَقَتْ [أَيِ الْقِيَمَةِ] عَنِ الدِّينِ الَّذِي هُوَ - وَإِنْ كَانَ كَلْبِيًّا إِلَّا أَنَّهُ مَالٌ شَرْعًا وَعَرَفًا - مُوجُودٌ فِي الذِّمَّةِ ، بِخِلَافِ قِيَمَةِ الشَّيْءِ . وَعَدَمُ انْحِصَارِ الْمَالِ فِي النِّقْدِ ، بَلْ هُوَ وَالْعَرَضُ مَالٌ لَا يَقْتَضِي تَحَقُّقَ الرِّيحِ حَقِيقَةً ، بَعْدَ مَا عُرِفَتْ أَنَّهُ حَقِيقَةُ الزَّائِدِ عَلَى عَيْنِ رَأْسِ الْمَالِ الْمُتَوَقَّفِ عَلَى تَحَقُّقِ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْخَارِجِ .

وَلَا يَكْفِي فِيهِ كَوْنُ الشَّيْءِ بِسَوَى مَقْدَارِ رَأْسِ الْمَالِ ؛ ضَرُورَةٌ عَدَمُ صِرُورَتِهِ بِذَلِكَ عَيْنَ رَأْسِ الْمَالِ .

نعم قد يطلق على مثل ذلك أنه ربح تسامحاً ، بناءً على أصل السلامة ، وإمكان الإنضاض في سائر الأوقات ، ونحو ذلك مما يخرج من القوة إلى الفعل . وحيث كانت قريبة إليه أطلق عليه اسم الرِّيح . وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الأدلة السابقة المبينة على كون ذلك ربحاً حقيقاً . وطلب القسمة حقيقة إنما يتم بعد الفسخ مع رضا المالك بالعروض عوضاً عن رأس ماله ، وهو خروج عما نحن فيه .

[٢] فَإِنْ أَرَادَ الْأَصْحَابُ بِالْمُلْكِ حَالَ الظُّهُورِ هَذَا الْمَعْنَى - الَّذِي لَا يَنَافِيهِ قَوَاعِدُ الشَّرْكَ وَلَا قَاعِدَةُ تَبْعِيَةِ النِّمَاءِ وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ - كَانَ مُتَّجِهاً ، وَإِلَّا فَقَدْ عُرِفَتْ مَا فِيهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ إِجْمَاعاً .

بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً ، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية ، فإن ملك أن يملك جزءً من الأب أيضاً موجب كالمملك نفسه . فتأمل جيداً ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ مُحْتَاجَةً إِلَى تَأَمُّلٍ وَحَسَنِ انْتِقَادٍ .

[٣] [كما] قَدْ صَرَّحَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ الْقَائِلِينَ بِالْمُلْكِ بِالظُّهُورِ [ذَلِكَ] .

[٤] بَلْ لَعَلَّهُ إِجْمَاعٌ بَيْنَهُمْ .

[٥] وَفِي الْمَسَالِكِ : « هُوَ إِمَّا إِنْصَافُ جَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ إِنْصَافُ قَدَرِ رَأْسِ الْمَالِ مَعَ الْفَسْخِ أَوْ الْقِسْمَةِ أَوْ لَا مَعَهَا ، عَلَى قَوْلٍ قَوِيٍّ . وَبِدُونِهِ يُجْبَرُ مَا يَقَعُ فِي التِّجَارَةِ مِنْ تَلَفٍ أَوْ خُسْرَانٍ ، سَوَاءَ كَانَ الرِّيحُ وَالْخُسْرَانُ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ فِي صَفْقَةٍ أَوْ اثْنَتَيْنِ وَفِي سَفَرَةٍ أَمْ سَفَرَاتٍ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الرِّيحِ هُوَ الْفَاضِلُ عَنِ رَأْسِ الْمَالِ فِي زَمَنِ ذَلِكَ الْعَقْدِ ، فَإِذَا لَمْ يُفْضَلْ شَيْءٌ فَلَا رِيحَ ، وَهُوَ مُحَلٌّ وَفَاقٌ ، وَسَيَأْتِي بَعْضُ أَحْكَامِ ذَلِكَ » ^(١) . وَفِي الْقَوَاعِدِ : « وَإِنَّمَا يَسْتَقَرُّ بِالْقِسْمَةِ أَوْ الْإِنْصَافِ وَالْفَسْخِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ » ^(٢) .

الأولى: أن ينضم إلى الظهور الإنضاض لجميع المال أو قدر رأس المال فقط مع الفسخ والقسمة، ولا ريب في الاستقرار حينئذٍ [١].

الثانية: الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة، وفيه وجهان [الأول الاستقرار] [٢].

والثاني عدم [٣]. فالمتجه حينئذٍ بقاء حكم المضاربة على حالها، خصوصاً مع فرض عدم إنضاض بعض مالها وقلنا بأن للمالك مطالبة العامل بذلك [٤]. [والوجه الثاني وهو عدم الاستقرار قوي].

الثالثة: أن يقع الفسخ والمال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال، فإن حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار؛ لانقطاع حكم القراض.

ولأبني على أن العامل هل يجبر على البيع والإنضاض؟ فإن قلنا به فحكم القراض باقٍ؛ لبقاء العمل، وإن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانية.

الرابعة: أن تكون القسمة للربح خاصة، ولا ريب في عدم مدخليته في الاستقرار، بل إن حصل شيء من

[١] ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك.

[٢] [وذلك] أصبحهما في جامع المقاصد^(١)، ومقرّيهما في التذكرة^(٢) ومختارهما في ظاهر القواعد^(٣) الاستقرار؛ لأنّ العقد قد ارتفع، ورأس المال حاصل ناظ، فيخرج عن كونه وقاية؛ لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد. ولوجوب صرف الربح إلى ما شرطاه حيث ارتفع العقد.

[٣] ١ - للاستصحاب. ٢ - ولظاهر قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(٤). ولعله لذلك تردّد الفاضل في محكي التحرير^(٥). لكن قد يجاب عنهما بحصول الناقل عن الأول بارتفاع العقد مقتضي خروج المال عن كونه مال قراض، فيبقى أمانة؛ لأنّ اليد في الأصل لم تكن يد ضمان، فينتفي حكم جبرانه من الربح؛ لأنّه دائر مع كونه قراضاً. وبأنّ وضع اليد على مال الغير وإن كان في العهدة إلى الأبد إلاّ أنّه لا يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الربح في صورة النزاع، وإلاّ لانتقض بما بعد القسمة قبل القبض. وفيه منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه وإن ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضاً.

والأدلة مطلقة في أنّ الوضعية في مال المضاربة على الربح الذي هو بينهما مع عدمها.

[٤] إذ هو ليس إلّا لبقاء حكم العقد السابق وإن انفسخ. وربما يرشد إلى ذلك ما تسعّم في الصورة الثالثة.

بل قد يقال: إنّ تسليم رأس المال إلى المالك الذي أخذه منه من تنمّة انتهاء عمل المضاربة، وإلاّ لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نضّ المال أجمع في بلد عمل العامل التي سافر إليها وفسخ هو عقد المضاربة، ثمّ تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك، والتزامه منافع لظاهر الأدلة، إلى غير ذلك ممّا لا يخفى بأدنى تأمل، كزيادة قيم عروض المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول، فإنّ الظاهر استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد المضاربة، وغير ذلك ممّا يعرف منه قوّة الوجه الثاني.

(٢) التذكرة ١٧: ١٠٩.

(٤) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الودعة، ح ١٢.

(١) جامع المقاصد ٨: ١٢٦.

(٣) انظر القواعد ٢: ٣٤٢.

(٥) التحرير ٢٥٢: ٣.

الأمر المذكورة يقتضي الاستقرار، فثبوته به، وإلا فلا [١].

والمتّجه حصول القرار فيها [= في صورة الفسخ مع القسمة قبل القبض]، بل ويتّجه القرار أيضاً بإتلاف المالك مال المضاربة الذي ظهر فيه الربح [٢].

بخلاف ما لو أنفقه أجنبي فإنّ الظاهر بقاء المضاربة فيما اشتغلت به ذمة الأجنبي [٣].

[لواحق عقد المضاربة]:

الأمر (الرابع: في اللواحق).

(وفيه مسائل:)

[ضمان العامل الأمين فيما يتلفه]:

(الأوّل: [المختار] [٤] أنّ (العامل أمين) [٥].

فـ (لا يضمن) حينئذٍ ما يتلف إلا عن تفريط أو خيانة) ولو للتعدّي فيه بأن فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه. ولعلّ منه السفر بلا إذن من المالك، وشراء شيء نهاه المالك عنه، ونحو ذلك ممّا عرفت ضمان العامل فيه، وإن بقيت المضاربة. بل [الظاهر] [٦] كونه ضماناً للوضعية التي تكون في ذلك [٧].

[١] وبذلك كلّ ظهر لك ما في عبارة القواعد^(١) من الحكم بالاستقرار بالقسمة في مقابل الإنضاض المقتضي للاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كلّ أو بعضه فإنّ فيه: عدم إيجابها [= القسمة] الاستقرار بمجردّها من دون فسخ القراض؛ إذ لا معنى لها حينئذٍ إلا قسمة الربح؛ لأنّ رأس المال لا شركة فيه إلا باعتبارها، وقسمة الربح وحدها لا تخرجها عن كونه وقاية؛ إذ المدار فيه على ارتفاع القراض وانتهاء عمله. وكذا قوله: «أو الانضاض والفسخ» يقتضي ظاهراً اعتبار إنضاض جميع المال. وقد عرفت أنّه يكفي إنضاض قدر رأس المال، كما أنّه يقتضي عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ والمال عروض، لكنّه صحيح على مختاره من وجوب الإنضاض على العامل. وأمّا عبارة المسالك فلا ريب في فسادها على ما حضرني من نسختها من عطف القسمة بـ «أو»^(٢)، لكنها غير نافية من الغلط، والمتّجه كونها بالواو، وحينئذٍ يأتي فيما اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية. وأمّا الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه، وظاهره عدم الاستقرار فيها، وقد عرفت الحال، كما أنّك عرفت الإشارة إلى صورة الفسخ مع القسمة قبل القبض.

[٢] لنتمخض حقّ العامل حينئذٍ في ذمة المالك، وانفاسخ المضاربة حينئذٍ، كما لو استردّ المال منه.

[٣] كما صرح به الفاضل في التذكرة^(٣)، والله العالم.

[٤] [كما لا خلاف ولا إشكال في ذلك].

[٥] بل هو اجماعي.

[٦] [كما هو ظاهر الأدلّة].

[٧] بل صريح بعضهم^(٤) أو ظاهره ضمانه بالثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها.

بل قد يقال: أو يقوى ضمانه الوضعية المتجددة بعد التعدي، وبالسفر مثلاً، وإن تساوى السعر في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي سافر عنها لحصلت تلك الوضعية أيضاً [١].

نعم لو فرض كون الوضعية سابقاً على سفره فتعدى وسافر وباع بما فيه تلك الوضعية أمكن حينئذٍ عدم الضمان، فتأمل. وعلى كل حال فلا إشكال [٢] في أن (قوله) أي العامل (مقبول في التلف) [٣].

من غير فرق [٤] بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البينة عليه أو خفي.

(وهل يقبل في الرد؟ فيه تردد) [٥].

(أظهره أنه لا يقبل) [٦].

