

الشيخ محمد حسن النجفي

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

دار إحياء التراث العربي

جواهر الكلام

« في شيخ شبرائع الإسلام »

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ حسين بن النجفي
المرقسي ١٢٤٦

الجزء الخامس والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حققه وعلق عليه

الشيخ علي الاخواندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

الطبعة السابعة



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿المقصد الخامس﴾

﴿في القرض﴾ بكسر القاف وفتحها وهو معروف أنبته الشارع متاعاً للمحتاجين مع ردّ عوضه في غير المجلس غالباً وإن كان من النقيدين رخصة ، وقد تظافرت النصوص ، بل تواترت بتأكيد في المؤمن ، حتى قال رسول الله ﷺ : ^(١) «من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه» ^(٢) «ومن أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء حسنات و إن رفق به في طلبه تعدى على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب ، ومن شكا إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عز وجل عليه الجنة يوم يجزى المحسنين» والصادق عليه السلام ^(٣) «لأن أقرض قرضاً أحب إلى من أن أنصدق بمثله ، و من أقرض قرضاً و ضرب له أجلاً ولم يوث به عند ذلك الاجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم» ^(٤) «والقرض الواحد بشمائية عشر و إن مات حسبتها من الزكاة» ^(٥) «وما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلاّ حسب له أجره كاجر الصدقة حتى يرجع إليه.

﴿و﴾ كيف كان فتمام ﴿النظر﴾ فيه يستدعي النظر ﴿في أمور ثلاثة الأولى﴾ في حقيقةه وهو عقد ﴿بلاخلاف أجده فيه ، نعم في المسالك لاشبهة في اشتراط الإيجاب والقبول

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل الباب ٦ - من ابواب الدين والقرض

فيه بالنسبة إلى تحقق الملك إن قلنا أنه يملك بهما وبالقبض ، فلو قلنا بتوقف الملك على التصرف وكان قبله بمنزلة الإباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد .

قلت: الظاهر من القائل بذلك كون التصرف كاشفاً عن الملك ، فلا بد من حصول السبب له قبله وإن كان مشروطاً تأثيره على جهة الكشف وليس إلا العقد والقبض ، كما أن الظاهر كونه من تمام السبب عنده بناء على عدم الكشف ، فالملك حينئذ حاصل منه ومن العقد والقبض فهو حينئذ غير الإباحة ، بل من الواضح تغايرهما في عرف المتشعبة موضوعاً وأحكاماً .

وكيف كان فالظاهر دخول المعاطاة فيه بناء على دخولها في غيره ، بل هو أولى من البيع وغيره بذلك ، والسيرة فيه أنهم . والفرق بينها وبين العقد بناء على عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد القبض واضح ، إذ من المعلوم عدم ذلك في المعاطات وإن قلنا بحصول الملك معها ، إلا أنه متزلزل كما في البيع فلذلك منهما الرجوع حينئذ إذا كان القرض بها ، وأما إذا قلنا بعدم الملك بالقبض بل لا بد من التصرف ، فلذلك الفرق بين العقد والمعاطاة حينئذ التزام كون التصرف في الأول كاشفاً أو متمماً ، بخلافه في المعاطاة التي يمكن كونه فيها حينئذ كالأباحة بالعوض .

نعم قد يشكك الفرق بين معاطاته وعقده بناء على جواز فسخه الموجب لرجوع العين ، وعلى أن المعاطاة تفيد الملك المتزلزل ، ولعله لا بأس بالتزام عدم الفرق بينهما حينئذ ، فإنه لا دليل يقتضي لزوم الفرق بين المعاطاة والعقد . هذا كله بناء على أن المعاطاة تقتضي الملك المتزلزل ، وإلا فالفرق بينهما حينئذ واضح ، بناء على حصول الملك بالقبض ، بل وعلى القول بالتصرف ، لما عرفت من الفرق بين التصرف المسبوق بالعقد والقبض ، وبين التصرف المسبوق بالمعاطاة ، ولو سلم تساويهما كما في بعض الاحتمالات أمكن الالتزام بما عرفت من عدم الفرق بينهما حينئذ ، لعدم ما يقتضي وجوبه ، والأمر سهل خصوصاً بعد ما استسمع من ضعف القول بكون القرض من العقود الجائزة الموجب فسخها لرد العين ، والقول بتوقف الملك فيه على التصرف ، والله أعلم .

وحيث قد عرفت أنه عقد فهو **﴿يشتمل على إيجاب كقوله أقرضتك أو ما يؤدي معناه﴾** وضماً وأما **﴿مثل تصرف فيه أو انتفع به ، وعليك ردّ عوضه﴾** ونحوهما ممّا يفيد معناه بالقرينة فالبحث فيه كما في غيره من العقود اللازمة ، بناء على كونه منها على الأصح ، لكن في المسالك تبعاً للدرّوس أن من المؤدّي معناه : خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو استلفتك ونحوه ، وعليك ردّ عوضه أو مثله أو نحو ذلك ، والحاصل أن صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزة ، بل كل لفظ دل عليه كفى ، إلا أن لفظ أقرضتك صريح في معناه ، فلا يحتاج إلى ضمنية : وعليك ردّ عوضه ونحوه وغيره يحتاج .

وفيه أو لا أنك ستعرف كونه من العقود اللازمة عنده ، حتى أنه أوّل قولهم بالجواز إلى ما استسمع ، وثانياً أنه قد يمنع دلالة ذلك على القرض بعد فرض مشروعية الإباحة بالعوض أو الهبة به ، فالواجب حينئذ والأحوط الاقتصار على المتيقن في لفظه . ثم إنه بناء على ما ذكره لو ترك الضميمة المزبورة فلم يقصد إلا مع معنى المنضم إليه ، فإن كان بلفظ التملك أفاد الهبة ، لأنه صريح فيها ، وإن كان بلفظ السلم ونحوه كان فاسداً لا يترتب عليه حكم عقد ، لأنه حقيقة في السلم ولم يجمع شرائطه ، وإن كان بغيره من تلك الألفاظ الدالة على الإباحة فهو هبة مع قصد الموجب لها لا بدونه كما سيأتي شاء الله .

فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لأنه أبصر به ، أمّا لو اختلفا في قصد الهبة مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة بتقديم قول صاحب المال ، لأنه أعرف بلفظه ولأصالة عصمة المال وعدم التبرع به ، ووجوب الردّ على الآخذ لعموم «على اليد»^(١) وفيه أن ظاهر اللفظ الدال على القصد يقطع ذلك كله كما في سائر العقود ، إذ الأصل إرادة الحقيقة ، والمجاز لا يسار إليه إلا بقرينة ، فلا يسمع دعواه مع عدمها في مقابلة الغير كما هو واضح .

﴿و﴾ يشتمل أيضاً **﴿على القبول﴾** والبحث فيه كالأيجاب لكن قال المصنف إنه **﴿هو**

اللفظ الدال على الرضا بالأيجاب ولا ينحصر في عبارة ﴿ بل في الدروس والأقرب الاكتفاء بالقبض ، لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف ، بل حكاة في المسالك عن قطع جماعة لكن قال : إنه كذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف و في الاكتفاء به في تمام الملك نظر . قلت : إنما الكلام في تمتة العقد به ، وأنه يكون كالقبول القولي ، ولا ريب في أن الأحوط عدم الاكتفاء بذلك ، بل هو الأقوى بناء على كون القرض من العقود اللازمة ، بل عليه لا ينبغي الاكتفاء بكل لفظ ولو مجازاً بعيداً ، ولتحقيق ذلك مقام آخر ، وكان تسامحهم في عقد القرض بناء على أنه من العقود الجائزة إلا أنك ستعرف ما فيه كما أنك عرفت عدم البأس بذلك كله في معاطاة القرض فتأمل جيداً والله أعلم . ﴿ وكيف كان فـ ﴿ في القرض أجر ﴾ عظيم ﴿ ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً ﴾ وكشف كربة المسلم حتى روى ^(١) « أن درهم الصدقة بعشر ، والقرض بشمائية عشر » ، وقول النبي ﷺ ^(٢) « ألف درهم أقرضها مرتين أحب إليّ من أن أتصدق بها مرة » ، لادلالة فيه على رجحان الصدقة عليه ، حتى يحتاج إلى الجمع بحمل مادل على رجحان الصدقة على الصدقة الخاصة كالصدقة على الأرحام والعلماء ونحوهم ، و مادل على رجحان القرض على غيرها من الصدقة العامة ، بل المراد بذلك الإشارة إلى ما استفيد من غيره من النصوص من كون وجه رجحان القرض على الصدقة ، أن القرض يعود فيقرض ، بخلاف الصدقة كما هو واضح ، إذ من المعلوم الترجيح بين طبيعتيهما ، وإلا فكل منهما قد يفتقرن بما يتضاعف ثوابه إلى مالا يحصيه إلا الله ، ودعوى أن القرض على كل حال لا يزيد على الثمانية عشر واضحة البطلان .

والحاصل أن المراد من الخبر المزبور بيان كون قرض الشيء أفضل من الصدقة به ، كما رواه القمط ^(٣) وغيره قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لأن أقرض قرضاً أحب إليّ من أن أتصدق بمثله ، ولعله إلى ذلك أشار الشيخ وغيره بما رويته مراسلاً

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٩٠

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الدين والقرض الحديث ٥ -

(٣) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الدين والقرض الحديث ١ -

القرض أفضل من الصدقة بمثله في الثواب ، والأفلم نجد هذا اللفظ في شيء من نصوصنا ، لكن ظاهر الشهيدين وجودها بهذا اللفظ ، ولذا احتملا فيها احتمالين : أحدهما ما يراد من الخبر المزبور فلا يكون فيه دلالة على مقدار الثواب ، وثانيهما تعليق بمثله بأفضل لا بالصدقة فيكون المعنى أن القدر المقترض أفضل من المتصدق به ، بمقدار مثله في الثواب ، والصدقة لما كان المعروف من ثوابها والمشارك بين جميع أفرادها عشرة ، فدرهم القرض حينئذ بعشرين ، إلا أنه لما كان يعود بخلاف درهم الصدقة حصل له ثمانية عشر ، إذ الصدقة إنما صار درهمها بعشرة باعتبار عدم عوده ، فالذي استفادته حقيقة تسعة ، فهي مع مثلها ثمانية عشر ، تحصل لدرهم القرض الذي عاد لصاحبه ، وهذا وإن كان ألطف من الأول وأوفق بمناسبة خبر الثمانية عشر ، ومشتمل على سر لطيف ، وبلاغة في الكلام ، مناسبة للمعروف من كلامهم عليه السلام ، إلا أن الذي ذكرناه أولاً أظهر خصوصاً مع معلومية عدم كون عادتهم مراعاة نحو ذلك في كلامهم الصادر لبيان الأحكام التي يتساوى فيها الخاص والعام .

و أما قوله في الثواب ، فهو على الوجهين متعلق بأفضل ، لبيان الواقع كقوله يقتلون النبيين بغير حق ، ويطيرون بجناحيه ، أو لغير ذلك كما أنه قد يحتمل تعلقه بغير أفضل على الأول ، والأمر في ذلك كله سهل ، ثم إن الظاهر من قول المصنف « تطوعاً » الإشارة إلى اعتبار النية في حصول الثواب كغيره من الأعمال وهو كذلك إذ احتمال حصوله مطلقاً ضعيف ﴿ و ﴾ على كل حال فشرط القرض ﴿ والاقتصار على ﴾ ذكر ﴿ رد العوض ف ﴾ فقط على معنى أنه ﴿ لو شرط النفع حرم ﴾ الشرط بلا خلاف فيه ، بل الإجماع منابقسميه عليه ، بل ربما قيل : إنه إجماع المسلمين ، لأنه ربما قال علي بن جعفر في المروي عن قرب الأسناد ^(١) سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر فقال : هذا الربا المحض ، وقال خالد بن الحجاج ^(٢) : سألت عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين والقرض الحديث - ١٨ - .

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

ففضاها مائة وزناً قال : لا بأس مالم يشترط قال : وقال : جاء الربا من قبل الشروط ، إنما يفسده الشروط ، ومنه يعلم أن المراد بالباأس في مفهوم غيره المنع ، كموثق اسحاق بن عمار^(١) « قلت لأبي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً ، فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعة ، فينيله الرجل كراهة أن يأخذ ماله ، حيث لا يصيب منه منفعة ، يحل ذلك له؟ قال : لا بأس إذا لم يكونا شرطاء ، وحسن الحلبي^(٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً وزناً ، وقد عرف أنها أثقل مما أخذ ، وتطيب نفسه أن يجعل له فضلها ، فقال : لا بأس إذا لم يكن فيه شرط ، ولو وهبها كملاً كان أصلح ، وصحيحه الآخر^(٣) عنه أيضاً « إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط ، بل منه يعلم فساد القرض بهذا الشرط لا الشرط خاصة ، فيكون الشرط في صحة القرض عدم هذا الشرط كما هو ظاهر صحيح محمد بن قيس^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام « من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزي بأجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه ، ضرورة ظهور النهي فيه في الشرطية كما في نظائره ، مضافاً إلى النبوي^(٥) « كل قرض يجزئ منفعة فهو حرام ، المراد منه بقرينة غيره صورة الشرط المنعبر بكلام الأصحاب ، بل قيل : إنه اجماع بل في المختلف الاجماع على أنه إذا أقرضه وشرط عليه أن يرد خيراً مما اقترض كان حراماً ، وبطل القرض ، فحرمة القرض منه حينئذ ظاهرة في فساد « و » انه « لم يفد الملك » فيحرم على المستقرض التصرف فيه وهو مضمون عليه لكونه مقبوضاً على ذلك ولأن ما يضمن

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الدين والقرض الحديث ١٣ .

(٢) « ١٢ من ابواب الصرف الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢٠ - من ابواب الدين والقرض الحديث ١ - .

(٤) الوسائل الباب ١٩ - من ابواب الدين والقرض الحديث ١١ .

(٥) المستدرک ج ٢ ص ٢٩٢ جامع الصغير ج ٢ ص ٩٤ طبع احمد حنفي لكن فيهما « فهو ربا » .

بصحيحه يضمن بفاسده، فما عن أبي حمزة من أنه أمانة ضعيف، وأضعف منه توقف المحدث البحراني في ذلك مدعياً أنه ليس في شيء من نصوصنا ما يدل على فساد العقد بذلك، بل أقصاها النسخة عن اشتراط الزيادة، والخبر النبوي^(١) 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 ادعى شيخنا في المسالك الأجماع عليه ومما قدمنا يظهر لك مافيه، كما أنه يظهر الوجه فيما دل من النصوص على أن خير القرض ما جر نفعاً كخبر محمد بن مسلم^(٢) وغيره وقال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إما خادماً وإما آية وإما ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعة فيستأذنه فيه فيأذن له فقال: إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت: إن من عندنا يروون: كل قرض يجر منفعة فهو فاسد، قال: أوليس خير القرض ما جر منفعة؟ ومرسل مسلم^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام «خير القرض ما جر منفعة» وخبر علي بن محمد^(٤) وقال: كتبت إليه القرض يجر المنفعة، هل يجوز أم لا فكتب عليه السلام يجوز ذلك عن تراخ منهما انشاء الله، إذ من الواضح إرادة صورة عدم الشرط التي صرح المصنف وغيره بها بقوله نعم لو نبرع المقترض بزيادة في العين أو الصفة جاز بل لا أجد فيها خلافاً بيننا للنصوص المتقدمة، مضافاً إلى خبر إسحاق بن عمار^(٥) عن أبي الحسن عليه السلام وسألته عن الرجل يكون له مع الرجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال: لا بأس، وخبر الربيع^(٦) قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فرد عليه أجود منها بطيب نفسه، وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها، قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض وقول النبي صلى الله عليه وآله^(٧) لما اقترض بكر أفرد باز لا رباعياً وإن خير الناس أحسنهم قضاءً وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج^(٨) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض

(١) المستدرک ج ٢ ص ٣٩٢ عن الدعائم، جامع الصغير ج ٢ ص ٩٣ طبع أحمد حنفي.

(٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب ١٩ - من أبواب الدين والقرض الحديث ٤ - ٦.

(٦) (٧) (٨) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الصرف ج ٣ - ٧.

(٩) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥١ وج ٦ ص ٢١.

من الرجل الدارهم فيرد عليه المثقال أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم . فقال :
 إذا لم يكن شرط فلا بأس ، وذلك هو الفضل كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم المفسولة
 فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول يا بني ردّها على الذي استقرضتها منه فأقول : ان
 دراهمه كانت مفسولة وهذه خير منها فيقول يا بني هذا هو الفضل فاعطه إياها ، وكأنه
عليه السلام أشار إلى قوله تعالى ^(١) « ولا تنسوا الفضل بينكم » فتكون هي حينئذ دليلاً آخر
 على المطلوب ، بل وموثق أبي بصير ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام « قلت له : الرجل يأتميه النبط
 بأحمالهم فيبيعهما بالأجر فيقولون له : أقرضنا دنائير فانا نجد من يبيع لنا غيرك ، ولكننا
 نخشك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا قال لا بأس به إنما يأخذ دنائير مثل دنائيره ، وليس
 بثوب إن لبس كسر تمنه ، ولا دابة إن ركبها كسر ها وإنما هو معروف يصنعه اليهم ،
 ومرسل جميل ^(٣) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أصلحك الله إنا نخالط نفرأ من أهل السواد
 فنقرضهم القرض و يصرفون إلينا غلاتهم فنبيعهما 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 ، وإن كان قد يقال : إن مثله جائز حتى مع الشرط ، كما أوما إليه التعليل
 المزبور ، لعدم كونه منفعة محضة ، بل هو في مقابلة عمل كشرط البيع بالقيمة في القرض
 ومثله بقوى جوازه للأصل وإطلاق بعض النصوص مع الشك في شمول أدلة المنع له .
 وعلى كل حال فالنفع وإن كان محضاً جائز أخذه مع عدم الشرط . نعم قد يقال :
 بأولوية تركه للمقروض إذا كان من بيته ذلك ، لموثق اسحاق بن عمار ^(٤) « سألت العبد
 الصالح 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 ، قال لبس الثوب ،
 وانتفع بالمتاع ، واستخدم الخادم ، قال : هو له حلال إذا أحله ، وما أحب له أن يفعل ،
 وصحيح يعقوب بن شعيب ^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن الرجل يسلم في بيع
 أو عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنائير أو عشرين ديناراً ، قال : لا يصلح

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٧ .

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

إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح ، وسألته عن الرجل يأني حريقه وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ، ولو لا أن يخاطبه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه ، فقال : إن كان معروفاً بينهما فلا بأس ، وإن كان أتما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح ، 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 .

بل الظاهر عدم الكراهة فيما نحن فيه ، إذا لم يكن للقرض مدخلية في النفع بل كان من مقارناته كما يشير إليه خبر هذيل ^(١) قلت : لأبي عبد الله عليه السلام إني دفعت إلى أخى جعفر مالا فهو يعطيني ما أنفقه وأحج به وأنصدق ، وقد سألت من عندنا فذكروا أن ذلك فاسد ، وأنا أحب أن أنتهي إلى قولك ، فقال : أكان يصلحك قبل أن تدفع إليه مالك ، قلت : نعم . قال : خذما يعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق فإذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد أفتاني بهذا بل قد يقال : بعدم الكراهة أصلاً ، إذا لم يكن من نيتهم ذلك ، بل إذا لم يكن من نية المقرض خاصة .

ومن هنا خصها في الدروس بما إذا كان ذلك من نيتهم ، ولم يذكرهم لفظاً ، فحينئذ لا تنافي بين هذه النصوص ، وبين النصوص السابقة الدالة على أن خير القرض ما جرّ نفعاً ، الظاهرة في عدم الكراهة بعد حملها على ما إذا لم يكن من نيتهم كما أنه لا تنافي بين ما دل على رجحان دفع الزيادة تحصيلاً لحسن القضاء ، وبين ما دل على كراهة قبول المقرض لها ، إذا كان من نيته ذلك ، وأنه أتما أقرضه له ، ونفي البأس في خبر أبي الربيع ^(٢) غير مناف لها بعد إرادة الجواز منه .

بل قد يقال باستحباب احتساب الهدية من الدين ، وإن لم يكن من نية المقرض ، لخبر غياث بن إبراهيم ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أن رجلاً أتى علياً عليه السلام

(١) (٣) الوسائل الباب - ١٩ من أبواب الدين الحديث - ٢ - ١ .

(٢) (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف الحديث - ٣ - .

فقال له : ان لي على رجل ديناً فاهدي الي هدية ، قال : احسبه من دينك عليه ، هذا !

والذي دعانا الى 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 يحتمل تفاوتها شدة وضعفاً ، وعلى كل حال فالأمر في ذلك كله سهل بعد معلومية التسامح في السنن ، وبعد ما عرفت من أن الممنوع اشتراط المنفعة صريحاً ، او اضماراً قد بنى العقد عليه ، من غير فرق بين كون المنفعة عيناً أو وصفاً .

ومنه يعلم الحكم فيما لو شرط الدراهم الصحاح كالطازجية عوض المكسرة كالغلة لكن قيل : والقائل الشيخ وأبو الصلاح وابن البراج وحمة يجوز فيه لصحيح يعقوب بن شعيب ^(١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة وياخذ منها الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه ، قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه السلام ، الذي لا ظهور فيه بصورة الشرط ، بل قيل : انه ظاهر في عدمها ولو سلم فبينه وبين غيره مما أطلق فيه المنع تعارض العموم من وجه ، ومن الواضح رجحانه عليه من وجوه .

كل ذلك مضافاً الى خصوص بعض النصوص السابقة كصحيح محمد بن قيس ^(٢) وغيره فلا ريب حينئذ في أن الوجه بل الأصح المنع فيه ، وفي المحكي عن أبي الصلاح خاصة من جواز قرض المصوغ من الذهب مع الإعطاء عيناً ، ومن الفضة درة والنقد المخصوص من خالص الذهب والفضة بشرط إعطاء العتيق من نقد غيره ، اذا كان مراده الجواز مع فرض كون المشروط نفعاً للمقرض ، اذ لا دليل عليه معتد به ، فضلاً عن أن يصلح معارضاً .

وخبر عبد الملك بن عتبة ^(٣) عن عبد صالح دقلت له : الرجل يأثني يستقرض

(١) (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب الصرف الحديث ٥ - ٩ .

(٢) (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من ابواب الدين الحديث - ١١

منى الدّراهم فأوطن نفسي على أن أوخره بها شهراً للذي يتجاوز به عني ، فإنه يأخذ مني فضة تبر على أن يعطيني مضروبة وزناً بوزن سواء ، هل يستقيم هذا إلا أني لا أسمى له تأخيراً أنما أشهد لها عليه فرضي قال : لا أحبه ، لا دلالة فيه على ذلك بل لعله لم يشترط عليه المضروبة .

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت ، ومنه يعلم غرابة ما عن الأردبيلي من الميل الى عدم البأس في اشتراط الزيادة الحكمية مطلقاً حاكياً له عن الجماعة المزبورة ، للاصل واطلاق الأدلة ، خصوصاً نصوص^(١) خير القرض ما جر نفماً ، بعد عدم الإجماع وعدم ظهور تناول دليل الرّباله ، بل دلالة أكثر أخبار المنع أنما هي بمفهوم البأس الذي هو اعم من الحرمة .

وفيه ما عرفت من ظهور الأدلة منطوقاً كصحیح محمد بن قيس^(٢) وغيره ، ومفهوماً ولو بقريئة غيره في المنع من اشتراط النفع عيناً أو منفعة كما هو واضح . نعم قد يستثنى من ذلك اشتراط التسليم في بلد آخر ، وإن كان فيه نفع لخبر الكناشي^(٣) عن الصادق عليه السلام في الرجل يبعث بمال إلى أرض فقال للذي يريد أن يبعث له : أقرضني وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض ؟ قال : لا بأس بهذا .

وأوضح منه خبر يعقوب بن شعيب^(٤) قلت : لأبي عبد الله عليه السلام يسلف الرجل الرجل الورق على أن ينقده إياه بالأرض أخرى ، ويشترط عليه ذلك ؟ قال : لا بأس ، واسماعيل بن جابر^(٥) قلت : لأبي جعفر أدفع إلى الرجل الدّراهم فأشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سوداً بوزنها واشترط ذلك عليه قال لا بأس ، 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 أولاً ، لكن في جامع المقاصد احتمال الفساد مع كون المصلحة للمقرض ، لجر النفع ناسباً له إلى تصريح الشهيد به في بعض فوائده ، ثم ردّه بأن الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو صفة ، وليس هذا واحداً منهما ،

(١) و (٢) الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٥ - ٦ .

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب ١٤ - من أبواب الصرف الحديث ٢ - ١ - ٥ .

ومثله الحل في السرائر .

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

وفيه - بعد إرادة الضرر من عدم المصلحة الذي لا يوجب على المقرض الدفع ، ولا على المقرض القبول - أنه منافع لعموم مادل على أن المؤمنين عند شروطهم^(١) 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 المشترط لم يجب القبول وإن كان الصلاح للقبض ، ولو طالبه في غيرهما لم يجب الدفع وإن كان الصلاح للدفع . نعم لو تراضيا جاز ، ولتمام تحقيق ذلك مقام آخر ، وقد سبق منابض الكلام فيه ، وسمع في اشتراط الأجل بعضه أيضاً ، وعلى كل حال فليس من جرّ النفع اشتراط المقرض رهنا على ما أفرضه ، أو كفيلاً أو شاهداً ونحو ذلك مما لا يندرج في إطلاق المنع السابق ، فيبقى مادل على الجواز من عموم أدلة الشرط وغيره بلامعارض ، بل في القواعد وجامع المقاصد : أن الأقرب جواز اشتراط ذلك على دين آخر ، محتجاً عليه في الأخير بأن ذلك ليس زيادة في مال القرض ، وإنما هو شرط خارج عنه ، وإن كان زيادة بحسب الواقع ، فإن المنهى عنه هو الزيادة في مال القرض .

وإن كان قد يناقش فيه بأن المستفاد من النصوص السابقة فضلاً عن الخبر العامي الذي تلقاه الأصحاب هنا بالقبول^(٢) وهو كل قرض جر نفعاً فهو حرام ، المنع عن كل

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٢ -

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٣٩٢ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥٣

نفع للمقرض ، كركوب دابة أو عارية متاع أو انتفاع برهن أو نحو ذلك ، كصحيح محمد بن قيس^(١) وغيره ، وإن لم يكن زيادة في نفس المال المقرض ، ومن هنا استجود المنع في الدروس .

ومنه يظهر وجه المنع في القرض بشرط البيع مثلاً معاباة ، لوضوح جر النفع ، خلافاً لهما فلم يفرقا بينه وبين البيع بضمن المثل ، وهو كما ترى ، ضرورة عدم صدق جر النفع في الثاني دون الأول ، وإن اتفق احتياجه إليه كوضوح الفرق بين القرض وبين البيع معاباة بشرط القرض ، إذ لا يصدق على القرض أنه اشترط فيه ما يجبر منفعة ، وإن كانت المنفعة هي السبب في وقوعه ، إلا أنه لا يخلو من كراهة ، لصحيح يعقوب بن شعيب^(٢) المتقدم آنفاً في قرض صاحب السلم ، مع أنه لا دلالة فيه على اشتراط ذلك في عقد السلم ولا على التحابي فيه فلاحظ وتأمل .

ولو كان الشرط نفعاً للمستقرض دون المقرض كما إذا اشترط إعطاء الغلة عوض الصئاح ، أو اشترط عليه أن يقرضه شيئاً آخر ونحو ذلك جاز بلا خلاف ولا إشكال ، نعم احتمل في الدروس المنع في الثاني مع فرض النفع له ، كما إذا كان الزمان زمان نهب أو غرق ، وفيه أن مثله غير قاذح لأقل من الشك في اندراج مثله تحت أدلة المنع والله أعلم ، هذا .

وليعلم أنه إن كانت الزيادة التي ردّها المقرض من غير شرط حكمية كالجيد بدل الردي والكبير بدل الصغير كما صنعه النبي ﷺ ملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه ، وكان بأجمعه استيفاء ، وإن كانت عينية كما لو دفع اثني عشر ، من عليه عشرة ، ففي كون المجموع وفاء كالحكمي بناء على أنه معاوضة عما 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 ، إلتفاتاً إلى أن الثابت في الذمة إنما هو مقدار الحق ، فالزائد تبرع خالص ، وإحسان محض ، وعطية منفردة . احتمالان ، قد

اعترف في المسالك بأنه لم يقف فيه على شيء ، لكن قال : لعل الثاني أوجه خصوصاً مع حصول الشك في انتقال الملك ، قلت : لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها ، كما أنه يشكل جعله من المعاوضة عملاً في الذمة ، بناء على عموم الرّبا ، فلا ريب في أن الأحوط في الربوي تعيين الوفاء ، ثم هبة الزائد والأمر سهل .

إنما الكلام في وجوب القبول على المقترض ، صرح في التذكرة بذلك مع كون الزيادة حكمية ، وتبعه الأردبيلي فيما حكى عنه ، لأصالة براءة ذمة المقترض ، ولأنه يندرج تحت مثل المال وإن تضمن زيادة ولظهور النصوص في كون ذلك وفاء وإن كان هو أحسن أفراد .

وقد يناقش بأنه ليس في النصوص إلا عدم البأس بالأخذ ، وهو أعم من الوجوب الذي هو حكم شرعي يحتاج إلى دليل واضح ، على أنه قد عرفت كراهة أخذ المقترض الزيادة وإن كانت وصفية ، فكيف يجامع الوجوب .

و منه يعلم وضوح عدم وجوب القبول في الزيادة العينية التي لا تخلو من المنة التي من المعلوم عدم وجوب قبولها ، بل ربما تتحقق في الزيادة الوصفية ، لكن الإصاف عدم خلو القول بالوجوب في الزيادة الوصفية التي لا تخرج المدفوع عن الجنس من قوة ، نحو ما سمعته في السلم ، ولظهور النصوص^(١) في أن ذلك أحسن أنواع الوفاء ، أما العينية فالمتجه عدم وجوب قبولها والله أعلم .

﴿ الثاني ﴾ مما يقع النظر فيه ﴿ ما يصح إقراضه وهو ﴾ عند المصنف ﴿ كل ما يضبط وصفه ﴾ الذي تختلف القيمة باختلافه ﴿ وقدره ﴾ إن كان من شأنه التقدير ، ولو لتوقف الضبط عليه ، ولا ريب في طرده ، بمعنى صحة قرض مضبوط الوصف والقدر بل لا خلاف فيه لاطلاق الأدلة ، إنما الكلام في عكسه وهو أن كلما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يجوز فرضه ، إذ يمكن منعه لاطلاق المزبور خصوصاً على المختار من أن الثابت في قرض القيمي قيمته التي لا مدخلية في ثبوتها في الذمة ، لضبط الوصف الذي يراد منه دفع المثل وفاء .

كما أنه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقاً على القرض في صحته ، على وجه لا يجدي اعتباره بعد القرض والقبض ، لعدم الدليل الصالح لتقييد الإطلاق المعتضد بإطلاق جملة من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كبني زهرة وحزة وإدريس وغيرهم ، والتعليل بأن ذلك مقدّمة الموفاء لا يقضى بالإشتراط المزبور ، بل قد يقال : بعدم فساد القرض بالإخلال به أصلاً ، إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته في الذمة ، فإن علماً ببيئته ونحوها وجب تأديتهما ، وإلارجع إلى الصلح .

وكذلك الكلام في القدر ، خصوصاً مع إرادة المعتاد منه ، كما صرح به بعضهم و يقتضيه ظاهر الإطلاق ، فلا يجدي المكيال المجهول والصنجة المجهولة ، و خصوصاً مع إرادة اعتبار ذلك حتى فيما يكفي في بيعه المشاهدة ، كالتبن والحطب ونحوهما ، لتوقف إثبات عوضه في الذمة على الاعتبار المزبور ، فهو كالسليم فيه .

ولذا قال في المسالك : الضابط في قرض المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد ، إلى أن قال : وحينئذ فلو أقرض المقتدر غير معتبر لم يفد الملك ، ولم يجز التصرف فيه ، وإن اعتبره بعد ذلك ، ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ، وتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره وقال في التذكرة «تارة يجب في المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه ، 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 ، وقال في التحرير «لا يجوز اقراض المكيال والموزون جزافاً ، وكذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجة معينة غير معروفين عند العامة ، ولو كانت الدراهم مما يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ، و يردّ عدداً وإن استقرض وزناً رُدّ وزناً ، وكذا كل معدود يجب معرفة عدده وقت الاقراض » وقال في الأرشاد « وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصح إقراضه ، فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله ، وإلا القيمة وقت التسليم » وفي الدروس «إنما يصح القرض مع الملك أو إجازة المالك ، وعلم العين بالمشاهدة فيما يكفي فيه ، وبالإعتبار كيلاً و 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 اتفاقهم على جواز إقراض الخبز عملاً بالعرف العام ، ولا يجوز السلم فيه،
والمنع للمبسوط، والجواز للسرائر، 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
في الخبز، لأن السلف لا يجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفة ، والخبز لا يضبط بالصفة .
وقال شيخنا في مبسوطه «يجوز استقراض الخبز إنشاء وزناً وإنشاء عدداً ، لأن أحداً
من المسلمين لم ينكره ، ومن أنكره من الفقهاء خالف الأجماع ، وظاهره خروج ذلك
عما ذكره من الضابط ، كما أن ظاهر السرائر جواز قرض كل ما لا يضبطه الوصف ،
لا خصوص الخبز .

و على كل حال فالشرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مستنده إجماعاً
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 كان محلاً للنظر والتأمل ، سيما بعد أن كان القرض قسماً من الضمانات ، وإن
توقف على التراضي ، وهي لا فرق فيها بين المجهول والمعلوم .

ومن هنا صح قرض القيمي بقيمته وإن لم تعرف القيمة حال القرض على الأقوى
بل في المسالك نسبته إلى إطلاق كلام الأصحاب قال : «وهل يعتبر في صحة القرض
العلم بقيمته عنده لينضبط حالة المقد ، فإن ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن
أم يكفي في جواز إقراضه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه ، ويبقى اعتبار
القيمة بمد ذلك أمراً وراء الصحة ، يجب على المقترض مراعاته لبراءة ذمته ، حتى
لو اختلفا في القيمة فالقول قوله - وجهان ، وإطلاق كلام الأصحاب يدل على الثاني ،
وللاول وجه وربما كان به قائل .

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

أيضاً ، إذ هو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة ، فوجب الضبط لمعرفة العوض ، فبناء على ضمانه بالمثل مطلقاً حتى أن ما لا مثل له لا يصح فرضه - وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتى يكون الثابت في الذمة عوضه ، ويتمكن المقرض من وفائه و بناء على ضمان النيمي منه بالقيمة مطلقاً ، أو في خصوص ما لا يضبطه الوصف منه كالجواهر ، وجب ضبط أوصافه لمعرفة القيمة الثابتة في الذمة - عوضاً عنه ، والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يجوز اقتراض الذهب والفضة ﴾ و غيرهما مما يضبطه الوزن ﴿ وزناً ﴾ بعد ضبط الصفات ﴿ والحنطة والشعير ﴾ و نحوهما مما يضبطه الكيل نظراً إلى المتعارف ﴿ كيلاً و وزناً ﴾ أما ﴿ الخبز ﴾ فيجوز ﴿ وزناً ﴾ بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه لكن بعد ضبط الوصف ﴿ و ﴾ كذا يجوز ﴿ عدداً ﴾ عندنا ﴿ نظراً إلى المتعارف ﴾ بل الظاهر إمكان تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن المحكي .

مضافاً إلى خبر الصباح بن سبيبة ^(١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال : إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر منه ؟ فقال عليه السلام : نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيه الصغير و الكبير لا بأس ، و خبر اسحاق بن عمار ^(٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : استقرض الرغيف من الجيران و تأخذ الكبير و تعطى صغيراً أو تأخذ صغيراً و تعطى كبيراً ؟ قال : لا بأس ، و خبر غياث ^(٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام لا بأس باستقرض الخبز ، بل الخبران الأولان صريحان في الجواز مع التفاوت ، فوجب حمل التفاوت في عبارة الدروس السابقة على غير السير الذي يتسامح فيه ، كما أنه يجب حمل ذلك على التفاوت من حيث الصغير و الكبير ، أمّا الأوصاف فيجب المحافظة عليها ما لم يعلم التسامح فيها .

وعلى كل حال فما عن أبي حنيفة من عدم جواز قرض الخبز ، واضح الضعف كضعف ما عن أبي يوسف من وجوب الرد وزناً لا عدداً وأحد قولي الشافعي من وجوب رد القيمة إلا إذا شرط المثل في وجهه .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿كل﴾ منلى وهو عند المصنف وجماعة ﴿ما تتساوى أجزاؤه﴾ في القيمة والمنفعة و تتقارب صفاته ، بمعنى أن قيمة نصفه تساوى قيمة النصف الآخر ويقوم مقامهما في المنفعة وتقاربها في الوصف ، وهكذا كل جزء بالنسبة إلى نظيره لا مطلقاً ﴿يجوز قرضه﴾ بلا خلاف بل النصوص والأجماع بقسميه عليه ﴿و﴾ على 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 التعمد ، أو المطالبة ، أو الدفع ، أوجه ، أقواها الأخير إن اللذان اختار تأنيهما في المختلف بعد أن حكى أولهما عن السرائر إذ سبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء لا يوجب الانتقال إلى القيمة ، إذ لا منافاة بين ضمان المثل وقت القرض ، طرداً للقاعدة الأجماعية ، و الانتقال إلى القيمة عند المطالبة ، أو الدفع ، كما أن التعذر بمجرد لا يوجب الانتقال إلى القيمة ، لعدم وجوب الدفع حينئذ ، فتشخص ضمان المثلى الذي هو حكم وضعي لا ينافيه التعذر إلى أن يجب دفعه بالمطالبة ، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمته ، ومنه يعلم قوة أول الأخيرين .

لكن قد يقال : إن المطالبة لا تشخص القيمة في ذلك الوقت على كل حال ، بل أقصاها وجوب دفع القيمة ، وإن انفق كونها وقتها مقداراً مخصوصاً ثم تغير إلى زيادة أو نقصان ، فالبديل عن المثل حينئذ لا يتشخص إلا بالدفع ، إذ هو كالمعاملة عليه بها .

ومن هنا يمكن دعوى عدم وجوب قبولها مع عدم الطلب ، لأن المضمون إنما هو المثل كما يؤمى إليه ما تقدم في السلف ، فينتظر حينئذ حتى يحصل ، ومنه ينقذح احتمال عدم وجوب الدفع مع المطالبة أيضاً ، لأنه غير الحق وظهور ضعفه بوجوب قوة احتمال وجوب القبول مع الدفع ، لانقلاب الدين إلى القيمة بالتعذر ، سيما مع

شدة حاجة الناس إلى براءة الذمة .

لكن قد يدعى ظهور كلمات الأصحاب في وجوب الدفع مع المطالبة ، و عدم وجوب القبول مع عدمها وإن دفع ، وهو لا يخلو من وجه ، بل قوة وإن لم يكن ذلك محرزاً في كلامهم ، كما أنه لم يحرز فيه جواز قرض المثلّي مشروطاً عوضه القيمة ، كما سمعته عن الشافعي في الخبز ، وكذا قرض القيمي مشروطاً مثله الصوري بناء على ضمانه بالقيمة مع الإطلاق ، وعلى العكس العكس ، ولعل إطلاق أدلة القرض و عموم^(١) المؤمنين عند شروطهم ، يقضي بجوازه ما لم يندرج تحت جرّ النفع ، كما إذا اشترط الزيادة في قيمته .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ماليس كذلك﴾ بل كانت أجزاء مختلفة في القيمة والمنفعة ، يجوز قرضه عندنا ، إذا كان مما يضبطه الوصف ، بل لا خلاف أجده فيه لإطلاق الأدلة ، ولخصوص فعل النبي ﷺ^(٢) المتعمم بعدم القول بالفصل ، والمشهور نقلاً و تحصيلاً أنه ﴿يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم﴾ الذي هو أول أوقات ملك المقترض ، وهو المراد من تغيير بعضهم وقت القرض ، لغلبة اتصاله به ، بل الغالب وقوع القبول به أو مقارناً له ، ولا اعتبار هنا بوقت المطالبة أو الأداء قطعاً كما هو واضح .

والوجه في ثبوت القيمة أن القرض قسم من الضمانات وإن توقف على التراضي ولا ريب في أن ضمان القيمي بالتلف وغيره بالقيمة لا المثل ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه هناك وإن كان يظهر من الشهيد في الدروس أن ميل المصنف هنا إلى أن الضمان بالمثل جار فيها أيضاً ، لكن هو وغيره صرح في باب الفصب بأن ضمان القيمي بالقيمة فلا حظ وتدبر ، ولعلها لأنها البديل عن العين عرفاً في الغرامات ، باعتبار عدم تساوي جزئيات العين المضمونة ، واختلاف صفاتها ، فالقيمة حينئذ أعدل خصوصاً في مثل الحيوان الذي لم يعرف الباطن منه ، ولا كثير من صفاته .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٢

(٢) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥١ .

لكن قال المصنف هنا ﴿ ولوقيل يثبت مثله ﴾ في الذمة ﴿ أيضاً ﴾ كالمثلى ﴿ كان حسناً ﴾ لأنه أقرب إلى الحقيقة من القيمة ، ولما روي عن النبي ﷺ ^(١) أنه أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى ^(٢) وحكم بضمان عايشة إناء حفصة وطعامها بمثلها ^(٣) ، وأنه استقرض بكرا ورد بازلاً تارة ، وأخرى استقرض بكرا فأمر برد مثله .

وفي الدروس والمسالك نسبة المصنف إلى الميل إليه ، بل في الثاني أنه لعلمه أفتى به إلا أنه لا يعلم به قائل من أصحابنا ، كما يشعر به قوله ، ولوقيل ، كما أنه في الأول وتظهر الفائدة فيما إذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم ، فعلى الثاني يجب القبول ، وعلى المشهور لا يجب ، وفيما إذا تغيرت أسعار القيمة فعلى المشهور المعتبر قيمته يوم القبض ، وعلى الآخر يوم دفع العوض ، وهو ظاهر الخلاف .

قلت : و منه يعلم موافقته للمصنف ، كما أن ظاهر التذكرة ذلك أيضاً وإن كان لم يطلق كاطلاق المصنف ، قال : **وما للقرض إن كان مثلياً** وجب رد مثله اجماعاً وإن لم يكن مثلياً فإن كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان أو الثياب فالأقرب أنه يضمن بمثله من حيث الصورة ، لأن النبي ﷺ استقرض بكراً إلى آخر ما سمعت ، وهو قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم إنه يعتبر في القرض بقيمته ، لأنه لا مثل له فإذا استقرضه ضمنه بقيمته كالأتلاف . إلى أن قال بعد أن فرق بين القرض والأتلاف : **وأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر والفسى وما لا يجوز السلف فيه** ثبت قيمته ، وهو أحد قولي الشافعية .

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

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

و دعوى الاقربية الى العين المضمونة - بعد عدم معرفة كثير من الصفات و لذا أطلق عليه الفاضل مثل الصوري - في حيز المنع ، و فرض وجود مثل له من كل وجه تتفاوت القيمة به لا تبني على مثله الاحكام الشرعية ، مع أنه قد يقال على تقدير وجوده بعدم وجوبه ، لأن المعاوضة قد وقعت بالقيمة ، وليس هو مخاطباً برد العين حتى يتجرى الأقرب إليها ، كما في تلف المنصوب ، مع أنك قد عرفت تسليم الخصم فيه الضمان بالقيمة فتأمل .

والخبران الأولان - مع أنهما عاميان ، ووردان في الضمان الذي لا يقول به الخصم ، ومعارضان بما ورد من تضمين معتق الشقص للقيمة ، و أنهما حكاية فعل لا عموم فيه ، يمكن التزام مثلية ما تضمناه ، وأما الأخيران فيجري فيهما أكثر ما سمعت و أنه يمكن كون رد البازل ، بل والمثل منه عَلَيْهِ السَّلَام لرضا المقرض به ، باعتبار زيادته خيراً كل ذلك .