- [١] لإطلاق كونها على العامل مع مخالفته.
- [٢] (و) لا خلاف [فيه].
- [٣] لأنه أمين وذو يد على المال بإذن المالك.
- [٤] عندنا.
- [٥] من كونه أميناً كالدعي، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق؛ لاحتمال صدقه، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك، أو التخليد بالسجن، و[القبول] هو المحكي عن الشيخ^(١). ومن أصالة عدم الرد، فيكون المالك منكراً.
- [٦] لعموم قوله عليه السلام: «البينة على المدعي»^(٢). وقبول قوله في التلف مثلاً لا يقتضي القبول في ذلك [= الرد]. وليس في الأدلة ما يقتضي قبول قول الأمين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه. والقياس على الدعي غير جائز عندنا، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما. والتكليف برد المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق، والتخليد بالسجن؛ إذ الكلام هنا في القبول وعدمه من حيث الغرامة وعدمها، لا من حيث خصوص العين وعدمها. فمن الغريب ما في جامع المقاصد^(٣) والمسالك من أنه إذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في السجن لو أصر على إنكاره المحتمل الصدق، وهم قد تحرّجوا من ذلك في الغاصب، حيث يدعي التلف، فضلاً عن المقام الذي هو أمين، إلا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به، وإن أدت إلى الحبس للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة، إلا أن مثل هذا يأتي في دعوى التلف، خصوصاً من الغاصب، وليس في كلامهم تنقيح لهذا فينبغي النظر فيه^(٤). قلت: لا بأس بالتزامه في المقام، والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده في ظاهر الشرع، إلا أن يرضى المالك بالبديل، ويكون ذلك من جملة التعزيرات الشرعية. لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله خروج عما نحن فيه، وإن كان هو جيداً حيث تكون الدعوى في خصوص العين. فما أظن في صاحب الحقائق^(٥). من الإتيان عليه قائلًا إني لا أعرف له وجهاً؛ إذ الدعاوي كلها من هذا القبيل. في غير محله؛ ضرورة أنه ليس ذلك منهما في دعوى الغرامات ونحوها، وإنما هو في دعوى خصوص العين. نعم فيه ما ذكرناه من أن المراد هنا من القبول وعدمه بالنسبة إلى الغرامة، ولو فرض إرادة المالك خصوص العين لا تجب حينئذٍ ما ذكره، فتأمل جيداً، والله العالم.

(٢) انظر الرسائل ٢٧: ٢٣٣، ب ٣ من كيفية الحكم.

(١) المبسوط ٣: ١٧٤.

(٣) (٤) جامع المقاصد ٨: ١٦٦-١٦٧. المسالك ٤: ٣٧٥. (٥) الحقائق ٢١: ٢٤١.

[شراء العامل من ينعق على رب المال]:

المسألة (الثانية: إذا اشترى) العامل (من ينعق على رب المال فإن كان بإذنه صح) الشراء (وينعق) قهراً عليه [١].

(فإن فضل) شيء (من المال) الذي دفعه للقراض (عن ثمنه كان^(١)) هو أي الباقي (قراضاً) لعدم انفساخ عقده، وإلا بطل القراض [٢]. هذا كله إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء .
(و) أنا (لو كان فيه) - أي (العبد المذكور فضل) فـ [قد قيل: [٣] إنه متى كان كذلك (ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة) [٤] (و) لكن مع ذلك كله (الوجه) عند المصنف [٥] (الأجرة) لا الحصة [٦].

[١] لعدم ملك الولد العمودين .

[٢] لأن مبنى عقد القراض على طلب الربح ، فكل تصرف بنافيه يكون باطلاً . ومن جملة شراء من ينعق على المالك ؛ لأنه تخسير محض ، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد . فمع فرض إذن المالك فيه وشراء العامل له بعنوان هذه الإذن لم يكن ذلك من تصرف المضاربة ، وأما هو من تصرف الوكالة الخارجية عنها . فتبطل حينئذ في ثمنها الذي هو بمنزلة استرداد المالك له ، ويكون الباقي حينئذ رأس المال إن كان ، وإلا بطلت المضاربة من أصلها .

[٣] (كما هو) المحكي عن بعض^(٢) .

[٤] لتحقق الملك بالظهور . ولا يقدح فيه العتق القهري الصادر بإذن المالك الذي مرجعه إلى استرداد طائفة من المال بعد ظهور الربح وإنلافها ، وإن سرى على العامل أيضاً بناءً على السراية في مثله .
إلا أنه يغرم المالك له نصيبه مع يساره ، وإلا استسمى العبد فيه .

[٥] وثاني الشهيدين^(٣) وغيرهما .

[٦] لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبر فيه إمكان تقليب المال للربح . وأما الأجرة فهي - كما في المسالك^(٤) - على هذا العمل ، وعلى ما تقدمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات من حين العقد إلى حين وقوع الشراء الذي هو مع إذن المالك في قوة فسخه ، فيثبت للعامل عليه الأجرة ، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل ، ولكن بعد أن سعى وسافر وعمل نحو ذلك .

[ثم قال :-] وأما العمل المزبور فهو وإن لم يكن من مقتضيات العقد ، لكنه عمل مأمور به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعرض ، فيجب أن يثبت له أجرة مثله ، بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه ، ففيه الأجرة إن كان مثله ممّا يحتمل الأجرة ، وإلا فلا . وحكم المصنف رحمته وغيره بالأجرة لا يسع أزيد من ذلك ، بل المراد إن كان العمل له أجرة ، فإن الإحالة على أجرة المثل تقتضي أن للمثل أجرة قطعاً .

إلى أن قال :- « وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبذّر ، والأجرة ليست من

(١) في الشرائع : « عن ثمنه شيء كان الفاضل ، بدل « عن ثمنه كان » .

(٢) (٣) (٤) المسالك ٤ : ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

(٣) المبسوط ٣ : ١٧٥ .

[ولكن الأولى جعل المقام من الخروج عن قابلية جريان أثر العقد فيه فهذا الشراء انفساخ للعقد أجمع ، ويستحق العامل الأجرة على العمل إذا كان ممّا له أجرة].
هذا كله إذا كان الشراء من العامل بإذن المالك .

(وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل) أي كان موقوفاً على الإجازة فيصحّ الشراء حينئذٍ ويضع العتق، وإن لم يكن من المضاربة ، بناءً على عدم اندراج مثلها في تصرفها مع التصريح بالإذن ، فضلاً عن

مقتضياته . بخلاف القراض فإنه مبني على طلب العوض على عمله من حصّة أو أجرة^(١) .

قلت : هذا خلاصة ما في المسالك ، بل وجامع المقاصد^(٢) ، بل وغيرهما . لكن لا يخفى عليك :

أولاً : إن لم يكن إجماع :- أنه لا مانع من جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربة مع التصريح من المالك على جهة ضمان حصّته من الربح ، أو يسعى العبد فيها ، أو صيرورة العبد مشتركاً بينه وبين المالك ، بناءً على عدم السراية ؛ لإطلاق الأدلّة .

بل لعلّ صحيح^(٣) شراء العامل أباه الموجب لسراية العتق أيضاً على المالك ممّا يومئ إليه أيضاً .

وقد عرفت سابقاً عدم دليل على اعتبار إمكان التقلب في كلّ جزء من مال المضاربة . نعم قد يقال : إن كلّ ذلك ونحوه لا يندرج في إطلاقها .

وثانياً : أنّ المتجه عدم الحصّة والأجرة معاً ، بناءً على عدم كونه من تصرف المضاربة ؛ ضرورة صيرورته بالإذن في ذلك وكيفاً محضاً على ذلك إذا كانت هي المراد منها ، وإن أدّى ثمنه من مال المضاربة الذي هو أحد أموال المالك .

وما ذكره من الأجرة على المقدمات خروج عمّا نحن فيه ؛ ضرورة كون الكلام في الأجرة على نفس العمل .

كما أنّ دعواه الفرق المزبور بين العامل والوكيل كذلك أيضاً ؛ إذ هو في عمل العامل فيما عقد عليه من العمل ، لا في عمل أجنبي خارج عن المضاربة على ما هو المفروض .

نعم يبقى احتمال الأجرة باعتبار كونه عملاً مأذوناً فيه ، ولم يظهر من العامل له التبرع ؛ لتصريحه بوكالة أو غيرها ، وكان العمل ممّا له أجرة ، من غير فرق في ذلك بين عامل المضاربة أو غيره ، كما أنّه لا فرق في المقام بين ظهور الربح وعدمه بناءً على ذلك .

فجعل الأجرة من المصنّف وغيره فيما لو ظهر الربح في غير محلّه ، بناءً على أنّ ذلك ليس من عمل المضاربة ، كما هو واضح .

وثالثاً : أنّ ما ذكره من أنّ ذلك [= الشراء مع الإذن] من المالك في قوّة فسخ المضاربة في ثمن العبد قد يناقش فيه :

بأنّه يقتضي انفساخ العقد أجمع ؛ لعدم تبعض العقد بالنسبة إلى ذلك ، لا أنّ المضاربة باقية فيما بقي ؛ إذ ليس هو كلف بعض

رأس المال ؛ إذ ليس ذلك فسخاً للعقد ، بل خروج عن قابلية جريان أثر العقد فيه .

فالأولى حينئذٍ جعل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باسترداد ونحوه ، والأمر سهل ، والله العالم .

(١) المسالك ٤ : ٣٧٧ .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٩٧ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٢٥ ، ب ٨ من المضاربة ، ح ١ .

الإطلاق [١]. وعلى كل حال فـ [الظاهر]: [٢] عدم الفرق في ذلك وفيما يأتي - من الشراء بالذمة - بين العلم بالنسب وحكم الشراء المذكور والجهل بهما ، أو بأحدهما [٣].

[١] واحتمال البطلان - وعدم تأثير الإجازة في مثل هذا التصرف للنهي عنه - كما ترى ؛ ضرورة عدم نهي عنه لذاته أو لبعض أركانه كي يترتب عليه الفساد .

وإنما هو لعدم ترتب حكم المضاربة عليه ، وذلك لا ينافي الفضولية ، خصوصاً إذا كان قد أوقعه بعنوانها ، كما هو واضح .

[٢] [كما هو] ظاهر المصنف .

[٣] لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف في المضاربة حتى مع التصريح بالإذن ، والتباس الأمر ظاهراً لا يقتضي الإذن . لكن احتمل بعضهم^(١) الفرق أو مال إليه ، فحكم مع الجهل بصحة البيع ، والاعتناق على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ؛ لأنّ العقد المذكور إنما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر ، لا في نفس الأمر ؛ لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل ؛ لاستلزامه التكليف بما لا يطاق ، كما لو اشترى معيماً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب . والفرق بين المعيب وما نحن فيه ، بجواز شراء المعيب اختياراً دونه ، لا يدخل فيما نحن فيه ؛ لأنّ الكلام في حالة لا ربح فيها بفرض إتيان العيب على النفس ، والحال أنّه جاهل به ، وافترقه عنه في حالة أخرى لا دخل له في المطلوب . وبالجمله حكمهم بصحة العقود التي يظنّ فيها الربح وإن ظهرت على خلاف ذلك ، بل على ضده يقتضي كون الحكم هنا كذلك . ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدين ، بل قال : « ويقوي الإشكال في جاهل أحدهما ، خصوصاً جاهل الحكم ؛ لأنّه غير معذور ؛ لقدرته على التحفظ ، فإنّ العلم مقدور لنا . أمّا جاهل النسب فمعذور بما تقدم »^(٢) . كما أنّه في جامع المقاصد مال إلى بطلان البيع في المقام ، وفي غيره من شراء المعيب ونحوه ، قال : « فإن قيل : فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة ، وإنما ظنّها العامل بظنّ السلامة ، وكذا كلّ موضع ظنّ الغبطة فظهر خلافها . قلت : لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك ، والمتجه عدم صحة البيع ، فيأتي الأحكام السابقة »^(٣) . قلت : قد يفرق بين المقام والمعيب ونحوه بأنّ مبنى المضاربة على الاجتهاد بالنسبة إلى العيب وعدمه ، والرغبة فيها وعدمها ، ونحو ذلك ممّا يكون في مالية الشيء ، فالخطأ والصواب فيه حينئذٍ كلّ من توابع المضاربة ؛ ضرورة جريانها على المتعارف في أعمال التجار التي لا ريب في اتفاق ذلك فيها ، بخلاف المقام الذي لم يكن حاضراً في الذهن ، ولا هو من متعارف التجارة ، فمع فرض عدم كون شرائه من تصرف المضاربة ، ولا إذن فيه صريحاً لم يكن الجهل به أو بحكمه موجباً للإذن من المالك ؛ ضرورة عدم كون عنوان الإذن في المضاربة المجهول حاله على وجه يشمل المقام ، فلا يبعد كون العلم طريقاً في المفروض . بخلاف المعيب ونحوه ، فإنّه من عنوان المأذون فيه . ومن الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه ، نحو المقام الذي ربّما ظهر من ثاني الشهيدين^(٤) الإجماع على خلافه ، حيث نسب الصحة فيه إلى حكمهم . وإن كان قد عرفت أنّ اندراج ما نحن فيه فيه - على وجه يترتب عليه صحة البيع والاعتناق وإن قلنا : إنّه ليس من تصرف المضاربة - محلّ منع . فالمتجه حينئذٍ الفرق بين المقامين [أي بين المعيب والمقام] ، كما هو ظاهر المصنف والفاضل^(٥) حيث أطلقا الحكم بالبطلان ، من غير فرق بين حالي العلم والجهل .