لكن الإصاف عدم خلو القول به من قوة ، باعتبار معهودية كون قرض الشيء بمثله ، بل مبني القرض على ذلك ، بل قد يدعى انصراف اطلاق القرض إليه ، وربما يؤيده نصوص الخبز الذي يقوى كونه قيمياً ، و لذا تجب قيمته في إلتافه بأكل و نحوه ، فالاحتياط فيه لا ينبغي تركه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يجوز اقراض الجوّارى ﴾ بلاخلاف فيه بيننا كما في المسالك . وما عن المبسوط و الخلاف لانص لنا و لا قتيبا في إقراض الجوّاري و قضية الأصل الجواز ليس خلافاً ، ضرورة إرادة النص بالخصوص ، بل ظاهره أو صريحه الجواز كما هو كذلك ، لا إطلاق الادلة وصحة السلف فيها كالعبيد ، فتضمن حينئذ بالمثل أو القيمة ، على اختلاف القولين خلافاً لبعض العامة ، فمنع من قرض الجوّاري التي يحل للمقترض وطؤها بعد الاطباق منهم على قرض العبيد و الجوّار التي لا يحل

للمقترض وطؤها ، معللا ذلك بما هو أوضح من الدعوى فساداً ، فتدخل في ملك المقترض بالقبض بناء عليه ، وله حينئذ الأنتفاع فيها بالوطني وغيره .
أما على القول بالتصرف فليس له الوطني كما في المسالك ، إلا أنه احتمال فيما يأتي جوازه أيضاً كالأمة المشتراة بالمعاطاة .

وفيه أنه ممنوع فيها بناء على عدم الملك ، إذ لا مستند له إلا الإباحة من المالك التي لا تجدى في جواز الوطني المتوقف على عقد ، والكشف به عن الملك لو قلنا به لا يؤثر في جواز الأقدام ، كالمالك الضمني المقدر في نحو أعتق عبدك عني ، فهو من جملة ما يرد على اعتبار التصرف في الملك كما ستعرف .

و يجب قبولها أو أرجعها بعد الوطني إذا لم تنعيب به أو تحمل ، بناء على ضمان القيمي بمثله ، ضرورة كون رد نفس العين وفاء عما في ذمته ، لأنها أحد أفراد الكلي الذي فيها ، بل قد يقال بوجوب قبولها على الضمان بالقيمة التي وضعت بدلا عن العين ، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحق من القيمة ، أو لأن القرض من العقود الجائزة ولو من جهة المقترض ، فله الفسخ حينئذ ، ورجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه ، أو لدعوى ظهور القرض في قصد المتعاقدين قبول العين لوردها ، لأنه إحسان محض ، أو لغير ذلك مما ستعرفه ، وإن كان لا يخلو من اشكال والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كل فـ ﴿ هل يجوز اقتراض اللآلي ﴾ ونحوها مما لا يضبطها الوصف ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ لا ﴾ يجوز و في المسالك أنه يتم على القول بوجوب رد المثل في مثل ذلك ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله ﴿ وعلى القول بضمان القيمة ﴾ فيه أو مطلقا ﴿ ينبغي الجواز ﴾ ضرورة ظهوره في أنه لا ينبغي الجواز بناء على غيره ، لكن قد يقال : بصحة قرضه لا إطلاق الأدلة والرجوع في الوفاء إلى الصلح ، كما أنه قد يقال بصحة قرض ما لا يصح السلم فيه لعزّة وجوده وإن ضبطه الوصف ، فيكلف بالمثل حينئذ مع الوجوب عليه . و إلا انتقل إلى القيمة فتأمل جيداً والله أعلم .

(الثالث)

من الامور التي يقع فيها النظر ﴿ في أحكامه وهي مسائل الأولى : القرض ﴾ أي المال المقرض ﴿ يملك بالقبض ﴾ عندنا كما في التذكرة ، وبالاختلاف فيه بيننا في السرائر ، بل قيل : إن جملة من العبادات تشتر بالاجماع عليه ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً عليه ﴿ لا قبله ﴾ بعقد القرض إجماعاً بقسميه ﴿ ولا بالتصرف ﴾ بعده ، لاصالة عدم شرط آخر في حصول الملك بالعقد الذي لولا الاجماع السابق لانتجته القول بحصوله بتمامه من دون قبض ، على حسب غيره من العقود التي لا يرب في ظهور الأدلة في اقتضاها التملك ، ضرورة صدق مسماهما بها .

اللهم إلا أن يمنع خصوص عقد القرض منها ، بدعوى ظهور الأدلة في توقف مسماه على حصول القبض ، وعليه فالمنتج حصول الملك به حينئذ من غير حاجة إلى أمر آخر من التصرف وغيره . مركز تحقيق كالمؤثر علوم إسلامي
ودعوى أنه هو الشرط ، لأنه شرط آخر بعد القبض ، يدفعها معلومية عدمها عند الخصم ، ومقتضاها جواز التصرف به من البيع ونحوه قبل القبض ، وهو معلوم العدم ، بل لا بد من القبض باذن المالك في جواز التصرف ، وحينئذ فعدم البأس بسائر أنواع التصرفات فيه التي منها المعلوم توقفه على الملك كالوطى ، أقوى شاهد على حصول الملك قبله .

كما أشار إليه المصنف بقوله ﴿ ولأنه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به ﴾ وأوماً إليه ابن زهرة في الغنية حيث قال : « وهو مملوك بالقبض ، لأنه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه ، ولو لم يكن مملوكاً لما جاز ذلك » كالفاضل في التذكرة حيث استدلل عليه بأنه قبض لا يجب أن يتعلق به جواز التصرف فوجب أن يتعلق به الملك كالقبض في الهبة ، ولأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه ، ولو لم يملكه لما ملك التصرف ، ولأنه يحصل بالقبض في الهبة ففي القرض أولى لأن للمعوض مدخلا

فيه إلى آخره .

بل لعله إليه يرجع ما في المتن والدروس وغيرهما من التعليل لنفي اشتراطه بأنه فرع الملك ، فلا يكون مشروطاً به ، وإلا لزم كون الشيء الواحد سابقاً وغير سابق كرجوع الوجه الآخر إليه وهو أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكاً لغيره التصرف في مال الغير ، ولا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه ، فيلزم توقف التصرف على الملك ، والملك على التصرف .

وناقش فيه في المسالك بمنع تبعية التصرف للملك مطلقاً ، وتوقفه عليه ، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات ، ولا شك أن 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 ، واكتفينا به فالامر واضح ، وإن كان ناقلاً أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

بل نقل في الدروس أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك قطعاً وعلى هذا فلا اشكال من هذا الوجه ، ويؤيد هذا القول أصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل ، وأن هذا العقد ليس تبرعاً محضاً إذ يجب فيه البذل ، وليس على طريق المعاوضات ، فيكون كالأباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله وكالمعاطاة .

وكأنه أخذ ذلك مما في الدروس قال : وقيل : يملك بالتصرف بمعنى الكشف عن سبق الملك ، لأنه ليس عقداً محققاً ، ولهذا اغتفر فيه ما في التصرف ، بل هو راجع إلى الإذن في الإتيان المضمون ، والإتيان يحصل بإزالة الملك أو العين ، فهو كالمعاطاة .

وعلى كل حال يدفعها أولاً أن التصرف وإن كان كثير من أفرادها في حد ذاته غير موقوف على الملك ، إلا أنه في المقام كذلك لعدم إذن من المالك ، غير الإذن التي

في ضمن العقد المعلوم اشتراطها بحصول مضمون العقد، وهو هنا التملك بعوض فالتصرفات مع فرض عدم حصول الملك لا إذن فيها .

ومن هنا قالوا إن المعاوضات على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بالإذن الحاصل في العقد، ضرورة عدم بقاء المطلق بدون المفيد، ولا يرد نحو ذلك على شرطية القبض، إذ لا بد عندنا من الإذن فيه بعد العقد، فإذا وقع بعنوان عقد القرض حصل الملك، فيقع التصرف حينئذ في ملك على حسب ما استفيد من العقد، وثانياً أن جملة من التصرفات لا تجدي معها الإذن المزبورة كالوطي المتوقف على الملك أو العقد، وكالبيع الذي لا يجوز لغير مالكة إلا بالوكالة أفضولاً 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 القايض ولو بالتلف السامد، 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 مرجع الإباحة بعوض في الائتلاف بغير نقل إلى الضمان، وإن كان التلف لملك 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 دل على اشتراط الملك في البيع، وليس، فضلاً عن رجوع القرض إليها، بل قد يدعى - بعد الدليل - صحة البيع من دون ملك في نحوه ذلك، بل ربما ادعى نحوه في اعتق عبدك عني .

وعلى كل حال فالتزام كون القرض من ذلك كما ترى، ومعلومية الصحة فيه شاهدة على حصول الملك بالقبض، لأنها مبنية على هذه المخرافات، وأوضح من ذلك

فسادا دعوى حصول الكشف بالتصرف عن الملك من حين القبض ، ضرورة توقف صحتها على ما يدل على اشتراط تأثير العقد والقبض بالتصرف حتى يكون كالرضا في عقد الفضولي ونحوه من الشرائط المتأخرة عن الأسباب المقتضية للملك التي يرجع اشتراطها إلى توقف تأثير السبب مقتضاه على حصولها ، فمعه يحصل الأثر من حين وقوع السبب ، وهذا معنى الكشف ، فالأثر للملك حينئذ غيره كما صرح به في التذكرة في المقام ، فإنه بعد أن حكى القول بالملك بالتصرف مصرحاً بأنه على معنى إذا تصرف تبين ثبوت الملك قال : « وهذا يدل على أن الملك لم يحصل بالتصرف ، بل بسبب آخر قبله ، وإن كان قديداً يدفع بصدق حصول الملك به على المعنى الذي ذكرناه ، إذ الفرض أنه شرط للسبب كما هو واضح .

كل ذلك مضافاً إلى ظهور النصوص المتضمنة لكون الزكاة على المقرض في المختار خصوصاً صحيح زارة ^(١) منها قلت : لأبي جعفر عليه السلام : رجل دفع إلى رجل مالا قرضاً على من زكوته على المقرض أو المقرض ؟ قال : بل زكاته إن كانت موضوعة عنده حولا على المقرض ، قال : قلت : فليس على المقرض زكاته ؟ قال : لا يزكى المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء ، لأنه ليس في يده شيء إنما المال في يداً أخذ ، فمن كان المال في يده كانت الزكاة عليه ، قال قلت : أفيزكى مال غيره من ماله ؟ قال : إنه ماله مادام في يده ، وليس ذلك المال لأحد غيره ، ثم قال : يا زارة أرأيت وضیعة 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 يزكيه ، فإنه عليه جميعاً .

بل هو دال على المطلوب من وجوه ، والموثق ^(٢) « رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الآخر : إنما كانت عليك قرضاً ، قال : المال لازم له ، إلا أن يقيم البيئته أنها كانت وديعة ، اللهم إلا أن يقال

(١) الوسائل الباب ٧ - من أبواب من يجب عليه الزكاة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٧ - من أحكام الوديعة - الحديث - ١ .

بتوقف الملك على التصرف، لا الضمان، و فيه بحث، وبعد التسـ
تقدم كفاية .

فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين إليه وان قال بعد ذلك : إن العمل على
المشهور ، خصوصاً بعد عدم معروفية الخلاف فيه بيننا ، وإن نسه في التنقيح إلى
المبسوط والخلاف ، إلا أنه لم تتحققه ، بل في الدروس نسبة المشهور إلى الشيخ ،
بل المحكي عنه في مسألة ارتجاع المقرض العين ماهو كالصريح في حصول الملك
بالقبض ، لكنه كالهبة يجوز فسخه ، وستعرف تحقيق الحال في ذلك ، و خصوصاً
بعد اجمال المراد من التصرف ، إن من المحتمل مطلق التصرف كما عن الشهيد في بعض
تحقيقاته ، وعليه يعود النزاع لفظياً كما في الرياض ، فإن القبض نوع منه أو
التصرف الناقل للملك لزوماً ، أو المتلف للعين ، وهو الذي استظهره في التذكرة ،
بل في المسالك أنه الظاهر من كلماتهم ، و في الناقل عن الملك جوازاً وجهان
وجيهان .

لكن بشكل حينئذ انعتاق الوالد الذي استقرضه ولده بناء على الكشف
بالتصرف ، ضرورة اقتضائه حينئذ فساد التصرف بالانعتاق ، فلا يكون التصرف كائناً
لبطلانه ، فيلزم حينئذ من وجوده عدمه ، فلا يؤثر ، أو التصرف المتوقف على الملك
كالبيع والهبة ونحوهما ، لا الرهن ونحوه مما لا يتوقف على الملكية ، ضرورة جواز
الاستعارة للرهن بخلاف البيع مثلاً ، على أنه له ولا دليل على شيء منها ، ولا على
ما عن بعضهم من أن الضابط فيه ما يقطع به رجوع الواهب والبايع عند إفلاس
المشتري ، و أما ثمرة الخلاف فقد قيل : إنها تظهر في الرجوع بالعين قبله ،
وعدمه .

وفيه ما ستعرف من إمكان بناء الخلاف في ذلك على جواز عقد القرض ولزومه ،
فعلى القول بأنه يملك بالقبض يمكن القول بالرجوع في العين ، لجواز العقد فهو
كالهبة ، نعم تظهر في النماء إذا حصل الملك بنفس التصرف ، أو كان الملك فيه
ضمنياً ، وأما على الكشف من حين القبض فلا ، وكذا النفقة وغيرها بل الثمرة كثيرة

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

﴿ وكيف كان فـ ﴾ هل للمقرض إرجاعه ﴿ أى المال المقترض بعد القبض وإن قلنا يملك به ﴾ قيل : ﴿ والقائل الشيخ ﴾ نعم ولو كره المقرض ﴿ لأنه لا يزيد على الهبة ، وللأجماع على كونه من العقود الجائزة التي من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها ورجوع ما انتقل بها إلى مالكه ، ولأن المثل والقيمة إنما وجبت بدلا عن العين ، لغلبة خروجها عن يد المقرض ، ولأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى .

﴿ وقيل : لا وهو الأشبه ﴾ والأشهر بل المشهور بل لعله إجماع بين المتأخرين ﴿ لأن فائدة الملك التسلط ﴾ على المملوك فالأصل فيه عدم خروجه عنه إلا برضاه كما أن استصحاب ملك المقرض للعين والمقرض للمثل أو القيمة قاض بذلك أيضاً ، وخروج الهبة بالدليل لا يقضى به هنا ، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالمعاوضة في المقام دونها ، والاجماع على الجواز بالمعنى المعروف ممنوع بعد ما عرفت من شهرة عدم رجوع المقرض بالعين ، واحتمال تنزيل ذلك على ما إذا لم يفسخ - فيرجع النزاع حينئذ إلى جواز الرجوع وعدمه من دون فسخ للقرض - كما ترى ، إذ هو مع خلوه عن الفائدة ومخالفته لظاهر كلماتهم وصريح البعض محل للنظر ، بإمكان كون الرجوع بالعين نفسه فسخاً وإن لم يصرح به بلفظه .

فظهر أن مراد المشهور عدم رجوع المقرض بالعين على كل حال ، وأنه ليس له الفسخ القاضى بذلك ، ومنه يعلم كون المراد بالجواز الذي ادعى الأجماع عليه أن لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض ، وهو الأظفار الذي هو مبنى القرض عرفاً غالباً ، ومن هنا قال مالك : « إنه لا يجوز للمقرض مطالبة المقرض قبل قضاء وطره من العين ، أو مضي مدة يمكن فيه ذلك ، فذكر الأصحاب الجواز بالمعنى المزبور بقصد الرد عليه ، ضرورة أنه وإن كان مبنى القرض ذلك ، إلا أنه ليس على وجه يلتزم به شرعاً ، والعوض قد ثبت في الذمة حالا ، فله المطالبة في المجلس وغيره ، كما أن للمقرض دفع ذلك متى شاء ، فالمراد حينئذ من الجواز ذلك ، لا المعنى الموجب لرد العين

لعدم الدليل الصالح لمعارضة ما سمعت ، بل مقتضاه الفسخ وإن حصل التصرف المغير للعين الموجب نقصها ، لعدم الدليل على لزومه بذلك على تقدير جوازه ، فيرد العين جابراً لها بالأثر ، وهو معلوم البطلان ، فتعين إرادتهم ما ذكرنا من الجواز .

ولعله إليه يرجع ما في المسالك وإن لم ينقحه كما ذكرنا ، قال ما حاصله : إن الأصل والأستصحاب يدل على المشهور ، ولا معارض لهما إلا كون العقد جائزاً يوجب فسخه ذلك ، وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى المزبور ، إذ لا دليل عليه ، وما أطلقوه من كونه جائزاً لا يعنون به ذلك ، لأنه قد عسره من ينكر هذا المعنى ، وهو الأكثر ، وإنما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلامشاحة في الاصطلاح ، وإن كان مغايراً لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه ، وحينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى ، ولا دليل صالح على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور ، فيبقى الملك وما في الذمة على حكمهما إلى أن يثبت خلافه ، وهذا هو الوجه ، وإلا 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 ذمته المثل أو القيمة وهو واضح ، كوضوح منع الأولوية المزبورة ، فظهر حينئذ أنه لا مناص عن المشهور .

نعم يتجه القول بوجوب قبول المقرض للعين لو دفعها المقرض في المثلي إذا فرض عدم تغيرها ، سواء نقص السعر أولاً ، ضرورة كونها أحد أفراد الكل الذي في ذمته ، بل هي أولى من غيرها ، وكذا القيمي بناء على ضمانه بالمثل ، إذ هو كالمثلي في الحكم .

أما على القول بالقيمة فالمتجه عدم وجوب القبول لأنها غير الحق الثابت في الذمة ، فلا يجب قبوله ، وليس الواجب أولاً دفع العين فإذا تمعند انتقل إلى القيمة إذ قد عرفت أن الثابت ابتداء القيمة بالعقد والقبض ، لكن احتمال بعضهم كالفاضل وغيره وجوب القبول ، بل في الدروس أنه الأصح ، ونقل فيه الشيخ الإجماع ، بدعوى كون مبنى القرض المشروع للإرفاق على ذلك ، ولأولوية العين - من القيمة والمثل

الذين كان القصد من إثباتهما في الذمة بدل العين - لغلبة خروجها من يد المقرض
ولأن ثبوت القيمة في القيمي لتعذر مثله ، فمع فرض رد العين نفسها يضمن القبول
إلا أن الجميع كما ترى .

وأضعف منه ما احتمله في الدروس من وجوب القبول في المثلّي والقيمي إن
تساوت القيمة أو زادت وقت الرد ، وإن نقصت فلا ، لعدم الدليل له سوى اعتبار لا
يصلح لتأسيس حكم شرعي ، فتأمل ، كما أنه قد يتوقف فيما ذكره أيضاً من أنه لو ظهر في
العين المقرضة عيب فله ردّها ولا أرض ، 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 الرد ، إلا أن يرضى به المقرض مجاناً
أو بالأرض .

فإنه وإن كان جيداً إلا أن الحكم الأول لم أعثر على ما يدلّ عليه ، اللهم
إلا أن يدعى أن بناء المعاوضة على أصل الصحة ، فالخيار هنا كالخيار في الرد بالعيب
في البيع ، وإن زاد عليه هناك بالأرض للنصوص ، والأمر سهل . والله أعلم .

المسألة (الثانية) لو شرط التأجيل للمقرض (في عقد المقرض لم يلزم)
على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشاني ، نعم
احتمله في المسالك بناء على ما ذكره سابقاً من لزوم هذا العقد ، وعدم كونه من العقود
الجائزة بدليل عدم وجوب ردّ العين إذا أراده المقرض ، فيشملة حينئذ قوله **عَلَيْهِ** ^(١)
والمؤمنون عند شروطهم وغيره مما دل على لزوم ما شرط في العقد اللازم ، ودعوى
أن هذا العقد ليس على حد الجائزة ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط ، ولا على حد
اللازمة ليلحقه حكمها ، يدفعها أن المتبجّه بعد التسليم الرجوع حينئذ إلى عموم الأدلة
الدالة على الالتزام بالشرط والوفاء بالعقد .

وبذلك اغتر جماعة من متأخري المتأخريين الذين لا يبالون باتفاق الأصحاب ، فضلاً

عن شهرتهم حتى جزموا باللزوم ، وشددوا التأكيد على دعوى كونه من العقود الجائزة ، وقد عرفت البحث في ذلك سابقاً ، وأن مرادهم من الجواز عدم الالتزام بما يفهم من القرض من التأجيل في مقابلة المحكمي عن مالك ، وجوازه بهذا المعنى مسلم لا يكاد ينكره أحد من الشيعة ، والنصوص واضحة الدلالة عليه ، ضرورة ظهورها في رجحان التأخير والإمهال والإظهار ، والترغيب في ذلك على وجه صريح أو ظاهر في النذب .

خصوصاً مثل قوله ﷺ ^(١) «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء من حسنات ، وإن أرفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب» وقوله ﷺ ^(٢) «من أقرض مؤمناً قرضاً حسناً ينظر ميسوره كان ماله في زكاة ، وكان هو في صلوة من الملائكة حتى يؤدّيه» وغيرهما مما هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أي وقت شاء ، وأنه محسن لاسبيل عليه .

وحينئذ مقتضى إطلاق هذه الأدلة جواز ذلك حتى مع اشتراط الأجل الذي هو في الحقيقة التصريح بما بنى عليه القرض والمتعارف منه ، والذي ندب إليه وحث عليه ، بل قيل : إنه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمناً مع أن الأصل لزوم الوفاء به ، فعدم الوجوب إذا كان مدلولاً عليه بالشرط أولى ، على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط ، وبين ما دل على استحباب القرض ، وأن لكل منهما الرجوع متى شاء ، وإن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقرضة من وجه ، ولا ريب في أن الترجيح للنائي ، وأو للشهرة العظيمة ، بل الإجماع المحكمي الذي يشهد له التتبع .

والمنافشة - بمنع تعلق الاستحباب بخصوص المدلول ، بل بسببه الذي هو إجراء الصيغة ، وإن كان الوجه في تعلقه به هو رجحان العمل بمسببه ، فيرجع حاصل

الأدلة إلى استصحاب الإقدام على القرض ، وإيجاد سببه ، ولا ينافيه وجوب المسبب بعده ، وإن هو إلا كالتجارة ، فقد تظافرت الأدلة باستصحابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها كدفع المبيع ونحوها ، وكثير من العبادات المستحبة الواجبة بالشروع فيها ، وبالجمللة استصحاب الشيء ابتداء غير وجوبه استدامة ، فاستصحاب الاقتراض ابتداء لا ينافي وجوب العمل بمقتضى عقده بعد إيجاده - يدفعها ظهور النصوص التي منها ما ذكرناه في استصحابه استدامة ، وفي أن للمقترض الوفاء متى شاء كما لا يخفى على من تأملها أدنى تأمل .

نعم لو ادعى تقييدها بما إذا لم يشترط الأجل ، كان الجواب عنه ما عرفت من أنه ليس بأولى من تقييد 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 إلا أن شهرة الأصحاب فيه على اللزوم ، فترجح أدلة الشرط حينئذ عليه ، خصوصاً بعد معروفية عدم الخلاف فيه .

نعم في الدروس ولو شرط تأجيله في عقد لازم ، قال الفاضل : يلزم تبعاً للأزم وبشكل بأن الشرط في اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس ، وعن الحواشي أن في ذلك إشكالاً ، لأنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فممنوع ، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازماً ، ولا يقتضيه أيضاً كما هو ظاهر ، إذا العقود المشروط فيها شروط لا يقتضي لزومها ، بل فائدتها تسلط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها ، وإن أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه : بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرده ، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ، ويجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم بهذا .

وفيه أن المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به ، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم ، لأنه من جملة مقتضياته ، وتسلط من يتعلق به غرضه على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر ، فيكون الشرط والعقد لازماً من طرف المشترط له عليه ، ومن طرف من يتعلق به غرضه يكون العقد لازماً مع الإتيان

بالشرط لا بدونه ، وهذا معنى واضح صحيح مستقيم .

كما أن ما ذكره من أن الأجل من الشرط الواقع لأبأس به أيضاً ، فإن اشتراط تأجيل الحال من قبيل العوض الواقع في ذلك العقد ، فيلزم بهذا الاشتراط ، وهذا هو المفهوم من اطلاق الأصحاب تأجيل الحال في عقد لازم ، وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني ، بل هو كاشتراط سكنى الدار سنة في البيع فإن ذلك يصير حقاً له كاستحقاق العوض ، كل ذلك مضافاً إلى ما تسمع من النصوص ^(١) بالخصوص في تأجيل الحال وإلى ما عرفت سابقاً في بحث الشروط .

وكيف كان فقد بان لك أنه لا محيص مما عليه الأصحاب من اللزوم في الشرط بعقد لازم ، وعدم اللزوم في عقد القرض وإن قلنا بكونه من العقود اللازمة لما عرفت ولا يعارض الأخير قوله تعالى ^(٢) « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » 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 ، ولا المروى عن ثواب الأعمال ^(٣) « 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 كل يوم » ونحوه الرضوى ^(٤) إن أقصاهما الدلالة على صحة التأجيل ولا كلام فيه ، وثمرتها إنما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل ووجوبه 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 أطرح مضمّن الحسين بن سعيد ^(٥) « عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أبخل مال القارض بعد موت المستقرض منه ، أم لورثته من الأجل مال المستقرض في حيوته ؟ فقال : إذا مات فقد حلّ مال القارض »

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

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٣) (٤) - الوسائل الباب ٦ - من أبواب الدين - الحديث - ١ - ٥

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

بناء على اشعاره بلزوم التأجيل في القرض ، كالدين من حيث التقدير والمفهوم ، و ليس هو كالخبرين السابقين خصوصاً بعد لفظ يحل فيه ، الظاهر في عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المدّة المضروبة حال حيوة المستقرض .

نعم قد يقال : إن سؤاله لم يكن عن لزوم الأجل في عقد القرض ، بل إنما هو عن الحلول بالموت وعدمه ، فأجابه عليه السلام على طبق سؤاله ، فيمكن أن يريد من القرض الدين ، أو القرض المشروط أجله بعقد لازم ، أو غير ذلك فلا يكون متافياً للمطلوب الذي هو عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض .

﴿ و كذا لو ﴾ أجله بعد العقد أو ﴿ أجل ﴾ غيره من الدين ﴿ الحال ﴾ بأن يقول مثلاً أجلتك إلى شهر ﴿ لم يتأجل ﴾ للأصل وغيره بل هو أولى في عدم اللزوم من الأجل في عقد القرض ، ولكن يستحب الوفاء به ، لأنه وعد ﴿ وكيف كان فقد بان لك أنه لا دليل معتمد به على اللزوم بل ليس ﴾ فيه ﴿ إلا إشعار برواية الحسين بن سعيد المتقدمة وهي ﴾ رواية ﴿ مضمرة ﴾ مهجورة تحمل على الاستحباب خصوصاً بعد ما عرفت من ضعف اشعارها من الوجه الذي ذكرناه .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لا فرق ﴾ عندنا في عدم لزوم تأجيل الحال بالتأجيل المزبور ﴿ بين أن يكون مهراً أو ثمن مبيع أو غير ذلك ﴾ لاشتراك الجميع في اصالة عدم اللزوم وغيرهما مما يدل على ذلك ، خلافاً لبعض العامة فذهب إلى لزومه في ثمن المبيع والأجرة والصداق أو عوض الخلع دون القرض ، وبديل المتلف وآخر فالزومه في الجميع و هما معاً كما ترى ، ضرورة أن المراد من قوله عليه السلام ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » ونحوه العقود المشتملة على الشرائط لا الشرائط وإن لم تكن في عقود التي يمكن منع تسميتها شروطاً كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو أخره ﴾ أي الدين الحال ﴿ بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الاجل ﴾ بل هو الرّبا المحرم بالاخلاف و لا إشكال . نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة في ثمن مبيع مثلاً وإن لم يساوه قد اشترط في عقده تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن المبيع

كما نطقت به النصوص ففي موثق ابن عمار ^(١) « قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت قال : لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، و زعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك ».

وفي موثقه الآخر ^(٢) « قلت لأبي الحسن عليه السلام : يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين وأؤخره بالمال ، قال : لا بأس ، وفي مضمرة عبد الملك ابن عتبة ^(٣) « سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيد على مالي الذي لي عليه أيسقيم أن أزيد مالا وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه الملوثة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها و مالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لا بأس به ، إلى غير ذلك من النصوص المفتى بها بين الأصحاب وإن كان حيلة وقراراً ، لكن نعم الفرار من الباطل إلى الحق ومنه ينتقل إلى غير ذلك من الحيل الشرعية المنطبقة على أصول المذهب وقواعده .

ولا يعارضه خبر الشيباني ^(٤) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يبيع المبيع والبايع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم سير جمع فيه ويشتره منه فقال : يا يونس إن رسول الله ﷺ قال لجابر بن عبد الله : كيف أنت إذا ظهر الجور و أدرتكم 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 : فقلت : نعم قال فقال : لا تقربنّه ولا تقربنّه ، بعد قصوره عن المقاومة من وجوه خصوصاً بعد قوة احتمال إرادة حال عدم قصد البيع منه وأنهما لم يوجبا كاحتمال التقية لما حكى عن العامة من تشديد المنع في هذه الصورة ، وربما حمل على الكراهة أو غير ذلك .

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب أحكام العقود الحديث - ٤ - ٥ -

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب أحكام العقود الحديث - ٥ .

وعلى كل حال فقد ظهر من هذا كله أن تأجيله بزيادة من دون حيلة شرعية غير جائز . ﴿ نعم يصح تعجيله ﴾ لو كان مؤجلاً ﴿ باسقاط بعضه ﴾ مع التراضي بلا خلاف ولا إشكال ، كما تقدم في بحث النقد والنسيئة ، للنصوص المستفيضة ، بل ربما استظهر منها الاكتفاء بالتراضي من غير حاجة إلى الإبراء أو الصلح ، ففي مرسل أبان ^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام : سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما ؟ قال : نعم .

وصحيح ابن أبي عمير ^(٢) عن الصادق عليه السلام أيضاً : أنه سأل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له : انقذني كذا وكذا وأضع عنك بقيته أويقول : انقذني بعضه وأمدك في الأجل فيما بقي عليك ؟ قال : لا أرى بأساً ، إنه لم يزد على رأس ماله قال الله عز وجل شأنه ^(٣) : ولكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، واللام في السؤال بمعنى على ، كما رواه محمد بن مسلم ^(٤) في الصحيح مغيراً للسؤال : الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى ، إلى آخره .

لكن قد يقال : إن بناء هذه النصوص على الاكتفاء بمعاطاة الصلح ، أو على إرادة بيان أصل الصحة ، وإن كان عند الوقوع لا بد من صيغة ، إذ المتعارف في النصوص عدم التعرض للصيغ لمعلوماتها أو لغير ذلك ، فلا ريب أن الأولى الأتيان بصيغة الصلح أو التصريح بالبراءة أو الأسقاط والعفو ، وإن كان الأقوى الاكتفاء بمعاطاة الصلح . وكيف كان فيدل على المطلوب مضافاً إلى النصوص السابقة وخبر زرارة ^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام : سألته عن رجل اشترى جارية بثمان مسمى ثم باعها فربح فيها فأنام صاحبها يتقاضاه ولم ينقد ماله ، فقال صاحب الجارية للذين باعهم : إكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم ؟ قال : لا بأس ، الذي هو كصحيح الحلبي ^(٦) بناء

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

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٩ .

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

(٥) (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام العقود الحديث - ١ - ٢ .

على أنه قد باعهم مؤجلاً وإن كان لامانع أيضاً من بيعهم حالا ، والصلح معهم بإسقاط البعض ، إذ هو صلح الحطية الذي يقوم مقام الإبراء ، ولاربا فيه وإن قلنا بعمومه للمعاوضات .

ومن هنا أطلق الأصحاب جواز تعجيل البعض بإسقاط الباقي من غير فرق بين المجانس والمخالف ، بل ظاهر الجميع كونه بالمجانس ، على أنه يمكن أن لا يكون إبراء محضاً ، لأن الوضع في مقابلة الأجل ، بل يمكن خروجه بذلك عن المجانس ، وإن كان ذلك كله لا يغلو من نظر .

والأولى الاستناد للنص المعتضد بفتوى الأصحاب ، بل لم أجد أحداً منهم أوماً إلى احتمال الرّبا فيه سوى الفاضل في القواعد وغيرها ، بل ظاهره في صلح الأولى البطلان على تقدير عموم الرّبا للمعاوضات ، قال : ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر ، وكذا في الدين بمثله ، فإن الحقناء فسد ، كما لو صالح في ألف بخمسمائة حال ، ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل . *مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي*

وسوى الشهيد في الدروس حيث قال : « ولو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالاً صحّ إذا كان بغير جنسه ، وأطلق الأصحاب الجواز ، إما لأن الصلح هنا ليس معاوضة له ، أو لأن الرّبا يختص بالبيع ، أو لأن النقيصة في مقابلة الحلول ، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فردّه فالأقرب أن الأجل بحاله ، وقال ابن الجنيّد سقط .

قلت : أقواها الأول إذ الثاني منظور فيه بأن الأصح عموم الرّبا ، وقد صدر ذلك ممن يقول بعمومه ، وأمّا الثالث ففيه أولاً أنه لا يكفي في سقوط الرّبا ، وثانياً قد عرفت أن الأقوى الصحة في الحالين أيضاً فله أن يصالح عن الزائد الحال بالناقص كذلك ، لقيامه مقام الإبراء بخلاف البيع ، فإنه لا يقوم مقامه ، قال في الدروس أيضاً ولو صالح عن غير الرّبا ببيع بنقيصة صحّ ولو كان ربوياً وصالح بجنسه روعي أحكام الرّبا ، لأنها عامة في المعاوضات على الأقوى ، إلا أن نقول الصلح هنا ليس معاوضة ،

بل هو في معنى الإبراء وهو الأصح ، لأن النبي ﷺ^(١) قال لكعب بن مالك : «أترك الشطر وانبعه بيقينه» وروى ذلك عن الصادق عليه السلام^(٢) وينبغي أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسمائة ، فلو قال بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة ، والأقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية .

قلت : قد يشكل الأخير بأنه لو صح لصح في المعنيين مع التفاوت ، على أن يكون الصلح بمعنى هبة الزائد ، ولا ريب في عدم جوازه لكونه معاوضة حينئذ ، اللهم إلا أن يفرق بينهما وهو غير بعيد كما ستعرف ، ولو صالح عن ألف حال بخمسمائة مؤجلة ففي التحرير أن الوجه الجواز ، ولعله لأنه كالعكس ، لكن فيه أنه يمكن الفرق بينهما فتأمل ، ويأتي في الصلح تمام الكلام إن شاء الله .

هذا وفي المسالك أنه كما يعتبر التراضي في إسقاط البعض ، يعتبر في تعجيله بغير إسقاط ، لأن الأجل أيضاً حق لهما ، لتعلق غرض كل منهما به ، فإن التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق ، لحصول ضرر لخوف ونحوه ، وبالنسبة إلى الآخر واضح لكن إسقاط الأجل يكفي فيه مجرد الرضا ، أما إسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك ، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم ، ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام الإبراء ، فانه كما يظهر من تضعيف كلامهم أنه لا يختص بلفظ ، وفي كتاب الجنائيات يقع بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه ، ويحتمل قوياً توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحاً كالبراءة والإسقاط والعفو والصلح ، لا مطلق الرضا لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المنزيل شرعاً .

وفيه أن مثله يأتي في إسقاط الأجل ، نعم يسقط به مع قبض المال من المستحق وحينئذ فالمتبقي إسقاط بعض الحق معه ، إذا وقع بعنوان المعاوضة عن الجميع ، ضرورة كونه حينئذ من معاطاة الصلح ، لكن يأتي فيه حينئذ إشكال الرضا ، إذ هو كالصلح عن الزائد بالأقل المعين ، وقد عرفت قوة احتمال المعاوضة ، خلافاً للدروس فالحقه بالأقل غير المعين الذي لا يكون إلا إبراء اللهم إلا أن يقال بصحة ذلك في المقام من

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

جهة إطلاق النصوص .

ومنه يظهر لك قوة ما سمعته من الدروس ، والاحتياط لا ينبغي تركه ، ولقد طال بنا الكلام ، وكان أصل المقصد بيان عدم لزوم الأجل المشترط في عقد القرض ، وقد ظهر لك الوجه فيه ، بل منه يعلم عدم لزوم كل شرط يقتضى تأخير القرض من غير فرق بين الزمان والمكان وغيرهما .

لكن قد سمعت فيما تقدم أن الشهيد في الدروس صرح بلزومه بالنسبة إلى المكان ، خلافاً للفاضل فجعله دائراً مدار المصلحة ، اللهم إلا أن يقال باللزوم فيه هناك للنصوص التي يدعى دلالتها على ذلك ، أما الشرط الذي لا يقتضى تأخير القرض فآلتهجه بحسب الضوابط لزومه ، ووجوب الوفاء به ، لعموم ^(١) « المؤمنون » وغيره مما يدل على وجوب الوفاء بالعقود اللازمة التي لا ريب في أن عقد القرض منها ، بعد ما عرفت من أنه ليس لأحدهما فسخه بحيث يرد العين إلى مالكها ، فالأصل لزوم الشرائط فيه .

ولعل منه شرطية الصحاح بدل المكسرة عند من جوزوه ، بل الظاهر لزوم الشرط في عقد القرض وإن كان تأخير قرض آخر ، وإن كان لم يفرق في المسالك بينه وبين أجل القرض المشترط في عقده في عدم لزوم الجميع ، إلا أنك قد عرفت أن الأصل يقتضى اللزوم ، خرج عنه في خصوص الثاني ، لما عرفت من الدليل ، فيبقى غيره على الأصل ، ولا ينافي لزوم الشرط في عقد القرض جواز مطالبة المقرض في كل وقت ، وفاء المقرض كذلك ، إذ ليس ذلك فسخاً لعقد القرض الذي يجب الوفاء به وبما تضمنه من الشرائط التي لا تقتضى وجوب ابقائه ، بل هو مطالبة بالمثل أو بالقيمة للذين يجب بعقد القرض ، فالاستناد في دعوى عدم لزوم الشرط في عقد القرض بأنه من العقود المجازة بالمعنى المزبور واضح الفساد ، ضرورة أن المضمحل في عدم لزوم الشرط الجواز بمعنى فسخ العقد ، لا هو بالمعنى المزبور هذا .

وفي جامع المقاصد «وهنا فائدة : وهي أن الشروط الواقعة في عقد القرض

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٣ .

أقسام الأول - ما يفسده ، وهو اشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض لمحض
الأحسان ؛ الثاني - ما يكون لغوا 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 تردد ، والأصح
الصحة . الخامس - ما يكون وعداً محضاً كما لو أقرضه وشرط له أن يرضه
شيئاً آخر .

إذا عرفت هذا فلا بد من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام ، ففي الأول
معلوم بقاء مال القرض في ملك المقرض ، وفي الثاني إن كان الشرط لغوا فلا بحث ،
وإن كان وعداً فمعناه إن وفى به كان حسناً وإلا لم يأنم ، وجهه 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 ، لأن المقرض لم يرض بالقرض إلا على
ذلك التقدير المشروط ، وقد رضى المقرض على ذلك الوجه ، فيجب الوفاء ، فإن لم
يفعل أنم ، ولم يكن له إجباره قطعاً ، لأن القرض عقد جابز من الطرفين ، لكل
منهما فسخه ، فإن لم يفسخه حالاً فهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبة بمال
القرض ، أم يجب دفعه بمجرد المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء ، وجهان ، وفي الأول
قوة .

وهو كما ترى لا يرجع إلى ضابطة ، بل هو عند التأمل مخالف للضوابط الشرعية
التي قد عرفت اقتضاها لزوم 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 ،
لنصوص السابقة فيه 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 كفائده في غيره من العقود اللازمة ، يجب إجبار من
عليه الشرط ، فإن تعذر تسلط من له الشرط على فسخ العقد نفسه ، فيرجع المال

حينئذ ملكاً إلى مالكه ، وهذا غير مطالبة المقترض بعوض المال في كل وقت ، حتى يقال إنه كان حاصلًا بدون الشرط .

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما في الدروس من أن اشتراط الخيار في عقد القرض لغو ، ضرورة أن اشتراطه يفيد التسلط على فسخ العقد نفسه ، بحيث يرجع عين المال إلى مالكه ، وهو أمر غير مطالبة المقرض بالقيمة أو المثل فتأمل جيداً .

فإن المسألة قد وقع فيها اشتباه عظيم وخلط وخبط نشأ من تخيل كون القرض من العقود الجائزة باعتبار أن المقرض له المطالبة متى شاء ، والمقترض له الوفاء كذلك وأن الشرائط في العقود الجائزة غير لازمة ، لتسلط كل منهما على فسخ أصل العقد فلا يلزم الشرط فيه ، وهذا كله وهم في وهم . بل قد يؤمى ما دل على بطلان ما جرّ نفعا 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 أن ذكرهم الصحة في كثير من الشرائط التي لا تجرّ نفعا للمقرض ظاهر في اللزوم ، لا أن المراد منها عدم البطلان وإن كان لا يلزم المشروط عليه ، إذ صحة كل شيء بحسب حاله فصحة الشرط لزومه ، بل قد يشكل صحة القرض مع اشتراط الاجل الذي قلنا بعدم لزومه إذا كان المقترض قد علق رضاه على تخيل لزوم الأجل ولو جهلاً منه ، ضرورة كونه حينئذ كالشرائط الفاسدة التي يبطل العقد معها ، باعتبار تعلق الرضا عليها في قول ، والله أعلم .

المسألة الثالثة : من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة **﴿﴾** الخبر **﴿﴾** يجب **﴿﴾** على المدينون البقاء على **﴿﴾** أن ينوي قضاءه **﴿﴾** إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ، للأصل وللمناسق من صحيح زرارة ^(١) وسألت 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 أن نيته الأداء ، وللنصوص ^(٢) الدالة على أن

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

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

«من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق» الشاملة للغائب وغيره ، ولحالي الأبتداء والاستدامة .

بل قديتم الوجوب من الترغيب في الخبر ^(١) على نية القضاء قال فيد : «من كان عليه دين ينوى قضاءه كان معه من الله عز وجل حافظان يعينانه على الأداء ، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونة بقدر ما قصر من نيته» ولا ينافي الوجوب ما في الخبر الآخر ^(٢) «أحب الرجل يكون عليه دين ينوى قضاءه» ، فإن محبته ﷺ للرجل إذا كان ناوياً قضاءه لا تقضي بجواز عدم النية ، بل قديقال : - بناء على إشعاره بيقض غير الناوي أو بعدم محبته ، بأنه دال على الوجوب .

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

نعم يستفاد من نصوص السرفة أن عدم نية القضاء حال القرض مفسدة لعقده ، فيحرم على المقرض التصرف بالمال حينئذ ، خصوصاً خبر أبي خديجة ^(٣) عن أبي عبد الله ﷺ «أيما رجل أتى رجلاً واستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي» لكن لم أجده محرراً في كلامهم ، بل ربما كان فيه ما ينافيه ، كعدم ذكرهم له في الشرائط وجوب العزم هنا كالواجب الموسع وغير ذلك ، وعليه فينبغي الأقتصار فيه على خصوص القرض ، أما الأبتياح مع عدم نية الوفاء فلا يقضي بفساد البيع .

﴿و﴾ كيف كان ففي المتن وغيره أنه يجب أيضاً ﴿و﴾ أن يعزل ذلك عند وفاته ﴿و﴾ بل قد تشعر عبارة المختلف بعدم الخلاف فيه ، كما اعترف به في المسالك فقال : «وأمّا العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم ، خصوصاً على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه وإلا لا يمكن تطرق القول بعدم الوجوب ، لأصالة البراءة مع عدم النص ، وظاهره

(١) (٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب الدين الحديث ١٠-٢-٥٣ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب الدين الحديث ٣٠ .

تحصيل الأجماع عليه . وفي جامع المقاصد ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة إجماعي ووجهه ظاهر ، فإنه أبعد عن تصرف الورثة فيه وأنفى ، للتعليل في أدائه .
قلت : وربما يشعر به خبر هشام بن سالم ^(١) وقال سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس ، فقال : إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالاجر ، ففقدناه وبقي له من أجره شيء ولا نعرف له وارتنا ؟ قال : فاطلبه قال : قد طلبناه ولم نجده ، فقال مساكين وحرّك 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 ، بناء على أن المراد بقاء شيء من أجره في الذمة ، ضرورة اقتضاء الوصية به حينئذ بل وجعله كسبيل المال عزله ، وكذا خبر الأخران ^(٢) ^(٣) المرويان في الفقيه والتهذيب .

لكن ومع ذلك كله في الرياض بعد أن حكى عن المسالك وجامع المقاصد ما سمعت قال : وهو كما ترى ، مع أن في السرائر ادعى إجماع المسلمين على العدم وهو أقوى للأصل وإن كان الأول أحوط وأولى ، وأحوط منه العزل مطلقا ، فقد حكى في المسالك قولاً ، ولكنه لا يلزم منه انتقال الضمان بالعزل ، بل عليه الضمان مع التلف على الإطلاق لعدم السبيل على الانتقال .