[وهو المتجه].

وكيف كان هذا كله إذا وقع الشراء بالعين (و) أما (إن كان في الذمة) التي قد عرفت عدم اندراجها في إطلاق المضاربة في غير المقام، فضلاً عنه، فحينئذ متى كان كذلك (وقع الشراء للعامل) ظاهراً وباطناً (إلا أن يذكر رب المال) لفظاً، فيكون فضولاً أو نية فكذلك، وإن أُلزم به ظاهراً.

إلا أنه في الواقع موقوف على إجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه وإن كان أباه مقاضة، كما هو واضح.

وكذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه، بمعنى صيرورته حرّاً بدخوله في ملكه، من غير فرق في جميع ما ذكرناه [١].

[حكم ما لو كان المال لامرأة فاشتري العامل زوجها]:

المسألة (الثالثة: لو كان المال لامرأة فاشتري) العامل (زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح) [٢].

(وإن كان بغير إذنها قيل: يصح الشراء) [٣].

١ - (وقيل: يبطل الشراء؛ لأنّ عليها في ذلك ضرراً) [٤].

(وهو أشبه) عند المصنّف [بمعنى أنّه يتوقف على الإجازة] [٥] [وقيل: يبطل مطلقاً حتى مع الإجازة].

لكن الحكم عليه واضح كوضوحه بناءً على الوقوف على الإجازة، وقد أبطلته، بل وإن أجازته؛ ضرورة بطلان النكاح وعدم ضمان ما فاتها من المهر والنفقة [٦].

[١] وإن أطلق في القواعد هنا صحة الشراء والعتق على المالك^(١).

لكن التحقيق عدم الفرق في المسألتين، والله العالم.

[٢] لعدم اجتماعه مع الملك كما حققناه في محله.

[٣] ولم نعرف قائله؛ لكونه من موضوع العمل المأذون فيه؛ إذ لا تلف فيه لرأس المال مع إمكان طلب الربح فيه، فهو حينئذ كسواء غير الزوج.

[٤] بانفساخ النكاح المفوت للمهر في بعض الأحوال، وللنفقة والاستمتاع ونحو ذلك، فيكون تقييداً لإطلاق الإذن.

[٥] بل وعند ثاني المحققين والشهيد^(٢) أيضاً.

بناءً على إرادة الوقوف على الإجازة من البطلان، لا هو مطلقاً حتى معها وإن كان هو محتملاً، بل حكى قولاً^(٣)، إلا أنه كما ترى، مع أننا لم نعرف قائله، وإن حكى عن ظاهر مبسوط الشيخ^(٤).

[٦] لاستناده إلى اختيارها.

(١) القواعد ٢: ٣٣٩.

(٢) جامع المقاصد ٨: ١٠٤. المسالك ٤: ٣٧٩.

(٣) القواعد ٣: ٣٣٩.

(٤) انظر البوط ٣: ١٧٦.

أما على القول بالصحة [١] فالصحيح ارتفاع ضمان المهر على العامل بحصول الإذن منها على فرض صحة الشراء ولو في ضمن الإطلاق، ويمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها فيضمنه لها سيد العبد الذي هو الزوج، وهل هو مهر المثل أو الذي دفعه؟ احتمالان، كما أنهما يأتيان بالنسبة إلى جميع المهر أو نصفه مع فرض الحال فيما قبل الدخول. كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا حكم ما لو كان المال لرجل فاشتري العامل زوجته [٢].

[١] ففي المسالك الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجية؛ لأن التفويت جاء من قبله. قال: «لكن ضمانه للمهر ظاهر، أما النفقة فمشكل؛ لأنها غير مقدرة بالنسبة إلى الزمان، ولا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصلة؛ لأن من جملتها التمكين في الزمان المستقبل، وهو غير واقع الآن، إلا أن يقال بأنه يضمنها على التدرج، وهو بعيد. والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة»^(١). ونحوه في جامع المقاصد قال: «لا ضمان على العامل لو أجازت المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة؛ لأن ذلك باختيارها. أما على الثالث - أي الصحة - فيضمن إذا كان عالماً؛ لأن التفويت جاء من قبله»^(٢). قلت: هو من الغرائب إن أراد ضمان النفقة؛ ضرورة عدم كونها مالا لها قد قوته عليها، كما هو واضح، وإلا لضمنها القاتل للزوج. وأما المهر فهو وإن أرسل ضمانه في كلامهما إرسال المسمّات كالفاضل في القواعد^(٣)، بل قد سمعت ما في المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهراً.

لكن قد يناقش أولاً؛ بحصول الإذن منها على فرض الصحة، ولو في ضمن الإطلاق، وإلا لم يكن للحكم بها وجه، وهي ترفع الضمان عن العامل، كما لو وقعت صريحة؛ ضرورة عدم الفرق بين استفادتها من صريح اللفظ أو إطلاقه.

وثانياً: بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها؛ لكونه مستحقاً لها بالعقد.

ولعل مرادهما ضمانه المهر لسيد العبد الذي هو الزوج، وهل هو مهر المثل أو الذي دفعه؟ احتمالان، كما أنهما يأتيان بالنسبة إلى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول.

وثالثاً: أنه بناء على أن ذلك من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه؛ إذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل.

وبالجملة هذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه، خصوصاً مع بناء الصحة على حصول الإذن منها الرافعة لضمان العامل.

وقد ذكرنا تحقيق الحال في نظير المسألة، وهو الفسخ بالرضاع في كتاب النكاح، من أراده فليلاحظه.

[٢] حتى ما حكاه في جامع المقاصد عن التذكرة من أنه على الصحة «لو كان الشراء قبل الدخول فقد قال في التذكرة: إنه في لزوم نصف المهر للزوج وجهين، فإن قلنا يلزم رجع به على العامل؛ لأنه سبب تقريره عليه، فيرجع به عليه، كما لو أفسدت امرأته النكاح بالرضاع».

قال: «ولم يذكر حكم ما بعد الدخول، وكأنه يرى عدم جواز الرجوع به؛ لأنه قد تقرّر بالدخول»^(٤).

قلت: قد عرفت الحال في ذلك كله، خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النكاح، والله العالم.

(٢) جامع المقاصد ٨: ١٠٤.

(١) المسالك ٤: ٣٨٠.

(٤) جامع المقاصد ٨: ١٠٣، انظر التذكرة ١٧: ٧٦.

(٣) القواعد ٢: ٣٣٩.

[شراء العامل أباه أو غير ممن ينتعق عليه]:

المسألة (الرابعة: إذا اشترى العامل أباه) أو غيره ممن ينتعق عليه ولا ربح صحَّ الشراء، وكان من مال القراض.

(فإن) كان قد (ظهر فيه ربح) حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور (انتعق نصيبه من الربح) ويسري في الباقي.

(و) لكن ليس عليه، بل (يسعى المعتقد في باقي قيمته) سواء (كان العامل مؤسراً أو معسراً) [١].

[ويقوى القول بجواز شراء أب المالك مضاربة مع الإذن].

بل [الظاهر] [٢] عدم الفرق هنا بين الربح حال الشراء وتجذده بعده [٣].

[١] بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه^(١). وهو الحجة، بعد صحيح ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهماً واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل»^(٢). الذي قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار والإعسار، مع أن المسؤول عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص، كي يحتمل علم الإمام عليه السلام بحاله. بل أطلق فيه الحكم أيضاً بالنسبة إلى ظهور الربح حال الشراء، وتجذده بعده. لكن مع ذلك احتمل أو قيل^(٣) بالسراية مع التوقيف على العامل المؤسر؛ لاختياره السبب الموجب لها. فيحمل الصحيح المزبور على الإعسار، جمعاً بين الأدلة، أو على تجذد الربح بعد الشراء، بناءً على عدم التوقيف عليه فيه كما سيأتي. بل في جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من أصله^(٤)؛ لأنه منافٍ لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة، القابلة للتقلب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقب للتعق، فيكون حينئذ باطلاً، أو موقوفاً على الإجازة. إلا أن الجميع كما ترى اجتهاد في مقابلة النص والفتوى والإجماع. بل من ذلك يعرف قوة القول بجواز شراء أب المالك مضاربة مع الإذن، كما أومأنا إليه سابقاً.

[٢] [إذ] قد عرفت أن مقتضى الجميع [ذلك].

[٣] فإنه لا ريب في انتعاق نصيبه معه. ولكن في جامع المقاصد والمسالك^(٥) في سراية العتق حينئذ وعدمها وجهان:

أحدهما: نعم؛ لاختياره السبب وهو الشراء؛ إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب.

وثانيهما: لا [يسري]؛ لأنَّ الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه. والسبب القريب إنما هو ارتفاع السوق، ولا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختاراً للسبب؛ لأنَّ جزؤه غير مقدور، فهو حينئذ كالإرث الذي لا يوجب سراية.

وفيه ما عرفت من أنه أيضاً اجتهد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الإجماع التي لم يفرق فيها أجمع بين الأمرين.

(١) الغنية: ٢٦٧. السرائر ٢: ٤٠٨.

(٢) التهذيب ٧: ١٩٠، ح ٨٤١. الوسائل ١٩: ٢٦، ب ٨ من المضاربة، ذيل الحديث ١.

(٣) حكاة في الروضة ٤: ٢٢٤.

(٤) جامع المقاصد ٨: ١٠٨. المسالك ٤: ٣٨١.

(٥) جامع المقاصد ٨: ١٠٦. المسالك ٤: ٣٨١-٣٨٢.

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء في إطلاق المضاربة مع العلم بالنسب [١].
وحينئذ فالوقوف في مثله على الإجازة لا يخلو من قوة.
بقي الكلام في شيئين:

أحدهما: هو أنه [قد يظهر] [٢] جعل مناط الحكم المزبور تقويمه، ثم النظر في زيادته على رأس المال وعدمها؟

ولا ريب في عدم اعتبار ذلك.

ضرورة إمكان زيادة غيره من أعيان المضاربة على وجه يملك العامل حصته المشاعة المتحققة في الأب وإن لم تزد قيمته، فإنه حينئذ لا ريب في جريان الحكم المزبور عليه [٣].

الثاني: إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربة ولم يظهر ربح وأراد المالك والعامل الإنضاض [أي جعل مال المضاربة نقداً دراهم ودنانير] لكن قد يحتمل في أثناء ذلك وجود راغب أو تجدد زيادة لبعض أعيانها فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه، وجهان: أقواهما العدم [٤].
فلا ريب في أن المالك حينئذ مقدّم على العامل في ذلك [٥].
[حكم ما إذا فسخ المالك أو العامل أو هما]:

المسألة (الخامسة: إذا فسخ المالك) أو العامل أو هما (صح) [٦]. وكان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما، فإن لم يكن ربح (وكان) المال ناصباً أخذه المالك، ولا شيء للعامل.

[١] للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد يعجز عن الأداء.

والصحيح^(١) مختص بحال الجهل، والفتوى ومعقد الإجماع لا وثوق بإرادة هذا الفرد من إطلاقهما.

[٢] [كما] ربّما ظهر من النص والفتوى [ذلك].

[٣] والصحيح^(٢) منزل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربة، لا ما يشمل الفرض، كما أنه لا يشمل ما لو زادت قيمة الأب، إلا أنه نقصت باقي أعيان المضاربة على وجه تكون تلك الزيادة جابرة أو أقل؛ إذ لا ربح حينئذ، والمراد من الصحيح الزيادة التي تكون ربحاً.

[٤] ضرورة كونه ملكاً للمالك الذي هو متسلّط عليه، ولم تظهر زيادة يتسلّط بها العامل.

[٥] خصوصاً مع احتمال الضرر عليه، بوجود الراغب لبعض الأعيان على وجه يوجب العتق، وانتظار المالك إلى السعي المحتمل عدم حصوله.

وليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفافته الذي به ينكشف سبق ملك العامل، بل هو من تجدّده باتفاق حصول راغب في بعض الأعيان، وإن لم يكن قيمة لها، ونحو ذلك ممّا لا يوجب سبق ملك للعامل، كما هو واضح.

[٦] بلا خلاف ولا إشكال [فيه]، لما عرفته من كون العقد جائزاً.

إلا أن يكون الفسخ من المالك فإن (للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت) عند المصنف [١] ، و[لكن] يشكل [ذلك] [٢] .

نعم قد يقال بالأجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به [٣] .
 (و) كيف كان فـ (لو كان بالمال عروض) بعد الفسخ (قيل : كان له أن يبيع) هـ من دون رضا المالك [٤] .
 (و) [المختار] [٥] أن (الوجه المنع) من البيع مطلقاً [٦] .

[١] وبعض على ما حكى ^(١) ؛ لأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع .
 [٢] بأنه لم يقدم إلا على الحصّة على تقدير وجودها ، ولم توجد فلا شيء له ، والمالك مسلّط على الفسخ حيث شاء .
 واحتمال دفعه بأنه إنما جعل له الحصّة خاصّة على تقدير استمراره إلى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فإذا خالف فقد فوتها عليه ، فتجب عليه أجرته ، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل . كما ترى ، لا ينبغي صدوره من فقيه ؛ ضرورة اقتضائه ضمان المالك الأجرة لو فسخ ، وإن قلبه العامل مراراً متعدّدة ولم يحصل ربح ، بل وإن خسر .
 وهو منافع للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصّة من الربح إن حصل ، وإلا فلا شيء له .
 وأغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أنّ له الأجرة في الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل ^(٢) .
 [٣] باعتبار احترام عمله ، وإقدامهما على الربح المترتب عليه ، والفرض احتماله ، فبالفسخ تفوت الحصّة . ولكن العمل على احترامه ، ورضاهما بهذا العقد الجائز المسلّط على الفسخ في جميع الأوقات لا ينافي ثبوت الأجرة له من جهة أخرى . ويمكن حمل مثل عبارة المصنف على ذلك ، كما أنّ منه يظهر لك ما في المسالك ^(٣) من عدم الفرق بين صورتَي الفسخ قبل الإنضاض وبعده .
 [٤] وإن لم يكن قد ظهر فيه ربح ؛ لتعلّق حقّه به . واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح .
 وفيه : أنّه لا حقّ له مع فرض عدم الربح . والاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لا يكفي في دعوى تعلّق الحق ، كما هو واضح .

نعم في المسالك : « لو كان الزبون المذكور موجوداً بالفعل توجه الجواز ؛ لأنّه في قوّة ظهور الربح » ^(٤) . [ولكن] مع إمكان المناقشة فيه أيضاً :
 أولاً : بمنع كونه في قوّة ظهور الربح المتوقّف صدقه عرفاً على زيادة قيمة المال في نفسه ، أو فعلية التّمن من الراغب ، لا وجوده وإن لم يكن قد وقع منه ذلك ، وخصوصاً إذا حصل الراغب بعد الفسخ .
 وثانياً : بمنع تسلّطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد به على كونه شريكاً . ومن المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشركة بغير إذن الشريك .
 [٥] [كما] بذلك ظهر لك [ذلك] .
 [٦] لقاعدة منع التصرف في مال الغير بغير إذنه وغيرها .

- (ولو) انعكس الحال بأن (ألزمه المالك) بالبيع (قيل: يجب عليه أن ينضّ المال) [١]. وفيه إشكال.
- فـ (مالوجه) حينئذٍ (أنّه لا يجب) عليه الإجابة. هذا كلّ في صورة عدم ظهور الريح.
- [و] أمّا معه وكان المال عروضاً وطلب المالك إنضاضه فقد [قيل] [٢] بوجوب الإجابة على العامل [٣].
- [لكن المتّجه بناءً على استقرار ملك العامل للريح بعد ظهوره يحصل بالفسخ عدم وجوب إجابة العامل للإنضاض وإن ألزّمه المالك به] [٤]. ومنه يعلم أيضاً الحال فيما لو طلب العامل البيع خاصّة [٥]؛ ضرورة كون المتّجه بناءً على ما ذكرناه عدم الوجوب. بل لعلّه كذلك حتى على القول الآخر [وهو حصول استقرار ملك العامل للريح بالقسمة] [٦]. كلّ ذلك مع طلب العامل البيع في الحال.
- أمّا لو طلب تأخيرها إلى وقت متأخّر كموسم متوقّع فليس له ذلك قطعاً للضرر.
- كالقطع بعدم ثبوت تسلّط للعامل بناءً على توقّف ملكه على الإنضاض أو غيره.
- ومما ذكرناه يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل في هذه الصورة؛ إذ الحكم كذلك.
- بل ينبغي الجزم بعدم استحقاقه الأجرة لو كان ناضاً لا ربح فيه، وبعدم وجوب إجابة المالك إلى بيعه [٧].
- ولو كان بعض المال ناضاً فإن كان قدر رأس المال اتجه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقي لرجوع المال
-
- [١] لأنّه أخذه نقداً فيجب أن يرده كذلك؛ لإطلاق قوله لَا يُلَاحِظُ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١). ولحدوث التغيير في المال بفعله فيجب رده.
- [٢] [كما] جزم في جامع المقاصد والمسالك^(٢).
- [٣] لأنّ استحقاقه الريح وإن كان ثابتاً بظهوره، إلّا أنّ استقراره مشروط بالانضاض، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه.
- وقد تقدّم سابقاً ما يعلم به قرار هذا الملك [أي ملك الريح] على القول به [= بظهور الريح] فبناءً على أنّه بالفسخ يحصل - لانتهاء المضاربة حينئذٍ، ويتحقق حينئذٍ الشركة بين المالك والعامل بمقدار حصّته من الريح المفروض ظهوره عند الفسخ، وكلّ ما يتجدّد حينئذٍ من تلف وخسارة فهو حينئذٍ عليهما، لا يختص به الريح - يتجه حينئذٍ عدم وجوب إجابة العامل للإنضاض، وإن ألزّمه المالك به.
- [٤] لعدم ضمانه ما يعرض مع عدم وجوب الإرجاع نقداً كما عرفت.
- [٥] الذي ذكر في المسالك في وجوب إجابة المالك له وجهين^(٣).
- [٦] لإمكان وصوله إلى حقّه بقسمة العروض، والإرجاع نقداً إمّا هو حقّ المالك فله إسقاطه.
- ولأنّ حال العامل لا يزيد على حال الشريك الذي من المعلوم أنّه لا يكلف إجابة شريكه إلى البيع.
- [٧] لأنّ المانع من قبله، كما هو واضح.

إلى المالك كما كان . وأولى منه لو كان أزيد . [و] أمّا لو كان ناقصاً [١] فقد عرفت الحال في ذلك وغيره .

(و) كيف كان ففي المتن [٢] أنّه (إن كان) المال (سلفاً كان عليه) أي العامل (جبايته) [٣]، ولكن فيه ما عرفت [٤] . فالمتجه حينئذٍ أيضاً عدم الرجوب ، ومنه يعلم أيضاً ما في قول المصنف [٥] : (وكذا لو مات ربّ المال وهو عروض كان له) أي العامل (البيع إلا أن يمنعه الوارث) (من الإشكال) [٦] ، فليس له التصرف إلا باذن المالك ، من غير فرق بين ظهور الربح وعدمه [٧] .

(وفيه قول آخر) وهو ما ذكرنا من عدم جواز البيع إلا بالاذن [٨] .

قرض العامل غيره بإذن المالك :

المسألة (السادسة) : إذا قارض العامل غيره فإن كان بإذنه (أي المالك (وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك صح) [٩] . وإن كان هو لا يستحق شيئاً من الربح بعدم العمل منه . أمّا لو فرض عمل كلّ منهما صحّ وأخذ كلّ منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له .

(و) على كلّ حال (فـ) لو شرط (العامل الأوّل) لنفسه (شيئاً من الربح (لم يصحّ ؛ لأنّه لا عمل له) [١٠] .

[حتى لو أذن له المالك في ذلك] .

[١] ففي المسالك : « توجه جواز إجباره على انضاض قدره لو قلنا بإجباره على الانضاض فيما سبق »^(١) . قلت : لكن قد عرفت الحال في ذلك وغيره على وجه تبين لك أنّ جميع ما في جامع المقاصد والمسالك هنا غير منقّح ، فلاحظ وتأمل . [٢] وغيره .

[٣] وإن فسخ المالك ، وكذا غيره من الديون المأذون فيها ؛ لاقتضاء المضاربة ردّ رأس المال على صفته ، والديون لا يجري مجرى المال . ولأنّ الدين ملك ناقص ، والذي أخذه ملك تام . و« على اليد ما أخذت »^(٢) .

[٤] من أنّ الأصل البراءة ؛ بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك ، بعد فرض وقوع الإذانة بإذن المالك ، وانفساخ المضاربة . [٥] وغيره .

[٦] بل هو منافي لما ذكره سابقاً ، من أنّ الوجه المنع ؛ ضرورة عدم الفرق بين الفسخ الاختياري والقهري .

[٧] كما ذكرنا الكلام فيه مفضلاً . وإليه أشار المصنّف : [وفيه قول آخر] .

[٨] لبطلان العقد . وقد استوجهه في المسالك^(٣) . وهو في محله ، والله العالم .

[٩] لأنّه يكون حينئذٍ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك . وسبق عقد القراض معه لا ينافي ذلك ، بل لا يقتضي فساداً ؛ لعدم ما يدلّ على اعتبار خلق المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحّة الثاني .

[١٠] وإيقاع عقد القراض ، ولو بالأقلّ من الحصّة التي جعلها المالك له ليس من أعمال التجارة التي شرع جعل بعض الربح عوضاً عنها ، فلا يصح اشتراط شيء من الربح له ، حتى لو أذن المالك له في ذلك ، فإنّ إذنه لا تفيد في شرعية غير المشروع .