وفيه أولاً أن الموجود في السرائر نفي الخلاف بين المسلمين عن عدم العزل قبل الوفاة الذي يظهر من نهاية الشيخ ، 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 ، ومن هنا نزل في المختلف ما في النهاية على حال الوفاة .

وثانياً أن المحكي في المسالك القول بالعزل مع اليأس لا مطلقاً وثالثاً أنك قد عرفت الدليل على العزل الظاهر في شخص كونه حالاً للمديون ، ومقتضاه حينئذ عدم

(١)(٢) الوسائل الباب ٦- من أبواب ميراث الخنثى الحديث ١٠٠١ .

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

الضمان لو تلف بغير تفريط ، اللهم إلا أن يدعى أنه وإن اعزل بالعزل إلا أنه مضمون على المديون حتى يصل إلى المالك ، لكنه كما ترى محتاج إلى الدليل . نعم ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل من العزل على المتيقن من النص والفتوى ، وهو في حال الوفاة والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فقد أطلق المصنف وغيره أنه ﴿يجب على﴾ المديون ﴿أن يوصى به ليوصل﴾ إلى ﴿ربه أو إلى وارثه إن ثبت موته﴾ بل عن الصيمري نفى الخلاف فيه ، بل في النهاية أوصى به إلى من يشق به ، بل في الروضة يجب الوصاية به إلى ثقة ، لأنه تسليط على مال الغير ، وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة لكن في الدروس أبدل الوصية بالإشهاد .

والنصوص التي قد سمعت بعضها وتسمع الأخر قد تضمنت الأول ، اللهم إلا أن يحمل على المثال ، إذ الظاهر أنه بعد العزل يصير كباقي الأمانات ، فالواجب إظهارها بحيث لا يخشى عليها التلف ، ولو بدعوى الورثة الملكية ، تمسكاً بظاهر يد الميت ، خصوصاً في مثل القرن الذي لم يعلم غير المتوفى بحاله ، فمع ترك الوصية ربماً ذهب المال ، بل في جملة من الأخبار الآتية إن شاء الله في باب الوصية وجوب الوصية بماله وماله عليه .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لولم يعرفه﴾ أي الوارث ﴿اجتهد في طلبه ومع اليأس يتصدق به عنه على قول﴾ للشيخ 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 يشق به ، فإن مات من له الدين سلمه إلى ورثته ، فإن لم يعرف له وارثاً اجتهد في طلبه ، فإن لم يظفر به تصدق به عنه ، وليس عليه شيء » .

وهو صريح في كون الصدقة بعد موت المالك وعدم معرفة وارثه بعد الاجتهاد في الطلب ، ووجه الصدقة حينئذ واضح ، لكونه مالا مجهول المالك وحكمه ذلك نصاً وفتوى ، واحتمال تعين كونه للأمام لأصالة عدم الوارث يدفعه ، مع أنه لا يجري

بالنسبة إلى بعض الورثة ، ويمكن فرضه فيمن علم أن له وارثاً إلا أنه لم يعرف أن الشرط في كونه للإمام العلم بعدم الوارث غيره ، لعدم العلم ، و من ذلك كله يظهر لك مافي السرائر قال : « ومن وجب عليه دين وغاب صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوي على حسب ما قدمنا ، فإن حضرته الوفاة سلمه إلى من يثق بديانته ، وجعله وصيه في تسليمه إلى صاحبه ، فإن مات من له الدين سلمه إلى ورثته ، فإن لم يعلم وارثاً اجتهد في طلبه ، فإن لم يجد سلمه إلى الحاكم ، فإن قطع أن لا وارث له كان للإمام المسامحين ، وقد روي « أنه إذا لم يظفر له بوارث تصدق به عنه ، وليس عليه شيء » أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته من طريق الخبر إيراداً لاعتقاده ، لأن الصدقة لا دليل عليها في كتاب ، ولا سنة مقطوع بها ، ولا إجماع ، بل الأجماع والأصول مقررة لمذهبنا ، تشهد بأن الإمام مستحق ميراث من لا وارث له .

اذ فيه أن الشيخ لا ينكر انتقاله إلى الإمام عليه السلام بعد العلم بعدم الوارث له ، وإنما أمر بالصدقة مع الجهل ، لأنه من مجهول المالك الذي من المعلوم حكمه ذلك ، فضلاً عما أرسله من الخبر ، وإن كنا لم نجده في خصوص المقام . نعم في الفقيه بعد أن روي في صحيح معاوية ^(١) عن أبي عبد الله - « في رجل كان له على رجل حق ففقده ، ولا يدري أين يطلبه ، ولا يدري أحى هو أم ميت ، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً ، قال : اطلب قال : إن ذلك قد طال ، فأصدق به ؟ قال : اطلب » - قال : و قد روي في هذا خبر آخر ^(٢) « إن لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدق به ، وليس فيه العلم بموت ذي الحق ، وليس في اشتراط عدم الوارث دلالة عليه ، إن يمكن اشتراط الصدقة بذلك ، وإلا وجب ابقاؤه حتى يعلم موته ، ولو بمضي مدة لا يعيش فيها مثله ، ثم يسلم إلى الوارث بعد ذلك ، وأما خبر هشام بن سالم ^(٣) « سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام ، وأنا عنده جالس ، فقال له : « كان لأبي أجير كان يقوم

(١) (٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث - ٧٦٩ - ٧٧٠ -

(٣) الوسائل الباب - ٢٢ من أبواب الدين الحديث - ٣ وفيه اختلاف يسير .

في رحاه وله عنده دراهم ، وليس له وارث ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : تدفع إلى المساكين ثم قال : رأيك فيها ثم أعاد المسألة فقال له : مثل ذلك فأعاد عليه المسألة فقال أبو عبد الله عليه السلام تطلب له وارثاً فإن وجدت له وارثاً وإلا فهو كسبيل مالك ، ثم قل : ما عسى أن تصنع بها ، ثم قال توصى بها فإن جاء طالبها وإلا فهي كسبيل مالك ، وخبر نصر بن حبيب صاحب الخان^(١) قال كتبت إلى العبد الصالح قد وقعت عندي مائة دراهم وأربعة دراهم ، وأنا صاحب فندق فمات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيك في اعلامي حالها ، وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً . فكتب اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلاً قليلاً حتى يخرج ، فليس في أولهما نصريح بالموت ، ولا في ثانيهما الدين مع اشتغاله على العمل بها والصدقة قليلاً قليلاً ولم أجد من أفتى بهما .

وعلى كل حال فالمتجه بحسب الضوابط أنه إن لم يعلم موته وجب الأبقاء إلى المدة التي يعيش فيها مثله ، فتسلم حينئذ إلى الوارث إن علم ومع اليأس فالصدقة ، ومثله ما لو علم موته وجهل وارثه ، ويمكن جواز الأبقاء أمانة لخبر هشام بن سالم المروى في الفقيه^(٢) . وسأل حفص الأعمور أبي 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 : رأيك المساكين رأيك المساكين ، فقلت : جعلت فداك ! انني ضقت بذلك فكيف أصنع فقال : هو كسبيل مالك فإن جاء طالب أعطيته .

ولعل ذلك في خصوص هذا القسم من مجهول المالك باعتبار عدم الجهل به من كل وجه ، لكون الفرض أن صاحب الدين معروف ، وإن كان قد مات ، أو يقال بجواز ذلك في جميع أفراد المجهول ، وأما التسليم إلى الحاكم فلا ينبغي التأمل في جوازه بعد اليأس ، وأما وجوبه فمحل منع للأصل وظاهر النصوص هذا .

ولكن الذي يظهر من بعض الأصحاب أنه يكفي في الصدقة به اليأس من صاحب الدين ، وهو مع وجوب تقييده بعدم معرفة الوارث ، وإن كان لا يسلمه إليه

(١) الوسائل الباب ٦ - من أبواب ميراث الخنثى الحديث ٣

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث ٧٦٧ .

إلا بعد معرفة موت مالكه - لا يخلو من بحث ، لأصالة البقاء ، اللهم إلا أن يقال إن بقاءه مع اليأس من رجوعه غير مجد ، بل هو كمجهول المالك المايوس من معرفته ، لا شراكهما معاً في عدم التمكن من الوصول إلى المالك ، والصدقة مع الضمان إحسان محض ، بل فيها إخراج المال عن التعطيل ، بل ربما كان المديون محتاجاً إلى فراغ ذمته ، ولا سبيل غير الصدقة ، ولعل الأولى من ذلك تسليمه إلى الحاكم ، لأنه ولي الغالب ، بل الأولى مراعاة ذلك في تشخيصه من الذمة .

وقد ظهر بذلك كله الخلل في جملة من عبارات الأصحاب في النقل وغيره ، ففي النافع « ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاء وعزله عند وفاته موصياً به ، ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل يتصدق به عنه » وفي اللمعة « ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والإيصاء به لو كان صاحبه غالباً ولو يئس منه تصدق به عنه » وفي الرياض نسبة هذا القول إلى الشيخ والقاضي وجماعة وقد سمعت عبارة النهاية .

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 أبس منه قيل يتصدق به عنه وفي اللمعة ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والإيصاء به لو كان صاحبه غائباً ولو يئس منه قيل يتصدق به عنه » وفي الدروس « ولو غاب المدين وجب نية القضاء والعزل عند أمانة الموت .

وأطلق الشيخ وجوب العزل ، وابن ادریس عدم وجوبه والأشهاد ولو يئس منه تصدق به عنه وقال ابن ادریس : « يدفعه إلى الحاكم ، وإن قطع على موته وانتفاء الوارث كان للامام ، والحكم الثاني لاشك فيه ، أما الأول فالحق التخيير بينه وبين إبقائه في يده ، والصدقة مع الضمان ، 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 للامام قال : وهو الحق ، لكن على تدبير العلم بموته وعدم وارثه أما إذا انتفى العلم بذلك

فحفظه أولى ، حتى يظهر خبره أو خبر وارثه و أما النصوص فقد عرفت تشويشها خصوصاً متن خبر هشام بن سالم ^(١) منها ، وأجودها صحيح معاوية ^(٢) الذي أمر فيه بالطلب ، بعد طلب السائل الصدقة لطول الطلب فتأمل جيداً والله أعلم بحقيقة الحال .

المسئلة (الرابعة) الأصل (في الدين أن لا يتعين ملكاً لصاحبه إلا بقبضه)
أو قبض من يقوم مقامه شرعاً ، بعد دفع المديون ، أو من يقوم مقامه ، بل الظاهر اعتبار نية كونه عن الدين في الدفع ، فلا يجزى الدفع المطلق فضلاً عن المقصود به غير الدين ، بل قد يقال : باعتبارها في القبض أيضاً في أحد الوجهين ، كل ذلك لأصلي عدم حصوله بدون ذلك ، وعدم توقفه على غيره بعد الأجماع والسيرة القطعية ، وما يستفاد من تدبر النصوص مضافاً إلى صدق تشخيص الحق بذلك عرفاً ، وإن كان هو مشتركاً بين المديون والديان ، ولذا اعتبر الدفع والقبض منهما ، ولتفصيل هذه الجملة محل آخر .

(و) إنما المراد هنا أنه (لو جعل مضاربة قبل قبضه لم يصح) بلا خلاف
أجده فيه ، بل في ظاهر المختلف وصريح السرائر وعن ظاهر التذكرة الأجماع عليه ، لا لعدم ملكه والآن لم يجز بيعه مثلاً بل لعدم تعيينه المعتبر فيها ، كما تعرفه إن شاء الله في بابها ، ولما رواه الباقر عليه السلام ^(٣) عن أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل يكون له مال على رجل يتقاضاه ، فلا يكون عنده ما يقضيه ، فيقول له هو عندك مضاربة فقال : لا يصلح حتى يقبضه منه ، المنجبر سنداً ودلالة بما عرفت ، المتعم بالنسبة للمضاربة به إلى غير المديون بالاتفاف على عدم الفرق بينهما في البطلان .

نعم قد يفرق بينهما بكون الربح جميعه للمديون إن ميّزه وانجر به ، لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه ، إذ لم يجعله وكيلاً في التعيين ، وإنما جعله مضاربة

(١) (٢) الوسائل الباب ٢٢ - من أبواب الدين الحديث - ٣ - ٢

(٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب احكام المضاربة الحديث ١ لكن عن أبي عبد الله عن أمير المؤمنين عليهما السلام .

فاسدة ، بخلاف مالوكات المضاربة به لغيره ، فإن الربح جميعه للمالك ، إذا أجاز لانه 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 يقتضى 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 ويفسد أحدهما ، فإنه لا يقتضى فساد الآخر ، فيكون للعامل أجره المثل ، كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة مع جهله ، والربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين ، ولو كان الشراء في الذمة فالربح للعامل ، إن نوى الشراء لنفسه ، وإلا فلا ، كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد .

نعم ظاهره أن العامل يستحق الأجرة إذا حصل الربح للمالك ، وإلا فلا ، ولعله لعدم ضمان عمله على تقدير صحة المضاربة ، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، لكنه لا يخلو من إشكال ، ويأتى تحقيقه إن شاء الله في باب المضاربة ، كما أن ظاهر إرادة الشهيد في الدروس من إطلاق كون الربح للعامل مع الشراء في الذمة ، ما إذا نوى الشراء لنفسه لا المالك ، وإلا كان فضولياً في الواقع ، وإن لزم بالثمن ظاهراً إذا لم يصرح بالغير ، ضرورة كون الفرق بين العين والذمة ذلك ، فالشراء بالأولى يقع لمالكها على الأصح وإن نوى به غيره ، بخلاف الذمة كما هو محرز في محله .

فلا بد من تنزيل إطلاق الدروس على ذلك ، قال فيها : ولا تصح المضاربة بالدين لا للمديون ولا لغيره لعدم تعيينه ، فلو ضارب وربح فالربح له صاحب المال ، أما المديون إن كان هو العامل ، أو المديون إن كان غير العامل ، إلا أن يشتري في الذمة فيكون الربح له وعليه الائتم والضمان .

وكيف كان فالفرق بينهما بما عرفت ، لم أجد فيه خلافاً بين من تعرض له من الفاضل وغيره ، في القواعد ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه ، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل ، وإلا فللمالك وعليه الأجرة وإن كان محتاجاً إلى التقييد

بالنسبة إلى بعض ما عرفت .

نعم توقف فيه في المسالك فقال : « إن المضاربة الفاسدة إن اقتضت وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك ، فإن الصيغة إنما اقتضت المعاملة على الدين الذي في الذمة ، وكما لا يمكن للأجنبي العمل به مادام في الذمة ، لأنه حينئذ أمر كلي لا وجود له في الخارج ، فافتضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة كذلك ، نقول في المديون فإنه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته ، بل لابد من أقراره والشراء به ، كما سيأتى من أن العامل لا يصح له أن يشتري له إلا بالعين ، وحينئذ فالمضاربة الفاسدة إن كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال ، فهي واقعة في الموضعين ، وإلا فلا .

وقد يدفع بظهور الفرق بينهما عرفاً في استفادة الإذن من المالك في التمييز إذا كان المضارب غير المديون ، لأن المتعارف فيه العمل بعين المضارب فيه ، أما إذا كان المديون فلا ظهور فيه بالإذن في التمييز ، لكونه في الحقيقة مقبوضاً له ، وربما يعامل به وهو في ذمته ، بل لعل ذلك هو المتعارف فلا استفادته الإذن في التمييز .

نعم قد يتوقف 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 ، بصحة المضاربة لا مطلقاً ، فمع فرض فسادها سيما إذا كان العامل عالماً بذلك لا إذن ، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك من الدواعي لالشرائط ، لأن الإذن في القبض خارج عن حقيقة المضاربة ، إذ يمكن قبض المالك أو غيره ثم يسلم العامل فالإذن على تقدير استفادتها من عبارة المضاربة غير مقيدة بصحتها فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة الخامسة ﴿ لا خلاف في أن ﴾ الذمي إذا باع ﴿ من مثله ﴾ ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير ﴿ مع مراعاة شرائط الذمة كالتسترو ونحوه ﴾ جاز دفع الثمن ﴿ لهذه المحرمات ﴾ إلى المسلم ﴿ عوضاً ﴾ عن حق له ﴿ في نعمة الذمي بلا خلاف أجده ، بل الإجماع بقسميه عليه لاقرار شريعته خاصة على ما عنده .

﴿ ومن هنا ﴾ لو كان البائع ﴿ لها ﴾ مسلماً ﴿ أو حريباً أو ذمياً متظاهراً ﴾ لم

يجز **﴿﴾** قبض أثمانها لفساد البيع ، فيبقى المال على ملك صاحبه ، فلا يجوز تناوله عن الحق و غيره بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال فيه بعد معلومية ذلك من الشريعة ، مضافاً إلى الصحيحين ^(١) عن أبي جعفر و أبي عبدالله **﴿عليهما السلام﴾** في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنازير و هو ينظر اليهم فقضاه ؟ فقال : لا بأس به أما للمقتضى فحلال وأما للبائع فحرام .

« وصحيح زرارة ^(٢) عن أبي عبدالله **﴿عليه السلام﴾** في الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرأ أو خنازيراً ثم يقضيني منها فقال : لا بأس ، أو قال : خذها ، وخبر الخنمى ^(٣) » سألت أبا عبدالله **﴿عليه السلام﴾** عن الرجل يكون لنا عليه الدين ، فيبيع الخمر والخنازير فيقضياته ؟ فقال : لا بأس به ليس عليك من ذلك شيء ، وخبر أبي بصير ^(٤) عن أبي عبدالله **﴿عليه السلام﴾** عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرأ أو خنازير يأخذ ثمنه ، قال : لا بأس .

و من المعلوم إرادة الذمي من إطلاق هذه الأخبار ، لمعلومية البطلان بالنسبة إلى غيره ، و أن أثمانها سحت ^(٥) . ولأنه المتبادر المعلوم ببيع ذلك في بلاد الإسلام ، و لذا صرح به في السؤال منصور بن حازم ^(٦) « فقال : قلت لأبي عبدالله **﴿عليه السلام﴾** لى على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنازير وأنا حاضر فيحل لى أخذها ؟ فقال : إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك » و من التعليل يظهر عدم إرادته الفرض من إطلاق ما دل على المنع ^(٧) « من أكل ثمن الخمر ولعنه و حرمة » .

و من الغريب ما عن صاحب الكفاية من أن التقييد بما إذا لم يكن البائع مسلماً مناف لاطلاق أخبار كثيرة ، فالحكم به مشكل ، إلا أن يكون المقصود المنع بالنسبة إلى البائع ، وأيده في الحقائق بقوله **﴿عليه السلام﴾** « أما للمقتضى فحلال . وأما للبائع فحرام » .

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢ - ٣ - ٤

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب ما يكتسب به الحديث ٥ - ١

(٦) (٧) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به ح - ٦ - ٥ - ١ - ٢ .

و فيه أن المراد من البايع الذمي الذي اقره الشارع على ما عنده بالنسبة إلى الأحكام الظاهرية وإن كان معاقباً باعتبار تكليفه بالفروع ، وبصحيح محمد بن مسلم^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في رجل ترك غلاماً له في كرم له يبيعه عنياً أو عسيراً ، فانطلق الغلام فمصر 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 فأهريقتا ، وقال : إن الذي حرّم شربها حرّم ثمنها ، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها ومثله في الصدقة خبر أبي أيوب^(٢) .

و فيه أن المتبجّه حمل الخبرين على عدم معرفة المشتري فيكون الثمن مجهول المالك ، فيتصدق به ، لأن الثمن ملك للبايع 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^(٣) الصريحة إليه عن الرضا عليه السلام عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره ويقضى دينه؟ قال : لا ، الدال على حكم المسلم الأصلي بطريق أولى ، ومنه يعلم الحال فيما لو أسلم الذمي قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه ، فإنه يخرج بذلك عن ملكه ، كما صرح به المشهور .

خلافاً للمحكي عن النهاية فقال يتولى بيعه له غيره ، للخبر^(٤) و إن أسلم رجل وله خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين؟ قال : يبيع دينه أو ولي له غير مسلم خنازيره فيقضى دينه ، وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسكه ، وهو مع كونه مقطوعاً وفي سنده جهالة يمكن حمله على أن له ورثة كفاراً يبيعون ذلك ويقضون ديونه ، فلا يخرج به عماد على أن المسلم لا يملك ذلك ، ولا يجوز بيعه مباشرة ولا تسبيحاً كما هو واضح .

(١)(٢) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١ - ٢ .

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

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

وكذا لا ينبغي التوقف أيضاً في التقييد بالإستتار الذي هو شرط الأقرار ، ولا ينافيه ما في هذه النصوص من اطلاع المسلم عليه إذ يمكن فرضه على وجه لا ينافي الشرط المذكور ، فتوقف المحدث البحراني فيه بل قال : الأقرب عدم اشتراطه في غير محله ، كما عرفته في شرائط الذمة ، واطلاق الشيخ حل تناول ثمن الخمر مثلاً من الذمي محمول على ذلك ، كما اعترف به في الدروس .

على أنه قد يقال : ان اطلاق الأدلة أو عمومها قاض بحرمة تناول أثمان هذه المحرمات ، وعدم ملكها مطلقاً ، فينبغي الإقتصار في الخروج عنها على المتيقن ، وهو الأخذ من الذمي المستردون المتجاهر ، ومنه يعلم الوجه في عدم الحاق الحربي به خصوصاً بعد عدم عموم في النصوص السابقة يشمله ، بل قد يدعى اسباق خلافه منها باعتبار عدم معهودية بيعه في بلاد الإسلام فتأمل جيداً .

بل قد يقال انه ينبغي الإقتصار في الذمي أيضاً على ما اذا باع من مثله ، أما اذا باع الخمر من مسلم أو حربي فيحرم تناول الثمن منه ومن هنا قيده بذلك في التذكرة ولعله مراد من أطلق كالمصنف وغيره ، للأصل المتقدم ، 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 اليهما لا ينافي ذلك ، اذ هو حكم آخر ضرورة تحقق الفساد واقعاً ، حتى في بيعه من مثله ، لا إطلاق ما دل على «أن ثمن الخمر سحت» الشامل للجميع .

و جواز تناول منه لا ينافي كونه كذلك بالنسبة اليه ، كما أوما إليه الخبر السابق بقوله عليه السلام ^(١) «انه للمقتضى حلال و عليه حرام» وهو جيد جداً ، بل له مؤيدات كثيرة تظهر بأدنى تأمل ، وان كان انطباق كلمات الاصحاب عليه لا يخلو من اشكال فتأمل جيداً فإن من ذلك يعلم الحكم في الجملة فيما لو اقترض ذمي من ذمي خمرأ وأسلم أحدهما ، فإن الظاهر سقوط القرض كما جزم به الفاضل والمحقق الثاني ، لكن في الدروس الأقرب لزوم القيمة بإسلام الغريم .

وفيه أنه مناف للأصل وغيره مما عرفت ، وإن كان قد يشهد له ما احتملوه فيما أو أسلم ذمي إلى ذمي في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض من لزوم القيمة عند مستحليه ، إلا أنه غير مختص بإسلام الغريم ، مع أن الذي اختاره الفاضل والمحقق الثاني هو بطلان السلم ، وأن للمشتري أخذ دراهمه ، واحتملاً أيضاً السقوط لا إلى بدل ولا ريب في أن الأقوى البطلان ، وإن للمشتري أخذ دراهمه أمّا الأول فلعدم ملك المسلم الخمر وعدم مملوكيته عليه ، وأمّا الثاني فواضح .

وفي القواعد في باب الكفالة وإذا كان لذمي خمر على ذمي ، وكفله آخر مثله ، وأسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمسكول له على إشكال فيهما لكن في جامع المقاصد « إن أسلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البراءة ، وإن أسلم من عليه الحق بقيت الكفالة ، ولعله يخالف ما سمعته منه سابقاً ، والأقوى البراءة لما عرفت ، هذا كله إذا اقترض خمرأ ، أما إذا اقترض خنزيراً فالقيمة لازمة مطلقاً ، إلا إذا قلنا بأنه يضمن بمثله ، فيأتي فيه حينئذ ما تقدم في الخمر والله أعلم .

المسئلة السادسة : إذا كان لثنين ﴿ فساعد ﴾ مال في ﴿ ذمة أو ﴾ ذمم ثم تقاسما بمافي ﴿ الذمة أو ﴾ الذمم ﴿ بأن تراضيا على أن مافي ذمة زبدلاً أحدهما ، و مافي ذمة عمرو لا آخر لم يصح عند المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل عن الشيخ وابن حمزة الأجماع عليه ، وحينئذ ﴿ فكل ما يحصل ﴾ من أحدهما ﴿ لهما ﴾ معاً ﴿ و ما يتوى ﴾ بالناء المئنة من فوق ﴿ منهما ﴾ للأصل السالم عن معارضة اطلاق القسمة بعد انصرافه إلى غيره ، ولوللشهرة والأجماع السابق ، مضافاً إلى صحيح سليمان بن خالد ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ، ومنه متفرق عنهما ، فاقسما بالسوية ما كان بأيديهما وما كان غائباً عنهما ، فهلك نصيب أحدهما بما كان غائباً ، واستوفى الآخر ، عليه أن يرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله . و موثق ابن سنان ^(٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام أيضاً عن رجلين بينهما مال

(١) الوسائل الباب ٢٩ - من ابواب الدين الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب أحكام الشركة الحديث - ٢ .

منه دين ، و منه عين ، فاقسما العين والدين ، فتوى الذى كان لأحد هما من الدين أو بعضه ، وخرج الذى للآخر ، يرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله ، ومرسل أبي حمزة ^(١) قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ومنه غائب ، فاقسما الذى بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقضى أحدهما ، ولم يقتض الآخر ، قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ، ومثله الموثق عن محمد بن مسلم ^(٢) بل وخبر غياث ^(٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مع زيادة و « ما يذهب بينهما » في الأخير .

فمن الغريب ما عن الأردبيلي من اقتصاره على خبر غياث دليلاً للمشهور ، ثم قال : والشهرة ليست بحجة ، وابن ادريس مخالف ، ونقل عنه أن لكل واحد ما اقتضى كما هو مقتضى القسمة ، والمستند غير معتبر لوجود غياث ، كأنه ابن ابراهيم العنبري ، وأدلة لزوم الشرط تقتضيه ، وكذا التسلط على مال نفسه ، وجواز الأكل مع التراضي والتعيين التام ليس بمعتبر في القسمة ، بل يكفي في الجملة كما في المعاوضات ، فإنه يجوز البيع ونحوه ، ولأن الدين المشترك بمنزلة دينيين لشخصين وللمالك أن يخص أحدهما دون الآخر ، فلو كان بتخصيص كل واحد قبل القسمة لأمكن ذلك أيضاً فإن الثابت في الذمة أمر كلي قابل للقسمة ، وإنما يتعين بتعيين المالك ، فله أن يعين ، ولكن الظاهر أنه لا قائل به قبل القسمة .

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

قال : « الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن لكل واحد من الشريكين على المديون قدراً مخصوصاً ، وحقاً غير حق شريكه ، ولهبة الغريم وبراءة منه فمتى أبرأ أحدهما

من حقه براء منه فقط ، وبقي حق الآخر لم يبرء منه بلاخلاف ، وإذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشارك شريكه الذي وهب أو أبرأ أو صالح منه على شيء بلاخلاف ، فلو كان شريكه بعد في المال الذي في ذمة الغريم ، لكن في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب ولم يبرأ فيما يستوفيه منه ويقبضه ، ثم عين المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في ذمة الغريم الذي هو المدين عينا لهما معينة ، بل ديناً في ذمته ، لكل واحد منهما مطالبة بنصيبه ، وبراءة منه وهبته ، وإذا أخذه منه وتقاضاه ، فما أخذ عينا من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيهما .

ولم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته ، وومن قلده وتابعه بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له ، ولا تصنيف ، وكذلك السيد المرتضى ولا تعرضاً للمسألة ، ولا وضعها أحد من القميين ، وإنما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الآحاد ، ورد بذلك ثلاثة أخبار أحدها مرسل ، وعند من يعمل بأخبار الآحاد لا يعمل عليه .

ولوسلم الخبران تسليم جليل لكان لهما وجه صحيح مستمر على أصول المذهب والاعتبار ، وهو أن المال الذي هو الدين كان على رجلين ، فأخذ أحد الشريكين وتقاضا جميع ما على أحد الغريمين ، فالواجب عليه هبنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه ، لأنه أخذ ما يستحقه عليه وما يستحقه شريكه أيضاً عليه ، لأن جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بانفراده دون شريكه الآخر ، فهذا وجه صحيح ، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسننا الظن براويهما . فليتأمل ذلك وينظر بعين الفكر الصافي فقيه غموض .

وهو كما ترى صريح في استقلال الشريك بأخذ حقه من غير حاجة إلى إذن الشريك الآخر ، وأنه لا يشاركه فيما أخذه ، لأن كلا منهما ديان مستقل ، كما إذا باعاصفتين ، بل قد يقال : لادلالة في كلامه على صحة قسمة الدين ولزومها ، بحيث لو قبض أحد الشريكين جميع ما على المدينين اختص به للقسمة ، بل لعل كلامه الأخير الذي حمل عليه الخبرين صريح في خلافه ، ومن هنالك بشر المصنف وغيره إلى خلافه

في المقام ، و إنما ذكروا كلامه في باب الشركة .

نعم قد وقع ذلك من بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي والمحدث البحراني و فاضل الرياض ، و إن كان التحقيق خلافه أيضاً في ذلك المقام ، لما سمعته من النصوص التي لم تفرق في اشتراك الغريمين بما قبضه أحدهما بين كونه زائداً على حقه ، و مساوياً بترك الاستفصال فيها ، و لفظ ما الواقع في جوابها .

بل في المختلف « أن الاعتبار يقتضي بذلك ، لأنه بعد أن حكى القولين قال : و قول الشيخ ليس بعيداً من الصواب ، و قياس ابن اديس القبض على الهبة و الابراء غلط ، لأن ذلك اسقاط للحق بالكلية ، فينتفى حق الشريك ضرورة ، أمّا في صورة القبض فليس كذلك ، إذ المال مشترك ، فإذا دفع إلى أحدهما قائماً دفع عفاً ذمته ، و الدفع إنما هو للمال المشترك ، فلا يختص به القابض ، قلت : بل قد يقال إن المتبجّه بعد أن وقع البيع صفقة ، اشتراك الثمن المعين بينهما على حسب اشتراك العين الخارجية و كليته لا ينافي ذلك ، فكل منهما له نصف منه ، لا يمكن إفرازه بالقسمة و هو في النعمة ، بل لا يتعين الثمن ملكاً لهما إلا بقبضهما معاً ، فهما معا حينئذ بمنزلة الديان الواحد ، فقبض كل منهما نصف قبض ، لأنه قبض للنصف ، لعدم إمكان تعيين النصف من الدافع و المدفوع إليه إذا كان أحدهما .

فالأصل حينئذ يقتضي بقاء المدفوع على ملك الدافع حتى يقبضه الآخر ، أو يجيز قبض الأول فيكون حينئذ مشتركاً بينهما لا أنه قبض أحدهما يملك 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 يتعين للقابض نصف مع عدم تعيين كون المدفوع ثمناً لعدم القبض منهما ، إلا أن النصوص السابقة صريحة أو كالصريحة في ملك القابض نصفه ، وأنه يشاركه الآخر ، ولعل حكم المشهور بذلك من جهتها ، لا للقاعدة ، وهي و إن كان موردها القسمة و كلام الأصحاب أعم ، لكن لما كانت القسمة باطلة فهي كعدمها ، فيبقى حينئذ قبض أحد الشريكين من غير إذن صاحبه ، و قد حكم فيها بالشركة فيما اقتضاه أحدهما .

نعم قد يشكل ذلك بأن الموجود فيها الحكم بالأشتراك ، لأنه موقوف ، وليس حينئذ إلا للآذن الحاصل من القسمة التي بطلانها لا ينافي وجود الآذن بالقبض ، فيكون الحكم بكونه ملكاً بينهما متجهاً ، بل قد يقال : إن هذه القسمة غير باطلة ، وإنما هي غير لازمة فالآذن الحاصل منها غير باطل .

و من هنا حملوا خبر علي بن جعفر عليه السلام ^(١) عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الأسناد سألته عن رجلين اشتركا في سلم أبلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا ؟ قال : لا بأس ، على إرادة بيان الجواز ، بل قد يقال : إن الآذن بالقبض الحاصل من القسمة ليس من لوازمها وتوابعها حتى يبطل بطلانها ، بل هو كالأذن الحاصل بالمضاربة بالدين كما عرفت سابقاً أو يقال : إن ما في النصوص مبنى 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 رضی الشريك ، فإن أجاز له ، وإلا كان الجميع من حق القابض ، إذ المنجبه بعد فرض عدم النصوص ما عرفت من توقف دخوله في ملكهما على رضاها معاً ، وإلا بقي على ملك الدافع ، وإن كان هو مضموناً على القابض مع فرض جهل الدافع ، باعتبار كون يده يضمن ، ولا ينافي إجازة الشريك نيّة الدافع و القابض أنه لنصوص المدفوع إليه بعد أن كانت لغواً ، فيكفي حينئذ في صحة الإجازة نيّة الدفع عن الدين والقبض كذلك .

وبالجملة أفراز حصة الشريك من العين المشتركة بالقبض لا يكون إلا بالقسمة من الشريكين والرضا منهما ، ومن هنا ينقذ الأشكال في صحة ضمان حصة أحدهما دون الآخر ضرورة اقتضائه أفرازها عن حصة الآخر ، ولذا قال في جامع المقاصد مؤيداً لكلام ابن ادریس : «إن صحة الضمان من الدلائل على التمكن من أخذ الحصة

منفردة عن الأخرى ، وكذا جواز تأجيل أحدهما حصته بمقد لازم ، بل أطال رحمه الله في تأييده حتى مال إليه ، كما أن الفاضل في المختلف في آخر كلامه قد اعترف بقوته عكس تائي الشهيد في المسالك ، فإنه لم يأل جهداً في تصحيح كلام المشهور وتقريبه للضوابط ، إلا أنه لم يأت بشيء بعد التأمل .

فالتحقيق مع قطع النظر عن النصوص عدم تعيين ما قبضه أحدهما لأحدهما بل هو على ملك الدافع لأن المشترك بينهما كلي لا يتعين إلا بقبضهما معاً ضرورة فالزم ملك كل منهما بالقبض على ملك الآخر ، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الآخر وإلا لانتج كلام ابن ادریس .

نعم لو نشأ في توكيل أحدهما عن الآخر في القبض ، ولا أكن قبضهما معاً أقام الحاكم مقامهما شخصاً آخر ، أو كفى التولية لهما أو غير ذلك ، ولتحقيق المسئلة مقام آخر ، وإنما هذا كلام جاء في الدين منشأؤه نسبة جواز قسمة الدين إلى ابن ادریس وقد عرفت فساده ، وأن بحثه في مقام آخر مذكور في باب الشركة ، بل المشهور الذين ذهبوا إلى تعيين حصة القابض بما قبضه إن لم يشاركه الآخر ، وإلا فنسبة شركته أقرب منه إلى القول بقسمة الدين فتأمل جيداً .

وكيف كان فقد ذكر غير واحد للاحتيال في قسمة الدين الحوالة ، وذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه الذي في ذمة أحدهما لديونين وفيه أن ذلك وكالة لحواله لأنها من البرى ، بل لم أجد فيها خلافاً سوى ما حكاه الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه من توقف الفاضل في التذكرة في ذلك ، ولا ريب في ضعفه .

نعم لو أحوال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صح ، كما أنه يصح الصلح منهما بجعل أحدهما نصيبه في ذمة أحدهما لديونين في مقابلة نصيب شريكه في ذمة الآخر . وفي الدروس الأقرب الصحة وفي جامع المقاصد أنه محتمل قلت : لم أجد وجها للمدم سوى دعوى شمول نصوص عدم قسمة الدين لذلك ، إذ لو صح الصلح لكان المتجّه حمل ما يقع منهما من دون عقده على معاطاته ، مع أن النصوص قد أطلقت عدم تأثيرها مع أن في أسئلة بعضها ما يقضى بحمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، على أن القسمة من أصلها

هي قريبة من الصلح إن لم تكن نوعاً منه ، فمع ظهور النصوص في عدم قسمة الدين قد يستفاد منه عدمها أيضاً و لو بالصلح ، إلا أن ذلك كله كما ترى .

ولو قلنا بصحة ضمان حصّة كل منهما أمكن القسمة أيضاً بأن يضمن كل منهما حصّة صاحبه التي في ذمة أحدهما لديونين بائنه ، فيتم اترا ، ويبقى كل من الدينين لكل منهما بلا شركة ، ولو كان الدين المشترك في ذمة واحدة و أراد أحدهما الاختصاص بعصته من غير إشكال صالح المديون عنها ، بما يدفعه إليه من مقدارها ، أو وهبها له بعوضها ، أو أحال بها الدين عليه أو نحو ذلك والله أعلم

المسئلة السابعة قال الشيخ ومن تبعه : **﴿ إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله ﴾** اعتماداً **﴿ على رواية ﴾** محمد بن الفضيل ^(١) **﴿ قلت للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له : إُدفع إلي ما فلان عليك ، فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين ، و براء الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه ﴾** ورواية أبي حمزة ^(٢) عن الباقر عليه السلام **﴿ سئل عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتري منه بمرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين ، فقال : أعطني ما فلان عليك ، فاني 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 ﴾** .

وظاهر الدروس العمل بهما ، إلا أنهما كما ترى ضعيفتان ولا جابر لهما ، بل شهرة الأصحاب بقسميهما على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده ، وليس في ثابتهما أن الثمن أقل ، فيمكن حمله على المساوى ، و إلا فإطلاقه مما لا يقول به أحد كما طلاق سؤال الأول ، فالواجب حينئذ طردهما أو حملهما ، وكلام الشيخ كما قيل على الضمان 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 أدنى إلى صاحب

الدين كى يستحق الرجوع على المديون ، بل فيه أنه اشترى بعرض ، فكيف يجامع الضمان ، بل دفع القيمة في الأول ظاهر في العرض ألهم إلا أن يراد منها المقدار .
أو يقال بكون المراد على هذا التقدير تأدية الضامن عروضاً ضمنه ، فكان له المطالبة بالقبضة ، لكن على كل حال لا ريب بعد الحمل المزبور ، و أبعد منه حملهما على الشراء الفاسد ، و أن صاحب الدين قد أذن للمشتري أن يقبض من المديون مقدار ما أدى ، و يبقى الباقي لصاحب الدين ، فيكون المراد من البراءة في الأول بالنسبة إلى المشتري ، اذ هو كما ترى .

و لعل الأقرب منهما حملهما على الشراء للمديون نفسه ، ولو بصيغة الصلح باذن من المديون أو بإجازة لاحقة ، فيكون من صلح الحطيطة اذا فرض كون العوض من الجنس .

هذا وقد أساء الأدب في السرائر في المقام مع الشيخ حتى قال : إن كلامه مضحك منه التكلّي ، حث أنه فهم من إطلاق كلامه جواز البيع بالأقل وإن كان ربوياً و عدم التقابض في المجلس وإن كان الثمن والمئتمن من النقدين .

و فيه أن إطلاق الشيخ منزل على احراز شرائط البيع ، و ليس 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 الخبر ان الظاهر أو لهما الصريح ثانيهما في كون الثمن من العروض ، ومن هنا قد انتصر الفاضل في المختلف للشيخ حتى استوفى له حقه ، ولا بأس فإين المؤمن له ناصر والله بعد ذلك هو الغافر ، خصوصاً بعد أن كان هذا كله لاثهار الحق وتدمير الباطل ، بزعم القائل . والله أعلم .
المسألة الثامنة الاقوى حرمة القرض بشرط البيع محاباة أو الاجارة أو غيرها من العقود ، فضلاً عن الهبة و نحوها ، وفاقاً للاستاد الأكبر الشيخ جعفر ، وشيخه الفاضل المتبحر الأقا محمد باقر على ما حكاه عنهما شيخنا في مفتاح الكرامة ، قال : و خالفهما في ذلك استادنا الأمام العلامة استاد الكل في عصره السيّد محمد مهدي ، بل

حكى فيه أيضاً أن الأستاذ الأقالمزبور قد صنف رسالة في تحريم ذلك ، مدعياً اتفاق الأصحاب وتظافر الروايات ، وهو وإن كان قد يظهر من المختلف ذلك أيضاً ، حيث قال في مسألة البيع بشرط القرض المتنازع فيه : إباحة البيع بالمحابات مع اشتراط القرض ، لا العكس ، بل عن الصيمري حكاية ذلك عنه ساكتاً .

لكن الأصناف عدم كون المسألة من الأجماعيات ، إذ في القواعد يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه ، أو يقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه ، ونحوه في التذكرة ، 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 يجوز أن يقترض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ، ثم يتباريان ، سواء شرط في إقرضه ما يفعله الآخر أو لا ، خلافاً للشافعي ، يمكن أن يكون المراد منها اشتراط نفس القرض ، لا الإبراء ، مع أنه غير ما نحن فيه ، بل ما في الفتية من جواز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله في بيع أو اجارة أو غيرهما ، بدليل إجماع الطائفة ، يحتمل كون المراد غير ما نحن فيه من المحابات ، كالنهاية والسرائر وجامع الشرايع التي عبر فيها بمثل العبارة المزبورة ، من دون دعوى الأجماع كما قيل .

بل لعل ما حكاه في كشف الرموز كما قيل عن الشيخ من الإجماع على أنه يجوز لمن يقرض مالا أن يبتاع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لأعلى وجه التبرع ، بل بسبب الأقرض ، وأنه لا يعرف له مخالفاً كذلك أيضاً ، وأنه لم يأخذه شرطاً في عقد القرض وإن كان هو السبب فيه ، مع أن المحكى عن خلافه أنه قال : إذا باع داراً على أن يقرض المشتري ألف درهم ، أو يقرضه البائع ألف درهم فإنه سائغ ، وليس بمحظور دليلنا إجماع الفرق ، إلا أنه ومع ذلك كله فلا يقطع بحصول الأجماع على الحرمة .

نعم نص عليها الفاضل في التحرير فقال : ولو 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 ، وعن كشف الرموز أنه حكاه عن بعض الأصحاب وتكرر هو فيه ، وقيل أنه يلوح من صاحب التنقيح وعن الأستاذ أنه حكاه عن المصنف وعن

أبي طالب الحسيني في رسالته الفارسية .

وكيف كان فلا ريب في أنه الأقوى لصدق جر النفع به ، المحرم فتوى وسنة ، ولا يعارضه ما دل على « أن خير القرض ما جر نفعاً » ، المحمول كما عرفت على عدم الشرط ، ونحو ذلك مما تقدم ، كما أنك قد عرفت الكلام في اشتراط الرهن والكفيل على هذا الدين أو دين آخر ، وفي اشتراط الصحيح بدل الغلة ، وفي اشتراط الإعطائه في بلد آخر أو غير ذلك ، مما هو غير مناف لذلك ، أو أنه دل عليه الدليل ، وأنه لا نقول به ، فلاحظ وتأمل .

بل قد عرفت في دعوى المحقق الثاني من أن الممنوع اشتراط الزيادة في نفس مال القرض ، أوصفته ، وما في تأمل الأردبيلي في حرمة اشتراط زيادة الصفة ، والعبارات السابقة التي بعضها معقد صريح الإجماع أو ظاهره قد عرفت الحال فيها ، وعلى تقدير إطلاقها فالتعارض بينها وبين ذلك من وجه ، ولعل الترجيح للمقام ، فلا وجه لدعوى تقييد هذا الإطلاق بها ، كما أنه لا وجه لمعارضته بالاجتماعات المحكية على جواز البيع بشرط القرض ، وبغيرها من الأدلة المذكورة لذلك ، فإنه قد أنهاها في المختلف إلى خمسة وعشرين ، وإن كان في بعضها ما فيه ، بعد وضوح الفرق بين المسألتين و أنهما 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 دل على حرمة جر النفع من الأخبار المرسلة بل قيل العامة في غاية الفساد ، بعد ما عرفت من اتفاق الفتاوى على مضمونه ، وأن في نصوصنا المعتمدة ما هو مثله في الدلالة كصحيح محمد بن قيس^(١) وغيره المتقدمة سابقاً التي هي دليل آخر للمطلوب ، خصوصاً صحيح محمد بن قيس منها ضرورة أنه مع اشتراط محاباة في قرض الورق مثلاً قد اشترط زائداً على رد مثله ، وقد نهى عنه ، ولا ينافيه خروج اشتراط ما لا نفع فيه عنه ، بعدم معلومية

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين الحديث - ١١

كون المراد منه عدم اشتراط الزائد على ذلك مما يكون نفعاً للمقرض لامطلقاً ، ولو بقرينة ذيله ، والورق فيه لا ريب في ارادة المثال منه لكل قرض ، وبالعجالة لا ينبغي التأمل في دلالة جميع النصوص السابقة أو أكثرها على حرمة القرض ، ولو أن كون الشرط للنفع في عقد آخر مسوغاً لذلك ، لجاز اشتراط الهبة والعارية و نحوهما مما هو معلوم العدم نصاً و فتوى ، ولعل المسألة من الواضح لا تحتاج إلى إطناب ، بل الداعي إلى هذا القدر من الكلام هو أنني قد عثرت على تحرير لبعض مشايخنا في هذه المسألة قد ذكر فيه أن هذه المسألة من أمهات المسائل بل مهماتها ، وأنه قد كتب هو وغيره فيها رسالة ، وقد أطنب في المقال مختاراً للحل فيها ، بل شدد النكير على القول بالحرمة ، مستنداً إلى نصوص: خير القرض ما جرّ نفعاً ، ^(١) ونصوص سلسبيل ^(٢) التي قدمنا شطراً صالحاً منها في تأجيل المعجل ، و إلى إطلاق العبارات السابقة التي بعضها معاقداً لأجماع ، مضافاً إلى العمومات ، وإلى ما أورده على ما يقتضي المنع ، مما يعرف جوابه بأدنى تأمل فيما ذكرناه .