(١) المسالك ٤ : ٣٨٤ ، وفيه : « جواز اقتضاره » بدل « جواز إجباره » .

(٢) المستدرك ١٤ : ٨ ، ب ١ من الوديعه ، ج ١٢ . (٣) المسالك ٤ : ٣٨٥ .

اللهم إلا أن يدعى دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشروعة [فيصح الشرط] [١] .

(و) كيف كان فـ (لو^(١) كان بغير إذنه لم يصح القراض الثاني) [٢] .

ولكنه فضولي إن أجاز ترتب عليه حكمه ، وإلا بطل القراض .

(فإن) فرض حصول (ربح) حينئذ (كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول) .

بناءً على أن القراض كان كذلك (وعليه) أي العامل الأول (أجرة) العامل (الثاني) .

وبها صار عمله الذي قد عمله للأول الذي كان قد وقع القراض معه ، فيستحق حينئذ ما شرط له [٣] .

(وقيل) [٤] : النصف الآخر (للمالك أيضاً لأن) أنه نماء ملكه والفرض أن الأول لم يعمل) شيئاً والثاني غير مأذون

عنه . (وقيل) [٥] : إنه (بين العاملين ويرجع الثاني) منهما (على الأول بنصف الأجرة) [٦] . (والأول حسن) [٧] .

[١] لأنه مما يترتب عليه ربح للمال . بل هو داخل في عمل التجارة والتكسب ، خصوصاً مع التصريح به في ضمن غيره ، فتأمل ، هذا . وفي المسالك : « إذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني ، والعامل الأول إذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك ، وقد يكون بمعنى إدخال من شاء معه ، وجعلهما عاملين ، وقد يكون بالأعم » . إلى أن قال بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الأول : « ولو كان الإذن بالمعنى الثاني أو بالأعم وجعل الثاني شريكاً له في العمل والحصة بينهما صح ؛ لانتفاء المانع في الأول ، وهو عدم العمل »^(٢) . قلت : لكن يكون ذلك فسخاً للمضاربة السابقة ، وإنشاء جديداً من العامل بإذن المالك . أو أن المضاربة الأولى بحالها ، ولكن الحصة الأولى المشروطة للأول في المعنى مشروطة باستقلاله بالعمل ، أما مع فرض وضع شريك معه فلا يكون حينئذ شريك الثاني مع الأول بإذن المالك في حصته الأولى مضاربة على تلك المضاربة الأولى بلا فسح لها ، ولا مانع من ذلك ؟ وجهان . وليس في كلامه تحرير لذلك ، وإنما اقتصر على الصحة معللاً لها بانتفاء المانع ، وأنت خبير بأن انتفاء المانع في الأول لا يكون مقتضياً للصحة هنا .

[٢] وفي خبر أحمد بن محمد بن عيسى المروي عن نوابه وعن أبيه سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالاً مضاربة أبحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ ؟ قال : « لا »^(٣) .

[٣] إذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه ؛ ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه ، وبأجرة ونحو ذلك .

[٤] والقائل بعض الشافعية^(٤) .

[٥] كما عن بعض آخر^(٥) منهم أيضاً .

[٦] لأنه قد فاتته بغيره منه نصف ما جعل له من الربح . ولهم وجه رابع^(٦) على ما حكى ، وهو أن جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط ، ولا شيء للأول ؛ إذ لا ملك له ولا عمل .

[٧] لما عرفت [من عدم اقتضاء في عقد القراض مباشرة العمل بنفسه] . ولا ينافية فرض عدم إجازة المالك ؛ إذ هي للقراض .

(١) في الشرائع : وإن . (٢) المسالك ٤ : ٣٨٦ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٢٩ ، ب ١٤ من المضاربة ، ح ١ ، وفيه : « يعينه » بدل « يعطيه » .

(٤) (٥) (٦) الحاوي الكبير ٧ : ٣٣٩ .

أما ما وقع منه من الشراء والبيع فهو بإذن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه . أقصى ما هنالك أنّ العامل الثاني أوقعه بعنوان أنّه مقارض ، وقد بانّ فساده ، فاستحق على من غره أجرة المثل . وفساد القراض يقتضي فساد الإذن الحاصل من العامل ؛ إذ الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا كما في نظائره . ومن ذلك يظهر لك ضعف الثاني ؛ ضرورة عدم استحقاق المالك له مع عدم فساد القراض الأول . وصيرورة عمل العامل الثاني للأول ولو بغرم الأجرة له . وكذا الثالث ، فإنّ كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصور . اللهم إلا أن يدعى أنّ العامل الأول له المضاربة بمعنى التشريك فيما له من الحصّة . فإذا فرض أنّه قد جعل له النصف من المجموع الموزّع عليه وعلى المالك الذي لم يجز مضى فيما له ، وبطل فيما يرجع إلى المالك ، إلا أنّه لغروره إياه بغرم له الأجرة . ومنه ينقدح وجه الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له ، لا الموزّع منه ومن المالك . لكن الجميع كما ترى ؛ ضرورة عدم صحة المضاربة له من دون إذن المالك ، ولو بالتشريك في حصّته ، فوقع ذلك منه حينئذٍ معاملة غير مشروعة ، هذا .

ولكن في المسالك : « إنّ هذه الأقوال ليست لأصحابنا ، ولا نقلها أحد عن أحد منهم ، وإن كان ظاهر التعبير بـ « قيل وقيل » ذلك ، وإنّما هي وجوه للشافعية ، ذكرها المصنّف والعلامة في كتبه ، ونقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى غير منقّحة »^(١) .

إلى أن قال تبعاً لجامع المقاصد : « والتحقيق في هذه المسألة المرتّب على أصولنا أنّ المالك إن أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط ، وإن لم يجزه بطل ، ثمّ الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك ، فإن أجاز فالملك له خاصّة ، ولا شيء لهما في الربح ، أمّا الأول فلعدم العمل ، وأمّا الثاني فلعدم الإذن له ، ولكن له أجرة مثل عمله على الأول مع جهله ، لا مع عمله ، وإن كان الشراء في الذمّة ونوى صاحب المال فكذلك ، وإن نوى عن عامله وقع الشراء له ؛ لأنّه وكيله ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له ، وضمان المال عليه ؛ لتعدّيه بمخالفة مقتضى المضاربة ، وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأجرة على الأول مع جهله إن لم يتعدّ مقتضى المضاربة »^(٢) . ثمّ إنّهما قبل ذلك قد أطنبا في ذكر حكم الضمان لو تلف المال في يد العامل الثاني وذكرنا جملة من أحكام النصب . ولا يخفى عليك خروج جميع ذلك عمّا نحن فيه ؛ ضرورة كون المراد ببيان حكم القراض الثاني فيما إذا ربح المال ، وهو لا يستلزم تسلّم المال ؛ إذ يمكن قراضه وعمله والمال في يد العامل الأول . كما أنّه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه عدم الفضولية فيما أوقعه العامل الثاني بإذن الأول وإن لم يجز قراضه ، بناءً على أنّ للعامل الأول الإذن لغيره في العمل ، وأنّ فساد قراضه لا ينافي بثبوت الإذن له في ذلك .

كما في غير هذه الصورة ممّا فسد فيه القراض فإنّه يثبت للعامل أجرة المثل ، والمال ونماؤه للمالك ، وليس هو إلا لبقاء الإذن مع فساد القراض ، وما نحن فيه من ذلك . ومن الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أصولنا مع تصريح المصنّف بحسن الأول منها . بل مفروغتيه من صحّة البيع وملك المالك النصف ، وعدم ذكر الفضولية هنا في شيء ممّا فعله العامل الثاني ، ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أنّ موضوع المسألة عنده غير ما ذكره ، وإن اعترضه هما بنحو ما سمعته منهما هنا . لكن الإنصاف عدم وروده عليه ، وعدم مدخلية لكثير ممّا ذكره هنا في مفروض المسألة ، كما لا يخفى على من لاحظ المقام وتأمل ، والله العالم .

[حكم ما لو قال المالك: دفعت إليه مالاً قراضاً وأنكره العامل]:

المسألة (السابعة: إذا قال) المالك: (دفعت إليه مالاً قراضاً فأنكر) العامل ذلك (فأقام^(١) المدعي بيّنة) على أنه دفع إليه مالاً قراضاً (فادّعى العامل التلف قضي عليه بالضمان).
(وكذا لو ادّعى عليه ودیعة أو غيرها من الأمانات) [١].
(أما لو كان جوابه: لا يستحق عندي^(٢) شيئاً أو ما أشبهه لم يضمن) وإن قامت البيّنة على دفع المال إليه قراضاً [٢]. بل لو ادّعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه [٣].
[تلف مال القراض بعد دورانه في التجارة]:

المسألة (الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح) الذي هو وقاية لرأس المال في شرع المضاربة وفي عرفها.
(وكذا لو تلف قبل ذلك) كما لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد الثمن عنه، فإن القراض يستمر ويمكن جبره حينئذٍ بالربح المتجدد (و) لكن (في هذا تردّد) عند المصنّف [٤]. إلا أنّ الأقوى عدم الفرق [٥]. من غير فرق في نقصان بين انخفاض السوق والفرق والحرق وأخذ الظالم والسارق وغير ذلك ممّا هو

[١] لثبوت كونه خائناً بيلكاره المال الذي قامت البيّنة عليه، وأقرّ هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه، ولا ريب في كونه خيانة. بل قد يقال: إنّه لم تقبل دعواه حتى لو أقام بيّنة على تلفه منه بلا تعد ولا تفريط؛ لتكذيبه إياها بيلكاره الأوّل الذي هو أيضاً إقرار في حقّه. ومن هنا عبّر الفاضل في القواعد بعدم قبول دعواه^(٣). لكن في المسالك: «إنّ عبارة المتن أجود منها؛ لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، وقد تكون تالفة، إلّا أن يتكلّف نحو ما تقدّم من حبسه مدة يظهر فيها اليأس من وجود العين»^(٤). وفيه: أنّ المقصود عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه سابقاً بيمينه في إسقاط الضمان عنه.
وأما التكليف بالعين نفسها وعدمه فهو غير مقصود لهما، فليس تعبیر المصنّف بالضمان تحزّراً عن ذلك؛ ضرورة عدم تصديق مجرد قوله بالنسبة إلى ذلك، من دون استظهار بيمين أو بيّنة أو حيس أو نحو ذلك. وعلى كلّ حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه، يجري في العاصب ونحوه، هذا كلّّه فيما إذا كان جوابه في الدعوى الأولى ما سمعت.

[٢] لكون ذلك أعمّ من ضمانه.

[٣] لعدم التنافي بينه وبين كلامه الأوّل، كما هو واضح.

[٤] ممّا عرفت. ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض.

[٥] لأنّ المقتضي لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجارة، فمضى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح، جبر ما تلف مطلقاً. بل لا يخفى على من أعطى التأمّل حقّه عدم صدق الربح الذي وقع الشرط بين المالك والعامل عليه إلّا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال من أوّل تسلّمه إلى انتهاء المضاربة.

(٢) في الشرائع: «قيلي».

(٤) المسالك ٤: ٣٨٩.

(١) في الشرائع: «وأقام».

(٣) القواعد ٢: ٣٤٨، وفيه: «لم يقبل قوله».

بآفة سماوية وغيرها [١] .

نعم لو فرض حصول العوض من المتلف كان العوض من جملة المال ، والله العالم .