كما أنه يعرف عدم الدلالة في شيء مما ذكره من النصوص المزبورة وإن أكثر منها ، ضرورة خلوها عن الاشتراط في عقد القرض ، ولا ريب في أنه لا بأس به مع عدمه ، والأجماعات السابقة قد عرفت حالها ، والعمومات يجب الخروج عنها ، فليس للجواز حينئذ شيء يعتد به .

كما أنه ليس للمنع في شرط القرض بعقد البيع محاباة شيء يعتد به ، وإن حكى في المختلف عن بعض من عاصره التوقف فيه ، بعد أن قال : المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصره إلامن شذ أنه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً ، ولعله أراد بمن عاصره المصنف ، فإن المحكي عنه التردد في ذلك وأن له كلاماً واحتجاجاً .

وكان ذلك هو الذي دعى الفاضل في المختلف إلى الإطناب في المسألة حتى ذكر

(١) الوسائل الباب ١٩ - من أبواب الدين

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العقود

للجواز خمسة وعشرين دليلاً ، وإن كان جملة منها تكريراً للدليل ، أولاً يرجع إلى حاصل ، وقد اعترف هو بأن بعضها ذكرناه للالزام ، لالاحتجاج ، والعمدة العمومات في الشرط والبيع ، وإطلاق نصوص الحيلة الواردة في حكاية سلسبيل وغيرها ، واتفاق الاصحاب ظاهر على الجواز ، فإن المفيد والمرضى والشيخ وغيرهم قد نصوا على ذلك ، وجعلوا الخلاف فيه للعمامة ، وأنه ليس لهم دليلاً على ذلك ، بل نص المرضى والشيخ على الإجماع عليه ، بل في المختلف اتفاق علماء الامامية السابقون على الجواز ، فانهم قالوا : لا بأس ان يبتاع الانسان 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 الامامية حجة ، وبالجمله كان الاطناب في ذكر كلمات الاصحاب ومعاقد إجماعاتهم وذكر ما يقتضى الجواز من ذلك وغيره خال عن الفائدة ، لمعلوماته بأدنى ملاحظة ، خصوصاً مع عدم ما يقتضى المنع سوى ما ذكره الفاضل في المختلف من صحيح يعقوب بن شعيب ^(١) المتقدم سابقاً في مسألة اشتراط النفع في القرض ، الذى هو مع خلو عن النص على المحاباة وعن اشتراط ذلك في العقد بلفظ « لا يصح » ، المشعر بالكراهة وصحيح محمد بن قيس ^(٢) المتقدم أيضاً الذى هو مع التأمل دال على المطلوب لاعمسه ، فلا أقل من أن يكون خارجاً عنهما ، وخبر خالد بن حجاج ^(٣) « جاء الربا من قبل الشروط » وإنما يفسده الشروط الذى هو من القضايا بالمجملة المفسرة بغيره من النصوص التى ذكرت في الربا في اشتراط النفع في القرض واشتراط الزيادة في بيع المتساوين ونحو ذلك ، وكون البيع محاباة نفعاً وهو مشروط في القرض ، فيجب أن يكون حراماً ، الواضح فساد به بأنه غير محل النزاع ، إذ الكلام في اشتراط القرض فيه ، لا العكس ، ودعوى التلازم بينهما ممنوعة كوضوح فساد الاستدلال أيضاً بأنه لو جاز اشتراط المحاباة في القرض لجاز اشتراط الهبة والعارية ، لأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لا فاد الحل ، ومع اشتراطه في القرض يحرم ، إذ هو أيضاً خارج عن

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من ابواب الدين الحديث - ٩ - ١١ -

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب الصرف الحديث - ١ -

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 أو لا ، وبعدم استحالة الثاني ثانياً ، وخبر محمد بن قيس بعد اشتراك راويه بين الثقة وغيره لا يعمول عليه ، ضرورة وضوح فساد إن كان المراد التزام جواز ذلك في عقد القرض ، وإلا كان خارجاً عمّا نحن فيه ، فالتحقيق في الجواب ما عرفت والله أعلم .

المسألة التاسعة : لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غير هالم يكن عليه إلا الدراهم الأولى ، وفاقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين ، لا إطلاق الأدلة ، وخصوص الصحيحين ^(١) ، وخلافاً للصدوق في المقنع ، فأوجب التي تجوز بين الناس ، للصحيح ^(٢) أيضاً « لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس ، كما أعطيته ما ينفق بين الناس » القاصر عن مقاومة السابقين من وجوه ، فيحمل على أخذ ذلك بالتراضي بينهما ، ولم يكن فيه ربا . بل قد يرجح للمستقرض الدّفع للاحسان ، أو على إرادة قيمة الأولى إذا فرض تعذرها ، وربما حمل على مهر الزوجة أو ثمن المبيع ، وفيه مع خروجه عن الظاهر أن حكمهما حكم القرض .

نعم يمكن ثبوت الخيار في المعاملة بها مع عدم العلم ، لأنه كالغيب بالنسبة إلى ذلك ، والأفلا فرق بينهما وبينه ، بل وبين المضاربة على الأقوى ، فرأس المال الدراهم الساقطة دون الثانية . وقد يحتمل جبر النقص بالربح ، إلا أنه ضعيف ، لعدم كونه نقصاً في رأس المال ، وإنما هو نقص في قيمته بسبب من غير التجارة . وكيف كان فلو تعذرت فالقيمة وقت التعذر ، أو القرض أو المطالبة أو الأداء أو الأعلى ، بوجوهه على حسب ما تقدّم سابقاً في تعذر المثلي ، لكن ينبغي إعطاء القيمة من غير الجنس حذراً من الرّبا بناء على عموم جريانه لمثله ، كما هو واضح . والله أعلم .

المسألة العاشرة : قال الفاضل وغيره : لو قال المقرض للمقرض مثلاً إذا امت فأت في حلّ ، كان وصية ولو قال : إن مت ، كان إبراء باطلاً ، لتعلقه على الشرط ،

(*) تنظرظ .

(١) (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الصرف الحديث - ٢ - ٣ - ١

ووافقه على الأولى في الدروس ، ونسب الثاني إلى القيل ؛ وقال : الأقرب العمل بقصده ولعل وجه الفرق بين إن وإذا ، أن إذا ظرف في الأصل ، وإن عرض لها معنى الشرط فكأنه قال : وقت موتي أنت في حل ، وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه ، فلا تعليق فيصح ، وإن حرف شرط مقتضى للشك في كونه إبراء ، ومتى كان المعلق عليه مشكوكاً فالمعلق أولى ، ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعاً ، لأن الاعتبار في عدمه بالصيغة الواقعة إبراء ، فمتى لم تكن واقعة على وجه الجزم ، لم تكن صحيحة .

لكن قد يناقش أولاً : بأن الوصية قد تقع بلفظ إن ، كما صرح به الفاضل في وصايا الكتاب ، فمع قصد الوصية من الفرض لم يكن به بأس ، ودعوى أن الشارع وضع إذا في إنشاء الوصايا ، دون إن كما عن حواشي الشهيد غير ثابتة ، و ثانياً : أن المتجه البطلان مع قصد الإبراء دون الوصية ولو بلفظ إذا ، للتعليق الممنوع و دعوى - أنه مع الجهل بالقصد يحمل الأول على الوصية ، والثاني على الإبراء المعلق أما لو علم إرادة الوصية منهما صح فيهما ، كما أنه لو علم إرادة الإبراء المعلق فسد فيها - يمكن منع شهادة العرف بذلك ، وأنه لا فرق بينهما كما لا يخفى فتأمل والله أعلم .

المسئلة الحادية عشر : الظاهر من النصوص والفتاوى جواز الاقتراض وإن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء لو طولب ، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح فحرمه ولعله لموثق سماعة ^(١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل منا يكون عنده الشيء يتبلغ به ، وعليه دين أيطعم عياله حتى ياتي 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 : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولا يستقرض على ظهره إلا وعنده وفاء ، ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة و

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب ٤ من أبواب الدين الحديث ٣ وذيله في الباب ٢

اللقيمتين والتمرة و التمرتين ، إلا أن يكون له ولي يقضى دينه من بعده ، ليس منّا من ميت يموت إلا جعل الله له ولياً يقوم في عديته ، فيقضى عديته ودينه ، ولكنه مع شهادة ذيله بخلاف قوله في الجملة غير مقارن للإطلاقات المعتضدة بإطلاق الفتاوى .

مضافاً إلى خبر موسى بن بكر ^(١) 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 الأمام قضاؤه فإن لم يقضه كان عليه وزره ، إن الله عز وجل يقول : «إنما الصدقات للفقراء والمساكين - إلى قوله - والفارمين» وهو فقير مسكين مفروم ، ونحوه غيره ، بل روي ^(٢) أيضاً : «أن من استقرض في حق أجل سنة ، فإن اتسع وإلا قضى عنه الأمام عليه السلام » وخبر أيوب بن عطية ^(٣) الحذا قال : سمعت أبا عبد الله يقول : «كان رسول الله يقول : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، وإن ترك ما لا فللوارث وإن ترك ديناً أو ضياعاً فإلى وعلى » والضياع بالفتح العيال ، ونحوه غيره .

وخبر أبي موسى ^(٤) قلت : لأبي عبد الله عليه السلام جعلت فداك يستقرض الرجل ويحج ؟ قال : نعم قلت : يستقرض ويتزوج ؟ قال : نعم إنه ينتظر رزق الله غدوة وعشية إلى غير ذلك مما هو دال بإطلاقه وغيره على الجواز . بل ينبغي القطع به مع علم المقرض بذلك ، فلا بأس حينئذ بحمل الخبر المزبور على نوع من الكراهة ، أو على الأقراض مع العزم على عدم الوفاء ، أو غير ذلك .

وعلى كل حال فهو دال على الاكتفاء بالولي ، وإن لم يكن يجب عليه الوفاء كما أفتى به الشيخ في النهاية ، ومن الغريب مناقشة ابن إدريس له بعدم وجوبه عليه مع عدم قوله به ، اللهم إلا أن يريد عدم جواز الأقراض اعتماداً على الولي الذي لا يجب عليه

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين الحديث - ٢

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٣٩٠ .

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ضمان الجريرة الحديث ١٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الدين الحديث - ١

الوفاء ، وحينئذ يكون اجتهاداً في مقابلة النص ، كقوله بعدم جواز الاستدانة لغير الواجب من الحج الذي قد عرفت تصريح الخبر به ، قال في السرائر : « لا يجوز للإنسان أن يستدين ما يصرفه في نفقة الحج إلا بعد أن يكون الحج قد وجب عليه لوجود شرائطه ، ويكون له مال إذا رجع إليه قضي منه دينه ، وما ورد من الأخبار في جواز الاستدانة للنفقة في الحج محمول على ما ذكرناه وحررناه ، لا على من لا يكون الحج قد وجب عليه ولا يكون له مال إذا رجع إليه قضي منه دينه ، لأن هذا لا يجب عليه الحج وهو على هذه الصفة ، وإذا كان كذلك لا يجب عليه ، فلا يجوز أن يستدين ليفعل ما لا يجب عليه . »

و يمكن أن يريد بعدم الجواز الكراهة ، خصوصاً مع ذكره قبل ذلك « أن الأولى للمختار أن لا يستدين إلا إذا كان له ما يرجع إليه فيقتضى به دينه ، فإن لم يكن له ما يرجع إليه فقد روي أنه إن كان له ولي يعلم أنه إن مات قضي عنه قام ذلك مقام ما يملك ، إلى أن قال : « فإذا خلا من الوجهين فإنه يكره له الاستدانة وليس ذلك بمحظور إذا كان عازماً على القضاء منقياً له في الطاعات والمباحات ، وهو صريح فيما قلنا ، فمن الواجب حمل كلامه على ما ذكرناه والله أعلم . »

﴿ 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 باجارة ، ولا استدانة ، ولا غير ذلك من العقود ، ولا بما في يده يبيع ولا هبة إلا بأذن سيده ولو حكم له بملكه ﴾ لما عرفته سابقاً من كونه محجوراً عليه ، وأنه لا يقدر على شيء . 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 ، كما علم بعدم توقف الرخصة في بعض الأفعال له على

إذن السيد ، بل الظاهر أنها رخصة شرعية حتى ينهاء السيد عنها ، فيجب امتثاله حينئذ .

لكن المراد بعدم جواز ما في المتن إذا كان الواقع العقد خاصة عدم ترتب الأثر عليه ، فهو فضولي حتى لو قلنا بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيده ، باعتبار أنه تصرف في لسانه المملوك للسيد من غير إذنه ، إلا أن ذلك لا يمنع من صلاحية العقد للتأثير مع الإجازة ، ومنه ينقذ صحة عقد العبد للغير حتى مع نهي السيد له ، فضلا عن الوقوع بغير إذن ، إذا قصاه الإثم في التلفظ بذلك ، وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر . لكن لا يخلو من تأمل .

وعلى تقديره لا تنمر في صحته الإجازة كما هو واضح ، 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 يتجه منعه من الضمان التبرعي ونحوه الذي لم يتوقف على ملك أو تملك غير صالح للعبد ، وفي ثبوت دليل له غير الآية ^(١) التي قد سمعت البحث فيها سابقاً لا يخلو من بحث ، ولعله لذا كان تحجيرة الفاضل في التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيد لكن يقوى في النظر المنع لظاهر الفتاوى وغيره .

نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذي يقوم مقام العارية له ، بناء على صحتها لمن دون إذنه ، كما هو الظاهر ، بل قد يقال بجواز الإباحة المضمونة بالتلف له ، لأصل السالم بلامعارض وليس ذلك قدرة للعبد ، بل قدرة للعهر على ماله ، فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ لا يجوز له التصرف ﴿ إذا أذن له المالك أن يشتري لنفسه ﴾ لما عرفته سابقاً من استحالة ملكه شرعاً ، فإذا له فيه كعدمها ، فيقع الشراء له باطلاً ، بل الظاهر بطلانه للسيد أيضاً ، لعدم إذنه بالشراء له ، ودعوى - أن الشراء لنفسه قد تضمن أمرين : الأذن في الشراء وتقييده بكونه لنفسه ، فإذا بطل المقيّد بقي المطلق ، لأن المطلق جزء المقيّد فيقع للمولى ، لأنه إذن في الإبتياح في الجملة -

واضحة البطلان لأن الإذن إنما يتعلق بأمر واحد ، وهو المقيد المخصوص بالعبد فحيث لم يصح كان الأتباع باطلاً ، لأنه غير مأذون فلا يثمر ملكاً للمولى . لأنه يأذن فيه على هذا الوجه .

نعم قد يقال : ليس المراد من ذلك تقييد الشراء بكونه للعبد ، بل هو أشبه شيء بالمقارنات الاتفاقية ، وإثما المراد الشراء ، فنيته حينئذ لنفسه لاغية ، والفرض أن الشراء مأذون فيه ، وليس غير السيد يقع له ، فهو كما لو قال السيد لعبد : اشتر لي فاشترى العبد لنفسه ، فإن الظاهر عدم تأثير نيته ، وكقول القائل لو كيله : اشتر لي بعين هذا المال فاشترى به الوكيل ناوياً نفسه ، فإن الظاهر صحة الشراء ولغو النية . فنية العبد هنا لنفسه بعد أن كان غير قابل للتبليغ من قبيل نية الوكيل نفسه مع كون الشراء بعين المال ، بل من قبيل نية العبد الشراء للدابة ، بل ما نحن فيه أشبه شيء بما لو قال القائل : اشتر بعين مالي لزيد كذا ، فإنه لا ريب في صحة الشراء لصاحب المال وإن نوى المشتري أنه لزيد ، إلا أنه بعد أن كان المالك للمال المجعول ثمناً غيره كانت النية لاغية ، فكذا المقام فتأمل جيداً .

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

❖ ولكن في المتن ❖ فيه تردد . لأنه يملك وطىء الأمة المبتاعة . مع سقوط التحليل في حقه ❖ ولا يخفى عليك أن ما ذكره وجهاً لأحد شقّي التردد لا ينطبق على ذلك ، ولو حمل على كون ذلك من السيد ولو بقرينة عدم ملكية العبد لإرادة انتفاع العبد بما يشتريه 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 وطى الأمة المبتاعة بالاذن المزبورة مع سقوط التحليل في حقه ، بناء على اقضائه التملك الممتنع بالنسبة إليه ، مع أنه لا معنى لتحليله أمة الغير ، إذ الفرض عدم وقوع غير الاذن السابقة ، فلم يبق مستنداً لجواز الوطى إلا الاذن السابقة ، فإذا أثرت فيه ففي غيره بالأولى .

لكن هذا مبني على كون جواز الوطى أوضح من غيره ، حتى يصح جعله دليلاً بالأولية ، وعلى كل حال فالعبارة كما ترى . لكن ما في التذكرة قديمي إلى ما ذكرنا في الجملة ، قال : « لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صح ، والأقرب أنه لا يملكه العبد ، فحينئذ يملكه المولى لا استحالة ملك لا مالك له ، ولكن للعبد استباحة التصرف والوطى لو كان أمة ، لامن حيث الملك بل لاستلزامه الاذن ، هذا وفي المسالك جعل منشأ التردد ، كون العبد يملك وطى الأمة المبتاعة ، يحتمل امرين ، معترفاً بوضوح فسادهما معاً ، وفي شرح الترددات لأحد تلامذة المصنف على الظاهر « إذا أذن المولى لمملوكه في الشراء لنفسه ، هل يملك بذلك ؟ تردد فيه المصنف و منشأ النظر إلى عموم قوله تعالى ^(١) « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » وقد عرفت فيما مضى أن النكرة في سياق النفي تعم . وفي الاستدلال بهذه الآية تعسف إلى أن قال : وإلى الالتفات إلى أنه يستبيح وطى الأمة المأذون له في ابتياعها لنفسه ، ولا شيء من الأسباب المبيحة للوطى موجودة هنا إلا التملك ، فيلزم القول به ، أما الأولى فلأن الأسباب المقتضية للاستباحة العقد وهو منتف هنا ، والتحليل ، وهو منتف أيضاً لافتقاره إلى اللفظ الدال عليه ، فلم يبق سوى الملك .

وأما الثانية ، فظاهرة لأستحالة وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بدون لازمه ، ولو قيل بالمنع من الوطى أصلاً إلا مع صريح اللفظ كان وجهاً ، ولقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا ، إذا الاذن في الشراء مستلزم للاذن في الوطى وهذا

إنما يتأتى على قول من لم يجعل للتعلييل لفظاً معيناً ، وهو كما ترى . من غرائب الكلام . و ما كنا لنؤثر أن يقع ذلك ممن له أدنى نصيب في العلم . و في القواعد : ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه أي المولى إشكال ، وهل يستبيح العبد البضع الأقرب ذلك ، لامن حيث الملك بل لاستلزامه الأذن ، و فيه : تأييد لما قلناه سابقاً في الجملة والله أعلم

و كيف كان ﴿ فاذا أذن له المالك في الاستدانة ﴾ لنفسه على حسب إذنه في الشراء له ، جرى فيه البحث السابق الذي منشأه عدم ملكية العبد المشترك بين المقامين ، بعد فرض إرادة الأذن له بأن يملك بالاستدانة ، و احتمال أن له شغل ذمته بالأذن و إن كان الذي استدانه ملكاً للمولى ، فإذا رضي المقرض يكون العوض في ذمة العبد المأثون ، ستعرف ما فيه .

نعم إن أذن له في الاستدانة ﴿ له كان الدين لازماً للمولى ﴾ قولاً واحداً كما في المسالك ، و بلاخلاف كما في غيرها ، بل ولا إشكال ضرورة كونه كالوكيل ، بل هو أولى باعتبار عدم مال للعبد ، يؤدي مثله ، إذهولاً يقدر على شيء ، 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 ، ويستقر على المباشر لاثلافه ، وإن كان قد يشكل فيما إذا علم المقرض بالحال ، و أقدم على ذلك ، و كان المتلف المولى ، لأنه هو الذي ضيع ماله ، فيتبع به العبد بعد عتقه ، لعموم « على اليد » ^(١) .

و يدفع بأنه يلتزم بذلك إذا كان صحيحاً ، فمع فرض الفساد يتجه الرجوع على المولى حتى مع العلم بالفساد ، كما في غيره من العقود الفاسدة ، و كذا إن كان أذن له في الاستدانة لنفقته الواجبة على المولى بل و غيرها ﴿ إن استبقاه أو باعه ﴾ بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن المذهب الأجماع عليه ، للتعلييل السابق الذي لا فرق فيه بين كون المنتفع العبد أو السيد ، بعد أن كان هو الأذن للعبد الذي

لا يقدر على شيء ، ولصحيح أبي بصير ^(١) وغيره الظاهر في أن مداركون 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 فالدَّين على مولاه ، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ، ويستسعى العبد في الدين » وفي خبر شريح ^(٢) « قال أمير المؤمنين عليه السلام : في عبد يبيع و عليه دين ؟ فقال : دينه على من أذن له في التجارة ، و أكل ثمنه » وفي الموثق ^(٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات و ترك ديناً و ترك عبد له مال في التجارة و ولدأ و في يد العبد مال و متاع ، و عليه دين استداناه العبد في حياة سيده في تجارته ، فإن الورثة و غرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال و المتاع و في رقبة العبد ؟ فقال : أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ، ولا على ما في يده من المتاع و المال إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما في يده من المال للورثة ، فإن أبوا كان العبد و ما في يده للغرماء يقوّم و ما في يده من المال ، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ، فإن عجز قيمة العبد عن أموال الغرماء رجّعوا على الورثة فيما بقى لهم إن كان الميت ترك شيئاً وإن فضل من قبضة العبد و ما كان في يده عن دين الغرماء رده على الورثة .

وفي خبر أشعث ^(٤) عن الحسن عليه السلام « في رجل يموت و عليه دين قد أذن لعبد له في التجارة ، و على العبد دين ؟ قال : يبدأ بدين السيد ، و من الاجماع على عدم وجوب البداية يعلم عدم إرادة ذلك من الأمر ، و في الرياض الاستدلال عليه بخبر طريف ^(٥) يبيّن الأكفان - « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء و البيع ، فوقع عليه مال للناس ، و قد أعطيت به مالا كثيراً ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن بعته لزمك ما عليه و إن اعتقته فالمال على الغلام - و هو مولاك .

(١) (٣) (٥) الوسائل الباب - ٣١ - من ابواب الدين الحديث - ١ - ٥ - ٢

(٢) الوسائل الباب - ٥٥ - من ابواب العتق الحديث - ٢

(٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من ابواب العتق الحديث - ١ -

وفي آخر ^(١) ان طريق الاكفاني كان أذن لغلام له في البيع والشراء فأفلس ولزمه دين ، فأخذ بذلك الدين الذي عليه ، وليس يساوي ثمنه ما عليه من الدين ، فسأل أبا عبدالله عليه السلام ، فقال : إن بعته لزمك الدين ، وإن اعتقته لم يلزمك الدين فأعتقه و لم يلزمه شيء ، ، ولا يقدر ما فيهما من اشتراط البيع بعد عدم القائل بالفرق بينه وبين الإبقاء بل قيل إنه أولى ، كما أن قصور السند فيهما وغيرهما منجبر بما سمعت من الإجماع المعتضد بعدم الخلاف .

نعم هم مامع خبر عجلان ^(٢) عن الصادق عليه السلام «في رجل أعتق عبداً و عليه دين ؟ قال : دينه عليه ولم يزده العتق إلا خيراً » حجة القول الذي أشار إليه المصنف بقوله ﴿ وإن أعتقه قيل : يبقى الدين في ذمة العبد ﴾ والقائل به الشيخ في النهاية والقاضي وجماعة على ما حكى ، بل لعله ظاهر التذكرة .

﴿ وقيل : بل يكون باقياً في ذمة المولى ، وهو أشهر الروايتين ﴾ والقولين ، بل هو المشهور بين الأصحاب نقداً وحصيلاً : لصحيح أبي بصير ^(٣) السابق وغيره ، القاصر غيره عن معارضته سنداً ولا جابر ، بل ودلالة إذ الأول وإن صرح فيهما بالتفصيل بين العتق وغيره مما هو قابل لتخصيص صحيح أبي بصير وغيره ، إلا أنها لا تصرح فيها بالتفصيل بالأذن وعدمه الذي صرح به في صحيح أبي بصير ، والأذن بالبيع والشراء فيهما أعم من الأذن بماتضمناء من الدين الذي لزم العبد ، فتخصيصهما بالصحيح المزبور أولى للشهرة بقسميها ، ولقاعدة كون العبد بالأذن في الاستدانة باقياً في ذمة المولى كالوكيل ، وإن أنفقها على نفسه ، ولاستصحاب ضمان المولى ، بناء على أن المشغول مع الأذن ذمة المولى ، لأن العبد المشغول ، والمولى يجب تأديته عنه ، وإلا كان الأصل بالعكس ، ومنه ينقدح ضعف آخر للدعوى : وهو أنه لم يتجدد سبب صالح للشغل حال العتق ، فهو مرجح آخر أيضاً ، مضافاً إلى غير ذلك .

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

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

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

ولا ينافي ما فيهما من كون الدين على المولى، إن باع، إذ يمكن كما في الحدائق والرّياض كون ذلك للمحيلولة بينه وبين أصحاب الدين بالبيع، لا من حيث أن المال لازم بأصل الاذن في التجارة، والحال أن الاذن لم يحصل في الاستدانة وفيه أنه لاحيلولة بعد فرض عدم الاذن في الاستدانة، ضرورة كونه يتبع به العتق، فلا يمنع المالك من بيعه كما هو واضح على أن هذا الكلام منافي للاستدلال بهما سابقاً على المسألة الأولى المبني على وقوع ذلك من المولى، فلا بد حينئذ من طرحهما في مقابلة ما عرفت أو حملهما على ما استسمع، من حمل نصوص الاستدانة عليه في مسألة الاذن له في التجارة، دون الاستدانة. وأما خبر عجلان فهو مع ضعف سند هو لا جابر - واحتمال كون مرجع الضمير المجرور بعلى فيه إلى المولى، ولا ينافيه الذيل - مطلق يقيد بصريح أبي بصير، ولو سلم كون التعارض بينهما من وجه أيضاً كان الترجيح له بما عرفت سابقاً فتأمل جيداً. وكيف كان فقد ظهر لك أن دين العبد إذا كان بائناً مولاه كان لازماً ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو مات المولى كان الدين في تركته، ولو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم﴾ كما دل عليه الموثق السابق، بل في المسالك «إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه، وإلا فالجميع غرماء المولى، وإن كان لا يخلو من بحث، إلا أن الحكم لا إشكال فيه».

وخبر^(١) البدأة مع قصور سنده جداً مطروح أو محمول على ما ذكرناه، وربما أوّل بتعميم دين السيد لدين عبده، والبدأة بالنسبة إلى الإرث والوصايا، وبالحمل على صورة الاذن في التجارة دون الاستدانة، فيخص حينئذ دين السيد بدين نفسه دون عبده، ويجعل الأمر باداء دين العبد المفهوم بالأبتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة ولا بأس به، وإن كان ما ذكرناه سابقاً أولى والله أعلم.

﴿وإذا أذن له في التجارة، اقتصر على موضع الاذن. فلو أذن له بقدر معين﴾ أوزمان أو مكان أو جنس كذلك ﴿لم يزد﴾ عليه كما في كل محجور عليه؛ وفي التذكرة نسبته إلى علمائنا. وما عن القاضي - من أنه «إذا أذن له يوماً فهو مأذون أبداً حتى

يحجر عليه « - في غاية الضعف ، كقول أبي حنيفة بحصول الإذن من السيد بمجرد عدم نهيه ، بل قال : « لو أذن له في القسارة أو الصبغ صار مأذوناً في كل تجارة » إذ لم نعرف المستنداً في شيء من ذلك ، بل أصول المذهب تقضي بخلافه ، ضرورة عدم استفادة الإذن من السكوت فيما سكت عنه ولا في غيره ولو أطلق له التجارة اقتصر على ما استفاد منها ، ولعله مختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة نعم لا يدخل التزويج فيها قطعاً ، ولا الصدقة ؛ بل في الدروس ولا إجارة نفسه ، وأما إجارة رقيقه ودوابه ففي دخولها نظر ، من عدم انصراف لفظ التجارة إليها ، ومن أن التاجر ربما فعلها ، واستقر به في الدروس . وفي القواعد « الأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة » وعن القاضي أنه يؤجر نفسه ويستأجر غيره ويزارع ويستأجر الأرض ، والمرجع في ذلك كله إلى العرف .

ولا يثبت كونه مأذوناً بقوله ، بل بالسماع أو البيئنة ، وفي الدروس أو الشيعاء . وفي القواعد أنه الأقرب ، لكن قد يشكك - إذا كان المراد منه ما يفيد الظن المتأخم وأنه يحكم به على المولى ، إن أنكر - بعدم الدليل ، بل قيل : إنه لضعفه لا يثبت به الملك الذي بيد شخص ، فكيف يحكم به على المولى ، نعم لا بأس بجواز الأقدام به على المعاملة ، وإن كانت الدعوى . لو أنكر السيد - باقية ، بل في جامع المقاصد لا يبعد الاكتفاء بخبر العدل ، إذ الأصل في خبر المسلم الصحة ، وقد تأكد بالعدالة بل لو أخبر من أئمر خبره أمكن القبول ، إذ ليس ذلك بأقل من خبر مدعى الوكالة عن الغير في بيع ماله ، وليس بأقل من خبر الصبي بالهدية ، ولو أظفر بموافق على هذا لم يعدل عنه ، 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 .

و كيف كان فيجوز أن يحجر عليه وإن لم يشهد ، وعن القاضي أنه « لا بد من إشاعته في سوقه ، و علم الأكثر ، و لا يكفي علم الواحد ، بل للمواحد السامع الحجر معاملة ، لعدم تمام الحجر » ولا ريب في بعده ، إنما الكلام في الحجر عليه بذلك ،

أو إلى أن يبلغ كالوكيل ، ولو اختلف المولى و المعامل في تقدم الحجر على المعاملة و تأخره عنها كان القول قول المعامل ، إذا كان صورة الدعوى أن الحجر قد وقع في غد، و المعامل أنكر ذلك ، و لتعمد الكلام في ذلك محل آخر ، و لو قال : حجر على السيد لم يعامل . بل في الدروس و إن أنكر السيد ، لأنه المتعاطي للعقد ، و احتمله في القواعد . وفيه نظر لأن الحجر فعل السيد و قوله ، و الشرط في صحة العقد إليه ، لا القصد إليه من حيث كونه صحيحاً ، و لذا جاز المتعة بالمرأة المخالفة و شراء الغائب ممن لا يرى جوازه من العامة ، و غير ذلك ، و من هنا قال في التذكرة : مذهبنا الجواز بعد أن حكى عن أحد وجهي الشافعية خلافه .

و يقبل إقرار المأذون في الدين مطلقاً أو للتجارة إذا أقر به لها و إن كان لأبيه أو ابنه ، خلافاً لأبي حنيفة فلم يقبله لهما ، و ما في التذكرة « من أن المعتمد عدم قبول إقراره بديون المعاملة » يمكن أن يريد مع عدم الأذن ، و إلا كان واضح الضعف نعم هو كذلك لو كان بغير المأذون فيه ، إذ هو كغير المأذون الذي لا يقبل إقراره على سيده بمال أو قصاص أو غيرهما بل في القواعد هل يتعلق بذمته نظر ، و إن كان ضعيفاً لعموم جواز إقرار العقلاء ، فالأقوى تبعيته به بعد العتق ، كما أن الأقوى قبول إقراره بالجناية الموجبة قصاصاً أو مالا لو صدقه المولى ، بل ينبغي القطع به للعموم المزبور ، و مانعية السيد قد ارتفعت بتصديقه .

ولو أذن السيد لعبده في المعاملة بمقدار كذا و دفع إليه مالا ليتجر به فعاد و بيده أعراض يدعى أنه شراها في ذمته ، و أن دينها باق ، و أنه قد تلف ما كان بيده ، و أنكر السيد ذلك ، ففي جامع المقاصد ، أن قبوله مستبعد جداً و فيه أنه يمكن القبول بعد فرض الإذن بالشراء بالذمة .

ولو أذن له السيد في التجارة بمقدار كذا ولم يدفع إليه شيئاً ، فعاد ، و بيده أعراض يدعى شراها في ذمته و بقاء الثمن ، و أنكر السيد فالأقوى قبول إقراره ، نظراً إلى كونه أميناً و إلى شهادة الحال ، و مقتضى الإذن ، و لتضرر معامليه إن لم يقبل ، و احتمال في جامع المقاصد لعدم حجية شهادة الحال ، و الضرر يدفع

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

نعم لو أقر العبد المأذون بأن ما في يده ملك لفلان ودبعة أو غصباً ونحوهما ، ففي القبول إشكال كما في جامع المقاصد أيضاً من أنه كالوكيل ، ومن أن ما بيده لمولاه ، ولعل الثاني لا يخلو من قوة ، ولو اشترى المأذون للتجارة ففي الدروس طواب بالثمن وإن علم البائع كونه مأذوناً بخلاف الوكيل ، فإنه عرضة للزوال يعزل نفسه وفيه بحث بناء على ما سمعته سابقاً من المسالك وغيره نعم لو طوّل السيد جاز قطعاً .

﴿ ولو أذن له السيد في الأبتياح إصرف إلى النقد ﴾ وإن كان الأمر بالكلي ليس أمراً بجزئي معين ، بل مقتضاه التخيير إلا أن النسبة لما كانت أمراً زائداً على الأبتياح - إذ هي إنما تكون بالشرط - لم يكن الإذن فيه إذناً بذلك ، كغيره من الشرائط بخلاف النقد ، فإنه ليس زائداً على طبيعته الأبتياح ، ولعل هذا أولى ممّا أجاب به الفاضل ، لما أورد عليه قطب الدين الرأزي بما سمعت من اقتضاء الأمر بالكلي التخيير ، من أن البيع أعز ، فلا يبدل على النسبة بإحدى الدلالات الثلاث .

إذ فيه أولاً : أنه معارض بالنقد ، وثانياً : بأن عدم دلالة النسبة بالخصوص لا ينافي التخيير المزبور ، كما في سائر ألفاظ الكلي ، 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 المحكى عنه أنه عدل عن هذا الجواب إلى جواب آخر وهو أنه اختص النقد بواسطة قرائن خارجية عينية وهي الأضرار بالمولى في النسبة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد ، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال ، أولاً غرض له فيه - وفيه منع الأضرار في سائر الأحوال وربما يكون له غرض وصلاح ، على أن محل البحث مع التجرد عن القرائن ، وإلا فهي لا ينضبط ، وقد يكون الإذن في الأبتياح من دون أن يدفع إليه شيء .

وبالجملة لا محيص عما ذكرناه سابقاً الذي يؤيده في الجملة موثق الساباطي^(١)

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ٢ - .

المروى 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 ، والتمن إذا لم يكوّن اشتراطاً فهو نقد ، فتأمل ، والبحث في البيع كالبحث في الابتياح .

﴿ ولو أطلق له النسبة كان الثمن في ذمة المولى لأنه كالوكيل عنه ﴾ وهذا ﴿ لو تلف الثمن ﴾ الذي دفعه إليه ﴿ يلزم المولى عوضه ﴾ لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد ، وليس المراد الثمن المعين ، لأن تلفه يبطل البيع ، فلا يلزم المولى عوضه من غير فرق بين تلفه بتفريط وغيره هذا . وفي المسالك « لو لم يكن السيد أذن بالشراء في الذمة فاشترى بها ، ثم تلف الثمن الذي دفعه إليه لم يلزم السيد بدله ، وحينئذ فإن تبرّع السيد ودفع ثانياً صح العقد له ، لأن العبد حينئذ كالفضولي للسيد ، والبيع وقع له ، فإذا دفع الثمن صح له ، وإلا فسخ البايع العقد . » وقد يشكك بأنه إن أجاز المولى لم يمكن للبائع الفسخ ، وإلا فسخ البيع لنفسه وليس للبائع إبقاء العقد راضياً بكون الثمن في ذمة العبد يتبعه به بعد العتق ، إذ ليس للعبد ذمة يشغلها اختياراً بمعاوضة من دون إذن السيد ، بل ومع إذنه لأن المعاملة سفهية ، إذ يمكن اقترانها بما يخرجها عن السفه بل لاقتضاء ذلك كون المبيع ملكاً للسيد ، لأن العبد لا يملك على الأصح ، والثمن على العبد فيملك المثلث حينئذ من لا يملك عليه الثمن ، وذلك في المعاوضات غير جائز ، اللهم إلا أن يدعى خروج الفرض عن هذه القاعدة ، باعتبار عرضية عدم ملك العبد ، وأن ذمة العبد للسيد باعتبار تسلطه على الحجر عليها .

لكن ظاهر أصعابنا عدم ذلك من غير فرق بين العبد وغيره . نعم ستمع ما في التذكرة في خصوص الضمان . ويمكن أن يكون ما سمعته من المسالك مأخوذاً مما في التذكرة ، قال : « لو أسلم إلى عبده ألفاً للتجارة ، فاشترى في الذمة على عزم صرف الألف في الثمن ، فالأقرب أنه لا يجب على المولى دفع البدل ، لأنه أذن بالمعاملة بما دفعه ، وهو ينصرف بالشراء بالعين . »

لكن السيد إن دفع ألفاً آخر مضى العقد ، وإلا فللبايع فسخ العقد ، وهو أحد الأقوال الشافعية ، والثاني : أنه يفسخ العقد كما لو اشترى بآلفين ، لأن المولى حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف ، وقد فات محل الإذن ، فبطل البيع ، والثالث : أنه يجب على السيد ألف آخر ، لأن العقد وقع له ، والتمن غير متمين ، فعليه الوفاء بإتمامه ولا بأس به إن كان السيد قد أطلق لذلك ، بل هو المتمين حينئذ ، وإلا فالوجه ما قلناه ، ولعل مرادهما بقريضة مقابلة وجوه الشافعية الفضولي لأن له الفسخ وعدمه مع فرض عدم إجازة السيد والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿إذا أذن له في التجارة ، لم يكن ذلك إذناً لمملوك المأذون﴾ بناء على أنه يملك ، وأن المراد من هو في خدمته من عبيد السيد . مجازاً باعتبار صدق الإضافة بأدنى ملازمة ، وعلى التقديرين فليس الأذن له في التجارة إذناً له ﴿لافتقار التصرف في مال الغير إلى صريح الإذن﴾ أو كالصريح ، وليس هذا منه لغة ولا شرعاً ولا عرفاً ، بل ليس للمأذون إستنابته كما أنه ليس له استنابة غيره ، لأن الإذن في التجارة إنما وقعت له ، وهي لا تقتضي إذناً في التوكيل الذي لا يدخل تحت اسم التجارة فما عن أبي حنيفة - من أن للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة - واضح الضعف .

نعم قد تقتضي 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 مقتصراً في الأذن على ما يشملها ﴿فاستدان وتلف المال﴾ في يده ﴿كان لازماً لذمة العبد﴾ يتبع به بعد العتق الذي هو حال التمكن من الأداء على المشهود بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن الخلاف الإجماع على ذلك ، لوجود سبب الضمان بالنسبة إليه دون سيده ، فيبقى الباقي على أصالة براءة ذمته ، بل الظاهر الإجماع على عدم اشتغالها .

﴿و﴾ إن كان قد ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية أنه ﴿يستسعى﴾ العبد

﴿فيه معجلاً﴾ للغرور بالاذن بالتجارة الذي من الواضح منعه بحيث يستلزم الرجوع
 لصحيح أبي بصير ^(١) المتقدم آنفاً المحمول - كما في الرِّياض - على علم المولى
 باستدائته مع عدم منعه عنه ، الظاهر في حصول الاذن منه له بالفحوى ولا كلام فيه ،
 أو على الاستسعاء برضا المولى كما أفصح عنه خبر روح بن عبد الرحيم ^(٢) عن الصادق
 عليه السلام «في رجل مملوك استتجره مولا فاستهلك مالا كثيراً ، فقال : ليس على مولا
 شيء ، ولكنه على العبد ، وليس لهم أن يبيعهوه ، ولكن يستسعى ، وإن حجر عليه
 مولا فليس على مولا شيء ولا على العبد ، ونحوه خبر أبي بصير ^(٣) لكن سؤاله
 «رجل استأجر مملوكا وفي ذيله » وإن عجز عنه فليس على مولا شيء ولا على العبد
 شيء » بدل قوله في هذا الخبر « وإن حجر عليه » إلى آخره ، بل في الوافي أنه يشبه
 أن يكون الخبران واحدا وقع في أحدهما تصحيف ، والأمر سهل ، أو على تقييد
 الاستسعاء بعد العتق وإمكان قد يخدش الأول : بأنه مناف لا إطلاق الصحيح 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 ^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن
 مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك مولا حتى صار عليه مثل ثمنه ، قال : يستسعى فيما
 عليه » إنما هو فيما كان في أصل التجارة ولعله لا يقول به الخصم ، فالمتجه حينئذ إلحاقها
 أي الفحوى بالاذن الفعلية ، أو العدم ، بل الظاهر الإلحاق فيما فرضه منها من علم
 المولى وعدم المنع ، ضرورة كونه رضا فعلياً بعد تسليم أنه فحوى ، فلم يفقد إلا التصريح
 المعلوم عدم دوران الحكم مداره ، والثالث : بأنه لا يجب الاستسعاء بعد العتق ، إنهو
 حينئذ كغيره من أفراد المعسر الذي ينتظر إيساره ، والثاني : بإمكان كون المراد من
 قوله «إن حجر إلى آخره» أنه لا شيء لهم عليه ولا على مولا إن كان قد أدانوه مع تحجير
 مولا عليه ، اللهم إلا أن يدعى أن الظاهر الأول ، ولا ينافيه الاحتمال وفيه منع بل

(١)(٢)(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين - الحديث - ١ - ٣ - ٦ -

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٣ -

لعلّ الظاهر ما ذكرناه وإن جزم بالأوّل في الحقائق ، وقيد الصحيح المزبور به حينئذ .

لكن في المسالك حمل الصحيح المذكور على الاستدانة للتجارة ، قال : « و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعى العبد وغيره ، والأقوى أن استدائمه لضرورة التجارة إنما يلزم ممّا في يده ، فإن قصر استسعى في الثاني ، ولا يلزم المولى من غير ما في يده ، وعليه تحمل الرواية .

وفيه أولاً : أن الرواية لا تقبل ذلك بعد تعليق السعى فيها على عدم الإذن ، و ثانياً : أنه لا دليل على تقييد ضمان المولى بمافي يد العبد مع فرض الإذن ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً موثق زرارة^(١) منها ، فلا ريب في أن المتبجّه مع الإذن ضمان السيد مطلقاً . ولعلّ الأولى من ذلك كله حمل خصوص الاستسعاء على المأذون إذناً لا يراد منها إلّا رفع الحجر عنه والإثم عليه ، لأنّ المراد منها الإذن التي تشبه الوكالة فتأمل جيّداً .

ثم إنّ ظاهر إطلاق المشهور عدم الفرق بين علم المدين بحاله و عدمه ، خلافاً لابن حمزة فيتبع به بعد العتق في الأوّل ، ويستسعى في الثاني ، قال في الوسيلة : المملوك إذا استدان لم يغفل من ثلاثة أوجه : مأذون في الاستدانة ، أو في التجارة دون الاستدانة أو غير مأذون ، فالأوّل : حكم دينه حكم دين مولا ، والثاني ضربان : 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 سيّده . وهو - مع غرابته بالفرق بين الثالث والأوّل من الثاني - واضح الضعف ، إذ لا دليل له في الثاني الذي هو محلّ الخلاف بينه وبين المشهور إلّا ما سمعته دليلاً للنهاية الذي قد عرفت قصوره عن إفادة ذلك ، ولو أنه قال في الأوّل بالضياح كالثالث لكان له وجه ، باعتبار أن المالك هو الذي قد أقدم على إتلاف ماله ، وإمكان قد يدفعه منع ذلك بعد فرض أن العبد له ذمّة يتبع بها بعد العتق ، فأدلة الضمان بحالها .

(١) الوسائل الباب ٣١ - من أبواب الدين الحديث - ٥

نعم لومات العبد قبل العتق إتجه الضياع ، مع أن الظاهر بقاء حكم المديونية عليه ، فلتتبرع بالوفاء عنه وللاحتساب من الزكاة أو غيرها من الحقوق وجه فتأمل جيداً . وأما ما يحكى عن أبي الصلاح من التفصيل بين المأذون في الاستدانة وعدمه ، فالأول على المولى والثاني يتبع به بعد العتق 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 ، ضرورة كون المنشأ في ذلك حصول الإذن في الأول ولولان 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 ، بناءً 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 . تحقيق كالمبيوتر علوم إسلامي

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 إنشاء 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 إحتطاب وإحتشاش والنقاط ، أشكال ، لعدم تناول الإذن في التجارة إيّاه ، وأنه بالإذن صار الجزء المؤدى من كسبه ، وأخرى « ولور كبه أي المأذون الديون ، لم يزل ملك السيد عتافي يده فيصرف في الديون ، فإن فضل عنه شيء استسمى على قول الشيخ في النهاية . لصحيفة أبي بصير ^(١) وفي المبسوط يتبع به إذا تحرر ، وفي رواية عجلائ ^(٢) إن باعه السيد فعليه ، وإن اعتقه فعلى المأذون ،

(١) الوسائل الباب - ٣١ من أبواب الدين الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ٤٥ من أبواب العتق الحديث - ١

وقال الفاضل . يلزم المولى .

ومعنى كما ترى فيها إضطراب من وجوه ، والتحقيق ما أومأنا إليه ، من حمل نصوص الاستسعاء على ما سمعت ، وما دلّ على التزام المولى على ما عرفت ، وربما كان في خبري ^(١) طريف إيماء في الجملة إلى ما ذكرنا ، ضرورة أن وجه التزام المولى لو باعه أي المأذون إذناً يراد منه رفع الحجر الحيلولة بين أرباب الدين وبينه ، بخلاف ما لو اعتقه فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿و﴾ من ذلك ظهر لك الحال فيما ﴿لولم يأذن له في التجارة ولا الاستدانة والحال أنه﴾ استدان قتل المملوك في يده ، إذ لا إشكال في كونه إذا ﴿كان﴾ كذلك ﴿لازماً لذمته يتبع به﴾ لعموم أدلة الضمان ﴿دون المولى﴾ للأصل وغيره بل ولا خلاف فيه ، وإن قال الشيخ : «انه يذهب ضباعاً» لكن فسر في السرائر بما في المتن . نعم ربما يظهر غير ذلك من الضياع في عبارة الوسيلة السابقة ، مع أنه يمكن حمله عليه ، فيرتفع الخلاف حينئذ ، وعلى تقديره فهو في غاية الضعف لمنافاته أدلة الضمان السالمة عن المعارض هذا *مكرر تحقيق كالمبيوتر علوم إسلامي* ولكن في الرياض « أنه لو بادر إلى الاستدانة من دون إذن بالمرة ، لزم في ذمته ويتبع به إذا أعتق ، ولا يلزم المولى شيء بخلاف . للأصل وصحيح أبي بصير وموثق وهب ^(٢) » ثم قال بعد نقلهما : « إن 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 الرجوع إلى الأذن بالفحوى ، كما هو ظاهر الموثقة والصحيحة ، وإن كانت الإضافة إلى إذن الفحوى مطلقة أو عامة إلا أنها محتملة للتقييد بالصورة المزبورة جمعاً بين الأدلة ، ويفرق حينئذ بين الأذن السريع 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 ^(١) « في الرّجل يستأجر مملوكاً فيسئلك ما لا كثيراً ؟ فقال : ليس على مولاه وليس لهم أن يبيعوه ، ولكن يستسعى وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء » ونحوه الخبر ^(٢) ، لكن تبديل عجزه عنه - ، حجر عليه مولاه وعليه يمكن حل الخبرين الآمرين بالسعي على صورة رضا السيد ، وإلا فيتبع به بعد العتق ، وهو غير بعيد لو لم يكن في السند قصور . وفي المتن تصحيف ، هذا وربما يحمل الاستسعاء على ما بعد العتق ، فيندفع الأشكال ، ولكن يلزم آخر ، وهو : عدم استسعاء الحر فيما عليه ، إلا أن يكون هذا مستثنى ، لكنه فرع ظهور الخبرين في الحمل ، وهو محل نظر ، بل لعلهما في الاحتمال الأول ظاهران كما لا يخفى .

قلت : إذا أحطت خبراً بجميع ما ذكرنا تعرف أن كلامه محل للنظر من وجوه منها - ما قد عرفت من أنه لا إشكال نصاً ولا فتوى في أن 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 جيد إن كان يرجع إلى ما ذكرناه سابقاً ، وإلا فهو محل للنظر أيضاً ، وبالجمله كلامه في غاية التشويش ، وكان المسألة غير محررة عنده ، ولا غرو بعد ما سمعت من كلام غيره كالشهيد في الدروس وغيره . والله أعلم .

﴿فرهان﴾

قد تقدم حكم ﴿الأول﴾ منهما : وهو ما ﴿إذا اقترض﴾ العبد ﴿أو اشترى﴾ بغير إذن ﴿سيده أو إجازته﴾ كان باطلاً و ﴿حينئذ﴾ تستعاد العين ﴿مع بقائها﴾ إن شاء المالك ، ضرورة أن له إباحته له ، مضمونة عليه ، إذ ليس هو كالطفل لا تصح الأباحة له بعوض ، وأنه متى سلطه المالك لم يكن له ضمان عليه ، والسفّه بالرّضا

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ٣-

(٢) الوسائل الباب ٣١ من أبواب الدين الحديث ٢-

بالضمان - الذي قد يذهب المال معه ضياعاً - يمكن فرض ارتفاعه ، ودعوى - امتناع كل معاملة مع العبد وإن لم تفد تملكاً - لادليل عليها ، إلا نفي القدرة في الآية ^(١) المستفاد منه الحجر مطلقاً من غير فرق بين ذمته وغيرها ، وفيه بحث قد تقدم سابقاً ، وقد صرح في ضمان التذكرة ، بصحة ضمان العبد من دون إذن سيده لكونه تصرفاً في ذمته ولا ضرر فيه على السيد .

وعلى كل حال ﴿ فإن تلفت ﴾ العين في يد العبد ﴿ يتبع بها إذا أعتق وأيسر ﴾ ولا يلزم المولى شيء بالاخلاف ، إلا إذا كان العبد مأذوناً بالتجارة ، ففيه البحث السابق و كان المصنف أعاد هذا الفرع مع ذكره سابقاً للنص على بطلان الشراء والقرض ، خلافاً لبعض الشافعية ، فصححه مع القول بأن العبد لا يملك ، لأنه تصرف في ذمته على وجه لا يضر السيد ، فالعين المشتراة حينئذ ملك للسيد ، وكذا المقترضة مع قبضها وإن كان العوض في ذمة العبد ، إلا أن المحكي عنه جواز رجوع البائع والمقرض بالعين ، لا عار العبد .

وفيه : أنه لا يتم مع العلم بحالده ، وقبض السيد للعين المقترضة فأراد المصنف التنبيه على فساد قوله بالتصريح ببطلان الشراء والقرض ، للحجر عليه ، ولعدم أهلية العبد للملك ، وأنه لا معنى لملك المولى بغير عوض أصلاً كما أنه لا معنى له بعوض في ذمته مع عدم رضاه ، بل ولا معنى له والعوض في ذمة العبد ، لامتناع حصول ملك المعاوضة لمن لم يكن العوض منه ، وإن كانت المقدمة الأخيرة لا تخلو من بحث ، كما أن دعوى الحجر عليه حتى بالنسبة إلى ذلك كذلك . والله أعلم .

الفرع ﴿ الثاني : إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف في يده ، كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى ، وبين اتباع المملوك إذا أعتق وأيسر ﴾ لثبوت يد كل منهما على المال بغير حق ، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد ، لم يرجع المولى على العبد بشيء وإن كان غاراله كما قيل ، بل ظاهرهم أنه مفروغ منه ، من عدم تعلق ضمان العبد لمولاه ، وثبوت المال له على ماله ، ولادليل على تجددده بعد العتق .

سم لو كان الرجوع عليه بعد عتق العبد ، والفرض أنه كان مغروراً له ، إنجه رجوعه عليه للمغرور ، كما أنه لو رجع على العبد بعد عتقه ، إنجه له الرجوع على سيده إذالم يكن قد غرّه ، لاستقرار التلف في يده .

وإشكال الأخير بأن الرجوع وإن كان حال الحرية إلا أن ابتداء الثبوت في ذمة السيد بالتلف في حال الرقبة التي لم يكن العبد يستحق معها كاشكال سابقه بأن رجوع السيد على العبد وإن كان في حال حرّيته ، إلا أن ابتداء الثبوت في حال الرقبة التي لا يتصور ملك السيد لها على مملوكه .

- يدفع مأمعاً منع الثبوت قبل الرجوع ، وإن كان لتعمام تحقيق ذلك - و تحقيق الضمان في الأيدي المتعاقبة على معنى مشغول الذمة بحيث يكون ديناً عليه هل هو من كان القرار عليه ، وغيره انما يستحق الرجوع عليه ، لأنه مشغول الذمة ، أو أن الجميع قد اشتغلت ذممهم وإن برأت بدفع البعض ، أو أن الخيار بيد صاحب المال ، أو غير ذلك - محل آخر والله أعلم .

مركز تحقيق كاتوير علوم إسلامي
﴿ خاتمة ﴾

لاخلاف في وجوب ﴿أجرة الكيال ووزان المتاع﴾ والعدّاد والذراع مع توقف التسليم عليها ﴿على البايع﴾ سواء كان المبيع كلياً في الذمة أو جزئياً معلوماً من صبرة مشتملة عليه ، أو غير ذلك ، ﴿و﴾ في وجوب ﴿أجرة ناقد الثمن ووزانه﴾ وكياله وعدّاده ﴿على المبتاع﴾ للمقدمة ، لكن قد يستشكل في النقد ، بعدم وجوبه اعتماداً على أسالة الصحة ، ويدفع بانه يجوز القبض لها لأنه يجب ذلك ، للأصل ، ولأن الواجب تسليم الصحيح ، ولانه قد يمتنع على القابض اثباته أن المبيع من المقبوض .

﴿و﴾ كذا لاخلاف في وجوب ﴿أجرة بايع الأمتعة﴾ الناصب نفسه لذلك ﴿على البايع﴾ مع أمره له ، بل إذنه فيه ، وعدم قصد التبرع من العامل ، للاحترام محل المسلم الموجب لذلك شرعاً ، وإن لم يكن قد استحضّر الأمر العوض بل ولا

المأمور ، بل مقتضى ذلك وإن لم يكن ناصباً نفسه لذلك مع كون العمل مما له أجرة في العادة، **﴿و﴾** كذا الحال في أجرة **﴿مشتريها﴾** أي الأمتعة فإنها **﴿على المشتري﴾** مع أمره أو أذنه على نحو ما تقدم في البايع وإطلاق المقنعة والوسيلة كون أجرة الدلال على المبتاع والمنادي على البايع منزل على ما ذكرنا قطعاً .

﴿ولو تبرع﴾ الدلال **﴿أو غيره﴾** بأن فعل لا يقصد الأجرة **﴿لم يستحق أجرة﴾** قطعاً للأصل **﴿ولو أجاز المالك﴾** بيعه، نعم قد يتجه استحقاق الأجرة إذا كان قد فعل بقصد ما فضولاً عن المالك وقد أجاز ، إذ هو كغيره من أفراد الفضولي الذي تؤثر فيه الإجازة اللاحقة ، بل قد يحتمل تأثير الإجازة في الفعل الذي لم يقصد به التبرع ، بناء على جريها في العقود والأفعال . لكن على كل حال لا تلازم مع هذا القصد إجازة نفس البيع وإجازة الجعل ، فله الأقتصار على الأول دون الثاني .

﴿وقد ظهر من ذلك كله أنه﴾ إذا باع **﴿الدلال أمتعة شخص على حسب ما قدمنا﴾** واشترى **﴿أمتعة أخرى لا خير﴾** فأجرة ما يبيع على الأمر بالبيع وأجرة الشراء على الأمر بالشراء **﴿إذ لا مانع من تعدد الداللتين بالجعل في السلعتين﴾** و **﴿إمكان الدلال واحداً . نعم﴾** لا يتولاهما الواحد **﴿في السلعة الواحدة ، بأن يكون سمسيراً^(١) لبايعها ، وسمسيراً لمشتريها ، لاقتضاء سمسة كل منهما مراعاة مصلحته المنافية لمصلحة الآخر ، ضرورة ابتناء البيع على المغالبة والمماكسة ، فمصلحة كل منهما بغير 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 للبايع مثلاً وجود المشتري ، ومن الشراء وجود البايع ، أو أنهما اتفقا على سعر مخصوص ، فيكون المراد إيقاع العقد . وقد يدفع - مع أن ذلك خلاف الغالب ، بل يمكن منع السمسرة فيه ، بل

(١) السمسار : المتوسط بين البائع والشاري والساعي للواحد منهما في استجلاب

الأخر ، وهو غير الدلال ، معرب - سيمسار - بالفارسية (أقرب الموارد)

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

فليس المراد حينئذ بعدم توليتهما الواحد أنه لا يجوز اخذ الجعلين لو اُخذ على الإيجاب من البايع وعلى القبول من المشتري .

ودعوى - أن ذلك عمل واحد فهي اجارة واحدة موزعة عليها - يدفعها أن ذلك تغيير لفظي ، لا يليق حمل عبارات أعيان الاصحاب عليه ، مع أنه يمكن منع كونه اجارة واحدة ، بل هما عملان مستقلان قد يختلفان في الجعل ، وقد يتفقان ، وقد يجعل لاحدهما دون الآخر ، بل المراد أنه لا يتولى الجعل على البيع وعلى الشراء ، الواحد ، ضرورة اقتضاء الجعل على البيع كونه جملا على الأثر الحاصل من تمام الإيجاب والقبول ، وهو متحد بالنسبة الى البايع والمشتري ، فتحصيل قبول المشتري مستحق على الدلال بالجعل على البيع ، فليس له أن يأخذ جملا منه عليه ، وكذلك العكس ، بل هو كما لو جعل له جملا 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 .

فمن هنا قال الأصحاب : لا يتولاهما الواحد ، أي لا يتولى الواحد الجعل على تمام البيع من البايع والمشتري ، ولكن لا بأس بتولى الاثنين ذلك ، على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على تمام البيع ، فيكون فعل كل منهما مقدمة لتحصيل الأثر للآخر الذي يستحق به الجعل على من جعل له فتأمل جيداً . فانه دقيق نافع في عموم المنع لأفراد المسألة مضافاً إلى ما يشعر به مرسل ابن أبي عمير^(١) عن بعض أصحابنا فقال : اشتريت لأبي عبد الله عليه السلام جارية فناولني أربعة دنانير فأبيت قال : أما لتأخذتها فأخذتها ، فقال : لا تأخذ من البايع .

(١) الوسائل الباب ١٨ - من أبواب احكام العقود الحديث - ١ - باختلاف يسير .

ولو فرض أن كلاً من البايع والمشتري قد جعل له جعلاً فإمكان المراد ألا يجاب والقبول لم يكن اشكال في جواز أخذ الجعلين منهما تقارن أمرهما أو تلاحق ، و إمكان المراد الجعل على تمام البيع فليس له الرجوع إلا على من قصد العمل له ، والرجوع عليه ، كما يؤمى إليه ما في التحرير وليس له أن يأخذ عن سلعة واحدة أجرين من البايع والمشتري ، بل يأخذ ممن يكون عاقداً له و وكيلاً فتأمل .

ومع فرض قصدهما معاً احتمال سقوط الأجرة من رأس ، و توزيعها عليهما و تقديم 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 ، ولا ينافي ذلك ما قلناه سابقاً المبني على فرض رضا بكل من الجعالتين على تمام العمل من دون علم الآخر ، لأنها 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 موجباً قابلاً ، والمشهور - لو احدى - 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 الإذن في البيع ، و أجرة القبول من الإذن في الشراء ، وثانيهما : إذا أمراه بالبيع والأبتياح ، فالأجرة على السابق ، وإن افترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد ، فالأجرة عليهما ، وكذا إن تلاحقا و كان الغرض مجرد العقد ، و إن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل منهما ، فللواسطة أجرتان على قدر العملين .

و فيه نظر من وجوه ، وإمكان قد أخذ كثيراً من ذلك من الدروس ، فإنه قال : « وأجرة الدلال على أمره ، ولو أمراه فالسابق ، فإن افترنا و كان الغرض تولية طرفي العقد فعليهما ، وكذا لو تلاحقا و كان مرادهما مجرد العقد ، ولو منعنا من تولية

الطرفين امتنع أخذ أجرين ، وعليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما الواحد .
 لكنه كما ترى خصوصاً وقد عبر بذلك من يرى جواز تولي الطرفين . على
 أن الكلام في الدلال الذي هو السمسير لا مجرد متولي العقد ، والأصل في تعرض متأخرى
 الأصحاب لذلك ما في المقنعة والنهاية ، « ومن نصب نفسه لبيع الأمتعة كان له أجره
 البيع على البائع ، ودون المبتاع ، ومن نصب نفسه للشراء كان أجر ذلك على المبتاع
 فإي كان وسيطاً يبتاع للناس ويبيع لهم ، كان له أجره على ما يبيع من جهة البائع ،
 وأجره على ما يشتري من جهة المبتاع » .

وفي السرائر « ليس قصد شيخنا في ذلك أن يكون في عقد واحد بائعاً مشترياً ،
 بل يكون تارة يبيع ، وتارة يشتري في عقدين ، لأن العقد لا يكون إلا بين اثنين » .
 وفي المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « ليس بجيد ، لأننا نجوز كون الشخص
 الواحد وكيلًا للمتعاقدين ، 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 لتعدد المسبب كالأب العاقد عن ولديه » .
 قلت : لا ريب في أن مراد الشيخ ما ذكره ابن ادريس ، كقوله في الوسيلة : و
 من نصب نفسه للأمرين ، فأجرته على من عمل له ، وإن لم يكن لما ذكره من العلة
 السابقة ، بناء على أن مراده منها ما فهم منها في المختلف ، كما أنه لا ريب في ضعف
 ما في المختلف ، بناء على إرادته استحقاق الأجرين في الفرض الذي قد أوضحنا منعه
 سابقاً ، ويمكن إرادته الأجره على الأيجاب ، والأجره على القبول ولا بحث فيها .
 لكن في الرياض قد حكى عنه صريحاً والمحكمي عن المحقق الثاني ، وظاهر
 النهاية القول باستحقاق الأجرين على تمام البيع ، نظراً إلى أن الأمر بالعمل أقدم
 منه على التزام تمام الأجر بحصول المأمور به ، ورضائه بذلك ، ولا مدخل لاتحاد
 العمل ، وكأنه مال إليه فقال : ولعله غير بعيد سيما مع كون متعلق الأمرين طرفي
 الإيجاب والقبول ، وجهل أحدهما بأمر الآخر .

وفيه ما عرفته سابقاً ، بل ليس في جامع المقاصد ما أرسله عنه ، بل ظاهره

أوصريعه ما قلناه ، كما أنك قد عرفت كون مراد النهاية ذلك أيضاً ، بل هو محتمل المختلف إلى غير ذلك من كلماتهم التي يعرف ما فيها من الاحاطة بما ذكرنا والله أعلم.

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ إذا هلك المتاع في يد الدلال ﴾ من غير تفريط ﴿ لم يضمنه ﴾ بخلاف ﴿ ولا إشكال لأنه أمين نعم ﴾ لو فرط ضمن و ﴿ لكن ﴾ لو اختلفا في التفريط و عدمه ﴿ كان القول قول الدلال مع يمينه ﴾ كما في كل أمين ﴿ ما لم يكن بالتفريط بيّنة ﴾ فتقدم حينئذ على قوله كما هو واضح ﴿ وكذا لو ثبت التفريط واختلفا في القيمة ﴾ كان القول قوله أيضاً لاصالة براءة ذمته من الزائد ما لم يكن بيّنة ، فتقدم على قوله .

وبالجملة حكمه حكم غيره من الأمانة وغيرهم ، لكن في المقنعة والنهاية أنه إن قال له المالك : بعه سيئة بدراهم مسماة فباعة نقداً بدون ذلك كان مخيراً بين أن يفسخ البيع ، و بين أن يمضيه ، و يطالب الواسطة بتمام المال ؛ و فيه : أنه ليس له سبيل على الواسطة بالتمام بعد الاجازة ، اللهم إلا أن يريد به تمام ما باعه به و كان الواسطة قابضاً وقد أجاز البيع والقبض ؛ وفيهما أيضاً أنه إن قال : بع هذا المتاع ولم يسم له ثمناً ، فباعه بفضل من قيمته ، كان البيع ماضياً ، و إن باعه بأقل من قيمته كان ضامناً لتمام العقد حتى يسلمها إلى صاحب المتاع على الكمال ، و هو كما ترى .

و لذا نسبه في التحرير إلى الرداءة و يمكن تأويلها إلى الضوابط ، وفيهما أيضاً أنه إن اختلف الواسطة و صاحب المتاع في القول بالبيع بكذا ، كان القول قول صاحب المتاع يمينه ، وله أن يأخذ المتاع إن وجد به يمينه ، فإن كان قد أحدث فيه ما ينقصه أو يستهلكه ضمن الواسطة من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع ، و فيه : أنه لا وجه لضمان الواسطة ذلك ، لما عرفت إلى غير ذلك مما في المقنعة والنهاية مما لا يوافق الضوابط ، و كذا الوسيلة فلاحظ و تأمل . والله أعلم بحقيقة الحال .

﴿ كتاب الرهن ﴾

الذي هو مصدر رهن أو إسم للشيء المرهون الذي يجمع على رهان . كسهم وسهام ، وربما قيل : ورهن لكن عن الألفش أنه قبيح ، لعدم جمع فعل على فعل إلا قليلاً : كسقف وسقف ، بل هو جمع الجمع .

﴿ و ﴾ على كل حال فتمام ﴿ النظر فيه يستدعي فصولاً ﴾

الأول : ﴿ في الرهن وهو ﴾ لغة الثبات والدوام و في المسالك « و عن المصباح المنير : أو الحبس بأي سبب كان ، قال الله تعالى ^(١) « كل نفس بما كسبت رهينة » وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أنسب إن افتقر إلى المناسبة ، قلت : ليس له معنى شرعي جديد يحمل عليه لفظه في الكتاب والسنة كما حرر في محله ، وإن طفحت عباراتهم بأنه شرعاً ﴿ وثيقة الدين المرتهن ﴾ لكن لا يريدون بذلك أنه حقيقة شرعية بل المراد حقيقة عند المتشرعة .

ولذا نسب في المحكي عن مجمع البحرين إلى عرف الفقهاء ، وتسامحوا في تعريفه ، المقصود منه مجرد التصوير والتمييز ولو بذكر الشرائط فيه ، فلا يناسب الأيراد عليه بلزوم الدور فيه ، بذكر المرتهن فيه الذي يمكن تغييره بصاحب الدين أو من له الوثيقة ، وبأنه غير شامل للرهن على الدرك والأعيان المضمونة مما ليس ديناً الذي تسمع البحث في صحة الرهن عليهما وعدمه ، و بنحو ذلك .

بل نوقش في لفظه بعدم المطابقة فيه بين المبتدأ الذي هو لفظ مذكر ، والخبر الذي هو لفظ الوثيقة المؤنث ، مع أنه قد يدفع بأن لفظ الوثيقة يستوي فيه التذكير والتأنيث في الاستعمال ، كما صرح به بعضهم ، فخرجت التاء عن التأنيث ، بل قيل : إن التاء فيها للنقل من الوصفية إلى الأسمية .

وعلى كل حال فلا ينبغي الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً

على معناه اللغوي ، وإنما اعتبر الشارع فيه شرايط للصحيح منه ، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص ، أو الإيجاب ، أو اللفظ الدال على ذلك على حسب ما سمعته في البيع ، لأنفس الوثيقة التي هي معنى إسمي له ، خارج عما نحن فيه من البحث عن العقود ، فلا بد من حمل عبارة المصنف على إرادة جنس الوثيقة ، أو نحو ذلك مما ينطبق على العقود .

والمراد كما ستعرف فيما يأتي من الوثيقة للدين ما يستوفى منها ، لا أن المراد يستوفى بسبب حبسها ، وإن لم يصلح الاستيفاء منها ، كأم الولد ، والعين الموقوفة و نحوهما ، ﴿ و ﴾ لا إشكال في ثبوته : أي الرهن في الجملة ، بل الأجماع بقسميه عليه ، بل لعله من ضروريات المذهب أو الدين .

كما لا ريب في أنه ﴿ يفتقر ﴾ عقده ﴿ إلى الإيجاب والقبول ﴾ بل قد يظهر من المتن ومن عبر كعبارته توقف صدقه أو صحته على ذلك ، بل صرح بعضهم بذلك ، ومقتضاه عدم جريان المعاطاة فيه لكن صرح في التذكرة بأن الخلاف فيها فيه كالاخلاف في البيع .

وأشكاه في جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالأجماع ، بخلاف ما هنا .

وفيه أنه 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 ، فيشمله أدلة اللزوم الذي هو مقتضى السيرة أيضاً ولعلمهم تركوا التعرض لها هنا لعدم الفرق بينها وبين العقد في الحكم .

لكن قد عرفت سابقاً أن التحقيق عدم كون المعاطاة في البيع وغيره فرداً من مسمياتها ، وعلى تسليمه فهي ليست من الصحيح منه ، ضرورة اعتبار العقدية في تحقق مفهومه ، كما هو المنساق من نحو المتن ، في صحته ، فلا يجري حينئذ شيء من أحكامه عليها ، وإلزام تعدد مفهوم البيع ولو من جهة الأحكام ، وهو مقطوع بعدمه ، بملاحظة الأدلة ، الظاهرة في أنه وحداني كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ال﴾ يجاب: كل لفظ دلّ على الإرتهان ، كقوله : رهنك أو هذه وثيقة عندك ، أو ما أدّى هذا المعنى ﴿ك﴾ كوثقتك ، وهذا رهن عندك ، بل و أرهنت ، بناء على ما في المسالك و التنقيح من أنها لغة قليلة ، وزاد في المسالك : « أنه لا يبلغ شذونها حدّ المنع ، و أنها أوضح دلالة من كثير مما عدّوه » .

وعن الصحاح والمصباح والقاموس : رهن وأرهن بمعنى ، فما عن المهذب البارع من أنه لا يقال : أرهن - إجتهد في مقابلة النص ، و نفي لا يعارض الإثبات ، مضافاً إلى ما عرفه من التسامح في عقد الرهن في الجملة ، حتى استقرب في التذكرة ، عدم اشتراط اللفظ العربي فيه ، و وافقه في الدروس : فلا شك حينئذ في تناول العقود . للعقد بها .

بل في الدروس « لو قال : خذني على مالك ، أو بمالك ، فهو رهن ، ولو قال : أمسكه حتى أعطيك مالك فأراد الرهن جاز ، ولو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن » ولعل ذلك كله - كما في المسالك - لأن الرهن ليس على حد العقود اللازمة ، لأنه وإن كان لازماً من طرف الراهن ، لكنه جاز من طرف المرتهن ، فترجيح جانب اللزوم ، ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح ، خصوصاً مع البحث في اعتبار ماذكروه في اللازم ، فيبقى حينئذ على مقتضى عموم الوفاء بالعقود ، الشامل لكل ما قصد به عقد الرهن من الألفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص ، ولا صيغة خاصة .

لكن فيه أن ترجيح جانب الجواز أيضاً ترجيح من غير مرجح ، والأصول تقتضي عدم لحقوق أحكام الرهن ، و المراد من العقود المأمور به بالوفاء بها المتعارفة نوعاً وصنفاً ، فالعلوم منها ولو بمعونة كلام الأصحاب يجب الوفاء به ، و ما لم يعلم فضلاً عن المعلوم عدمه لا يجب الوفاء به ، أللهم إلا أن يمنع ذلك ، ويقال : إنه إن سلم إرادة المتعارف منها ، فالمراد المتعارف نوعاً : أي البيع والاجارة والصلح و نحوها ، وأما بالنسبة إلى ما ينعقد به كل واحد منها فاللفظ شامل لكل ما قصد به العقد من الألفاظ إلا ما علم خروجه ، أو حصل الشك في تناول العام له من شهرة عظيمة ونحوها ، كما ادّعوه فيما عدا الصيغ الخاصة للعقود اللازمة .

وبالجملة مدار المسألة على ذلك ، ولا ريب في أن الاحتياط يقتضي الأول ، والظن يقوى في الثاني ، إلا أن الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين لاصراف الإطلاق إليه ، بل في جامع المقاصد تمنع صدق العقد على ما كان باللفظ المعجمي مع القدرة على العربي ، أما المأخوذة فقد اعتبرها في التذكرة ، بل ربما استظهر ذلك والمقارنة وتقديم الإيجاب على القبول ، والعربية ، من المبسوط ، وفقه الراوي ، والوسيلة والغنية ، والسرائر ، و جامع الشرايع ، والنافع ، والارشاد ، والتبصرة ، وغيرها ، مما اقتصر فيه على اعتبار الإيجاب والقبول ، بدعوى إنصافهما إلى ذلك كله ، وإن كان فيه ما فيه .

بل ما في التذكرة لا ينطبق على ما صرح بجوازه فيها ، من هذا رهن ، أو وثيقة عندك ، ولو قيل : إنهما بمعناه أو أدل منه - من حيث دلالة الأسمية على الثبوت - رد بأنه قد شرط لفظ الماضي لامعناه ، وبأن ذلك يستلزم جواز البيع بها ، بأن يقول هذا مبيع لك بكذا ، وهو لا يقول به نعم ، يمكن أن يقال : إنه احتراز بالماضي عن المستقبل خاصة ، كما يشعر به قوله بعبارة لا فيل ، فلو قال : أرهناك كذا أو أنا أقبل لم يعتد به أو هو مع الأمر ، وإن كان قد سمعت من الشهيد جوازه ، كما أنك سمعت مدار الأمر في المسألة .

❖ وكيف كان ف❖ لو عجز عن النطق ❖ بالإيجاب ، ولو لخرس عارضى ❖ كفت الإشارة ❖ المفهمة للمقصود بأي عضو كان بلا خلاف أجده فيه ، لقيامها حينئذ مقام اللفظ كما يفهم ذلك مما ورد في تلبية الأخرس وتشهده .

❖ ولو كتب بيده والحال هذه وعرف ذلك من قصده جاز ❖ أيضاً ، لأنه من الإشارة أو أولى منها أو مساولها ، ولا يجزئ شيء منهما مع عدم المعجز قطعاً ، لحصر الشارع ، المحلل والمحرّم ، في الكلام ^(١) ودليل البدلية خاص بحال المعجز ، فمن الغريب دعوى بعض متأخري المتأخرين الجواز فيه أيضاً مدعياً عدم الدليل بالخصوص

(١) الوسائل الباب - ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث - ٢

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

﴿و﴾ أما ﴿القبول﴾ فـ ﴿هو﴾ كل لفظ دل على الرضا بذلك الإيجاب والكلام فيه كما في الإيجاب ، بل قد يظهر من المتن وغيره توسعة الأمر فيه أزيد من الإيجاب ، حيث جعله هو الرضا من دون اعتبار لفظ دال عليه ، فضلاً عن أن يكون مخصوصاً ، ولعل الفارق بينهما وبين الإيجاب أن الرهن لازم من قبل الرهن ، لأنه يتعلق بحق غيره ، فيجوز أن يعتبر في حقه ما لا يعتبر في حق المرتهن ، حيث أنه من قبله جائز ، لأنه يتعلق بحقه ، فيكفي فيه ما يكفي في العقود الجائزة المخفضة لكن ظاهر الأصحاب اعتبار القبول القولي .

نعم قد احتمل الفاضل في التذكرة ، والقواعد ، الاكتفاء بالاشتراط في عقد البيع عنه ، فلو قال : بعثك هذا الكتاب و اشترطت عليك أن ترهنني دارك ، فقال المشتري : قيلت وادعنتك صح جفتد ، مع أن التحقيق خلافه أيضاً بعد الإغناء عن جواز تقديمه على الإيجاب ، ضرورة عدم حصول إنشاء الرضا بالإيجاب بذلك ، وإتمام الشرط على أنه يرضى بالأرتهان حاله ، كما هو واضح بأدنى تأمل في نظائره وربما يأتي لذلك تنمة إن شاء الله .

﴿و﴾ على كل حال فلا ريب في أنه ﴿يصح﴾ الأرتهان سفرأ وحضراً ﴿بلاخلاف﴾ فيه بيننا وبين الأبحاع بقسميه عليه ، كما أن السنة شاملة باطلاً فيها للمحالين ، والشرط في الآية ^(١) مبني على الغالب فإن عدم الكاتب عادة لا يكون إلا في السفر ، فهو نحو قوله ^(٢) وإن كنتم على سفر إلى قوله ، ولم تجدوا ماء فتيمموا ، فإن عدم الماء يكون في السفر غالباً فماعن بعض العامة من عدم جواز في الحضر للآية في غاية الضعف ، خصوصاً بعد اشتغالها على اشتراط عدم الكاتب ، وهو غير شرط بموافقة الخصم ، وبعد

(١) سورة البقرة الآية - ٢٨٣ -

(٢) سورة النساء الآية - ٣٣ - وسورة المائدة الآية - ٦ - ولكن الآية د وإن كنتم

مرضى أو على سفر ، إلى آخرها .

ماورد عن النسبي رحمته الله ^(١) «أنه رهن درعه عند يهودى وهو حاضر بالمدينة» والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هل القبض﴾ من المرتهن ﴿شرط في﴾ صحة ﴿الرهن﴾ و ترتب آثاره عليه ﴿قيل﴾ : والقائل الشيخ في أحد قولييه ، وابن إدريس ، والفاضل وولده ، والمحقق الثاني والشهيد الثاني ، وغيرهم ﴿لا﴾ بشرط بل حكى أيضاً عن البشرى ، والجواهر ، وتخليص التلخيص ، والمقنن ، وغاية المرام ، وإيضاح النافع ، وغيرها . بل في السرائر نسبتته إلى الأكثر من المحصلين ، وفي كنز العرفان إلى المحققين ، فيكفى في الصحة حينئذ الأيجاب والقبول مع اجتماع باقى الشروط ويتبعها اللزوم ، بل في الفنية والسرائر لاختلاف في حصول الصحة بدونه ، وإن الخلاف إنما هو في لزومه بدونه .

بل وكذا التذكرة والتحرير ، والتنقيح ، والمسالك ، والروضة ، وغيرها ، حيث أنهم قد جعلوا الخلاف في ذلك دون الصحة ، واحتمال إرادتها من اللزوم الذي هو محل الخلاف في كلامهم بأبواب ظاهرة كلماتهم ، وصريح الفنية والسرائر والمسالك وغيرها ، بل لعل احتمال العكس في كلام من جعل الصحة مورداً للنزاع كما هو ظاهر كثير بل الأكثر أولى . خصوصاً بعد عدم الثمرة المعتقد بها لها قبل اللزوم ، بل عن إيضاح النافع الجزم به ، لكن الأضاف عدم خلوه من البعد كما ستعرف فلاحظ و تأمل .

﴿وقيل﴾ والقائل المفيد والشيخ في القول الآخر و بنو الجنيد ، وحمة ، و البراج ، والطبرسى ، وغيرهم ، على ما حكى عن بعضهم ﴿نعم﴾ بشرط ذلك في صحة الرهن ، بل عن الطبرسى الأجماع عليه ، بل ربما ظهر من بعضهم ما هو المحكى عن بعض أهل اللغة من عدم تحقق مسمى الرهن بدونه ، وإن كان هو واضح الضعف ضرورة كون لفظ الرهن كباقي ألفاظ العقود المعلوم عدم توقف صدقها على غير العقد من قبض ونحوه ، وإن اعتبر في ترتب الأثر ، كالتقابض والقبض قبل التفرق في العرف

والسلم ، والقبض في الهبة ونحو ذلك ، بل لعل وصف الرهان بالمقبوضة في الآية ^(١) مما يشهد لذلك ، وحمله على الوصف الكاشف ، خلاف الأصل في الوصف بلامقتضى ، بل المقتضى على خلافه متحقق .

نعم لا بأس بجعل الصّحة موقوفة عليه وإن تحقق الأسم بدونه ، وهو الأصح عند المصنف ، والشهيد ، وغيرهما تبعاً لما نعرفت ممن ظاهر كلامه اعتباره في الصّحة دون اللزوم :

ففي المقنعة « ولا يصحّ الأرتهان إلا بالقبض » وفي النهاية « لا يدخل الشيء في أن يكون رهناً إلا بعد قبض المرتهن له و تمكنه منه » وفي الوسيلة « الرهن إما يصحّ بثلاثة شروط : الإيجاب ، والقبول ، والقبض برضا الرّاهن إلا إذا اشترط في العقد » لكن قد عرفت أن محلّ النزاع في الغنية اللزوم ، فيمكن أن يكون قد حمل عبارة الشيخين عليه ، قال فيها : شروط صحته ستة ، إلى أن قال بعد ذكرها : « وإذا تكامل هذه الشروط صحّ الرهن بلا خلاف ، وليس على صحته مع اختلال بعضها دليل ، وأما القبض فهو شرط في لزومه من جهة الرّاهن دون المرتهن ، ومن أصحابنا من قال يلزم بالإيجاب والقبول ، لقوله تعالى ^(٢) « أوفوا بالعقود » والقول الأول هو الظاهر من المذهب الذي عليه الأجماع ، وإذا تعيّن المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه .

وأصرح منها ما في السرائر ، فإنه أيضاً ذكر أن شروط صحته ستة ثم قال : « وإذا تكامل هذه الشروط صحّ الرهن بلا خلاف ، وليس على صحته مع اختلال بعضها دليل ، فأما القبض فقد اختلف قول أصحابنا فيه ، هل هو شرط في لزومه أم لا ؟ فقال بعضهم : إنه شرط في لزومه من جهة الرّاهن دون المرتهن ، وقال الأكثرون المحصلون منهم : يلزم بالإيجاب والقبول ، وهذا هو الصحيح إلى أن قال :

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٣ .

(٢) سورة المائدة الآية - ١ .

والأول مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته ، و شيخنا في مقننته ، والثاني : مذهب شيخنا في مسائل خلافه ، فإنه رجع عما ذهب إليه في نهايته ، إذ هو كما ترى صريح في فهمه اللزوم من عبارتي المقننة والنهاية ، وقد ظهر من ذلك الاضطراب في كلمات الأصحاب المحررين للنزاع .

وعلى كل حال فالمحصل أن الأقوال في المسألة ثلاثة ، وإن كان مقتضى جميع المحررين للنزاع أو أكثرهم أن المسألة ثنائية الأقوال ، إلا أن التتبع يقضي بما ذكرنا ، الأول : عدم المدخلية له في الصحة واللزوم ، وهو خيرة الخلاف والسرائر و غيرهما ممن عرفت . والثاني : توقف الصحة عليه وهو ظاهر المقننة ، والنهاية ، والوسيلة وغيرهم ، بل هو صريح المحكي عن الطبرسي . والثالث : توقف اللزوم عليه دون الصحة ، وهو خيرة المقننة .

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 .

ومنها أنه شرط للزوم كذلك ، بناء على أن السبب في تأثيره : أي اللزوم العقد ، فشرطه المتأخر حينئذ لا يكون إلا على جهة الكشف ، ومن هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادة ذلك على جزء السبب في اللزوم ؛ كما جزم به في المسالك ، وأن إطلاق الشرط عليه مجاز ، لكن قد يمنع تسبب العقد اللزوم ، لانفكاكه عنه كبيع خيار المجلس وغيره ، بخلاف الصحة ، فيمكن أن يكون هو السبب في اللزوم ، وتقدم العقد حينئذ شرطه .

ومنه ينقدح احتمال ثالث : وإن كان الفرق بينه وبين القول بأنه جزء سبب في اللزوم في الثمرة غير ظاهر .

و كيف كان فقد كفيينا مؤنة هذه الاحتمالات وغيرها بإمكان تحصيل الأجماع المرتب على نفيها ، لما عرفت من إحصاء الخلاف قديماً وحديثاً في الأقوال الثلاثة التي يقوى في النظر فيها الأول ، للاية ، وغيرها مما يدل على لزوم العقود ، حتى جعلوه الأصل فيها ، وإليه يرجع أصالة عدم الاشتراط الراجعة إلى ظهور الأدلة في كسوف العقود هي الأسباب لمداولاتها من غير حاجة إلى شيء آخر .

ولظهور النصوص في ترتيب الأحكام على صدق الرهن الذي لا ريب في عدم توقف صدقه على القبض ، بل لا يخفى على من تصفحها على كثرتها ظهور ترتيب 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 .

نعم يستفاد منها على وجه لا يسع الفقيه إنكاره استحقاق المرتهن على الرهن قبضه ، لأن الأصل في مشروعيته التوثيق ، ولا يتم غالباً إلا به ، بل لا يخفى ظهور النصوص في المفروغية من ذلك ، كما يؤمى إليه ذكر أحكام المقبوض بمجرّد ما قيل في السؤال أنه رهن ، وكأنّ هذا هو الذي غرّ القائل بالشرطية ، لكنك خير في أنه أهم منها ، إذ الأقوى وجوب الإقباض على الراهن إذا طلبه المرتهن ، وإن لم يكن شرطاً في صحة أولزوم كما جزم به في التحرير ، ولعله لما ذكرنا بل ولما ستسمعه مما ذكرناه دليلاً للشرطية ، بل لعل مبنى الرهانة على ذلك .

لكن توقف فيه في القواعد ، فقال : ليس القبض شرطاً على رأى ، وهل له المطالبة به ؟ إشكال ، إذ الظاهر أن مراده على تقدير عدم الشرطية كما اعترف به في جامع المقاصد موجهاً للإشكال بنحو ما ذكرنا ، وبانتفاء المقتضى ، إذ العقد لا يقتضيه ، ولا سبب غيره ، و الإرشاد التوثيق بالقبض في الآية ^(١) لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرّد العقد ، ومما ذكرنا يظهر لك أن الترجيح للأول .

هذا . ولكن في القواعد بمعد ذلك أنه لا يجبر الراهن على الإقباض ، فلورهن و

لم يسلم لم يجبر عليه ، وقد قيل : إنه جزم بعد التردد ، ولعل الأولى جعل ذلك منه على تقدير الاشتراط ، كما يشهد به التأمل لكلامه أولاً وآخرأ فلاحظ و تأمل .

وقال أيضاً فيها في الفصل السادس : « و إذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامة اليد ، كما أن ماعن المبسوط - من أنه « إذا جن الرهن أو أغنى عليه ، أوجع قبل القبض ، قبض المرتهن ، لأن العقد أوجب القبض » - ينبغي حمله على ما قلناه ، ضرورة أنه لا وجه له معتدبه على تقدير الشرطية ، وإن سمعت في الصرف دعوى مثل ذلك من بعضهم في التقاض ، فأوجبه بالعقد مع توقف الصحة عليه ، لكنه مع أنه لم يدعه أحدهما ، فيه ما عرفت ، على أن المحكى عنه في المبسوط أنه قال : « والأولى أن نقول أنه يلزم بالايجاب والقبول » فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك .

وعلى كل حال فلا تنافي بين وجوب الأقباض وبين القول بعدم الشرطية الذي قد عرفت قوته ، ويزيده قوة ، ضعف دلائل المخالف ، إذ ليس إلا الأصل ، الذي ليس بأصيل بعد العقد وما دل على لزومه وصدق الرهن ، والآية التي ادعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجيته في المقام ، خصوصاً بعد ظهور التقييد فيه في تمام الإرشاد ، أو أنها إنما دلت على مشروعية الرهن المقبوض ، فينفى غيره بالأصل المقطوع بالأطلاقات .

وبالجملة دعوى - دلالة الآية على الشرطية في الرهن بعد ظهورها في إرادة الإرشاد ، كما يؤمى إليه التعليق على السفر ، وعدم الكاتب ، وأنه لا فائول بوجود أخذ الرهن كما يستفاد من الجملة - في غاية الفساد كما هو واضح .