[حكم ما لو قارض اثنان واحداً ثم شرط له النصف منهما] :

المسألة (التاسعة : إذا قارض اثنان) مثلاً (واحداً) مثلاً (وشرط له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال) أو تساوي فيه مع التفاوت في المال (كان فاسداً لفساد الشرط) [٢] . (و) لكن قال المصنف هنا : (فيه تردد) [٣] . نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصيب كل منهما نصفه اتجه الفساد حينئذٍ ، بناءً على ما سمعته في الشركة . مع أنه قد يقال بالصحة هنا ، بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة [٤] .

[١] فما عساه يقال أو قيل - من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف ؛ لأنه حينئذٍ بمنزلة الموجود ، فلا حاجة إلى جبره ؛ ولأنه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه - لا ينبغي أن يصغى إليه لما عرفت .

[٢] المقتضي زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالكين ، أو التساوي مع التفاوت في المالكين بلا عمل من ذي الزيادة ؛ ضرورة كون العامل غيرهما .

وقد عرفت سابقاً عدم جواز ذلك في الشريكين ، فكذا هنا ؛ إذ لا فرق بين امتزاج المالكين وعدمه .

[٣] ولعله من ذلك ، ومن احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل ، بمعنى أن صاحبها قد شرط له في العمل بماله أقل مما شرط له الآخر ، ولا ريب في جواز ذلك ؛ ضرورة عدم المانع المزبور منه .

لا يقال : إن محل المسألة مع الإطلاق الذي هو كما يحتمل ذلك يحتمل كونها من المالك الآخر ولا ترجيح .

لأننا نقول : إن أصل الصحة يرجح الأول ، بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل في قصدهم ، حملاً لفعل

المسلم على الصحيح في نفس الأمر .

[٤] كما يؤول إليه ما عساه يستفاد من إطلاق عبارة المتن والقواعد^(١) من عدم الفرق في الحكم المزبور بين امتزاج

المالكين وعدمه ، كما اعترف به الكركي في شرحه^(٢) . ولا ريب في أن استحقاق كل منهما في ربح مال الآخر - المفروض

تميزه مع أنه قد يختلف قلة وكثرة ، بل قد يحصل بالخسران في أحدهما دون الآخر الذي يجبر منه شيء - لا تقتضيه الضوابط ، بل هو

إن كان فليس إلا من صدق كون المجموع مال مضاربة واحدة ، ولذا جعل الربح بينهما مشاعاً .

وإذا كان ذلك ونحوه من مقتضى عقد المضاربة فلتقتضي أيضاً التفاوت في ربح النصف ، وإن تساوا في المال ، أو التساوي فيه

مع التفاوت فيه ، ويكون ذلك من أحكامها . نحو ما لو قارض الواحد مثلاً اثنين مثلاً على التفاوت فيما شرط لهما من الربح فإنه

يصح ، وإن كان المشروط له الأكثر الأقل عملاً ؛ لإطلاق الأدلة .

خلافاً لمالك فلم يجوز التفاوت بينهما^(٣) ، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً .

[حكم ما لو اشترى عبداً للقراض ثم تلف الثمن قبل القبض]:

المسألة (العاشرة: إذا اشترى عبداً) مثلاً (للقراض فتلف الثمن قبل القبض^(١) قيل) [١]: [يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ويكون الجميع رأس ماله] بجبر التالف منه بالريح. (وقيل) [٢]: (إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك، وإلا كان باطلاً ولا يلزم الثمن أحدهما).

وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال، من أنه إن كان الشراء في الذمة بإذن المالك لزم دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً.

وإلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلا بطل البيع.

وإن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل ظاهراً مع فرض كونه قد نوى المالك، وإلا فواقعاً أيضاً.

وإن كان الشراء بالعين فهلك قبل دفعها بطل العقد، وهذا كله واضح [٣].

[إذا نض قدر الريح فطلب أحدهما القسمة]:

المسألة (الحادية عشرة: إذا نض قدر الريح فطلب أحدهما القسمة) لقدرة الريح (فإن اتفقا صح) [٤].

(وإن امتنع المالك لم يجبر) [٥]. أما العامل فـ [الظاهر] [٦] أنه ليس له الامتناع [٧].

وعلى كل حال (فلو^(٢) اقتسما وبقي رأس المال معه) أي مقداره (فخسر رد العامل أقل الأمرين) مما وصل

[١] والقائل الشيخ في محكي المبسوط^(٣).

[٢] والقائل ابن إدريس^(٤) فيما حكى عنه.

[٣] نعم في المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال: «وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله يجبر جميعه بالريح»^(٥). وهو جيد في غير صورة الفضولي، أما فيها فلا يخلو من إشكال؛ ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة، فمع فرض إجازة المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة. ولكن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال أيضاً.

[٤] لانحصار الحق فيهما.

[٥] لما فيه من الضرر عليه؛ لاحتمال خسارة مال القراض، فيحتاج الجبر به.

[٦] كما قد يظهر من العبارة.

[٧] لأنه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالك. لكن في القواعد: «إن امتنع أحدهما لم يجبر على القسمة»^(٦). وفي جامع المقاصد: «أما المالك فظاهر، وأما العامل فلا لأنه لا يأمن أن يطرأ الخسران، وإن أتلّف ما وصل إليه فيحتاج إلى غرم ما وصل إليه بالقسمة، وذلك ضرر^(٧). وفيه منع كون ذلك ضرراً؛ ضرورة إمكان المحافظة عليه بعدم التصرف.

بل لو أغرمه لم يكن عليه ضرر؛ لأنه في مقابل ما تصرف فيه، والله العالم.

(١) في الشرائع: «قبضه». (٢) في الشرائع: «فإن».

(٣) المبسوط ٣: ١٩٤. (٤) السرائر ٢: ٤١٣.

(٥) المسالك ٤: ٣٩١. (٦) القواعد ٢: ٣٤٤.

(٧) جامع المقاصد ٨: ١٤٥.

إليه من الريح وممّا يصيبه من الخسران [١] .

(و) كذلك (احتسب) على (المالك) أقلّ الأمرين (أي من الريح ومن الخسران) من رأس المال [٢] .

[١] لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له ، وإن كان الأقلّ هو الريح فلا يلزمه الجبر إلّا به .
[٢] هذا هو الظاهر من العبارة ، بل جزم به ثاني الشهيدين^(١) . لكن عن الشهيد : « أنّ المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الريح ، فلو كان رأس المال مئة والريح عشرين فاقتسما عشرين فالعشرون من الريح مشاعة في الجميع ، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس ، فالعشرون المأخوذة سدس الجميع فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الريح ، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الريح ، وهو نصف سدس العشرين ، وذلك درهم وثلثان ، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال ، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر ومن ثمانية وثلث^(٢) . والحامل له عليه - كما قيل^(٣) - حكمهم بأنّ المالك إذا أخذ من المال شيئاً وقد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبة . وأفسده في المسالك : « بأنّ المأخوذ وإن كان مشاعاً إلّا أنّ المالك والعامل إنّما أراداه به الريح ، وحيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما ، ولو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصحّ للعامل التصرف فيه ؛ لأنّ المالك لم يأذن إلّا في التصرف في الريح ، ولم تقع القسمة والاتفاق إلّا عليه » إلى أن قال : « وأيضاً فتوقّف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له ؛ لأنّه لا يملك شيئاً من رأس المال ، وإنّما حقّه في الريح . وأمّا حمله على أخذ المالك فليس بجيّد ؛ لأنّ المالك لا يأخذ على وجه القسمة ، وإنّما يأخذ ما يعده ملكه . فلمّا كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الريح على نسبة المأخوذ ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والريح . وأين هذا من أخذ العامل الذي لا يستحقّ إلّا في الريح ، ولا يقاسم المالك إلّا عليه خاصّة^(٤) .

قلت : قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخّص الريح عن رأس المال باتّفاقهما على أنّه ربح ؛ لعدم دليل على ذلك ، والأصل بقاء إشاعته حتى تنفسخ المضاربة ويتسلّم المالك رأس ماله ، وحينئذٍ يتّجه كلامه . لكن يشكّل بأنّه لا دليل على استقرار ملكهما للحصّة من الريح بذلك ما دامت المضاربة غير منفسخة حتى لورضي المالك بأن يكون الباقي رأس مال ، فإنّه لا يلتزم بذلك ، بل له الرجوع عنه ؛ لعدم استقرار كون ذلك ربحاً ، إلى أن ينتهي عمر المضاربة بالفسخ أو الانفساخ كما تقدّم الإشارة إلى ذلك فيما تقدّم . نعم لهما الاتفاق على التصرف في المقدار الذي تراضيا عليه ، سواء وجدا معه صورة القسمة أو لا برضا منهما ، وما يتبعه من رأس المال يكون تصرف العامل فيه برضا المالك ، كما إذا لم يكن ثمّ ربح . اللهم إلّا أن يقال : إنّ ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصّه من رأس المال ؛ لأنّه برضاه قد أخرجها عن المضاربة حتى الذي قبضه العامل . فيستقرّ حينئذٍ ملكهما على ما خضّ ذلك من الريح ؛ لانفساخ المضاربة ، كما تعرفه إن شاء الله تعالى في المسألة الرابعة عشر ، وبه حينئذٍ يتمّ كلام الشهيد ، فتأمل جيّداً . كما أنّه ينبغي التأمّل فيما سمعت من أنّ للمالك والعامل الاتفاق على تشخيص الريح من رأس المال ، وإخراجه عن الإشاعة مع بقاء المضاربة على حالها ، بحيث يكون الباقي رأس المال وما شخّصه ربحاً فإنّه محتاج إلى التأمل .

(١) المسالك ٤ : ٣٩٢ . (٢) نقله في المسالك ٤ : ٣٩٢ .

(٤) المسالك ٤ : ٣٩٣ .

(١) المسالك ٤ : ٣٩٢ .

(٣) قاله في المسالك ٤ : ٣٩٢ - ٣٩٣ .

[شراء رب المال من العامل شيئاً من مال القراض]:

المسألة (الثانية عشرة: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض) [١].

(ولا أن يأخذ منه بالشفعة) [٢].

بخلاف العكس، فإن للعامل الشراء من المالك وله الأخذ بالشفعة منه، كما هو واضح [٣].

وكذا لو ظهر في المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل، بناءً على ملكه بالظهور، وإن كان متزلزلاً فإن تزلزله لا يمنع من بيعه، بل يقوى في النظر وقوعه لازماً.

وإن تجدد الخسران بعد ذلك واحتاج إلى الجبر، فيجبر حينئذٍ بقيمته كما لو أتلفه [٤].

وأما الأخذ بالشفعة فـ [قد قيل: [٥] هو ممكن أي بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته في شرائه.

لكن [يمنع] [٦] فيما لو كان الربح مقارناً للشراء، فضلاً عما لو تجدد [٧].

(وكذا لا يشتري [رب المال] من عبده القنّ) [٨]. من غير فرق بين المأذون وغيره [٩].

[١] بلا خلاف ولا إشكال [فيه] لأنه ماله.

[٢] لذلك أيضاً [= لأنه ماله].

[٣] لكن في القواعد: «إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه»^(١).

ولعل المراد إذا كان الربح ظاهراً وقت الشراء؛ لعدم جواز شراء ملكه، لا ما إذا تجدد فإنه حينئذٍ له والتمن صار من مال المضاربة، كما هو واضح.

[٤] وربما احتتم انفساخ البيع لكانه في غير محله.

[٥] [قاله] في المسالك^(٢).

[٦] [إذ] قد يناقش بمنع ذلك.