و خبر محمد بن قيس ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام كما في كتب الأصول و كثير من كتب الفروع ، أو الصادق عليه السلام كما في قليل من الأخيرة « لا رهن إلا مقبوضاً » المعتمد بما رواه العياشي ^(٢) عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك ، الذي هو بعد الأغناء عن سنده ، وأنه من قسم الموثق ، و إن قال الشهيد وغيره : أنه مردود ، لا اشتراكه

بين الثقة والضعيف ، لأن المراد منه هنا البهلي الثقة ، بقرينة رواية عاصم عنه ، بناء على أنه ابن حميد ، وأن ابن سماعة فيه ، الحسن بن محمد بن سماعة ، وأن طريق الشيخ إليه قوي ، والأغضاء عن كونه موافقاً لجمهور البامة ، ومنهم أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، في إحدى الروايتين ، خصوصاً مع شدة التقية في زمانه عليه السلام ، والأغضاء عن احتمال إرادة بيان اعتبار كون الرهن مما يقبض كما يؤمى إليه عدم تخصيص القبض للمرتهن .

محتمل لإرادة بيان نفي الاعتداده في الاستيثاق والطمأنينة ، لا الشرطية ، بل لعل الظاهر منه ذلك ، بعد أن كان المنفي فيه ، العين المرهونة ، لا العقد الذي يوصف بالصحة والبطالان ، وبعد أن كان الظاهر منه استدامة القبض للعين المرهونة ، باعتبار نفي الرهن بدونها ، الظاهر في لزوم انصافها بذلك لصفة الرهن ، والأجماع بقسميه كما ستعرف على عدم اعتبار الاستدامة ، وبذلك يضعف دلالة الآية أيضاً ، ويقوى إرادة الإرشاد منها ، بل قد يستفاد منها ومن الخبر مشروعية الرهن بغير قبض ، كما هو المختار ، وإن كان لا يحصل به تمام الاستيثاق في بعض الأحوال .

والأجماع المحكمي عن الطبرسي المعارض بنفي الخلاف من ابني زهرة وأدریس من الصحة بدونه كما أن إجماع ابن زهرة على اعتباره في اللزوم معارض بما سمعته من ابن أدریس والمقداد ، بل دعوى تبين خلافه ، لعدم المصرح باعتباره في اللزوم دون الصحة غيره ، على أنه قد اعترف بوجود المخالف إلا أنه غير قادح ، لمعرفيته باسمه ونسبه ، ولأريب في قدحه وإن كان كذلك ، على طريقتنا في الأجماع 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 حينئذ على وجه يفصلها عن اللزوم غير نفي الخلاف المزبور المعارض بما سمعت ، فلأريب حينئذ في قوة القول بعدم مطلقاً فتسقط حينئذ جميع الفروع التي ذكروها في المقام ﴿ و ﴾ أظنوا فيها لكن لأبأس بالتعرض إلى جملة منها بناء على الشرطية .

فمنها أنه : ﴿ لو قبضه من غير إذن الرهن لم ينمقذ ﴾ عقد الرهن ، ولم يصح

بناء على اعتباره في الصحة بلاخلاف أجده فيه ، لكونه قبضاً غير مأذون فيه أو منهيّاً عنه ، لما عرفت من وجوب الأقباض عليه بالعقد ، فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقاؤه ، بل لا يقطعه إلا حصول المقطوع به من الشرط وهو القبض المأذون فيه .
فدعوى إطلاق دليل الشرطية الذي لا ينكر السياق إلى المأذون فيه ، خصوصاً بعد استقرار نظائر المقام مما كان القبض فيه تنمة السبب ، وخصوصاً بعدم معارضة قاعدة عدم سقوط حق الغير إلا برضاه ، وخصوصاً بعدم الخلف فيه لا يصغى إليها ، كدعوى وجوب الأقباض عليه بالعقد الذي لم يكن سبباً تاماً في حصول مدلوله ، لأن الفرض توقف الصحة على الأقباض ، بل الظاهر أنه كذلك أوقلنا بأنه شرط للزوم ، ضرورة عدم اقتضاء العقد الجائز وجوب إلزامه .

نعم قد يقال : بجواز قبضه للمرتهن ، باعتبار تعلق حق الرهانة فيه المقتضية للقبض باعتبار بنائها على التوثيق 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 ، لكن لا يؤثر هذا القبض لزوماً في حق الرأهن ، إلا أصل وغيره ، مع احتمال إطلاق ما دل على اللزوم به ، فهو كالتصرف في الهبة والمعاملة المقتضى للزوم من الجانبين ، وعدم وجوب الأقباض غير اللزوم بالقبض ولعله لذا حكى عن الكفاية الإشكال في اعتبار الإذن ، بناء على كون القبض شرطاً في الصحة دون اللزوم ، وإن كان الظاهر ما ذكرنا أولاً .
و أما على المختار من عدم الاشتراط وأنه يجب على الرأهن الأقباض ، فليس للمالك منع المرتهن من قبضه ، بل ولا يتوقف على إذنه ، لتعلق حق الرهانة المقتضى لذلك شرعاً ، فهو كما لو شرط الرهانة المشتعلة على القبض بعقد لازم ، أو نذرهما مثلاً و احتمال 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 .

فما عن الكفاية - من الجزم بوجوب إذن الرأهن على القول بعدم الاشتراط في اللزوم فضلاً عن الصحة ، واختاره بعض مشايخنا . بل زاد عليه الجزم باحتياجه

على تقدير اشتراطه في اللزوم دون الصحة - واضح الضعف ، ولعلهما بنيا الاول على عدم وجوب القبض وإن قلنا بعدم شرطيته ، لكنك قد عرفت ضعفه سابقاً فلاحظ وتأمل .
ومنه تعلم الحال فيما لو اشترط الرهن في عقد لازم ، فإنه على المختار لا بد من الرهن والقبض ، إلا أن الظاهر كون وجوب القبض من مقتضى الرهانة كما عرفت ، لا من جهة الشرطية التي ليست هي إلا الرهانة المحققة بدونه ، نعم يتجه ذلك على القول بأنه شرط في الصحة ، ضرورة عدم تعلق حق الرهانة بالعين المشترط رهنها بدونه ، فلا يجدي مجرد العقد الذي لم يتعقبه قبض ، إذ هو كالرهن الفاسد ، وصحة اطلاق الرهن على العقد كما ذكرناه سابقاً لا ينافي كون المراد هنا الرهن المخصوص .
أما لو قلنا بأنه شرط للزوم ففي المسالك ينبغي أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وإن لم يلزم من قبل الرهن ، لأن ما يجب الوفاء به الرهن الصحيح ، وهو أعم من اللازم ، لكن فيه أنه لا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه ، فينبغي التقييد في الاشتراط برهن مقبوض ، اللهم إلا أن يدعى دلالة القرائن على ذلك ، بناء على الاكتفاء بمثلها أو يقال : إن الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم كما حكاه في المسالك عن الشهيد ، ولعله راجع إلى ما ذكرنا من دلالة القرائن على ذلك ، والأفليس ما يقتضي استحقاقه بمجرد اشتراطه غيره ، هذا كله إذا اشترط الرهن خاصة .

أما إذا اشترط القبض معه فالمتجه بناء على ما ذكرنا سابقاً في الشرائط وجوبها على المشروط عليه ، وإجباره عليه ، فإن لم يمكن تسلط على الخيار . نعم على ما تقدم من الشهيد ، يتجه ما صرح به هنا من عدم وجوب ذلك عليه ، بل أقصاه تسلط ذي الشرط على الخيار ، وهو خيرة الفاضل في المقام ، لكن فيه ما عرفت سابقاً والله أعلم .
وقد ظهر من ذلك كله عدم صحة الرهن بالقبض من غير إذن بناء على اعتباره في صحته ﴿ و كذا لو أذن في قبضه ثم رجع ﴾ بإذنه ﴿ قبل قبضه ﴾ إذ هو كغير المأذون فيه ، ضرورة عدم اللزوم عليه بالإذن الذي له الرجوع فيها ، للأصل وغيره ، فيتجه حينئذ جميع ما ذكرنا فيه سابقاً ، ولا يقال : إن الإذن هنا قد اسقطت حقه

من الرجوع ، بناء على الشرطية في اللزوم ، إذ قد عرفت أن المسقط له شرعاً إنما هو القبض ، لا الإذن فيه ، بل لو صرح بالإسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلك الإسقاط ، لعدم كون الجواز هنا كالخيار ، بل هو من الأحكام الشرعية لا الحقوق المالكية التي يتسلط عليها الإسقاط كل ذلك مع عدم الخلاف فيه ، بل يمكن تحصيل الأجماع عليه ممن اعتبر الإذن في القبض ، سواء قلنا إنه شرط في اللزوم أو الصحة .
 ﴿ وكذا ﴾ لا يصح الرهن ﴿ لو نطق بالعقد ثم جن ﴾ ، أو أغمى عليه ، أو مات قبل القبض ﴿ مثلاً ﴾ بناء على اعتباره في الصحة بخلاف اجده ، لظهور ما دلّ على شرطية الاختيار إلى تمام سبب الصحة إنما الكلام في البطلان بذلك على تقدير اعتباره في اللزوم ، فربما قيل به ، لأنه حينئذ من العقود الجائزة المعلوم بطلانها بعروض ذلك .

وفيه : أنه لا دليل على عموم ذلك فيها بحيث يشمل المقام الذي هو يؤوله إلى اللزوم بالقبض ليشبه بيع الخيار ، ويصلح أنقطع الاستصحاب وتقييد إطلاق دليل الصحة فيقوم حينئذ من انتقال إليه ولاية التصرف مقامه ، مراعيًا للمصلحة حيث يجب عليه ذلك ، ولانفاة بين انتقال عين المال إلى الوارث أو ولايته إلى الولي ، و بين تعلق حق الرهانة ، بل أقصاها أنها جائزة كما كانت للأصل و بذلك يفرق بين المقام وغيره من العقود الجائزة ، كالوكالة والعارية والوديعة ، إذ ليس هو مثلها قطعاً ، بل هو كبيع الخيار ، و كالمية بعد القبض قبل التصرف التي يجوز الرجوع فيها للمالك قبله ، ولا مجال لاحتمال البطلان فيهما .

ولعله لذا جزم في التذكرة بعدم البطلان في الأولين ، بل كان عليه ذلك بالنسبة إلى الأخير أيضاً ، إلا أنه لم يرجح فيه فيها ، بل المتجه عدم الفرق في ذلك بين الرهن والمرتهن على كل من قولي الصحة واللزوم .

لكن في الدروس ، اختار البطلان في الثلاثة بالنسبة إلى الرهن ، ثم قال : ولومات المرتهن انتقل حق القبض إلى وارثه ، والفرق تعلق حق الورثة والديان بعد موت الرهن به ، فلا يستأثر به أحد ، بخلاف موت المرتهن ، فإن الدين باق ،

فيبقى وثيقة ، ، و قال أيضاً « ولوجن المرتهن أو أغمى عليه قام وليه مقامه » .
 وفيه ما لا يخفى بناءً على أنه 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 ، لاتحاد المدرك والفرق الذي ذكره بالنسبة الى الموت غير
 مجد ، بعد أن كان للمورثة والديانة الفسخ ، إذ لا يلزم عليهم القبض المقتضى للزوم ، فتجدد
 تعلق حق الديانة والوراثة لا يبطل الحق المتعلق سابقاً كما هو واضح .

نعم احتمال الصّحة مع موت المرتهن أوضح منه مع موت الرّاهن ، وبذلك
 كله تعرف الاضطراب في جملة من كلمات الاصحاب في المقام ، واحتمال انهم التي منها
 ما يقضي بكونه معتبراً عندهم في الصّحة ، ومنها ما يقضي باعتباره في اللزوم ، وقد
 أشكل على ثاني الشهيدين الذي جعل النزاع في الاخير المراد من نحو المتن ، و
 لا ريب في ظهوره في الاعتبار في الصّحة ، فلا إشكال فيه من هذه الجهة .

كما أنه لا إشكال في عدم البطلان بعروض شيء من ذلك للرّاهن أو المرتهن ،
 بناء على المختار ، كما صرح به جماعة معتنين بخبرته ذلك ، بل حكاه في الدروس عن
 المبسوط معترفاً بأشعاره بعدم الشرطية ، وإن كان للمرتهن طلبه للتوثيق به ، وهو مما
 يرشد إلى موافقته للمختار ، كما حكيناه سابقاً ، ثم إنه لا يخفى عليك الحال بعد
 الإحاطة بما ذكرنا فيما لو كان الرّهن مشروطاً في عقد لازم ، ثم عرض نحو الامور
 الثلاثة قبل الرّهن أو بعده قبل الأقباض ، والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ ليس إستدامة القبض شرطاً ﴾ بل يكفي تحققه في
 الصّحة أو اللزوم 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 باخبار الفرقه ، إذ لم نجد المتحد منها الدال على ذلك صريحاً ،
 فضلاً عن المتعدد .

نعم ربّما نجشّم دلالة النصوص الواردة في منفعة الرّهن وعلته المعلوم كونها
 للرّاهن التي تتوقف غالباً على قبضه الرّهن ، والأمر سهل بعد ما عرفت الذي منه

يظهر ضعف ما عن أبي حنيفة ، و أحمد ، و مالك ، من اشتراط الاستدامة كالابتداء ، للآية التي قد تقدم البحث فيها . بل عن الأردبيلي أن ظاهر التذكرة ذلك في مسألة منع المرتهن من التصرف قلت : الموجود فيها هناك « الرهن » وثيقة لدين المرتهن ، فإن جعلنا القبض شرطاً أو كان لازماً استحق المرتهن إدامة اليد ، ولا يزال يده إلا للانتفاع ، على خلاف قد سبق ، ويمكن أن يريد ولو بقرينة أنه ممن حكي الأجماع على عدم اشتراط الاستدامة قبل ذلك ، الاستحقاق لا على جهة الشرطية ، ولعله كذلك لما عرفت من اقتضاء حق الرهانة ذلك .

﴿ فلو عاد إلى الرأهن ﴾ و إن لم يكن بعنوان الوكالة عن المرتهن ﴿ أو تصرف فيه ﴾ تصرفاً لا ينافي كونه رهناً ﴿ لم يخرج عن ﴾ حق ﴿ الرهانة ﴾ سواء كان ذلك باذن المرتهن أولاً ، و إن كان الظاهر بتحقيق الائتم عليه مع عدم الإذن في بعض الأحوال والله أعلم .

﴿ و ﴾ منها : أنه ﴿ لو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ﴾ الرهن على القولين من غير حاجة إلى إذن بالقبض ، ولا مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض ، ﴿ ولو كان ﴾ إستيلاء يد المرتهن عليه ﴿ غصباً ﴾ وفقاً لأطلاق الأكثر ، لا ﴿ لتحقق القبض ﴾ - الذي هو شرط ، لوضوح بطلانه في الأخير المنهي عنه ، فيكون فاسداً لذلك ، إذ النهي وإن كان لا يقتضي الفساد في غير العبادة ، إلا أن القبض على تقدير اعتباره دكناً ، و عدم اقتضاء الفساد إنما هو بعد تمام الأركان ، و إلا لا يجزى بالقبض بغير إذن لو لم يكن مقبوضاً ، و قد عرفت بطلانه

وليس الإرهان إذناً باستدامة القبض قطعاً ، مع أنه لا يتم في التصريح بحرمة إستدامة القبض الأول ، بل لعله باطل في الأول أيضاً ضرورة ظهور أدلة الشرطية في اعتبار القبض للرهن ، فلا يجزى 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 حينئذ ، وهو على القبض الأول حتى أنه لو كان مضموناً بفصب ، أو بيع فاسد ، أو سوم ، أو غارية مضمونة أو نحو ذلك بقي عليه ، كما هو خيرة الأكثر ، بل لا خلاف أجده إلا من الفاضل في القواعد ، والمحكي عن يحيى بن سعيد ، ولا تنافي بين رهنيته وضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنية ، كالتعدي في المرهون .

نعم يقوى ارتفاع الضمان بالأذن من الرأهن في استدامة القبض للرهن ، وفاقاً لجماعة ، بل عن حواشي الشهيد نفي الخلاف عنه ، لاقتراض الحال الأول ، بل هو شبه الوكالة في القبض عنه ، ودعوى - ظهور دليل الضمان في مثل الفصب في عدم ارتفاعه إلا بالتأدية المعلوم انتفاؤها في المقام وإن أذن ، فسبب الضمان الأول لم يرتفع ، وإن أذن في الاستدامة وارتفع الإثم بذلك ، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان الذي هو مقتضى السبب الأول لم يسقط كما صرح به في القواعد ، وجامع الشرايع والإيضاح ، وحواشي الشهيد ، غاية المرام ، وجامع المقاصد ، على ما حكى عن بعضها ، إذ هو ترتيب شرعي والإسقاط كالأبراء إثمياً يجدي في الحق الثابت في الذمة مثلاً ، وليس المقام منه قطعاً ، إذ لا شيء في الذمة حينئذ ، 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 - .

يدفعها أولاً : منع عدم صدق التأدية على نحو ذلك ، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك ، وأنه من تصرفه فيه ، فهو كمال الوثاب الغاصب وطلب من المالك قبض ماله فقال له : ليبق عندك وديعة ، وكما لو أراه من المالك مغسوباً عند غير الغاصب ، وقد أذن للرأهن في قبضه منه وقبضه ، 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 ، لأنه القبض الفعلي خاصة .

وثانياً ظهور كون المراد من الخبر ما إذا بقيت يد الضمان على حالها ، لا إذا تغيرت وصارت بدامنة مثلاً ، فيبقى حينئذ على أصالة البراءة التي لا يعارضها

استصحاب الضمان ، بعد ما عرفت من ظهور دليله في غير القرض ، ومن معلومية كون السبب في الضمان العدوان ، والقرض زواله بالإتقان ، فلا وجه للاستصحاب .
وعدم ارتفاع الضمان بالإسقاط - مع أن فيه بحثاً . بل عن الشيخ السقوط لحصول سبب الوجوب ، فليس إبراء مما لم يجب ، وتبعه المصنف فيما يأتي ، والفاضل في التحرير - لامتدخلية له فيما نحن فيه الذي فرض حصول الإذن من الغاصب باستدامة القبض ، على أنه رهن ، أو ودیعة ، أو عارية مثلاً ، وأنه بذلك صار أمانة في يده ، ودعوى الفرق - بين المقام ، والودیعة التي هي استنابة عن المالك في الحفظ والقبض لمصلحة ، بخلاف ما نحن فيه ، بل والعارية والتوكيل على البيع والإعتاق على إشكال - غير مسموعة ، فإن دقيق النظر يقضى بعدم الفرق بين الجميع .

كما أنه يقضى بعدم الفرق بين المغصوب وبين غيره - مما هو مضمون كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسّوم ، أو الشراء الفاسد أو نحو ذلك - فيما ذكرنا من الحكم ، ومن ذلك تعرف النظر فيما في القواعد ، وجامع المقاصد ، 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 ، ولا ريب في ضعفه ، بل لم أعرف هذا التفصيل لغيره عدا الفاضل في ظاهر التذكرة ، وإن حكام في الروضة عن بعض ، ولعله هو مراده .

كما أنه لم أعرف وجهاً معتداً به لاعتبار مضي الزمان وإن قيل في توجيئه : أن الإذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضرورياته مضي زمان ، فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة ، وعلى الزمان بالألتزام ، ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الألتزامي ، لتعذر المطابقي ، وهو كما ترى ، ضرورة أن اعتبار الزمان من باب المقدمة لحصول القبض ، فلا يعقل اعتباره مع حصول ذي المقدمة كما هو واضح .

ولو عُلِّلَ بأن المنساق من القبض في مثله بعد فرص شمول دليل الشرطية له ذلك،
لكان أولى، وإن كان فيه منع واضح أيضاً، خصوصاً بعدم تعدد الحقيقة، بأن يرجعه
إلى صاحبه ثم يقبضه منه، أو يتوكل عنه في قبضه وإقباضه، فيكون كالموجب و
القابل.

وأما الإذن فبناء على عدم اعتبار القبض السابق لكون الفرض أنه غصب، و
على أنه شرط في مثل الفرض فالمتجه اعتبارها 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، ومن هنا اتجه القول باللزوم وإن لم
يحصل إذن في الاستدامة، كما هو مقتضى إطلاق الأكثر الذين لم يفرقوا بين الوديعة
والعارية، والمغصوب، في عدم اعتبار الإذن ومضى الزمان، بل لا خلاف بحقق أجده في
ذلك في الأولين.

نعم حكى في الدروس من الشيخ الحكم بأنه لا بد من مضي زمان يمكن فيه
القبض منهما، ولعله يلزم ذلك في الثالث، إلا أنه لم يتحقق ما حكاه عنه، إذ المحكى
عنه في المبسوط، والخلاف أنه قال: «إذا كان له في يدرجل مال وديعة، أو عارية،
أو اجارة، أو غصبا فجعل رهنا عنده بدين له، كان الرهن صحيحا ويكون ذلك قبضاً
إذا أذن له الراهن في قبض عين الرهن» وزاد في الثاني «وإذا لم يأذن له لم يكن على
كونه قبضاً دليل» كما أنه حكى عن الأول في مسألة ما إذا أذن له وجن ثم القبض و
صح، وقد قيل: أنه لا يصح إلا بعد أن يأذن عليه زمان يمكن قبضه فيه.

والجميع كما ترى ليس فيه اشتراط مضي الزمان المعروف نقله عن الشافعي
وإنما اقتصر على الإذن خاصة، من غير فرق بين المغصوب وغيره، ولعله لتحقيق
القبض المعتبر بها، إذ الاستدامة كالابتداء ولا يجدي القبض الأول أمافي المغصوب
فواضح، وأما في غيره فلا أنه ليس قبض رهانة وإن كنا لم نشترط تعقب القبض للرّهانة
وهو جيد، بناء على اعتبار القبض في مثل الفرض لعدم تيقن حصول الشرط بغير ذلك.
نعم فيه ما ذكرنا سابقاً من عدم الدليل على اشتراطه في هذا الحال. فيلزم بدونه

على تقدير الشرطية ، والافعلى المختار من عدم الشرطية أصلاً فلا بحث في اللزوم ، و سقوط هذا الكلام من أصله والله أعلم .

﴿ و ﴾ منها : أنه ﴿ لو رهن ما هو غائب ﴾ عن مجلس العقد منقولاً كان أو غيره غيبة لا يصدق معها القبض لو خلى بينه وبينه فيما يكفى فيه ذلك لو لا الغيبة ﴿ لم يصير رهناً ﴾ صحيحاً ، بناء 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 بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد ، نسبتته إلى نص الأصحاب وغيرهم ، لعدم حصول الشرط بدون ذلك ، ولا يكفى الإذن مع مضي زمان يمكن فيه القبض وإن كان المرهون غير منقول ، لمنع حصول التخلية بذلك ، فضلاً عن حصولها بالاذن خاصة .

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 العدم أيضاً كما عن أحد وجهي الشافعية حتى مع مضي الزمان ، بل لا بد من الحضور فعلاً ، بل عن أحد الوجهين عنهم أيضاً أنه لا بد من النقل فعلاً للمنقول مثلاً وإن كان فيه ما لا يخفى .

ولعل ذلك لا ينافي ما تقدم سابقاً المفروض فيه وقوع الرهن على المقبوض عنده لكن بهذا النوع من القبض ، لا أنه رهنها وهو أى الغاصب ونحوه غائب عنها ، إلا أن استدلال بعضهم هناك باستصحاب حكم القبض ينافي ذلك ، وحينئذ فيكون كلامهم شاهداً لما قلنا أو لا الذي الحيلة بناء عليه في رهن الغائب إذا لم يكن مقبوضاً للمرتهن ، وكان مقبوضاً للراهن بأن يوكله في القبض عنه ، فيجعل استدامة قبضه للمرهن ، فيصح حينئذ ، اللهم إن أن يمنع صحة الوكالة فيما هو في حكم القبض ، ولا يخفى عليك سقوط هذا البحث من أصله على المختار .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو أقر الراهن بالاقباض فضى ﴾ به ﴿ عليه ﴾ لعدم ^(١)

د إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، لكن ﴿ إذا لم يعلم كذبه ﴾ فإنه لا عبرة بإقراره قطعاً ، فلا يشمل الجواز المزبور ﴿ ولورجع ﴾ عن إقراره السابق ﴿ لم يقبل رجوعه ﴾ كما في كل إنكار بعد إقرار ، وإلا لم يكن الإقرار جائزاً عليه على كل حال ، كما هو مقتضى الخبر السابق ، وما عن المبسوط - من أنه قوى القبول في آخر كلامه ، لجريان العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها ، بل استقر به في التذكرة - واضح الضعف ، بل كأنه اجتهد في مقابلة النص ﴿ و ﴾ بخالف لاصالة الصحة في قول المسلم وفعله .

نعم قد ﴿ تسمع دعواه لو ادعى المواطأة على ﴾ الإقرار و ﴿ الاشهاد ﴾ عليه إقامة لرسم الوثيقة ، حذراً من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض ﴿ ويتوجه ﴾ له ﴿ اليمين ﴾ حينئذ ﴿ على المرتنن ﴾ كما صرح به جماعة ، لجريان العادة بذلك ولعموم ^(١) «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» واختاره المصنف بقوله ﴿ على الأثبه ﴾ مشعراً بوقوع الخلاف فيه ، بل صرح به في شرح الترددات ، وإن لم يحضرني الآن نسخته ، إلا أنه لا يخلو من وجه ، لتكذيب دعواه بظاهر إقراره السابق .

وكذا لو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً ، كأن قال : انني أقبضته بالقول : فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك ، أو قال : استندت فيه إلى ما كتبه وكيلى ، فظهر مزوراً ونحو ذلك ، وإن صرح بالسماع فيه في التذكرة ، والدروس ، والمسالك ، والروضة ، ومحكى المبسوط ، ولعله لأنه لم يكن إقراره في الحقيقة ، فيشمله العموم المزبور الذي يعارضه عموم الإقرار من وجه فيرجح عليه بفتوى من عرفت ، ولا دليل على عدم قبول الدعوى المكذبة والبينة كذلك على كل حال بحيث يشمل المقام الذي قد عرفت فتوى لجملة من الأساطين بالسماع فيه ، بل ربما نقل أن الأثبه سماع التأويل الممكن وإن كان الإقرار في مجلس الحكم لكن في

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث - ١ - ٣ - لكن فيه

« واليمين على من ادعى عليه » .

التذكرة نظر فيه ولم يرجح بل كأنه مال إلى عدم السماع ، وقد تقدم في أول بيع الحيوان ماله نفع في المقام فلاحظ وتأمل .

هذا كله إذا شهد الشاهدان باقراره أو اعترف هو به ، أما لو شهدا بنفس الاقباض ومشاهدته لم تسمع دعواه ، ولم يتوجه له اليمين ، بل في التذكرة « وكذا لو شهدا على إقراره بالاقباض بعد انكاره الاقرار » فتأمل .

ثم إنه لا يخفى عليك تصوير المسألة بالنسبة إلى المرتين ، وفيما إذا كانت المين في يد الراهن أو المرتين أو ثالث موجودة أو نالفة ، بأن قال : نواطأنا على الاقرار ، ثم أخذه من دون إذن قتل ، كما أنه لا يخفى عليك جريانها على القول باعتبار القبض في الصحة واللزوم وعدمه والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فعلى الشرطية وعدمها ﴿ لا يجوز تسليم المتاع الا برضا شريكه ، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل ، على الاشبه ﴾ وفاقا لصريح التحرير ، و الدروس ، وظاهر القواعد ، واللمعة ، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه ، و المانع الشرعي كالمانع العقلي خلافاً للمحكى عن المبسوط فيما قبضه التخلية ، لعدم اقتضاها التصرف ، واستجوده في المسالك وغيرها .

لكن قد يناقش بمنع تحقق التخلية التي يصدق القبض معها بدونه ، ضرورة أنه سلطنة عرفية زائدة على السلطنة الشرعية المتحققة بالعقد في نحو البيع ، و كونه كالمالك لا يحقق القبض ، إذ يمكن منعه بالنسبة اليه ايضاً لتوقف 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 أَرَادَهُ لأوقعه ، فمع فرض المانع عنه كما في المقام ولو شرعياً لم تحصل السلطنة المزبورة .

و على كل حال فلو سلمه إياه عدواناً ففي القواعد « في الاكتفاء به - أي على الشرطية نظر » - أقربه ذلك ، للقبض وإن تعدى في غير الرهن ، و وافقه عليه واده كما قيل ، و ثاني المحققين ، والشهيدين وغيرهم ، لأن النهي إنما هو لحق الشريك خاصة ، إذ الفرض حصول الاذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً ، و كونه قبضاً

واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع ، لاختلاف الجهة و قد يشكل بمنافاته لما حكى من كلامهم في باب الهبة من التصريح بعدم الاكتفاء ، للنهي المانع ، كما لو وقع بدون إذن الراهن ، وقد تقدم التحقيق في باب القبض .

ولو وكل المرتهن الشريك على القبض ، وقد أذن له الراهن جاز بلا خلاف ولا إشكال ، بل في جامع المقاصد قوة الاكتفاء بأذن الراهن الشريك والمرتهن في القبض من دون أن ياذن للمرتهن في توكيل الشريك ، بل جزم به في المسالك .

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 مما يؤخر ولم يتهاينا ، جعله الحاكم على يد عدل يؤجره و يقسم الأجرة على الشريكين ، وفي الدروس ويتعلق الرهن بحصة الراهن من الأجرة وليكن مدة الإجارة لا تزيد عن أجل الحق ، فلوزاد بطل الزائد وتغير المستأجر الجاهل ، إلا أن يجيز المرتهن ويأني تمام الكلام في ذلك انشاء الله وأعلم .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

الفصل الثاني في : شرائط الرهن

أي المرهون صحة أولزوماً وقد ذكر المصنف بعضاً منها فقال ﴿ ومن شرائطه : أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه ويصح بيعه ، سواء كان مشاعاً أو منفرداً ﴾ وتفصيل البحث فيها أنه لا خلاف أجده في الأول منها ، بل ربما استشعر من عبارتي الغنية والسرائر ذلك أيضاً ، سوى ما سمعته من الخلاف في خدمة المدبر ، وهو الذي حكاه في المختلف ، وإلا - فلم نجد خلافاً في غيرها لأحد من العامة فضلاً عن الخاصة .

وعلى كل حال ﴿ فلورهن ديناً ، لم ينمقد ﴾ الرهن على المشهور نقلاً و تحصيلاً بل ربما استشعر من عبارتي السرائر ، والغنية ، الإجماع عليه ، وهو الحجة إن تم أو دعوى ظهور الأدلة ولو بمعونة الشهرة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحة عقده أو مفهومه ، بل لعل الشك في الأخير كاف ، - لا لأن القبض معتبر في الرهن ،

و هو غير ممكن في الدين الذي هو أمر كلي لوجود له في الخارج يمكن قبضه ؛
و ما يدفعه المديون ليس عين الدين ، بل هو أحد أفرادها ، فإن فسادها واضح .
أما أولاً : فلاقتضائه الصحة ممن لم يقل بالشرطية ، مع أنه صرح بالمنع في
السرائر ، والقواعد ، و غيرهما ممن لا يقول بالشرطية .

و ثانياً : لا يتم على تقدير اشتراطه في اللزوم ، فإن أقصاه عدم اللزوم ، لا
الصحة ، مع أنه صرح في الغنية بالمنع مع أنه ممن يقول بكونه شرطاً للزوم دون
الصحة .

و ثالثاً : معلومية عدم الفرق بين قبض الدين في البيع في الصرف فيه و غيره ،
والهبة و غيرها ، و بين الرهن ، ولارب في صحة قبضه بتعيين المديون ، و صدق قبض
الدين على ذلك المدفوع ، و إن كان هو أحد الأفراد التي يوجد فيها الكلي .
و رابعاً : أنه لا يتم لو كان الدين المرهون على المرتنن ، لكونه مقبوضاً له ،
و لذلك صح التصارف بما في الذمم ، و كان ذلك تقابضاً منهما قبل التفرق ، ولأن
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 و غير تام فيما لو كان
الدين على المرتنن ، اذ من الواضح اختلاف الناس في سهولة القضاء وعسره ، فكم من
ديون متعينة الحصول يصلح الاستيثاق بهادون غيرها مما يش من تحصيلها كما لا يخفى .
بل ولما في الرياض صريحاً و غيره ظاهراً من الشك في حصول الذي هو شرط
في الرهن بذلك ، بدعوى ظهور النصوص في كون المقبوض الرهن نفسه الذي جرى
عليه العقد ، لأفرده ، و صدق القبض عرفاً لا يستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدلة
هنا ، بل هو قبض لا يتناول ما عليه في الذمة .

بل قديم منع صدق القبض عليه عرفاً مع بقاءه على ملك الديان ، و إن أجرينا
عليه حكم المقبوض لو انتقل إلى المديون نفسه ، فالأصول حينئذ بحالها بعد صرف
الإطلاقات إلى ما عرفت من القبض ، بل عموم الوفاء بالعقود منصرف إلى إطلاق
النصوص في الرهن ، فإنه بما لاحظتها 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 حسيّاً ، فينزل عموم الوفاء على ذلك ، إذ هو الصحيح لا غيره كما استسمع ذلك في نظائر المقام مما لا يمكن قبضه و بيعه كالحرّ وشبهه .

و من ذلك تعرف عدم بناء المنع في رهن الدين على شرطية القبض ، وإن حكم به الفاضل في التذكرة ، ضرورة كون الحاصل منه اشتراط كون الرهن مما يقبض قبضاً حسيّاً ، سواء قلنا باشتراط القبض في الصحة أو اللزوم أو لم نقل ، كما أن منه يعلم دفع العجب عن العلامة في القواعد ، حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله بعدم الاشتراط ، كالحلّى في السرائر ، و تصريحه بالبناء في التذكرة لا يقضي بكونه كذلك في القواعد ، إذ ذلك كله بعد ما عرفت دعوى بل دعاوى خالية عن الشواهد ، بل هي بخلافها متحققة ، ضرورة عدم الفرق بين قبض الرهن و غيره ، خصوصاً بعد رهن المشاع الذي هو راجع إلى الكلية أيضاً ، بل و رهن الكلي الخارجي ولو بوصية ونحوها قبل قبضه ، كضرورة حصول الوثوق برهنه بالطريق الذي ذكرناه .

فلاريب في كون المتبجّعة الصحة ، كما احتمله في الدروس بناء على اشتراط القبض في الصحة ، فضلاً عن اللزوم ، فضلاً عن المختار من عدم الشرطية أصلاً بل كون الرهن مما يقبض لو سلمنا اشتراطه متحقق ، كما عرفت ، ولعله لذا احتمل في الدروس ، و الروضة الصحة كهيئة ما في الذمم ، بل جزم به في المسالك والمحكي عن مجمع البرهان . نعم قد يحتمل كون المراد من الدين في كلام المصنف وغيره خصوص المؤجل منه الذي لا يستحق الدين قبضه ، فإنه قد يتبجّعه المنع فيه ، بناء على شرطية استحقاق القبض فعلاً ، لعدم التمكن من الاقباض ، والانتظار إلى حلول الأجل لا يجدي في حصول شرط صحة الرهن ، و هو المنفي ، لاذك ولأما إذا رضى المديون بتعجيل الحق ونحو ذلك مما يتصور فيه الصحة .

لكن قد عرفت أنه لا دليل على الشرطية المزبورة على وجه لا يكفي فيها استحقاق القبض المتأخر عند حلول الأجل ، فالعمدة حينئذ ما سمعته من الاجماع ، وإن كان دون

تحصيله خراط الفتاد - و دعوى ظهور النصوص - ولو بمعونة فتوى المشهور - في اعتبار كون الرهن عيناً لادينا في صحته ، أو مفهومه ، على نحو اعتبار العين والمنفعة مثلاً في البيع ، والاجارة ، ولا ينافيه اطلاق الشرطية في كلامهم بعد تعارف اطلاقها عندهم على المقوم ، بل يكفي الشك في الأخير ولو للشبهة و غيرها لعدم إطلاق يحتج به حينئذ للنفي والأصل الفساد .

﴿ و كذا ﴾ الكلام ﴿ لو أُرهنه منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد ﴾ غير المدبّر الذي لا أجد فيه خلافاً ، بل في المسالك أنه موضع وفاق ، بل قيل : إنه قد يظهر من جماعة ، ولعله الحجة وإن عكّل مع ذلك بأن الدين إن كان مؤجلاً فالمنافع تنلف إلى حلول الأجل فلا تحصل فائدة الرهن ، وإن كان حالاً فيقدر ما يتأخر قضاء الدين بتلف جزء من المرهون ، فلا يحصل الاستيثاق ، ولأن المنافع لا يصح إقباضها إلا بانلافها ، فكان عدم الصحة متجهاً على القول باشتراط الإقباض ، و بدونه ، بل في المسالك « ان الامر على ما اختاره المصنف من الاشتراط واضح ، وتبعه في الرياض .

لكن تأمل فيه في حاشيته على الروضة ، فقال : « إن 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 الاجرة رهناً ، وقريب منه القبض لا مكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ، ويكون عوضها رهناً ، إلا أن يقال : إن ذلك خروج عن المتنازع ، اذ رهن الأجرة جائز ، إنما الكلام في المنفعة نفسها ، والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد ، امكان رهنه ، والمانع عارض » .

وفيه أنه ليس خروجاً بعد أن كان مورد العقد المنفعة ، لا الأجرة التي لا كلام في جواز رهنها ، والفرق بعروض المانع غير مجد ، فالعمدة حينئذ الاجماع المؤيد بدعوى ظهور النصوص في كون الرهن عيناً لا منفعة ، ولو على الوجه الذي سمعته سابقاً ، وإلا كان المتجه الجواز وإن قلنا بالاشتراط ضرورة اجراء الشارع قبض الاعيان ذوات المنافع مجرى قبض المنافع في الاجارة وغيرها .

و دعوى - اختصاص ذلك بالاجارة لمكان الحاجة إلى المنافع ، والأف قبض العين ليس قبضاً تاماً في الاجارة ، بخلاف رهن المنافع ، فإنه لا حاجة تمس إليها - واضحة المنع وعدم تمامية القبض لاينافي إجراؤه مجراه ، فلا ريب حينئذ في أن العمدة ما قلناه ، كما يؤمى إليه التصريح بالمنع من القائلين بالشرطية وعدمها ، وتلف بعض المنافع إلى حلول الاجل أو إلى الاستيفاء غير قادح ، بعد أن كان الاستيثاق في المجموع الذي هو كاف في صحة الرهن ، سيما مع التصريح بذلك ، فلا دليل حينئذ إلا ما عرفت في دعوى الإجماع هنا أقرب منها في الأول والله أعلم بحقيقة الحال .

نعم لهم كلام في خصوص رهن خدمة المدير ستمعه انشاء الله ﴿ و ﴾ لكن قبل الكلام في ذلك ينبغي أن يعلم أن ﴿ في رهن المدير ﴾ نفسه ﴿ تردد ﴾ أو خلاف ، ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف وغيره من المتأخرين بل في المسالك نسبته إلى الأكثر ﴿ أن رهن رقبته إبطال لتدييره ﴾ كبيعته وهبته ونحوهما من العقود التي يكون الغرض منها ملك من انتقل إليه ، أو استيفاء الدين من قيمته ، إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع في التدبير الذي هو من العقود العاجزة ، كغيره ، من الوصية ، فيكون حينئذ قصد شيء منها كافياً في الرجوع ، للتنافي بينه وبين القصد السابق للتدبير ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من الصحة ، لأن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ، ويجوز فكّه ، فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن ، بل بالتصرف فيه .

لكن الموجود في المحكي عن مبسوطه كالذي في السرائر إذا دبّر عبده ورهنه بطل التدبير ، لأن التدبير وصية ، ورهنه رجوع فيها ، وإن قلنا إن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً ، لأنه لا دليل على بطلانه .

نعم زاد و فعلى هذا إذا حلّ الأجل في الدين وقضاء المدين من غير الرهن كان جائزاً ، وإن باعه كان له ذلك ، 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 أن التدبير بمنزلة الوصية ، والوصية له الرجوع فيها ، فكذا التدبير ، فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه - إلى

أن قال - : وإن قلنا : إن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً ، وهما معاً كما ترى ، لا تصريح فيهما بذلك ، بل ظاهرهما عدم القول به .

نعم يحكى عن الأردبيلي التصريح به مدعياً عدم المناقاة بينهما ، و كأنه توقف فيه في المسالك : وفي تدبير التحرير « الأقوى أن رهن المدبر ليس بإبطاله ، وعق بعد الموت ، ويؤخذ من التركة قيمته تكون رهناً .

وعن الكفاية « أن في المسألة أقوالاً ثلاثة - القول بصحة الرهن ، وأن رهن رقبته إبطال لتدبيره ، - والقول بعدم الصحة ، والقول بأن التدبير مراعى بفكّه فيستقر ، أو يأخذ في الدين فيبطل ، .

وأنكر عليه في الحدائق وغيرها ، القول الثاني : وفي التذكرة يصح رهن المدبر عند علمائنا ، لكن اعله فهمه من عبارة الخلاف السابقة المقيّد ذلك بعدم قصد الفسخ أو أخذه من الدروس ، فإنه حكاه عن النهاية قال ، « ورهن المدبر إبطال لتدبيره عند الفاضلين ، وعلى القول بجواز بيع الخدمة يصح في خدمته ، وفي النهاية « يبطل رهن المدبر ، وفي المبسوط والخلاف « يصح ويبطل تدبيره ، ثم قوّى صحتهما فإن بيع بطل التدبير ، وإلا فهو بحاله ، وتبعه ابن أديس وهو حسن .

وكيف كان فالاحتمالات - التي بعضها أقوال - ستة ، أوسبعة ، وإن أمكن في بعضها إرجاعه إلى آخر أحدها : صحة الرهن وإبطال التدبير ، ثانيها : الصحة ومراعاة التدبير ، ثالثها : ماسمته من التحرير ، رابعها : ماسمته من الخلاف ، خامسها صحتهما معاً على أن يكون رهناً إلى موت السيد فينعتق ، ويبطل الرهنية ، فيكون كرهن المال الذي فيه الخيار لغير الراهن ، وكرهن العبد المشروط حرّيته بناء على صحتّه ، أو المنذور كذلك في مدة مخصوصة ، أو العبد الجاني عمداً أو خطأ ، والمراد عن فطرة ، والمريض المأبوس منه ، وكبيع المدبر على رأى المفيد ، القائل بأنه إذا مات سيّده تحرر ، وليس للمشتري عليه سبيل ، ولعلّ هذا هو الذي قوّاه في السرائر ، بل لعله المحكى عن الأردبيلي .

سادسها - ما حكاه في الكفاية من عدم صحة الرهن ، سابعها : عدم الصحة إذا

كان المقصود رهنه بحيث يستوفى منه الدين ، مع قصد عدم الرجوع بالتدبير ، أما إذا كان مقصوده رهنًا باقيا على صفة التدبير فيصح أن معاً ، والإطلاق منصرف إلى الثاني .

ولعل الأقوى الأول إذا كان التدبير مما يجوز له الرجوع فيه ، لا إطلاق أدلة الرهن ، واجتماع الشرائط حال العقد ، ولأن الرهن للتوثيق الذي ينفيه ذلك ، فإن لم يكن كذلك بأن كان واجباً عليه بنذر ونحوه فليس حينئذ إلا الخامس أو السادس ، وكأن الأول منهما لا يخلو من قوة ، خصوصاً إذا قلنا بجواز بيعه منزلاً على الخدمة أولاً إلى موت السيد الذي ربما يرجع إليه ماسمعه من المفيد ، بل هو الذي يقضى به التدبير في كلام الدروس أولاً .

وقد تلخص من ذلك أنه حيث يكون التدبير مما يجوز الرجوع فيه الأقوى الأول ، سواء صرح بكونه يستوفى منه المال على كل حال إذا لم يؤد الدين ، أو أطلق ، أما صحة الرهن فلو جود المقضى وارتفاع المانع ، وأما بطلان التدبير فلمنافاة وإلا لصح تدبيره وهو رهن .