[٧] لعدم ملك العامل حينئذٍ بعض الشقص بالشراء، بل هو بالشرط الحاصل في المضاربة، فلا شفعة حينئذٍ فيما ملكه بذلك. وإن صار شريكاً مع المالك لم يقاسم، إلا أنه ليس بالشراء الذي هو موجب الشفعة، والله العالم.

[٨] لما عرفت في محله أنه لا يملك شيئاً، ولا يبيع إلا في ملك.

[٩] لكن حكى عن الشيخ قولاً بأن المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه^(٣)، وهو قول لبعض الشافعية^(٤)؛ لأنه لا حق للسيد فيه، وإنما هو حق الغرماء. وفساده ظاهر، كما في المسالك قال: «فإن استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروج ذلك عن ملك السيد، كتعلق حقهم في مال المفلس. نعم للسيد أخذ ذلك بقيمته؛ لأنه أحق بماله مع بذل العوض، إلا أن ذلك لا يعد بيعاً، كما يأخذ العبد الجاني خطأ ويبذل قيمته»^(٥).

(٢) المسالك ٤: ٣٩٣-٣٩٤.

(١) القواعد ٢: ٣٤٥.

(٤) راجع المعنى ٥: ١٧٢. الشرح الكبير ١: ١٦١.

(٣) المبسوط ٣: ١٩٦-١٩٧.

(٥) المسالك ٤: ٣٩٤.

(و) على كل حال (فـ) له الشراء من المكاتب (المطلق والمشروط) [١].

وإن كان الملك في المشروط أضعف منه في المطلق من حيث إمكان ردّه في الرقّ أجمع، فيرجع ما في يده إلى ملك السيّد، وليس كذلك المطلق الذي يحسب ما في يده من مال الكتابة لو احتيج إليه، والله العالم.

[حكم ما لو دفع مالا قراضاً ثم شرط عليه أخذ البضاعة]:

المسألة (الثالثة عشرة: إذا دفع مالا قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة قيل) [٢]: (لا يصح؛ لأنّ العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحقّ عليه أجراً^(١)) فيفسد الشرط ويتبعه العقد، ولو لأنّ قسط العامل حينئذٍ يكون مجهولاً لانتفاء الشرط قسطاً من الربح، وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصّة (وقيل: يصحّ القراض ويبطل الشرط) خاصّة [٣].

(ولو قيل بصحّتهما) معاً (كان حسناً) [٤].

[وقد تقدم الكلام في معنى صحّة الشرط في العقد الجائز].

[١] لأنّ ما في يده ملك له. وسلطنة المولى قد انقطعت عنه، فسأوى غيره من الملاك، ولهذا لو انتعق لم يكن للمولى ما في يده.

[٢] كما عن الشيخ في المبسوط^(٢).

[٣] لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، فلا يفسد اشتراطها، بل يكون لاغياً لمنافاته العقد.

[٤] لإطلاق الأدلّة وعمومها التي منها: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣). و﴿يَجَاوِزُ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٤) وغيرهما.

والقراض إنّما يعتبر عدم خلوّ عمله نفسه عن جزء من الربح، لا مطلق العمل وإن لم يكن من القراض، ولكنه قد اشترط في عقد القراض.

نعم يبقى الكلام في معنى صحّة الشرط في العقد الجائز الذي قد تقدّم البحث فيه سابقاً.

لكن قد يقال في خصوص المقام الذي هو شبه المعاوضة، وأنّ المالك لم يجعل الحصّة المزبورة للعامل إلّا في مقابلة أخذ البضاعة؛ إنّه لو ربح ولم يف بالشرط كان للمالك الفسخ ويأخذ الربح كلّه وللعامل أجرة المثل في وجه ولا شيء له في آخر، إلّا أنّه كما ترى لا ينطبق على القواعد، وعلى ما اشتهر فيما بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة، وأنّ حالها كحال الوعد.

وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلّط على الفسخ، مع عدم الوفاء به الذي هو واجب على من اشترط عليه؛ لعموم الأمر بالوفاء في العقد^(٥) فتأمل جيّداً.

خصوصاً ما في جامع المقاصد والمسالك^(٦) هنا، فإنّه لا يخلو من شيء، وقد تقدّم منّا سابقاً ماله نفع في المقام.

(١) في الشرائع: «أجرة». (٢) المبسوط ٣: ١٩٧.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) المائدة: ١.

(٦) جامع المقاصد ٨: ٥٦. المسالك ٤: ٣٩٥-٣٩٦.

[حكم ما لو كان مال القراض مئة فخسر عشرة ثم أخذ المالك عشرة وعمل بها الساعي]:

المسألة (الرابعة عشرة: إذا كان مال القراض مئة) مثلاً (فخسر عشرة) مثلاً (وأخذ المالك) منه بعد الخسارة (عشرة) مثلاً (ثم عمل بـ) ما بقي منه (بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعاً؛ لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال في تقدير تسعين، فإذا قسّم الخسران - وهو عشرة على تسعين - كانت^(١) حصّة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال) ويجبر الباقي [١]. وكذا في طرف الربح بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح، فلو كان المال مئة وربح عشرين فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاث [٢]. وحينئذٍ فلو انخفض السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسخ المضاربة ليمت مع ما أخذه سابقاً المنة، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان، وهما نصف الربح الذي قد أخذه المالك في ضمن العشرين [٣]. هذا، ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسألة الأولى عن إشكال [٤].

[١] لأن الربح إنما يجبر خسران المال الذي ربح، أي مال المضاربة الباقي على المضاربة، لا مطلق الخسران. فإذا أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال، فلا بد أن يخضع من الخسران شيء، فيسقط من أصل الخسران؛ لأنّه خسران غير المال الذي ربح أي مال المضاربة الباقي في يد العامل؛ ضرورة أن أخذ المالك العشرة منه استرداد من العامل، وإبطال للمضاربة فيها فلا بد أن يتبعها ما خضعها من الخسارة السابقة على أخذها. والضابط في معرفة ذلك نسبة المأخوذ إلى الباقي، وتوزيع الخسران عليه أجمع، فيخضعه على مقتضى نسبته، ففي المقام نسبته تسع، فيخضعه تسع العشرة التي هي الخسارة، وهو واحد وتسع، فيبقى منه تسعة إلا تسع، تجر من الربح المتجدد. ولو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة بقي رأس المال خمسين، منها خمسة وأربعون موجودة، ويتبعها نصف الخسارة وهو خمسة، وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض.

[٢] لأن المأخوذ سدس المال جميعه الأصل والربح، وسدس أصل المال ستة عشر وثلثان، وسدس الربح ثلاثة وثلث، وهي حظّه من الربح. إلا أنه يستقرّ ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح، وهو درهم وثلثان، وذلك لبطلان المضاربة في أصله، وهو السدس الذي استردّه المالك.

[٣] وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين.

[٤] باعتبار عدم ثبوت ما يقتضي شيوع الخسارة على المال كلّ، على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه بعض الخسارة. وإنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال، وأما الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقي من مال المضاربة؛ إذ المالك قد أخذ العشرة مثلاً مستحقّة للجبر. ودعوى أن الذي يجبر هو المال الذي ربح - واضحة الفساد؛ ضرورة جبر المال الذي وقعت عليه المضاربة بربح أي جزء من مالها، من غير فرق بين ما ربح منه وما لا يربح. بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض، كما أنه قد يربح بعض دون آخر. وأخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان ردّ رأس المال له شيئاً فشيئاً. وربما يشهد بعض ما ذكرنا من السيرة على تناول المالك والعامل من مال المضاربة، ثم الحساب بعد ذلك من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخسارة أو غيرها، ولكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه، ثم يقسم الباقي إن كان، فتأمل جيداً، والله العالم.

(١) في الشرائع: «كان».

[شراء المضارب جارية ليطأها]:

المسألة (الخامسة عشرة: لا يجوز للمضارب) أي العامل (أن يشتري جارية يطأها، وإن أذن له المالك) بذلك، إلا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء، بناءً على صحة مثل هذا التوكيل، نحو الإذن في شراء عبد له وعقته عنه، أو دارٍ وقفها وغيرهما.

(و) لعل ذلك هو المراد مما (قيل) [١]: إنه (يجوز مع الإذن) [٢].

هذا كله في الإذن السابقة.

(أما لو أحلها) له (بعد شرائها) ولم يكن ثم ربح فيها (صح) قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلاً [٣].

ولو كان فيها ربح بني على جواز تحليل أحد الشريكين للآخر، وقد ذكرناه في كتاب النكاح [٤].

قلت: وإن كان الأقوى الجواز [٥].

[١] والقائل الشيخ في المحكي عن نهايته^(١).

[٢] فلا يرد عليه حينئذ أن الإذن السابقة لا تتمر؛ لأن التحليل إما عقد أو تمليك، وكلاهما لا يقعان قبل الملك، بل يمكن حمل الخبر الذي ذكره مستنداً للشيخ على ما ذكرنا.

وهو خبر الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام قال: قلت: رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة ليشتري له ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضیعة فعليه وإن كان ربح فله للمضارب أن يطأها؟ قال: «نعم»^(٢).

فلا حاجة حينئذ إلى المناقشة في سنده، مع أنه من الموثق الذي هو حجة عندنا بعد انصراف «ابن زياد» في سنده إلى ابن أبي عمير لغلبة التعبير به عنه، ولا في متنه بظهوره في كون «الجارية» من غير مال المضاربة، ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه، وعدم الإذن فيه بالوطء؛ لإمكان دفعها [= المناقشة] بأنه يدل على تأثير الإذن السابق على الشراء، ولا فرق بين مال المضاربة وغيره، وظهور «معك» في ذلك. نعم حملة على ما ذكرنا أولى من الجرأة به على مخالفة القواعد والضوابط. وخصوصاً بعد تفرد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه.

[٣] لإطلاق الأدلة.

[٤] بل في الرياض هنا: يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح إن قلنا بالمنع في صورته؛ لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الأمر، فيجب الترك من باب المقدمة قال: «ويحتمل الجواز مطلقاً، كما قالوه؛ لأصالة عدم حصول الظهور، ولا ريب أن الأحوال تركه»^(٣).

[٥] لأصالة عدم الشركة.

(١) النهاية: ٤٣٠.

(٢) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٥. الوسائل ١٩: ٢٧، ب ١١ من أحكام المضاربة، ح ١.

(٣) الرياض ٩: ٩٦.

[حكم ما لو مات لو مات وكان في يده أموال مضاربة لمتعديين]:

المسألة (السادسة عشرة: إذا مات وفي يده أموال مضاربة) لمتعديين (فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق

به) [١].

(وإن جهل) مال كل واحد منهم بخصوصه (كانوا فيه سواء) بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح، هذا إذا كانت مجتمعة على حدة.

أما إذا كانت مع ماله [فقد قيل] [٢] [بكون الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك إن وسعت أموالهم أخذوها، وإلا تحاصوا] [٣].

[١] بلا خلاف ولا إشكال [فيه].

[٢] [قاله] في المسالك: إن «الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت أموالهم أخذوها، وإلا تحاصوا»^(١).

[٣] قلت: الأصل في ذلك خبر السكوني: عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام أنه كان يقول: «من يموت وعنده مال مضاربة قال: إن ساء بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوأ الغرماء»^(٢). وفيما حضرني من نسخة الرياض شارحاً لمتن النافع: «ولو كان في يده أموال مضاربة لمتعديين فمات وعلم بقاؤها في تركته، فإن كان عينها لواحد منهم أو علمت منفردة بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث، وإلا تحاص فيه أي في المجتمع من أموال المضاربة الغرماء وأرباب الأموال على نسبة أموالهم للخير»^(٣) إلى آخره. قلت: ليس في الخبر سوى أنه إذا لم يذكر الميت مال المضاربة المعلوم كونه في يده فرب المال كباقي الغرماء. وهذا غير ما ذكره من تحاص الغرماء وأرباب الأموال في المال المعلوم كونه مال مضاربة لمتعديين، بل أقصاه يكون مشتركاً بينهم. ثم قال متصلاً بما سمعت: «هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة، وأما إذا كانت ممترجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصوا، كذا قيل. والوجه في حرمان الورثة - مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للموثر - غير واضح، إلا مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعد أو تفريط، لثبوت أمانيته وعدم ضمانه للتلف إلا مع أحد الأمرين كما مر. والاكتفاء في الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل، وعموم «على اليد»^(٤) مخصص بما دل على أمانته. فالوجه ضرب الورثة مع الغرماء في التحاص، وأخذهم جميع ما لموثرهم مع العلم بعدم تلف شيء منه، ومع احتماله يتحصون معهم بنسبة مالهم. ويمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التغليب. ولكن يشكل يتوقف ذلك على معرفة مقدار مال الميت، ومعلومية نسبته بالإضافة إلى أموالهم، ولو جهل أشكال الحكم في ضربهم معهم في التحاص»^(٥). قلت: يمكن أن يكون المستند في الأول ما سمعته من النص المؤيد بالفقوى الذي قد تضمن الحكم بكون رب المال غريباً مع العلم بكون مال المضاربة في التركة، وعدم ذكر الميت له بعينه.

(١) الوسائل ١٩: ٢٩، ب ١٣ من المضاربة، ح ١.

(٢) المستدرك ١٨: ٨، ب ١ من الودية، ح ١٢.

(٣) المسالك ٤: ٣٩٧.

(٤) (٥) الرياض ٩: ٩٦، ٩٧.

وعلى كل حال فهذا كله مع العلم بكون المال (فـ) في التركة .

وأما مع عدمه بـ (أن جهل كونه) أي ما في يد الميت (مضاربة) لاحتمال التلف أو غيره (قضي به ميراثاً)

عند المصنف [١] .

لكن قد تقدم في كتاب الرهن ما يستفاد منه وجه الضمان ، أو الحكم بالبقاء في التركة وإن كان لا يخلو من

صعوبة ، بل منع [٢] .

[١] وثاني الشهيدين وسيد الرياض^(١) قضاء لحكم اليد ، بل لا ضمان عليه للمضاربة ؛ لأصالة البراءة ، وكونه أمانة لا يضمها

إلا مع التعدي أو التفريط ، ولم يثبت .

وأصالة بقاء المال لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة ، بل ولا في تركته .

وعدم الوصية به أعم من اقتضاء الضمان ؛ إذ لعله تلف من غير تفريط .

[٢] أما الأول فقد يقال : إن الأصل الضمان ؛ لعموم « اليد »^(٢) .

وإنما خرج الأمين الذي يدعي التلف بغير تعد ولا تفريط ، أما مع عدم دعواه فتبقى قاعدة الضمان بحالها ، لا أقل من الشك في

شمول أدلة الأمين لمثل هذا الفرد ، والأصل الضمان ، والله العالم .



الفهرس التفصيلي لمواضيع الكتاب

.....	حقيقة القرض	٥
.....	ما يصح إقراضه	١٥
.....	أحكام القرض	٢٢
.....	زمان يملك القرض	٢٢
.....	اشتراط التأجيل في القرض	٢٨
.....	حكم من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة الخبر	٣٦
.....	حكم المضاربة بالدين قبل قبضه	٤١
.....	بيع الذمي ما لا يصح للمسلم تملكه	٤٣
.....	حكم ما إذا كان لاثنين مال في ذمة ثم تقاسما بما في الذمة	٤٦
.....	بيع الدين بأقل منه	٥٠
.....	حكم القرض لو شرط البيع محاباة أو إجارة أو غيرها من العقود	٥٢
.....	إذا اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها	٥٥
.....	لو قال المقرض للمقترض: إذا مت فأنت في حل	٥٦
.....	حكم الاقتراض إن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء	٥٧
.....	دين المملوك	٥٨
.....	اقتراض العبد بغير إذن سيده	٧٢
.....	حكم إذا اقتراض العبد وأخذ المولى ثم تلف في يده	٧٢

كتاب الرهن

٨١	تعريفه وحقيقته
٩٩	شروط الرهن
١٢٠	حق الرهن
١٣٣	حكم الراهن
١٣٤	حكم المرتهن
١٦٠	لواحق الرهن
١٦٠	ما يتعلق بالراهن
١٨١	ما يتعلق بالرهن
٢٠٩	ما يتنازع فيه في الرهن
٢٠٩	إذا رهن مشاعاً وتشاح الشريك والمرتهن في إمساكه
٢١٠	حكم انتقال حق الرهانة مع موت المرتهن
٢١٠	إذا فُزط في الرهن أو تعدى
٢١٢	لو اختلفا فيما على الرهن
٢١٤	لو اختلفا في متاع فقال أحدهما: هو وديعة وقال الممسك: هو رهن
٢١٥	حكم إذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع واختلفا في ذلك
٢١٩	إذا اتفقا على البيع واختلفا فيما يبيع به الرهن
٢٢١	إذا ادعى رهانة شيء فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره
٢٢٢	إذا كان له دينان أحدهما برهن والآخر بلا رهن فدفع إليه مالاً واختلفا
٢٢٧	لغة وشرعاً
٢٢٨	شروط الحجر على المفلس
٢٣٢	القول في منع التصرف
٢٤٣	القول في اختصاص الغريم بعين ماله
٢٧٠	القول في قسمة ماله
٢٨٥	ظهور الغريم بعد التقسيم
٢٨٩	لو فلس وكان عليه ديون حالة ومؤجلة بعد قصور ما عنده عن الحالة
٢٩٠	جناية العبد المفلس

الكلام في المعسر وحكمه ٢٩١

كتاب الحجر

موجباته	٢٩٩
أحكام الحجر	٣٧٤
ما يثبت به حجر المأس والسفيه	٣٧٤
إذا حجر عليه فبايعه إنسان	٣٧٧
إذا فكَّ حجره فعاد مبدراً	٣٨٠
ولاية المجنون والطفل والسفيه والمفلّس	٣٨٠
حكم السفيه إلى العبادات	٣٨٥
انعقاد اليمين للسفيه	٣٨٧
عفو السفيه	٣٨٧
اختيار الصبي قبل بلوغه	٣٨٨

كتاب الضمان

الكلام في الضمان	٣٩٦
البحث في الضامن	٣٩٧
حقّ المضمون	٤١٤
لواحق الضمان	٤٢٢
ضمان عهدة الثمن	٤٢٣
رجوع المشتري على الضامن إذا خرج المبيع جميعه	٤٢٥
لو ضمن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس	٤٢٥
حكم ما لو كان على رجلين مال وضمن كلّ واحد منهما ما على صاحبه	٤٢٧
حكم ما لو رضي المضمون له من الضامن ببيع المال أو أبرأه من بعضه	٤٢٩
حكم من ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن	٤٣٠
حكم لو ضمن بإذن المضمون عنه ثمّ دفع ما ضمن وأنكر المضمون له القبض	٤٣٢
ضمان المريض في مرضه	٤٣٣

٤٣٤	حكم ما لو كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً
٤٣٤	الكلام في الحوالة
٤٣٥	عقد الحوالة وشروطه
٤٤٨	أحكام الحوالة
٤٤٨	حكم ما لو قال: أحلتك عليه فقبض وقال المحيل: قصدت الوكالة
٤٥٢	حكم ما لو كان له دين على اثنين وكلّ منهما كفيل لصاحبه
٤٥٤	حكم ما لو أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد بالعيب السابق
٤٥٦	الكلام في الكفالة
٤٦٩	إحضار الغريم قبل الأجل
٤٧٠	حكم ما لو كان المكفول عنه غائباً والكفالة حالة
٤٧١	حكم ما إذا تكفل بتسليمه مطلقاً
٤٧٢	إذا اتفقا على الكفالة وقال الكفيل: لا حق لك عليه
٤٧٢	لو تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما
٤٧٣	إذا مات المكفول أو جاء المكفول وسلم نفسه
٤٧٦	حكم ما لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء
٤٧٦	كفالة المكاتب
٤٧٧	حكم ما لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه

كتاب الصلح

٥١٠	حكم إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة والمرفوعة
٥٢١	الحكم فيما إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره
٥٢٥	حكم ما لو تداعيا جداراً مطلقاً ولا بيتة
٥٢٨	تصرف الشريك في حائط لهما ببناء أو تسقيف
٥٣٦	تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت
٥٣٨	حكم ما لو خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار
	حكم ما لو كان لإنسان بيوت الخان السفلى وآخر بيوته العليا وتداعيا
٥٤٠	الدرجة
٥٤٢	حكم ما لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها

كتاب الشركة

٥٤٧	أقسام الشركة
٥٦٧	تقسيم مال الشركة
٥٧٥	لواحق مال الشركة
٥٧٥	حكم لو دفع انسان دابة وآخر راوية للسقاء على الاشتراك في الحاصل
٥٧٨	حكم ما لو حاش صيداً أو احتطب ناوياً أنهما له ولغيره
٥٨١	حكم ما لو كان بينهما مال بالسوية فأذن أحدهما لصاحبه بالتصرف
٥٨١	شراء أحد الشريكين متاعاً فادعى الآخر أنه لهما وأنكر
	بيع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض فادعى المشتري تسليم
٥٨١	التمن
٥٨٤	بيع كل واحد عبده صفقة بثمن واحد
٥٨٤	حكم ما لو وقعت الشركة ثم أجرا أنفسهما
٥٨٦	بيع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً
٥٩٠	مدة إجارة الاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد

كتاب المضاربة

٥٩٥	الحكم في العقد
٦١٠	الحكم في مال القراض
٦١٥	حكم ما لو قال: بع هذه السلعة فإذا نضّ ثمنها فهو قراض
٦١٥	حكم ما لو مات رب المال وبالمال متاع
٦١٦	الاختلاف في قدر رأس المال
٦١٦	خلط العامل مال القراض بماله
٦١٧	حكم الربح وتعيينه
٦٢٨	لواحق عقد المضاربة
٦٢٨	ضمان العامل الأمين فيما يتلفه
٦٣٠	شراء العامل من ينعق على ربّ المال
٦٣٣	حكم ما لو كان المال لامرأة فاشتري العامل زوجها

- ٦٣٥ شراء العامل أباه أو غير ممن ينعقد عليه
- ٦٣٦ حكم ما إذا فسخ المالك أو العامل أو هما
- ٦٣٩ قرض العامل غيره بإذن المالك
- ٦٤٢ حكم ما لو قال المالك: دفعت إليه مالاً قراضاً وأنكره العامل
- ٦٤٢ تلف مال القراض بعد دورانه في التجارة
- ٦٤٣ حكم ما لو قارض اثنان واحداً ثم شرطاً له النصف منهما
- ٦٤٤ حكم ما لو اشترى عبداً للقراض ثم تلف الثمن قبل القبض
- ٦٤٤ إذا نضّ قدر الربح فطلب أحدهما القسمة
- ٦٤٦ شراء ربّ المال من العامل شيئاً من مال القراض
- ٦٤٧ حكم ما لو دفع مالاً قراضاً ثم شرط عليه أخذ البضاعة
- حكم ما لو كان مال القراض مئة فخسر عشرة ثم أخذ المالك عشرة وعمل بها
- ٦٤٨ الساعي
- ٦٤٩ شراء المضارب جارية ليطأها
- ٦٥٠ حكم ما لو مات لو مات وكان في يده أموال مضاربة لمتعدّدين