وكون التدبير عتقاً بصفة ، فينبغي بطلان الرهن لا بطلانه ، ليس من مذهبنا ، للأجماع على جواز الرجوع به كالوصية ، ولا يحتاج إلى سبق فسخ التدبير ، بل ولا إلى قصده على أقوى الوجهين ، أو القولين ، كما نعرفه إن شاء الله في محله ، وتقدم له نظائر في الخيار وغيره ، ويأتى في الوصايا وغيرها ، فهو حينئذ كبيعته وهبته ونحوهما بل كبيع المال الموصى به لشخص أو هبته أو رهنه مما يحصل به الرجوع فمرا لا قصداً . نعم لو صرح بكونه رهنًا باقيا على تدبيره جاء فيه الوجهان السابقان اللذان قد تقدم قوة 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 ﴾ لكن لم نعرف القائل بالأول ، وإن حكاه غيره أيضاً . نعم ربما نسب

إلى الشيخ في النهاية ، إلا أنني لم أجده فيها ، لافى الرهن ولا فى التدبير ، ولكن قال : « لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره ، إلا أن يعلم المشتري أن البيع للخدمة ، وأنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل له عليه » .

وفى الدروس « وتبعه على ذلك جماعة » فيمكن أن يكون وجه النسبة إليه القاعدة التى ذكرها غير واحد ، وهى - كل ما جاز بيعه جاز رهنه - إلا أن ذلك يقتضى القول به لغيره أيضاً ، ولعله لذا قال فى الدروس : « ولا يجوز رهن المنفعة لعدم إمكان بيعها ، ولأن المنافع لابقاء لها ، فلا ينتفع بها المرتهن إلا خدمة المدبّر ، وفقاً لجماعة وقد سلف » ، والذي سلف له فى كتاب التدبير جواز البيع ، قال : « وصريح الرجوع رجعت فى تدبيره ، أو نقضت ، أو أبطلت وشبهه ، دون إنكار التدبير ، أما لو باعه أو وهبه ولمّا ينقض التدبير ، فأكثر القدماء على أنه لا ينقض التدبير ، فقال الحسن : « يبيع خدمته ، أو يشترط عتقه على المشتري ، فيكون الولاء له » وقال الصدوق : « لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشتري اعتاقه عند موته » . وقال ابن الجنيد : « تباع خدمته مدة حياة السيد » . وقال المفيد : « إذا باعه ومات تحرّر ولا سبيل للمشتري عليه » . وقال الشيخ في النهاية : « لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره ، إلا أن يعلم المشتري بأن البيع للخدمة » . وتبعه جماعة والحليّون إلا الشيخ يحيى ، على بطلان التدبير بمجرد البيع ، وحمل ابن ادريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته ، والفاضل على الإجارة مدة فمدة حتى يموت ، وقطع المحقق ببطلان بيع الخدمة ، لأنها منفعة مجهولة ، والروايات مصرّحة بها ^(١) ، وأن رسول الله ﷺ باع خدمة المدبّر ، ولم يبيع رقبة ، وعورضت برواية محمد بن مسلم ^(٢) ، هو مملوكه ، إنشاءً بآعه ، وإنشاءً أعتقه ، وأجيب بجعل البيع على الرجوع قبله ، توقيفاً ، والجهالة فى الخدمة غير قاذحة ، لجواز استثناء هذا ، على أن المقصود فى البيع فى جميع الأعيان هو الإثتفاع ولا تقدير لأمدّه ، فالعمل على المشهور ، وتخرجه - على تناول البيع الرقبة ، ويكون

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث - ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث - ١ .

كمشروط العتق - باطل بتصريح الخبر ، والفتوى بتناول الخدمة دون الرقبة .
قلت : قد يظن من المفيد خلافه ، بل يمكن تنزيل بعض عبارات غيره عليه ،
على أن يكون إطلاقهم بيع الخدمة منزلاً على أنه لا مرة معتداً 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 ، إن هي -
خبر السكوني ^(١) « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : « باع رسول الله
ﷺ خدمة المدبر ولم يبع رقبة » .

وخبر أبي مریم ^(٢) « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يعتق جارية عن دبر
أبطأها إنشاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حياته ؟ فقال : نعم أي ذلك شاء
فعل » .

وخبر علي ^(٣) « 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 اعتقت الجارية ، وإن وندت
أولاداً فهم بمنزلتها ، ^(٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر
وخبر أبي بصير ^(٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد أن يشاء أن يبيعه قدر
فقال : ملولاً أن يكاتبه إن شاء ، وليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر
حياته ، وله أن يأخذ ماله إن كان له مال » .

والجميع لا صراحة فيها ، بل هي قابلة للتنزيل على ما ذكرنا ، بل خبر أبي بصير
منها كالصريح فيه ، وإن كان لا فائلاً بما فيه من اشتراط مشيئة العبد ، بل نوقش في
أسانيدنا جميعاً بالسكوني ، وأبان ، والقاسم بن محمد ، واشتراك أبي بصير . وإن كان
يدفعها عمل من عرفت بها ، وسكون الأصحاب إلى اخبار السكوني ، وعدم قدح
اشتراك أبي بصير بعد عدالة الجميع ، كما حرر في محله ، بل لعل رواية عاصم عنه
هنا يعين أنه « ليس » ، مضافاً إلى رواية الجميع في التهذيب والاستبصار ؛ بل خبر أبي مریم

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب التدبير الحديث - ٤ - ١ -

وأبي بصير منها قد رواه في الفقيه أيضاً ، بل الأول منهما قد أرسله الصدوق في الهداية أيضاً .

ومن الغريب ما في الحقائق في المقام من أنني 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 تقدم من تعليل عدم صحة بيع المنفعة ، مع عدم وجود ما يعارضه ويوجب الخروج عنه ، والرواية المذكورة غير معلومة ، لعلها من روايات العامة .

و أغرب منه ما في مفتاح الكرامة حيث رده بأن هذه الرواية قد اعترف بها المحقق والعامة وغيرهما ، بل قال الشهيد : والروايات مصرحة بها ، فكان هناك روايات وليس ما يحكونه إلا كما يروونه ، وقد روى في الهداية عن الصادق عليه السلام إلى آخر خبر أبي مریم ، ثم قال فلا تصنع إلى ما في الحقائق من احتمال كونها من روايات العامة ، حيث لم يقف عليها بعد التتبع ، إذ هما معاً كما ترى .

وكيف كان فبناءً على أن ما جاز بيعه جاز رهنه ، لا مناص عن العمل بها ، إن لم يكن المراد منها ما ذكرنا ، المؤيد بموافقة بيعه مدبراً للضوابط في الجملة ، ضرورة عدم خروجه بالتدبير عن الملك المقتضى لجواز سائر التصرفات ، وهذا الذي يعبر عنه ببيع الخدمة ، ويمكن تنزيل تلك العبارات أو أكثرها عليه ، ويبقى قاعدة عدم جواز بيع المنافع على حالها الذي لم يخصها أحد منهم في كتاب البيع وغيره والله أعلم .

وأما الثاني : وهو اعتبار الملك فلا أجد خلافاً في اشتراط كونه ممّا يملك ، فلا يصح رهن غير المملوك كالحشرات والخمر والخنزير للمسلم ، كما استعرف ، لعدم إمكان استيفاء الدين منه ، كما أنه لا أجد خلافاً في اشتراط كونه مملوكاً للراهن أو مأذوناً فيه ، لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدون ذلك .

﴿ و ﴾ حينئذ قد ﴿ لو رهن ما لا يملك لم يمض ووقف على اجازة المالك ﴾ لأن الظاهر جريان الفضولي فيه ، بناء على موافقته للضوابط ، أو أنه أولى من النكاح الوارد فيه ذلك ، أولاً أنه ثابت في البيع ولم يفرق أحد فيه وبين غيره من العقود

فتوقف بعض متأخري المتأخرين فيه هذا - وإن قلنا به في البيع - في غير محله .
 واحتمال - أنه على غير قياس الفضولي ، لأنه ليس رهناً على دين المالك له
 بغير إذنه - واضح الضعف ، ضرورة عدم الفرق بينهما بعد فرض تأثير الأذن السابقة
 فيهما معاً ، فليس إلا تأخيرها وهو غير قاذح فيهما معاً ، فهو إن لم يكن على قياس
 الفضولي فحكمه حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، فلا ينبغي التوقف في
 القسمين معاً .

بل لا يبعد صحة رهن التبرع كالوفاء والضمان ، فلو رهن مال نفسه على دين
 رجل آخر من غير إذنه بل مع تهديده صح ، كما نص عليه في التذكرة ، لاطلاق
 الأدلة .

نعم يتوقف على إذن المديون لو رهنه عنه بعنوان الوكالة مثلاً ، و لو رهنه
 متبرعاً في أصل الرهنية ، لكن قصده مع ذلك الرجوع على المديون لو بيع بالدين
 فإن أجاز الدين ذلك احتمل الالتزام به ، وإلا كان رهناً ولا رجوع له عليه ، ولعل
 مثله يجري في وفاء الدين .

﴿ وكذا ﴾ في التوقف على الأجازة ﴿ لو رهن ما يملك وما لا يملك ﴾ في
 عقد واحد لكن إذا فعل ذلك ﴿ مضى في ملكه ، ووقف في حصة شريكه ﴾ إن كان
 مشتركاً بينهما ﴿ على إجازته ﴾ وكذا إذا لم يكن مشتركاً ، والإشكال في تبعض
 الصفقة هنا كالبيع واضح الدفع ، كما حرر في محله ، كالأشكال في أصل رهن المشاع
 من أبي حنيفة محتجاً بعدم إمكان قبضه وهو خطأ محض ، وبأنه قد يصير جميع ما
 رهن بعضه في حصة الشريك ، وهو - مع أنه أخص من الدعوى ، إذ لا يجري إلا في
 رهن الحصة المشاعة من بعض معين في الدار المشتركة مثلاً - يمكن أن يكون
 الحكم فيه بناء على صحة إزام الراهن بالقيمة لأنه كائناً ، ويمكن أن يكون
 كالتلف من الله سبحانه فلا يلزم بشيء ، ويحتمل بناء الحكم فيه على الاختيار والإجبار
 فالأول كالتلف ، والثاني كالتلف ، ولعل القول بالإلزام على كل حال أولى ، لأنه
 قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه .

إلا أنه قد يقال بكون الرهن ما قابله من حصّة الرّاهن لا القيمة ، كما أن الظاهر توقف صحّة القسمة على إذن المرتهن كباقي التصرفات ، لكنه أطلق في الدروس فقال : « لو رهن نصيبه في بيت معين من جملة دار مشتركة صح ، لأن رهن المشاع عندنا جائز ، فإن استقسم الشريك وظهرت القرعة له على ذلك البيت ، فهو كاتلاف الرّاهن يلزمه قيمته ، ولا يلحق بالتلف من قبل الله تعالى » و نحوه عن التذكرة .

وعلى كل حال فرهن المشاع لا اشكال فيه عندنا ، بل ولا خلاف ، بل قد عرفت أن ظاهر الدروس الإجماع عليه ، بل عن صريح الغنية ذلك ، بل في التذكرة يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه ، أو من غير شريكه ، وسواء كان ذلك ممّا يقبل القسمة أو لا يقبلها ، وسواء كان الباقي للرّاهن أو لغيره ، مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده ، أو حصّة من الدّار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع ، فذلك كله مع إطلاق الأدلة الحجة على أبي حنيفة .

نعم يعتبر في الرهن أصل الملكية كما عرفت ﴿و﴾ حينئذ في ﴿لو رهن المسلم خمراً﴾ أو خنزيراً أو نحوه مما لا يملكه المسلم ﴿لم يصح﴾ بخلاف أجده فيه ، ﴿ولو كان عند ذمّي﴾ لعدم ملكية الراهن لها وعدم سلطنة على بيعها ووفاء دينه منها . ﴿ولو رهنها الذمّي عند المسلم﴾ لم يصح أيضاً ، ولو وضعها على يد ذمّي ، على الأ شبه ﴿الأ شهر بل المشهور شهرة عظيمة﴾ بل لا خلاف أجده فيه إلا من المحكي عن المبسوط والخلاف في خصوص ما لو وضعه على يد ذمّي ، قال : « إذا استقرض ذمّي من مسلم مالا ، ورهن بذلك خمراً يكون على يد ذمّي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جازله أخذه ، ولا يجبر عليه » وزاد في الأخير أن له أن يطالب بما لا يكون ثمن محرّم ، وقد يقال : بعدم صراحته في الخلاف ، خصوصاً الأخير ، بل مراده جواز أخذ الثمن ممّا جعله الذمّي رهناً عند ذمّي آخر على هذا الدّين ، وإن كان رهناً فاسداً .

والتعليل - بأن الحق في وفاء الدّين للذمّي ، فيصح الرهن كما لو باعها ووفاه

ثمنها ، لأن الرهن لا يملك للمرتهن ، وإنما يصير محبوساً عن تصرف الوارث -
لم نجده له ، وكأنه لغيره ، ذكره له ، وردّه بأن يد الذمّي الودعي كيد المسلم الذي
لا بدّ من اعتبار تسلطه 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
استدانة القبض .

نعم المانع ماشرنا إليه ، من عدم صحّة تعلق حقّ المسلم في الخمر على الوجه
المزبور ، وهو معتبر في المرتهن .

وعلى كل حال فخلافة غير متحقق ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه ، لعدم
صحّة تعلق حق المسلم في الخمر المنهي عن قربها على وجه تسلط هو أو الحاكم على
بيعها والاستيفاء منها ، بل لعله كذلك فيما ألومات الذمّي المديون لمسلم ، أو فلس ولم
يمكن عنده إلا خمر أو خنزير ، ولا ينافي ذلك جواز أخذ ثمنها منه لوباعها ، إذ ليس
هو تعلق بها ، ولذلك ليس له جبره على بيعها ، ولا اشتراط ذلك في عقد لازم ، بل ليس
له أن يأمره بذلك ، لكونه محبوساً على الذمّي ، 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 .

﴿ ولورهن أرض الخراج ﴾ كالمقتوحة عنوة والتي صولح أهلها على أن تكون
ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج ﴿ لم يصح ﴾ عند المصنف والجماعة ، ﴿ لأنها
لم تقعين لواحد ﴾ من المسلمين ﴿ نعم يصح رهن ما بها من أبنية وآلات وشجر ﴾ لكونها
مملوكة لصاحبها ، بخلافها هي كما أنه يصح رهنها مع الآثار ، بناء على أنها تملك
تبعاً لآثار التصرف ، بل لا يبعد حينئذ صحّة رهنها نفسها دون الآثار ، لكونها
مملوكة مادامت الآثار ، كما عساه يظهر من الدروس ، خلافاً للمسالك فقال : « وإلا
صحّ جواز رهنها تبعاً لآثار التصرف من بناء وشجر ونحوهما لا منفردة » إلا أن
الأمر سهل .

إنما الكلام مع العلامة وغيره ممن جوّز بيعها تبعاً للآثار ، ومنع من

رهنها كذلك ، ضرورة أن المتبجعه له جواز رهنها تبعاً للآثار ، لعدم الفرق ، واحتماله - باعتبار أن الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين ، فلا يصح بيع الأرض ، أو باعتبار أن الأخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقاً ، فنزلت على ما إذا تصرف فيها بهما ، ولم يرد هنا شيء - كما ترى ، خصوصاً بناء على قاعدة ما جاز بيعه جاز رهنه ، هذا . وقد قيد جماعة البناء بما إذا لم يكن معمولاً من ترابها ، وإلا كان حكمه حكمها ويمكن دعوى كون السيرة في الآجر والأواني وغيرها على خلاف ذلك .

﴿ و ﴾ أمّا الثالث : فلا ريب في اعتباره بناء على اشتراط القبض في الصحة في ﴿ لو رهن ما لا يصح ﴾ ولا يمكن ﴿ اقباضه كالطير في الهواء ﴾ غير معتاد العود ﴿ والسملك في ﴾ غير المحصور من ﴿ الماء ﴾ بحيث يتعذر قبضه عادة ﴿ لم يصح رهنه ﴾ - ، بل وعلى عدمه لعدم الاستيثاق بمثل ذلك .

لكن في المسالك « أنه يمكن القول بالصحة ، لعدم المانع » وتخيل تعذراً استيفاء الحق من ثمنه ، لعدم صحة بيعه ، يندفع بإمكان الصلح عليه ، وكلية - ما صح بيعه صح رهنه ، - ليست منعكسة عكساً لغوياً وقد تقدم مثله في الدين وهو لا يخلو من وجه ، مع فرض إمكان الاستيفاء بصلح وانحواه مما لا يكون نادراً ، وإلا لم يخل من نظر ، كما في الرياض ، فإن مجرد الإمكان مع الندرة غاية غير محصل للمقصود الذاتي بالرهن ، وهو الاستيثاق ومعه لا يحصل ظن بتناول ما دل على لزوم العقود لمثله ، ولعله لذا اشترط الشرطين من لم يشترط القبض .

وكيف كان فإذا كان معتاد العود والماء محصوراً فالصحة متجهة على التقديرين كما صرح به بعضهم ، وهل العبرة بإمكان الإقباض عند التسليم ؟ أو عند العقد ؟ فلو رهن ما لا يمكن إقباضه عند العقد فاتفق القدرة عليه فأقبضه ، صح على الأول ، وبطل على الثاني .

ولو رهن ممكن الإقباض عند العقد ، فاتفق تعذره بعده ، صح الرهن إذا تمكن من إقباضه بعد ذلك على التقديرين ، ولعل الأمر في المقام على حسب ما تقدم في البيع

بالنسبة إلى اشتراط القدرة على التسليم ، التي هي في المقام أولى بالأعتبار ، بناء على اشتراط القبض فيه ، وإن كان مقتضى الأصل المستفاد من اطلاق الأدلة عدم شرطية كل ما شك فيه ، فتأمل جيداً فإنه يمكن الفرق بين البيع وبين المقام باعتبار عدم الفرر في الأول ، دون الثاني ، الذي لاسفه أيضاً في إيقاع عقد الرهن عليه مراعى بالقبض ، بخلاف المعاوضة ، ومن هنا ينقذح الشك في أصل الشرطية إن لم يكن اجماع حتى على القول باعتبار القبض ، والله العالم .

﴿ وكذا لو كان ممّا يصحّ إقباضه ﴾ لكن ﴿ لم يسلمه ﴾ بناء على اعتباره في الصحة ، ولم يلزم بناء على اعتباره في اللزوم ، وصحّ بدون التسليم ، بناء على عدم اعتباره في صحة ، ولالزوم ، إلا أنه ينبغي أن يعلم أن المراد من الأول ، بقاء الصحة مراعاة ، إلى أن يحصل ما يقتضى الفسخ من قول أوفعل ، وإلا فعدم التسليم أعمّ من ذلك ، ضرورة عدم اشتراط مقارنة التسليم للعقد كما هو واضح .

﴿ وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً ﴾ لنفى السبيل في الكتاب العزيز ﴿ وقيل : ﴾ والقاتل الشيخ في المحكي عن مبسوطه ﴿ يصح ﴾ رهنه ﴿ و يوضع على يد مسلم ، وهو أولى ﴾ عند المصنف ، والفاضل والشهيد وغيرهم لمنع تحقق السبيل بذلك ، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك ، أو من بأمره بذلك ، ومع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع ويوفيه ، ومثل هذا لا يعدّ سبيلاً ، لأن مثله يتحقق بالهبة والتفليس ونحوهما .

وفيه : أن ذلك يقتضى جوازه وإن وضع في يده إذ لا تسليط له ، وإن كان في يده إلا بالطريق المزبور ، والفرض أنه غير سبيل ، ولو سلم وكالته عن الرّاهن أمكن منع كونها سبيلاً للكافر ، بل هي من سبيل المؤمن كإبداعه ونحوه ، بل يد المسلم هنا نحو يد الذمي التي قالوا هناك أنها لا تجدى في إرتهان المسلم الخمر ، لكونها يد المرتنن ، فالمتجه بناء المسألة على صحة تعلق حق الرّاهنة للكافر في المسلم والمصحف ، وعدمها ، من غير فرق بين الوضع على يد المسلم وعدمه ، ولعله لذا أطلق

المنع في التذكرة وغيرها ، بل ربما ادعى أنه معقد محكي الإجماع .

لكن الإيصال عدم خلو القول بالصحة مطلقاً من قوة ، إن لم يثبت إجماع على خلافها لمنع كونه سبباً ، بل هو أسهل من إجارة المسلم نفسه للكافر ، ولا بأس بتعلق حق الكافر بهما كما في الموت والتفليس ، وبه يفرق بينه وبين تعلق حق المسلم في الخمر ، والخنزير ، إلا أنه يمكن دعوى تحقق الإجماع مع الوضع في يد الكافر بخلاف الوضع على يد المسلم والله أعلم .

﴿و﴾ أما الرابع : فلا ريب فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدونه فـ ﴿لورهن وفقاً لم يصح﴾ إذ لا يجوز بيعه ، وإن كان مملوكاً كالموقوف عليه ، وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب أن يشترى بثمنه ملكاً يكون وفقاً ، فلا يتجه الإيصال منه مطلقاً ، وما يبايع للحاجة قد يتطرق إليه في وقت الإحتياج إلى بيعه عدمها ، فلا يكون مقصود الرهن حاصلاً ، ولعله لذلك أطلق من تعرض له ، لكن قد يمنع مناقاة هذا الاحتمال للرهن ، كما في الجاني والمرئد هذا .

وفي المسالك « لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه ، ونحوه في غيرها أيضاً ، وحينئذ فإطلاق من تعرض هنا ، لعدم جواز ذلك عنده ، أو لعدم وثوق الرهن ، إذ يمكن انتقاله قبل بيعه إلى غير الرهن بموت ونحوه مثلاً ، بناء على قدح مثل هذا الإجمال في الرهن ، وتحرير المسألة قد تقدم في كتاب البيع ونماؤه إن ما يكون رهنًا تبعاً ، لأن عقد الرهن يكون عليه قبل تحققه .

وكذا لا يصح رهن منذور العتق مطلقاً أو مقيداً بالتمجيل ، أو بوصف كمجيء وقت ، أو شرط كعافية مريض ، بناء على عدم جواز بيعه . ومن الغريب أن الفاضل في التذكرة مع اشتراطه في الرهن ذلك ، جواز رهن المعلق على الوقت ، أو الوصف ، ثم قال : « وهل يباع لو حل الدين قبل الوصف ؟ الأولى المنع ، لأنه وإن لم يخرج عن ملكه بنذر ، إلا أنه قد تعلق به حق لله تعالى ، وبيعه مبطل لذلك الحق ، ولعله لا يخلو من وجه في الوصف ؛ أي الشرط لأصالة عدم حصوله ، ولذا خص التردد فيه في

القواعد ، والدروس ثم قال في الأخير : « وعلى الصحة لو وقع الشرط ، أعتق وخرج عن الرهن ، ولا يجب إقامة بدله إذا كان المرتهن عالماً بحاله ، وإلا فالأقرب الوجوب هنا » .

وفيه : منع كون ذلك الأقرب ، كما أن الوجه عدم الصحة في أصل المسألة ، لأن ذلك لا يسوغ البيع للمالك . فلا يجدي الرهن ، بخلاف احتمال قتل العبد بالجناية ونحوها ، فإن ذلك لا يمنع البيع للمالك ، واحتمال صحة البيع لعدم حصول الشرط غير كاف في صحة الرهانة كما هو واضح ، فتأمل جيداً .

ثم إنه ينبغي أن يكون المراد من البيع مطلق النقل ولو بالصلح ، فلو اجتمع فيه الشرائط المزبورة إلا أنه لا يصح خصوص بيعه ، وإن صح الصلح عليه صح رهنه ، ضرورة عدم اختصاص البيع بذلك بعد إمكان الاستيفاء منه ، وحينئذ فلا يجوز رهن كل ما لا يجوز للمالك نقله ، وإن كان عيناً مملوكة له يمكن قبضها ، ومنه المكاتب ولو مشروطاً ، لأن الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها ، واحتمال العجز في المشروط غير مجد ، وأما أم الولد فتسمع الكلام فيها في آخر المبحث انشاء الله .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ **﴿ يصح الرهن ﴾** للمشتري ﴿ في زمن الخيار ، سواء كان للبايع ، أو للمشتري ، أولهما ، لانتقال المبيع بنفس البيع على الأ شبه ﴾ خلافاً للشيخ حيث حكم بعدم الانتقال ، لو كان الخيار للبايع أو لهما إلا بعد مضي زمن الخيار ، وقد تقدم ما فيه سابقاً ، لكنّه أشكل في المسالك الرهن على الأول أيضاً ، فيما إذا كان الخيار للبايع أولهما بما فيه من التعرض لابطال البايع ومثله بيعه ، وما أشبهه من الأمور المتأقلة للملك ، قال : « وتحرير المسألة يحتاج إلى تطويل . نعم لو كان الخيار له خاصة فلا إشكال ، ويكون الرهن مبطلاً للخيار ، وكذا يجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له ، أولهما ، ويكون فسخاً للبيع » .

قلت : قد تقدم منّا في باب الخيار ما يعلم منه تحرير المسألة ، وتزيد هنا أن الصور ستة ، إذ الخيار إما للبايع ، أو للمشتري ، أولهما ، والرهن البايع ، أو المشتري ، فإن كان الأول : وقد رهنه هو كان فسخاً ، ولا يشكل صحة الرهن بعدم

المالك قبله ، إذ الظاهر حصوله في مثله في آن ما قبله ، بل لعل القصد المتمقب للمرهانة كاف في الفسخ . وإن كان المشتري ، فقد عرفت سابقاً أن الاحتمالات في بيعه ثلاثة ، نفوذ البيع ومطالبة ذي الخيار لو فسخ بالمثل أو القيمة ، وبطلان البيع وصحته متزلزلاً ، فعلى الأول لا ينبغي التوقف في صحة الرهانة ، كما أنه لا ينبغي التأمل في البطلان على الثاني ، أما الثالث : ففي الصحة وعدمها عليه احتمالان ، أقواهما الصحة .

وإن كان الثاني : والرهان البايع ، فإن أجاز المشتري الخيار والرهانة صح ، وإن أجازة دونها بطلت ، وإن فسخ الخيار ففي صحة الرهانة وجهان ، ينشأ من وقوع الرهانة في غير ملك ، ومن أولوبته من إجازة المالك ، وأما إذا كان الرهان المشتري فلا ريب في أنه إجازة ، ولا يأتي فيه الإشكال السابق ، ومن ذلك يعلم الحال في باقى الصور .

ورهن الواهب الموهوب الذي يصح له الرجوع فيه فسخ للهبة ، كرهن البايع ذي الخيار المبيع ، بل وكذا رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها ، والإشكال المتقدم سابقاً قد عرفت دفعه .

نعم يحتمل جعل المدار على مادل على جواز تصرف ذي الحق فمأبث كونه كذلك وجب القول بتقدير الفسخ في آن ما ، وإلا لم يجز حتى يفسخ 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 الممسومة ، ورهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع كرهن ذي الخيار ، وقدير يد في الأول قبل الفس ، وإلا لم نجد فرقاً بينه وبين رهن الموهوب والله أعلم .

﴿ ويصح رهن العبد المرتد ﴾ لا عن فطرة والأمة والخنثى مطلقاً ، بلا خلاف صريح أجده فيه ، للأصل والعمومات في البيع والرهن وغيرهما ، واحتمال عدم التوبة غير مناف لما لبته ، كاحتمال عدم براء المريض ، بل قد يقوى الجواز ﴿ ولو كان عن

فطرة ﴿ كذلك أيضاً ، وفقاً للشيخ ، ويحيى بن سعيد والفاضلين والفخر في شرح الإرشاد ، والشهيد بن ، وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، للأصل والعموم السابقين ، بل ربما ظهر من بعضهم المفروغية من بيعه ، فينبغي أن يكون رهنه كذلك ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع .

ودعوى - أنه بمنزلة ما لا نفع فيه ، أو غير المملوك ، أو المستحق للغير ، أو نحو ذلك مما يمنع جواز بيعه أيضاً - واضحة البطلان ، كدعوى الفرق بين البيع والرهن بإمكان الانتفاع به في الأول منفعة حالية ، بخلاف الثاني ، الذي يراد منه الوثوق المفقود في المقام ، لاحتمال قتله ، إذ يمنع اعتبار الوثوق في الرهن بحيث يقدر فيه مثل ذلك ، خصوصاً في مثل هذه الأزمدة المتعذر إقامة الحد فيها ، بناء على أنه وظيفة الإمام ، وإن منه حد المرتد ، بل لو قلنا بوجوب قتله على سائر المكلفين الذين منهم الرأى والمرتهن ، لم يمنع ذلك تعلق حق الرهانة فيه مادام غير مقتول .
والحاصل لا ينبغي التأمّل في الجواز بناء على جواز بيعه ، كما أنه لا ينبغي التأمّل في العدم ، على تقدير العدم ، ولعل الأقوى جوازهما معاً ، لأطلاق الأدلة وعمومها ، فما عن أبي علي - من عدم جواز رهن المرتد ، بل مقتضى إطلاقه وإن لم يكن فطرياً ، للخروج عن الملك . واضح الضعف خصوصاً في غير الفطري ، وإن وافقه الفاضل في التذكرة في الفطري ، واستشكل فيه في القواعد ، قيل : وربما مال إليه في الإيضاح ، ولعله لعدم قبول نوبته 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 ، فتأمّل جيداً والله أعلم .

﴿ وكذا رهن البجائي خطأ ﴾ على المشهور ، بل ظاهر تخصيص المصنف بالتردد في العمد عدم الخلاف فيه . وهو كذلك من غير المعك عن الميسوط ، لكنه أبطل الرهن فيه ، وفي العمد ، فلاحية لاختصاصه بالعمد حيث قال ﴿ وفي العمد تردد ﴾ بناء على أن المنشأ ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿الاشبه﴾ باصول المذهب ﴿الجواز﴾ فيهما لحصول المقتضى الذي هو استجماع شرائط الرهن حال الرهانة ، وعدم المانع ، إذ لم يثبت مانعية حق الجناية عن البيع ونحوه ، فضلاً عن الرهانة ، واحتمال الفصاص والاسترقاق للكل أو البعض غير قادح ، كما إذا جنى وهو رهن ، إذ لا يعتبر في الاستيثاق نفي سائر الاحتمالات ، بل قد يقال في مثل الجاني خطأً انه إذا رهنه المولى التزم بفكّه لأن الخيار بيده ، فيكون ذلك منه إختياراً للفك ، فلا إشكال حينئذ في الصحة ، ومنه ينقذ وجه اختصاص المصنف التردد في العمد الذي يكون الخيار فيه لغير المولى .

وعلى كل حال فحق الجناية مقدم على حق الرهانة ، تقدم أو تأخر بلاخلاف بل ولا إشكال ، لتعلق حق الجناية بالرقبة ، بحيث يذهب بذهابها ، بخلاف حق الدين الذى وضع الرهن بسببه ، فإن فك منها حيث يمكن الفك بقي حق الرهانة ثابتاً وإلا بقي الفاضل عن حق الجناية رهناً إن لم يكن مستوعباً تمام الرقبة .
ولو أقر المرهون بالجناية وصدق الرهن والمرتهن فكالجاني ، بخلاف ما إذا صدقه الرهن خاصة ، أما لو كان المصدق المرتهن ففي الدروس بطل الرهن ، إلا أن يفعو المجنى عليه أو يفديه أحد ، أو يفضل منه فضل عن الجناية ، ويحتمل بقاء الرهن ، لعدم صحة اقرار المرتهن ، واعتراف الرهن بالصحة .

قلت : لا ريب في ضعف الاحتمال حيث يكون للجاني الاسترقاق وقد استرق إذ صحة احتمال الرهن مع علم المرتهن بكونه مال الغير في غاية الضعف ، كضعف احتمال رجوع المجنى عليه على الرهن لو بيع الرهن لتكذيب المرتهن ، وإن كان قد أخذ ثمنه عن دين الرهن الذى لم يقصر في الإقرار ، وإن كان لم ينفذ على المرتهن .

نعم له دفعه إليه على جهة المقاصة ، ولو قال الرهن : أعتقته أو غصبته أو جنى على فلان قبل أن أرهنه ، حلف المرتهن على نفي العلم ، وغرم الرهن للمقر له ، للحيلولة ، ولو نكل فالأقرب إحلاف المقر له ، لأن الحق له ، لا للرهن ، لعدم

جواز الحلف لإثبات مال الغير ، فإذا حلف المبحني عليه ، بيع منه ما قابل الجناية وبقي الفاضل رهناً ، وإن حلف العمد حكم بحرته ، ولو نكل المقر له ، احتمل ضمان المولى للحيلولة ، والعدم للتقصير بالنكول ، والمراد من الضمان للعبد أن يفكه من الرهن ، فإن لم يفعل وقديع وجب فكه من المشتري ولو بأضاف قيمته بل الظاهر ضمانه منفعه التي استوفاه المشتري ، فضلاً عما استوفاه هو قبل الرهانة .

نعم لا يضمن ما فات منها لعدم ضمان منافع الحر بالفوات ، ولوجنى العبد بعد الرهانة ، ففكه المرتهن على أن يبقى العبد رهناً على مال الفك والدين جاز مع رضا المولى لأن الحق لا يعدوهما وقد اتفقا عليه ، بل في الدروس دانه لو شرط في الرهن على الدين الثاني فسخ الأول ، ففي اشتراطه هنا بعد ، لأن المشرف على الزوال إذا استدرك كالتزائل العائد ، فالزوال ملحوظ فيه ، فيصح الرهن عليه ، وعلى الدين السالف ، ويحتمل المساوات ، لأنه طالما يزل فهو كالدائم ، والأصحاب لم يشترطوا الفسخ .

وإن كان لا يخفى عليك ضعف الوجه الأول ، إلا أن الذي يسهل الخطب ما ستعرفه فيما يأتي من أنه لا يشترط في الرهن على الثاني فسخ الأول بلا خلاف ، ولو كانت الجناية على المولى فإن كانت عمداً اقتصر منه ، وإن كانت خطأ أو عمداً ولم يرد القصاص ، لم يكن له أخذ المال من المرتهن ، لعدم ثبوت مال له على ماله ، وإلا لزم تحصيل الحاصل ، فيبقى الرهن بحاله حينئذ .

نعم لو دفع المرتهن له مالا من نفسه لأسقاط حق القصاص ، محافظة على إبقاء الرهن جاز ، إذ ليس هو إثبات مال على ماله ، لكن أطلق في الدروس فقال : « لا يجوز أخذ المال من المرتهن في الخطأ والعمد ، ولا إفتكاكه » .

ولعله لا يريد ما ذكرنا ، فإن المتبجه فيه الجواز ، كما أن المتبجه فيما لوجنى على مورث مولاة ثبوت ما كان للمورث من القصاص والافتكاك للمولى ، على ما صرح به في الدروس ، لأنه باسترقاقه يكون بحكم مال المورث الذي يتعلق به وصاياه وديونه

ومنه ينتقل إلى الوارث ، أما المجنى على عبد مولاة فله القصاص قطعاً إلا أن يكون أباً للمقتول ، وفي الدروس وليس له العفو على مال إلا أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن المجنى عليه ، أو عنده واختلف الدينان ، فيجوز نقل ما قابل الجناية بدلاً من المجنى عليه ، إلى مرتهنه ، ولا يخلو من نظر ، وتسمع انشاء الله تعالى الكلام في هذه الأحكام عند تعرض المصنف لها .

وكيف كان فإن كان المرتهن غير عالم بردة العبد ، أو جنايته وقد اشترط رهنه في بيع تخيير في فسخ البيع ، لأن الشرط اقتضاء 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 بأرض يكون رهناً ، للأصل كمالو قتل قبل علمه . والله أعلم .

❖ ولورهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل ❖ ولكن كان يمكن إصلاحه بتجفيف ونحوه صحّ بلا خلاف ، بل في المسالك قولاً واحداً ، بل ولا إشكال ، ضرورة وجود المقتضى وارتفاع المانع ، ❖ فـ ❖ يجب حينئذ على الراهن الإصلاح ، لأن ذلك من مؤنة حفظه ، كنفقة الحيوان تحقيق كالمطور علوم ردي

وكذا ❖ إن شرط بيعه ، جاز ❖ وإن لم يمكن إصلاحه بلا خلاف ولا إشكال لحصول المقصود بالرهن بهذا الشرط ، فيبيعه الراهن حينئذ ، ويجعل ثمنه رهناً ، فإن امتنع جبره الحاكم ، فإن تعذر باعه المرتهن ، أو الحاكم دفعاً للضرر ، وجمعاً بين الحقين .

❖ و ❖ كذا لو كان ممّلاً لا يفسد ❖ إلا ❖ بعد الأجل ، بحيث يمكن بيعه قبله ، أو كان الدين حالاً لحصول المقصود بالرهن مع ذلك كله وأما إن لا يمكن شيء من ذلك ، وقد شرط الراهن فيما يفسد قبل الأجل عدم البيع قبل الأجل ❖ بطل ❖ الرهن 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 ، وفيه أنه

لامعنى لحكم الشارع مع صحة الشرط ، وإن كان باطلاً بطل الرهن المشترط فيه ، بناء على بطلان العقد بمثله .

نعم لو أطلق إتجه القول بالصحة ، وفقاً للفاضل ، والشهيدين ، والمحقق الثاني ، والمحكى عن غيرهم فيبيعه المالك عند خوف الفساد ، ويجعل ثمنه رهناً ، فإن امتنع جبره المحاكم جمعاً بين الحقيين ، ولتوقف صحة الرهانة الماحمول عليها فعل المسلم على ذلك ، وخلافاً للمحكى عن الشيخ ، وظاهر ابني زهرة ، وادريس ، لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل ، فلا يجبر عليه الراهن ، وحينئذ فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل ، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقاءه إلى الأجل ، وفيه منع عدم اقتضاء عقد الرهن ذلك في مثل الفرض كما هو واضح .

ومن ذلك ظهر لك قوة ما أشار اليه المصنف بقوله ﴿وقيل : يصح ويجبر ماله على بيعه﴾ في صورة الأطلاق التي هي محل هذا القول بحسب الظاهر ، كما عن المبسوط حكايته كذلك ، لا الأعم منها ومن صورة الشرط التي قد عرفت قوة البطلان فيها ، هذا كله في المعلوم فساد قبل الأجل حال الرهانة ، أما إذا طرأ ما يقتضى فساد قبل الأجل بعدها ، فلا ينبغي التأمل في بقاء الصحة حينئذ والبيع وجعل الثمن رهناً جمعاً بين الحقيين .

والفرق بينه وبين ما سبق واضح ، بل الظاهر كون الحكم هنا كذلك ، وإن قلنا بالبطلان مع الأطلاق ومن هنا قال في الدروس : « وإن طرأ الفساد بعد القبض لم يفسخ العقد ، ولو قلنا ببطلان رهنه مع عدم شرط البيع ، لان الطاري لا يساوى المقارن » ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلف الرهن متلف وهو دين ، ولا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع ويتعلق 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 نصريح المشترط بعدم البيع حتى مع طرؤ المفسد ، أمكن القول بالبطلان فتأمل جيداً . ثم ان الظن بالفساد الذي ينافي الوثوق عرفاً كالمعلم ، بخلاف الاحتمال

بل والشك ، بل وبعض أفراد الظن .

وكيف كان فما يتفرع على الشرط الرابع مما تركه المصنف عدم جواز رهن أم الولد ، فإنها وإن كانت عيناً مملوكة يمكن قبضها ، لكن لا يجوز بيعها ، ومن هنا نسب المنع في المحكي عن الإيضاح ، وحواشي الشهيد إلى الأصحاب .

لكن فيه أن المحكي عن أبي علي الجواز ، بل لم يستبعده في المختلف ، وفي جامع المقاصد فيه قوة ، بل قيل : إنه قد يظهر من موضعين من المبسوط ، وكذا الغنية ، بل هو الأقوى إذا كان في ثمن رقبته مع عسار مولاها ، وفقاً للتحرير ، والدروس ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، واحتمال - يسار المولى قبل حلول الأجل فلا يجوز بيعها ، فينتفى المقصود من الرهن - غير قادح بعد أن كان الإيسار مستصحباً مع أنه يمكن القول بأن له الحبس حينئذ ، حتى يفي به المولى ، بل قد يتجدد عساره فلا تنتفى فائدة الرهانة أصلاً .

قال في الدروس : « لو رهنها فتجدد له اليسار انقسخ الرهن ، ووجب الوفاء ويحتمل بقاؤه حتى يوفي ، لجواز تجديد عساره قبل الإيفاء ، ولعله أقرب » فظهر من ذلك أن الإشكال في رهنها في الفرض كما في القواعد ضعيف ، نعم يتجه المنع مع اليسار 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 تجديد الإيسار المجوز للبيع ، بعد فرض اقتضاء الأصل عدمه ، وفقد الشرط حال العقد ، فما في القواعد عن احتمال الجواز فيه في غاية الضعف ، وأضعف منه احتمال في غير ثمن رقبته ، اكتفاء في الرهن بالحبس المزبور الذي قد عرفت ضعفه .

نعم قد يقال بجواز رهنها في بعض المواضع المستثناة من حرمة بيعها ، إذا تصور إمكان رهنها فيه ، لكونه حينئذ رهنًا فيما يجوز بيعها فيه .

ثم إنه لا يتوهم اقتضاء الشرط الرابع عدم جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير ، بناء على حرمة التفرقة بينها وبينه ، لعدم كون الرهن تفرقة ، ولذا ادعى الأئمة على جوازه في محكي التذكرة والأيضاح .

وعن السرائر « يجوز رهن الجارية وإن كان لها ولد صغير إجماعاً » 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 مقدمة .

ومافي القواعد - من احتمال جواز بيعها منفردة ، ويقال : إنها تفرقة إضرارية - واضح الضعف ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الرهن بيعها منفردة ، وإن كانت قد رهنّت كذلك ، فيضم ولدها حينئذ معها ، سواء باعها المالك أو بيعت جبراً عليه ، ولذا ترك الأهتمام في الدروس وغيرها ، فيباعان حينئذ ، ثم يختص المرتهن بقيمة الأم وإن نقصت بضمه إليها ، أمالو زادت فقل : تقسم الزيادة على نسبة ثمن الجارية والولد فيختص المرتهن على النسبة فلو قومت مع ولدها بمائة وعشرين ، ومفردة بمائة ، وولدها مفرداً بعشرة ، كان الزائد بالأجتماع عشرة ، فيقسم أحد عشر حصّة ، يختص المرتهن منها بعشرة ، والمالك بواحدة .

وقد يشكك - بعدم استحقاق المرتهن هذه الزيادة العاصلة بانضمام غير المرهون من مال المالك ، فينبغي اختصاصه بها أجمع ، ولم يكن للمرتهن إلا قيمة الجارية منفردة - ويدفع بإمكان دعوى استحقاق المرتهن الأجتماع بعد فرض تعلق الرهانة بها وهي ذات ولد ، بل قد يحتمل اختصاصه بها ، وأنه ليس للمالك إلا قيمة الولد منفرداً ، لكن العدل ، ملاحظة تساويهما في الزيادة .

وفي القواعد « تقوّم منفردة ، ومنضمة ، ثم ملاحظة النسبة ، فلو قومت منفردة مثلاً بمائة ومنضمة بمائة وعشرين ، كان قيمة الولد السدس ، قال : ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته ، فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر لو كانت قيمة الأم مائة » .

وفي الدروس « إما أن يقوموا جميعاً ثم يقوم الولد وحده ، أو يقوم الأم وحدها ، ومع الولد ، أو كل منهما وحده ، لأن الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه لمكان اشتغالها بالحضانة ، والولد تنقص قيمته منفرداً لضياعه ، ووجه تقويم الأم وحدها أن الرهن

ورد عليها منفردة ، وهو قول الشيخ ، وكذا لو حلت بعد الإرتهان وقبلنا : بعدم دخول النماء المتجدد ، أو كان قد شرطاً عدم دخوله .

قلت : ما ذكره أخيراً يقتضى أن الزيادة كلها للمالك ، لأنها في قيمة الولد ، والنقصان الذى حصل في الجارية بالضم مستحق على المرتهن ، لعدم صحة بيعها بدون رضى بهارهنأ وهو على هذا التقدير جيد ، كما أنه لو فرض زيادة قيمة الجارية به دون قيمة الولد ، يتجه اختصاص المرتهن بها ، إنما الكلام لو حصلت الزيادة لهما بالضم ، أو النقصان ، وقد عرفت الحال فيه فتأمل جيداً .

ثم إن ظاهر المصنف وغيره ممن اقتصر كإقتصاره على الشروط الأربعة ، عدم اشتراط أمر آخر غيرها ، لكن في القواعد « لا يصح رهن المجهول » ، وفي المحكى عن مواضع من المبسوط ، بل عن الخلاف ، نفى الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما في الحق . بل قيل : ظاهره نفيه بين المسلمين ، وفي التذكرة « لو كان ما في الحق مجهولاً لم يصح الرهن قطعاً في المظروف خاصة ، للجهالة على اشكال ، ويصح الرهن في الحق عندنا ، وإن تفرقت الصفقة إذا كان له قيمة مقصودة » .

وفي الدروس « لا يصح رهن أحد العبدین أو العبيد لبعينه ، للغرر ، بل قال : والظاهر أنه يعتبر علم الراهن والمرتهن بالمرهون مشاهدة أو وصفاً ، وهو ظاهر الشيخ حيث منع من رهن الحق بما فيه للجهالة ، وجوز الفاضل ، واكتفى بتمييزه عن غيره ، والشيخ نقل الإجماع على بطلان رهن ما فيه ، ويصح رهن الحق عنده .

قلت : إن ثم هذا الإجماع كان حجة على خصوص معتقده ، وما شابهه من المجهول من جميع الوجوه ، وإلا فالإطلاقات تقتضى الجواز ، ونفى الغرر إنما هو في العقود المبنيّة على المغابنة ، لا في مثل الرهن المبني على غبن الراهن للمرتهن ، كالأهـب بالنسبة إلى المتهب .

قال في التذكرة في باب بيع الغائب : « الأقرب جواز هبة الغائب غير المرئى ولا الموصوف و رهنه ، لأنهما ليسا من عقود المغابنات بل الرأهن والأهـب مغبونان والمرتهن والمتهب مرتفقان ، ولا خيار لهما عند الرؤية ، كما إذا أرنه المال الغائب ،

أو وهبه له ، لا تنفاه الحاجة إليه ، و معلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين ،
أما لو شرط في كل من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلاً فظهر بخلاف الوصف
ثبت الخيار بالعارض ، و هو جيد جداً .

نعم قد يتجه البطلان في غير المعين كأحد العبدین أو العبيد ، كما جزم به في
المختلف ، و في حواشي الشهيد ، وجامع المقاصد المراد بالمجهول الذي لا يصح رهنه
المجهول من جميع الوجوه ، أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد إليه ، و ما في
الحق كالشاة من القطيع لا يتوجه القصد إليها ، و أما المجهول لا كذلك ، كهذه
الصبرة ، إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به .

قلت : يمكن منع عدم توجه القصد إلى ما في الحق ، بعد القطع بكونه مما
يرهن ، و إن لم يعلم جنسه ولا نوعه ، و من هنا كان ظاهر المختلف جوازه . نعم هو
كذلك في الشاة من القطيع بعد إرادة الإيهام الذي تنتفي معه الشرائط الأربعة ، بل
لا يصح رهنها مع إرادة الإطلاق ، لأن المطلق لا يمكن قبضه إلا بقبض الفرد الذي
هو غير مرهون ، إذ هو متع أنه غير تام . بناء على عدم اعتبار القبض إلا إذا قلنا باعتبار
كونه ممّا يقبض عليه أيضاً . واضح المنع ، ضرورة صدق قبض الكلي بقبض فرد ، بل
لعدم جواز بيعه لو بقي على إطلاقه ، لعدم اشتراط القبض ، أو لأنه قبض الجميع
مقدمة لقبض الواحد ، واحتمال استحقاق المرتهن على الراهن تعيينه عند إرادة البيع
فيصح حينئذ لذلك ، يمكن منعه للأصل و غيره ، و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر
بل منع ، ولو فرض أنه أرهنه شاة ، ثم عيّن لها و قبضها المرتهن لم يبعد الصحة ،
وكذا لو أرهنه صاعاً من صبرة ، و إن لم يقبضه بعينه ، و في تنزيله على الإشاعة وعدمها
الوجهان ، ولعل الأقوى الأول ، فتأمل جيداً .

فظهر من ذلك كله أن ما لا يجوز رهنه من المجهول ، لا ينفك عن فقد أحد
الشرائط الأربعة ، و غيره لم يثبت عدم جواز رهنه ، بل إطلاق الأدلة يقضي بخلافه ،
وعدم معرفة مقابلته للحق في بعض أحوال الجهل غير قادح ، إذ لا يعتبر في الرهن
إمكان استيفاء تمام الحق منه ، بل يكفي فيه الوثوق باستيفاء بعضه ، والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في : الحق ﴾

الذي يجوز أخذ الرهن عليه ﴿ وهو كل دين ثابت في الذمة ﴾ قبل الرهانة أو مقارناتها في وجه تسمعه انشاء الله يمكن استيفاءه من الرهن ﴿ كالقرض ، و ثمن المبيع ﴾ والأجرة ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لا يصح ﴾ الرهن ﴿ فيما لم يحصل سبب وجوبه ﴾ أي ليس بثابت حال الرهن ﴿ ك ﴾ مافي القواعد نحو ﴿ الرهن على ما يستدينه ﴾ منه ﴿ أو على ثمن ما يشتريه ﴾ فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً بلاخلاف أجده بيننا ، بل في التذكرة ، و جامع المقاصد ، الإجماع عليه ، 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 ، و بعض وجوه الشافعية - من الجواز ، و أنه يصير رهناً بالقرض - في غاية الضعف ، كدليله الذي مقتضاه حينئذ تأخر أثر الإنشاء عن سببه الذي هو العقد ، وهو معلوم الفساد عندنا ، بل لا يصح الرهن على الأعيان التي ليست بمضمونة على من في يده ، كالوديعة والعارية غير المضمونة ونحوها بلاخلاف 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 .

أما المضمونة كالمفصولة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها ، ففي الرياض أن الأكثر على عدم صحة الرهن بها ، ولعله للأصل بعد عدم دليل للصحة ، لعدم الإجماع بعد استقرار فتوى الأكثر على الخلاف ، واختصاص الآية و جملة من النصوص بالدين ، و عدم انصراف إطلاق باقيها بحكم التبادر إلى محل الفرض

والمراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداولة في زمن الشرع ، وفي كون محل الفرض منها نوع شك وغموض . وإن علم تداول جنس الرهن ، وتسميته رهناً حقيقة في اللغة والعرف غير معلوم ، فلم يبق إلا 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 ، ف ضمانها حينئذ متعلق على شرط ، كتعليق ضمان غيرها على التلف بالتفريط الذي لم يعلم حصوله ، فهما بالنسبة إلى ذلك سواء ، بل كل منهما مضمون عند العقد في الجملة ، وإن كان في الأولى بمجرّد التلف ، وفي الثانية به مع التفريط ، وهو غير مجدد .

لكن قد يناقش في ذلك كله ، بانقطاع الأصل باطلاق أدلة الرهن الذي لا ينافيه اختصاص مورد بعضها بالدين ، لصدق اسم الرهن الذي هو للأعم من الصحيح والفساد عليه في عرف المتشعبة ، 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 الزمان ، إلا أنه يكفي في إثباته معلومية تداول الجنس مع معلومية صدق ذلك الجنس على فرد الذي لم يعلم فساده ، وخروج الرهن على غير المضمون بالإجماع غير قادح ، على أنه قد يفرق بينهما بتعلق العهدة فيها بأحد الأمرين عينها أو بدلها بخلاف تلك ، فإنه لا عهدة فيها لا مكان تلفها بغير تفريط ، فلاحق للمرتهن في بعض أحوالها .

وأما اشكال أصل الرهن عليها - بأن المقصود من الرهن استيفاء الحق المرهون عليه منه ، ولا يعقل استيفاء الأعيان الموجودة من الرهن - فواضح الدفع ، بأنه يكفي فيه التوثيق به ، لأخذ العوض عند الحيلولة ، أو التلف الذي هو محل الحاجة ، ولذا جاز أخذ مال الغاصب المساوي لما غصبه أو المخالف مع الإمتناع عن ردّ العين و تعذر جبره .

على أن إرادة استيفاء نفس الحق من المرهون لا يتم في الدين المجموع 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 .

و على كل حال فلا إشكال من هذه الجهة واضح الفساد ، كل ذلك مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة المتضمنة لنفي البأس عن الاستيثاق للمال ، كصحيح محمد بن مسلم^(١) عن أحدهما عليه السلام « سألته عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن ؟ فقال : نعم استوثق من مالك ما استطعت » و نحوه غيره الشاملة باطلاقها لمحل الفرض ، ضرورة صدق المالية 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 ، فيدل على الصحة ، ويجري عليه جميع أحكام الرهن .

فمن الغريب وقوعها من بعض الأساطين كالمناقشة بكون الخارج عن ذلك من الرهون الفاسدة أضعاف الداخل ، فيخرج عن الحجية ، ضرورة فسادها بمنع كونه مما يخرج به عن الحجية بعدم ملاحظة الأصناف ، خصوصاً إذا كان المعيار الوصول إلى حد الاستهجان ، فلا ريب حينئذ بعد ذلك كله في أن الأقوى صحة الرهن عليها ، وفاقاً للفاضل ، والشهيدين ، والمحقق الثاني ، وغيرهم ، بل قد يقال : بصحته للمضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع ونحوها ، 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 جوزنا الرهن على الأعيان والضرر بحبس الرهن دائماً مستند إلى الراهن ، ولعلمها إذا أمنا الاستحقاق يتفاسخان » . 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 المبيع ، وقد صرح باستوائهما بالحكم المصنف في السرائر ، وشيخنا في الدروس ، وإن كان المصنف في التذكرة - مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونة - منع من الرهن بعهد البيع ، وليس بواضح ، وما علل به منعه الارتفاق مردود ، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلاً ، والظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذراً من نقصانها كالرهن على المبيع » .

قلت : الموجود فيما حضرني من التذكرة في المقام « وأما الأعيان المضمونة في بدل الغير إما بحكم العقد كالمبيع ، أو بحكم ضمان اليد كالمغصوب ، والمستعار المضمون والمأخوذ على جهة السئوم ، وكل أمانة فرط فيها وبقيت بعينها ، فالأقوى جواز الرهن عليها ، وظاهره أنها مسألة واحدة ، ألهم إلا أن يريد بالمضمون بحكم العقد غير درك المبيع .

نعم كلامه في باب الضمان منها كالصريح في جواز الرهن على الدرك ، محتجاً عليه بخبر داود بن سرحان ^(١) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الكفيل والرهن في بيع النسيسة » قال : لا بأس ، وإن كان في استدلاله مافيه .

لكن في باب الرهن أيضاً في مسألة عدم جواز أخذ الرهن على ما لا يستوفي منه قال : « كلما 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 الارتفاق ، 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

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الرهن الحديث - ٣ - .

الضمان ، 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 ذكرناها آنفاً ، ضرورة عدم مآل له ظاهراً عند غيره حتى يستوثق له ، ومنه ينقدح الشك في صدق الرهن عليه ، بحيث يندرج في عموم الوفاء بالعقود و الإطلااق العامي المبني على ضرب من المسامحة لا عبرة به ولا وثوق ، فالقول بالمنع فيه وإن قلنا بالجواز هناك لا يخلو من قوة ، خصوصاً مع ملاحظة عدم أمد له ينتظر غالباً ، والرهن على غير المعلوم من الدين حال الرهن ثم علم إن جوزه لعدم شرطية العلم به ، كما في سائر ما يعتبر في المعاملة لا يفتى باجراء حكم الرهانة عليه حال عدم العلم ، كما هو المفروض في محل البحث ، وبذلك يفرق بينه وبين الضمان الذي ليس فيه سوى شغل الذمة الذي يعلم بعد حصول الدرك كما أومى إليه فيما سمعته من التذكرة .

نعم لامانع من التزام صحته لو بان بعد ذلك كون المين في العهدة لفساد البيع على نحو صحته في الدين المحتمل ، وكيف كان فقد عرفت أنه لا بد من الثبوت حال الرهن ، لعدم تصوره حقيقة بدونه ، بل لا بد من سبق ثبوته على تمام الرهن ، لأن الشرط للسبب شرط لأجزائه كما في سائر شروط العقود ، فلو شك 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 ، وفاقاً لصريح الكركي وظاهر غيره ، بل في الرياض حكايته عن الأكثر ، فضلاً عن رهن العبد نفسه ، لوقوع إيجاب الرهن على التقديرين الذي معناه التوثيق قبل ثبوت الحق ، بل قيل : إنه غير معقول ، وحصوله بعد ذلك لو كان مجزياً في صحته التي هي بحسب حاله ، لأجزء لو تأخر عن الإيجاب والقبول ، خصوصاً إذا كان قبل القبض بناء على أنه من تمام

السبب فتأمل .

ودعوى - كون المعتبر في عقد الرهن أن لا يسبق بتمامه الحق ، لابعضه - لا شاهد لها ، بل الشواهد بخلافها ، ضرورة ظهور الآية ^(١) والنصوص ، ^(٢) بتعقب الرهن بتمامه للحق ، 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 ، كما أنه ليس في عقد الرهن ما يقضي بالفرق بينه وبين غيره من العقود ، المعلوم تأخر تمام عقودها عما يعتبر في صحتها ، فلو أوجب البيع مثلاً على ما لا يصح بيعه ، ثم انتقل إلى الصحة قبل تمام القبول أو قبل الشروع فيه لم يصح قطعاً .

بل حكى عن جواز ما نحن فيه من العامة الاعتراف ببطلان قول المولى لعبده كائنتك على ألف ، و بعثك هذا الثوب بكذا ، فقال العبد : قبلتهما ، أو قال : قبلت الكتابة والبيع ، والفرق بين المقامين صعب ، وأطرف شيء اشتراط الشافعية في الجواز تقدم إيجاب البيع على إيجاب الرهن ، إذ تقدمه بعد عدم تأثيره الحق في الذمه غير مجد ، فلا فرق بين تقدم إيجاب البيع عن إيجاب الرهن وتأخره ، كما هو واضح . وبالجمله جواز ذلك غير متجه على أصولنا ، فما يحكى عن مالك ، والشافعي وأحمد ، وأصحاب الرأي من الجواز في غاية الضعف ، و من الغريب تردد بعض الاساطين من أصحابنا فيه ، ففي القواعد « لو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد في الجواز إشكال ، ينشأ من جواز اشتراطه في العقد ، فتشريكه في مثله أكد ، أي في الالتزام ، لاحتمال عدم الوفاء بالشرط ، و من توقف الرهن على تمامية الملك ، لكن يقدم السبب فيقول : بعثك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها ، فيقول : اشتريت و رهننت ، ولو قدم الارتهان لم يصح » وفي الدروس « وهل يجوز مقارنة الرهن للدين ؟ فيه وجهان ، فيقول : بعثك الدار بمائة وارتهنت العبد ، فيقول قبلتهما أو

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الرهن .

اشتريت ورهنت ، ولو قدم الرهن لم يجز .

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 بهادارك ، فالأقرب الجواز ، لأن الحاجة تدعوا اليه ، فإنه لو لم ينعقد لم يتمكن من الزام 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 يفى به .

لكن الجميع كما ترى بعد الإغضاء عما في الامثلة 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 و نحوه ، فجوازه لا يستلزم جواز ذلك ، بل الظاهر كما قدمنا في بحث الشرائط من البيع صحة اشتراط رهن المبيع نفسه على معنى رهنه بعقد جديد بعد انتقاله .

بل لوجوزنا اشتراط نتيجة العقد بدونه ، وقلنا : إن الشرط يقوم مقامه كقيام الصلح مقام بعض العقود ، وإن لم يلحقه حكم ذلك العقد ، اتجهت الصحة حينئذ ، لعدم أدلة الشرط السالم عن معارضة ما دل على اشتراط ذلك مثلاً في الرهن ، لأن المفروض عدم كونه من الرهن ، وإن حصلت نتيجة بالشرط ، بل لو قلنا بصحة اشتراط النتيجة على وجه يلحقه أحكام الرهن ، على معنى أن للرهن سببين العقد والشرط ، أمكن جواز اشتراط كونه رهناً على دين سابق ، فضلاً عن اشتراط رهن غيره مما هو مملوك للرهن سابقاً ، فينتقل حينئذ مقارناً لتعلق حق الرهانة به أو مقدماً عليه ، كما هو مقتضى الاشتراط الذي يراد منه الرهن بعد ثبوت الحق كما قيل .

وعلى كل حال لا يستلزم الصحة في محل البحث ، بل لو قلنا بصحة اشتراط رهنه على الثمن في العقد على المعنى المزبور ، لم يستلزم الصحة أيضاً ، لا مكان دعوى اشتراط سبق الحق على عقد الرهن ، لأعلى اشتراطه المقتضى للاقتران ، أو سبق الحق عليه باعتبار بساطته ، بخلاف عقد الرهن الذي هو مركب من الإيجاب والقبول ، ولا يتصور

مقارنتهما لثبوت الحق ، بل اقصاها المقارنة للسبب بالطريق المذكور في كلامهم ، وهو مقتض لوقوع الإيجاب قبل حصول الحق الذي هو شرط فيه ، لكونه شرطاً للعقد بتمامه فتأمل جيداً فإنه دقيق والله العالم .

و كيف كان فليس المراد من الثابت في المتن وغيره اللازم لصحة الرهن على الثمن في مدة الخيار ، بناء على حصول الشغل بالعقد والرهن على غيره مما هو متزلزل بلاخلاف أجده فيه ، لاطلاق الأدلة . نعم في التذكرة د لاشك في أنه لا يباع الرهن في الثمن مالم يمض مدة الخيار ، مع أنه لا يخلو من نظر ، بل منع فيما إذا حل الدين قبل أجل الخيار .

بل المراد من الثابت ، الحاصل في الذمة وإن لم يكن لازماً ، فلا يصح على مالم يحصل سبب وجوبه بل ﴿ ولا على ما حصل سبب وجوبه ﴾ في الجملة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يثبت ﴾ به في الذمة ﴿ كالدية قبل استقرار الجنائية ﴾ في الخطأ المحض ، و شبه العمد ، وقبل انتهاء حالها وإن علم أنها تأتي على النفس الذي هو سبب ثبوت الدية ، على المشهور ^{فقالوا ونحوه} ، بل مقتضى الإطلاق عدم الفرق في الجنائية على ما فيه الدية وغيره ، 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 الجنائية التي قد استقر موجبها وإن لم تستقر هي ، كقطع ما يوجب الدية ، فإن غايته الموت ولا يوجب أكثر منها ، بخلاف ما دون ذلك ، وليس يبعد » وتبعه غيره .

وفيه أنه على احتمال سريان الجنائية 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 لأثر له ، اتجه حينئذ الرهن لثبوت الحق ، لكن ظاهر النص والفتوى خلافه ، فأطلاق المتن وغيره حينئذ متجه ، وقد عرفت أن القطع بحصول أحد السببين غير الحصول فعلاً ، و كان ذلك هو الذي أوهم القائل ، مع أنه لو تم

لجواز الرهن على المتيقن ثبوته من الدية في الجناية على ما لا يوجبها ، كقطع اليد مثلاً ، فإن النصف متيقن في ضمن تمام الدية أو مستقلاً ، ولا يلتزم به القائل المزبور والفرق بينهما لا يخلو من تكلف ، ثم من المعلوم أن الدية في الخطأ على العاقلة ، و أنها مقسطة على ثلاث سنين .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يجوز ﴾ الرهن ﴿ على قسط كل حول ﴾ إلا ﴿ بعد ﴾ حلوله ﴿ لعدم تعيين المستحق عليه منها قبله ، وإن 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 .

أمّا الدية في شبهه 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 بذمته ، وإن مات في تركته .

اللهم إلا أن يقال إن الأجل فيها كالأجل في دية الخطأ ، بمعنى أن مضي جزء سبب الاستحقاق ، فينتجه حينئذ عدم الرهن بها أيضاً ، وستسمع إن شاء الله في كتاب الديات ما يؤكد ذلك ، وإن كان في بعض المبررات 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 هذا وهناك كون المراد بالخطاب بها الحكم التكليفي ، لا الديني الذي لا يسقط بالموت ، ولا بالإعسار ، فلا حظ وتأمل .

و قال 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 شبهه العمد والخطأ ، ويجوز على الدين المؤجل والفرق تعيين المستحق عليه فيه ، بخلاف العاقلة ، فإنه لا يعلم المضروب عليه عند الحلول ، ويحتمل قويا جوازه في شبهه 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 ، ولعل بناء المسألة على ما ذكرنا أولى بعد الإغضاء مما في بعض كلامه ، ونسأل الله التوفيق لتحقيق ذلك في محله فتأمل .

﴿وكذا﴾ لا يصح الرهن على مال ﴿الجعالة قبل الرد﴾ لعدم استحقاق المجمعول له قبل العمل ، بلاخلاف أجده فيه ، بل وقبل تمام العمل وإن شرع فيه ، خلافاً للفاضل في التذكرة ، فجوز به بعد الشروع قبل التمام ، لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار ، وأشكله في المسالك بعدم استحقاق شيء وإن عمل الأكثر ، قال : والفرق بينها وبين الخيار واضح ، لأن البيع منى 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 .

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 المجمعول له ، ولذا كانت جائزة بالنسبة إليه ، وتحقيق الحال في محله إنشاء الله .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال في أنه ﴿يجوز﴾ الرهن على مال الجعالة ﴿بعده﴾ أي العمل ، بل ولاخلاف ، بل في التذكرة الإجماع ، لحصول الاستحقاق به كما هو واضح ، ويجوز على مال الكتابة المطلقة بلاخلاف على ما في المسالك ، بل ولا إشكال ، لثبوت الحق بها ولزومها من الطرفين ، بل والمشروطة على الأقوى ، وفاقاً للمشهور عند المتأخرين ، لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً عندنا كما في المختلف ، بل لو قلنا : بالجواز بالنسبة إليه خاصة ، أو إلى المولى معه إتجه الصحة أيضاً ، لعدم منافاته لاستحقاق المولى كالثمن في مدة الخيار كما أنه لا ينافيها تسلط المولى على رده في الرق ، إذ قد لا يريد .

ومن ذلك يظهر لك ضعف القول بعدم الجواز ، كما عن الشيخ ، والقاضي ، والحلي ، وسببها يحيى بن سعيد ، للأمرين المزبورين اللذين قد عرفت عدم اقتضائهما ذلك ، بعد تسليم الأول منهما ، بل وظهر لك ان تأدية المطلوب الذي قد عرفت الحال فيه بقول المصنف ❦ وكذا مال الكتابة ، ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه ❦ غير جيد إذاً الخلاف كما عرفت مختص بالمشروطة ، بل الخلاف فيها ضعيف جداً ، لضعف دليله ❦ و ❦ الأمر سهل ف ❦ يبطل الرهن عند فسخ الكتابة المشروطة ❦ ممّن له فسخها ، لذهاب الاستحقاق به كالفسخ بالخيار كما هو واضح .

و كيف كان فقد عرفت فيما مضى أنه يعتبر في الحق كونه عهدة ، أو ديناً في الذمة يمكن استيفاءه من الرهن الذي هو بمعنى الوثيقة لصاحب الحق مع التعذر أولاً معه ، ❦ و ❦ إلا لم يكن وثيقة ف ❦ لا يصح على ماله يمكن استيفاءه من الرهن كالأجرة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته ❦ فإنه مع تعذرها بموت و نحوه ، بل بمعيان منه تنفسخ الأجرة فليس للمرتهن استيفاءها 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 الأول ، واختار الرجوع على الاجير ، لأنه هو المتلف لا تسوغ أخذ الرهن ، لعدم معلومية تحققها ، فالرهن عليها حينئذ رهن على الحق قبل ثبوته ، بل على احتمال ثبوته ، بل كل معين من ثمن أو أجرة أو نحوه لا يصح الرهن عليه ، لعدم إمكان استيفائه من الرهن ، ولذا قال في التذكرة : ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة ، كالثمن المعين ، والأجرة المعينة في الإجارة ، والمعقود عليه في الأجرة إذا كان منافع معينة مثل إجارة الدار ، والعبد المعين ، والحمل المعين مدة معلومة ، أو لحمل شيء معين إلى مكان معلوم ، لأنه حق يتعلق بالعين ، لا بالذمة ، ولا يمكن استيفاءه من الرهن ، لأن منفعة العين لا يمكن استيفاءها من غيرها ، وتبطل الإجارة بتلف العين .

لكن قد يشكك ذلك كله باطلاق أدلة الرهن والاستيثاق للمال التي يكفي فيها الاستيفاء من الرهن في بعض الأحوال ، كما إذا استوفى المنفعة المؤجر مثلاً ، أو

منعها في مثل الدابة على الأقوى ، فإن قيمتها حينئذ تثبت في ذمته ، فيستوفى من الرهن نحوما سمعته في الأعيان المضمونة ، واحتمال الانفساخ - بموت ونحوه مع أن الأصل عدمه - غير مناف ، كما لا ينافي احتمال الفسخ في الخيار .

بل لعل الضمان في المقام أولى مما ذكره الشهيد في الدروس ، من أنه لو ارتهن المستأجر على مال الاجارة خوفاً من عدم العمل بموت أو شبهه فهو كالرهن على الأعيان المضمونة ، وهو صريح في الجواز هنا بناء على الجواز هناك ، مع أن المال هنا قد انتقل بالعقد إلى غيره ، فليست الاجرة حينئذ له ، حتى يستوثق لها ، بخلاف المنفعة والاجرة المعينة والمبيع المعين ونحوها مما هي مملوكة له في الظاهر ، فله أن يستوثق على تسليمها إليه ، وعلى احتمال ضمان من في يدها ، وقد سمعت ما في التذكرة في الأعيان المضمونة ، وأن منها المضمون بحكم العقد ، مع قوله بعدم صحة الرهن على الدرك ، فيمكن أن يريد بالمضمون بحكم العقد ما نحن فيه فتأمل جيداً .

إلا أنني لم أجد خلافاً بينهم في عدم جواز الرهن على ذلك ، فالجراحة على الجزم به لا تخلو من مخالفة الجزم ، فالأولى التوقف في المسألة أو الحكم بعدم ، ولعله لما أشرنا إليه سابقاً من عدم تحقق العهدة ، كي يتجه الرهن ، واحتمالها غير كاف في الحكم بالرهن ظاهراً كالدين المحتمل فلا حظ و تأمل ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل فلا إشكال كما لا خلاف في أنه ﴿ يصح ﴾ الرهن ﴿ فيما هو ثابت في الذمة كالعمل المطلق ﴾ في الذمة الذي لا يبطل بالموت ، لعدم اشتراط المباشرة فيه ، فمع التعمد وشبهه يباع الرهن حينئذ ويستوفى منه العمل كما هو واضح ﴿ ولو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر ﴾ ممن له الدين الأول مساوياً له في الجنس والقدر أو مخالفاً ﴿ وجعل ذلك الرهن عليهما ﴾ مما مصرحاً بذلك أو اتفاقاً على إرادته ﴿ جاز ﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، ومشغوليته بالدين الأول غير قاذحة بعد أن لم تكن منافية للثانية ، فهو كما لو رهنه عليهما من أول الأمر .

ومن هنا يعلم أنه لا حاجة إلى إبطال الرهانة الأولى ، ثم التجديد لهما كما صرح

به غير واحد ، بل يعلم أنه لا يحكم ببطلان الأولى لو أطلق رهائته على الدين الثاني من غير تعرض للأول ، لما عرفت من عدم التنافي فالأصل بقاؤها حينئذ ، ودعوى ظهور الإطلاق في ذلك ممنوعة ، فتردد الشهيد حينئذ في بطلان الأولى في صورة الإطلاق في غير محله .

نعم قد احتمله في القواعد فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبي ، وقد أجاز المرتنن الأول رهائته عنده ، والبطلان في خصوص ما قابل دين الثاني لو فرض زيادته عليهما ، والعدم مطلقاً من غير ترجيح لأحد الثلاثة كالتهجير ، والدروس ، وغيرها . مع أن الأقوى الأخير منها فيه ، وفقاً للتذكرة ، وجامع المقاصد ، أيضاً ، لعدم التنافي حتى لو كان الرهن لا يفي إلا بدين الثاني ، لا لإطلاق الأدلة وجوب الوفاء بالعقد ، ولا يمتنع كون الشيء رهناً بمجموع لا يفي ثمنه بأدائه ، لأن الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه ، لأنفسه ، وإنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقلته .

و تقديم دين شخص في الأداء على الآخر لا ينافي بعلق 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 و تقديم 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 طروء البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة .

ودعوى أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به ، ليقضى ذلك الدين من ثمنه ، واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متناف لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم يناقض اختصاص الآخر ، وقد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارى وإجازة المرتنن الأول فيبطل الأول - يدفعها منع المناقاة كما عرفته مفصلاً وإجازة المرتنن إنما توجب تقديمه عليه بناء على اقتضاء العقد ذلك لابطالان الأول .

و أوضح 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 تضبط ، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبقى منه بقية بعد الدين الثاني ، ثم يتجدد النقصان ، وبالعكس ، ويستحيل تجديد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له .

وعلى كل حال فيترتب على كل من الاحتمالات الثلاثة حكم إسقاط المرتهن الثاني حقه من الرهن ، فعلى ما اخترناه يبقى رهنًا عند الأول ، وعلى الثاني لاحق له ، وعلى الثالث لاحق له فيما قابل الدين الثاني كما هو واضح ، ولو لم يعلم المرتهن الأول برهن الثاني حتى مات الراهن ، وفك الرهن لم يبطل الرهن ، بناء على عدم اعتبار القبض ، لكونه لازماً من طرف الراهن ، فليس للورثة وللغرماء 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 ، لعدم تناول الرهانة للثمن فلم يبق له موضوع ، أما لو بقي من عين الرهن بقية وقد قضي دين الأول ، أبقى 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 ردّ الرهن في حال تعلقه ، لكون المفروض عدم علمه حتى فك الرهن منه ، كما أنه لا أثر لإجازته ، فلم يبق مانع من النفوذ ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، واحتمال - عدم صحة أصل الرهانة حال كونه رهنًا 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 ، إتجه 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 بمدموت الراهن، بل فيها نظر من وجوه آخر أيضاً تظهر بأدنى تأمل ولكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من الإشكال، لا يمكن الفرق بين الإجازة والفك، باقتضاء الأول تعلق الرهانة من أول الأمر، لأنها كاشفة على الأصح، بخلاف الثاني، ويأتى إنشاء الله تمام الكلام في ذلك والله العالم.

ولو زاد في الرهن المدين الواحد جاز بالاخلاف، حتى من أبي حنيفة، ولا إشكال لإطلاق الأدلة من غير حاجة إلى إبطال الأول، واستيناف عقد جديد، والظاهر كون الجميع حينئذ كالرهن الواحد الذي حكمه بقاء الرهنية مادام 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 يكون مجموع رهناً على المجموع، أو اتفقا على ذلك، فإنه ينفك من الرهن في الأول بالنسبة، وفي الثاني بأداء شيء من الحق وليس للدَّيْنان الامتناع من قبض البعض، مخافة انفكك الرهن بعد الشرط عليه والإقدام منه على ذلك، وإن تردد فيه في الدروس مما سمعت، ومن إدائه إلى الضرر بالإنفاخ، لكنّه في غير محلّه.

كما أن تردده في حمل الإطلاق على الأول كذلك أيضاً، ضرورة غلبة تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، مضافاً إلى ما عن المبسوط من الإجماع والتقابل بين الأجزاء في المبيع و نحوه من عقود المعاوضة، لا يقضى بذلك في الرهن المراد به الاستيثاق لمجموعة على جميع أجزاء الدين، فلا ينفك حينئذ بتمامه ولا جزء منه بأداء البعض، إلّا مع التصريح، أو ما يقوم مقامه.

ومن الغريب ما في الدروس حيث أنه بعد أن ذكر صحة اشتراط الرهانة على كل جزء جزء، فيبقى مجموعه رهناً ببقاء شيء من الدين، واشتراط رهنه عليه لأعلى كل جزء منه، وينسخ حينئذ بأداء شيء من الدين قال: «وإن أطلق فقي حمله على المعنى الثاني أو الأول نظر، من التقابل بين الأجزاء في المبيع فكذا في الرهن، ومن النظر إلى غالب الوثائق فإن الأغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره

من الرهن وهذا قوى ، وقال في المبسوط : «إنه اجماع» وهو كما ترى مع أنه لا ينطبق تعليقه الأول على الوجه الثاني ، وإنما هو صالح للتوزيع الذي لم يذكره هو ، وتسمع فيما يأتي إن شاء الله تمام الكلام في المسألة .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أن الرهن المضاف حكمه حكم المضاف إليه ، بعد ظهور كون المقصود منه رهائته على حسب الأول وما عن أبي حنيفة - من أنه يكون رهناً بالنسبة على معنى قسمة الدين على قيمة المضاف إليه الرهن يوم قبضه ، على المضاف يوم قبضه ، فاو كانت قيمة الأول ألفاً مثلاً ، وقيمة الثاني خمسمائة ، والدين ألف مثلاً قسم أثلاثاً ثلثان في المضاف إليه ، وثلث في المضاف - لاشاهد له ، بل الشواهد على خلافه .

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 لأعلى 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 رهناً مشتركاً بينهما ، ولو بعقد واحد مطلق ، ثم قضى أحدهما فإن حصته تكون طلقاً ، لا بصراف رهن كل منهما إلى ملكه على دينه إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ، وإلا أتبع الشرط الذي لا يقدح فيه عدم ملكية كل منهما للجميع ، بعد فرض رضا كل منهما بذلك ، والمال غير خارج عنهما .

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف مع تساوى الدين وأما مع اختلافه فربما احتتمل ذلك أيضاً ، لأنه الأصل في التشريك ، إلا أن الأظهر التقسيط على مقدار الدين ، كما هو الأصل في اجتماع الأسباب المعتبر سببية كل منهما ، ولأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون إذا وفى به فالزائد من أحد الدينين إن استحق قضاؤه من الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون تعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من تعلق الآخر ، وإن لم يستحق قضاؤه منه امتنع كونه رهناً بالمجموع ، وقد فرض كونه كذلك ، فظهر أن التقسيط

أولى ، فإن وفي فلا بحث ، والأقسط عليهما بحسبهما كما هو واضح .
 نعم هذا كله في التعدد ابتداء دون التعدد في الائناء ، فإنه لا عبرة به على الظاهر
 سواء كان في الرهن أو المرتهن ، كما في ورثة كل منهما لو تعددوا ، فلو مات المرتهن
 عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بإداء حصته من الدين ، كما أنه لو مات المرتهن
 عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين ، لم ينفك بمقداره من الرهن ، وذلك
 لأنه قد تعلق الدين بكل جزء منه في حياة الموروث ، وقد انتقل إلى الورثة على هذا
 الحال ، فلا يتوهم أنه كتعلق حق الغرماء بالتركة التي لا ريب في انفكك نصيب أحد
 الورثة بمقدار ما يخصه من الدين ، وإن قلنا إن التعلق كتعلق حق الرهانة ، لا كإرش
 الجناية ، لكن لما لم يكن ذلك سابقاً على الموت ، وإتما هو بعده كان تعدد الورثة
 بمنزلة تعدد الراهن ، فتأمل جيداً والله اعلم .

الفصل الرابع في الرهن

﴿ ويشترط فيه ﴾ بالنسبة إلى صحة الرهن له ولغيره كباقي العقود ﴿ كمال
 العقل ﴾ فلا يصح من الصبي ولا المجنون ولو مع الإجازة لسلب العبارة ﴿ و ﴾ في
 لزومه ﴿ جواز التصرف ﴾ فلا يلزم من السفية والمملوك ونحوهما إلا مع إذن الولي ،
 لكن ذلك بالنسبة إلى عقودهم ، أما لو عقدوا للغير وكالة أو فضولاً فكجائزي
 التصرف في اللزوم .

﴿ و ﴾ كذا يعتبر في لزومه أيضاً الاختيارف ﴿ لا ينعقد مع الإكراه ﴾ الذي
 لم يخرج عن قصد اللفظ والمعنى ، فإنه إذا تعقبه الرضا بعد ذلك لزم على الأقوى
 أما إذا كان إكراهاً مخرجاً له عن القصد المزبور فلا يصح ، وإن تعقبه القصد والرضا
 بعد ذلك ، كما حرر في محله .

ويعتبر فيه أيضاً إذا كان الرهن لنفسه أن يكون مالكا ، أو بحكم المالك ،
 كالمستعير الذي يأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف لبعض أحكامه .

﴿ و ﴾ حينئذ ف﴿ يجوز لولي الطفل ﴾ مثلاً وإن لم يكن اجبارياً ﴿ رهن

ماله إذا اقتقر إلى ذلك للاستدانة ونحوها بخلاف أجده فيما بيننا ، وإنما حكى عن بعض الشافعية ، ولا ريب في فساد ، لكن مع مراعاة المصلحة التي هي الأحسن الذي نهى الله ^(١) عن القرب إلى ماله بدونه ، كأن يستهدم عقاره فيروم ربه وإصلاحه أو يكون له أموال يحتاج إلى الاتفاق لحفظها من التلف ، أو الانتقاص ، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود له أي للطفل من بيعها ، إذا لم يمكن البيع أو غير ذلك من المصالح التي لا تنضبط باختلاف الامكنة والازمنة والاحوال .

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 بمائة نسيئة ما يساوي مائتين ، ورهن من ماله ما يساوي مائة ، فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطة الظاهرة ، وإن عرض فلا ضرر ، أيضاً . بل قد يقال : بالجواز فيما إذا لم يرهن إلا برهن تزيد قيمته عن المائة إذا كان ممّا لا يخشى تلفه كالعقار ونحوه ، بل عن التذكرة قوة جوازه إذا كان على يد من يجوز إيداعه ، وبالجملّة الأمر في ذلك غير منضبط ، ومع فرض تعدد أفراد المصلحة ولا ترجيح تخير ، 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 .

الفصل الخامس في المرتن

ويشترط فيه : ما يشترط في الراهن من كمال العقل وجواز التصرف والاختيار على حسب ما سمعته في ذلك كله ، لكن الظاهر أنه لا بأس بقبول السفيه والمفلس الإرتهان الذي ليس بمستحق على المديون بشرط ونحوه ، إذا كان الدين من غيره ، أو منه قبل الحجر ، لأنه ليس تصرفاً مالياً ، ولا مناف له ، بل فيه مصلحة

(١) سورة الانعام الآية - ١٥٢ .

للمال ، ولعل المراد من عبارة المصنف ونحوها ما لا يشمل هذا الفرد من الارتهان ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب في أنه ﴿ يجوز لولي اليتيم ﴾ مثلاً ﴿ أخذ الرهن له ﴾ على ذلك كما نص عليه غير واحد بلفظ الجواز ، لا إطلاق ولا بته الشاملة لذلك ، وقبول الإتهاب والوقف له ونحوها ، بل قد يجب عليه ذلك فيما لو توقف الأحسن المعتبر في الآية الكريمة ^(١) في التصرف في ماله عليه ، كما لو باع ماله نسيئة لغير ذي ملاءة وثيقة ، بل الظاهر كفاية الثاني في لزوم أخذ الرهن 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 بيساره وأمانته ، أمكن البيع نسيئة بغير رهن ، كما يجوز ابضاع ماله .

وفيه : أن المتبجح عدم البيع مع عدم الحصول ، إذا لاكتفاء باليسار مع عدم الوثيقة 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 بيساره وأمانته كما ستعرف ذلك إن شاء الله . أما لو كان ثقة غير ملىء فقد يفوى الجواز ، والأحوط أخذ الرهن ، وليس المراد من الأحسن في الآية الفرد الأعلى الذي لأحسن منه ، على معنى النهي عن التصرف بأموالهم إلا به ، ضرورة اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل ، إذا ما من حسن إلا وهناك أحسن منه ، بل المراد مطلق الأحسن من عدم القرب ، إلا أن مقتضاء حينئذ 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 إبقائه لفرق وحرق ونحوهما ، وفرض وجود الطالب الثقة الملىء والرهن والكفيل فإنه لا إشكال في وجوب إقراضه ، وحرمة إقراضه من الفاسق المجرد عن الملاءة والرهن

والكفيل ونحوها ، وإن كان إقراضه مع انحصار الأمر فيه أحسن من الإبقاء ، اللهم إلا أن يقال : إن مثله لا يعد أحسن ، وإنما أوجبنا ، مع الانحصار ، لأنه أقل قبحاً من الإبقاء المؤدّي لتلف المال وضياعه ، وإلا فهو لا حسن فيه مع اتفاق غيره ممن فرض . وقد يقال : إن المراد بالأحسن من غيره من الأفراد الموجودة ، فيجب حينئذ تقديم الفرد الأعلى مع وجوده ، ولكن لا يجب تطلبه مع وجود الفرد الأدنى ، فيكفي حينئذ 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 يقدح كونه أحسن .

إلا أنه ومع ذلك فالأحوط والأولى عدم المبادرة إلى المتيسر مع مظنة حصول فرد آخر أعلى منه ، أو الاحتمال المعتمد به ، اكتفاء بأصالة عدم ، إلا أن يكون في المبادرة صلاح يرجع على المصلحة التي في الانتظار ، بل قد يقال يرجوع ذلك إلى الأول ، ضرورة كون الأحسن في الفرض المزبور الإبقاء منتظر للفرد الأعلى المظنون أو المحتمل إجمالاً معتد به ، كما أن الأحسن مع فرض كون المبادرة أصلح الفرد المتيسر ، وبالجمله الميزان ما ذكرناه وهو جيد جداً .

أوبقَالَ : إن المراد به ما يعد حسناً عند العقلاء ، فلا يراد من الأحسن معنى التفضيل بل المقصود الرخصة في القرب لأموالهم بما يعدّ 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 بدعوى أن لها مصاديق ينفعها العرف ، نحو ما قيل في الوجدان المنفي في آية التيمم^(١) وأنه لا حاجة إلى تقدير متعلقه من الأماكن القريبة أو غيرها كذلك أيضاً .

وقد بان لك من ذلك كله المدار في المسألة 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 فالمراد به الغلبة .
كما أنه بان لك أيضاً أنه ﴿ لا يجوز أن يسلف ماله إلا مع ظهور الغبطة له ،
كأن يبيع بزيادة عن الثمن إلى أجل ﴾ و أنها ربما توقفت على كونه من ثقة مليء
برهن أو كفيل ، بل أطلق في المسالك أنه حيث يجوز يجب كون المديون ثقة مليئاً ،
ويرتبه على الحق ما يفي بقيمته مع الامكان .

بل : قال سابقاً : « إنه يعتبر في الرهن كونه مساوياً للحق أو زائداً عليه ، ليتمكن
إستيفاءه منه ، وكونه بيد الولي أو يدعدل ليتم التوثق والإشهاد ولو أخل ببعض هذه
ضمن » و إن كان فيه أن ذلك كله ينبغي تقييده بتوقف التي هي أحسن عليه ، وأن
الإبقاء بدون شيء من ذلك هو الأحسن كالمحكي عن حجب التذكرة من أنه يرتبه
به رهناً واقياً ، فإن لم يفعل ضمن .

﴿ و ﴾ على ذلك بنى قول المصنف ﴿ لا يجوز له إقراض ماله إذ لا غبطة . نعم
لو خشي على المال من غرق أو حرق أو نهب و ما شاكله جاز إقراضه وأخذ الرهن ﴾
بل في المسالك هنا أيضاً يقرضه من الثقة المليء ويرهن عليه ويشهد كما مر ، وقال
أيضاً : « من مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه ، بتسويس الحنطة وشبهها ،
فيقرضها من الثقة الملي مع الامكان بالرهن ، لا إمكان جحوده وتعذر الإبقاء » .

وقال المصنف ﴿ ولو تعذر ﴾ أي الرهن ﴿ إقتصر على إقراضه من الثقة غالباً ﴾
وظاهره كما في المسالك أن مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا مليئاً ، لا ضباط
الدين بالرهن ، كالمحكي عن الإرشاد ، واللعمعة ، ورهن التذكرة ، وحجب القواعد ،
بل عن بعضهم التصريح بذلك ، وفي التذكرة اعتبار الرهن والملاءة والثقة جميعاً مع
الإمكان ، وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه .

وعن المبسوط لا يجوز القرض إلا في موضع الضرورة ، كالخوف من نهب أو حرق
أو غرق ، فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة مليء يقدر على قضائه ، إلى غير ذلك من
كلماتهم التي لا بد من إرجاعها إلى الميزان الذي ذكرناه سابقاً ، الذي منه يعرف الحال
فيما لو تعذر الثقة والإرتهان والملاءة ونحو ذلك ، وكان الخوف من الفرق ونحوه

حاصلاً ، إذ لا ريب في أنه في بعض الأحوال يكون الأحسن إقراضه ، ولو من الفاسق المعسر ، لأنه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة ، وفي بعضها الأحسن إبقاؤه باعتباره ضعف احتمال التلف بالنسبة إلى الإقراض من الفاسق المعسر ، خصوصاً بعدما لاحظت كون التالف ظلماً يعوّضه الله جل شأنه على صاحبه في الدنيا والآخرة .

و على كل حال فالأولى إكمال الأمر إلى الضابط المذكور الذي هو مختلف باختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة ، بل معرفة الأولياء فيه مختلفة ، ومن ذلك يعلم عدم اعتبار العدالة الشرعية ، فإنه ربما يكون السبيل الأحسن في غيرها ، لكن قديظهم من جمع اللمعة - الثقة والعدل - اعتبارها ، وفي المسالك « المراد بقولهم الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال ، بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره ، ولا يشترط العلم بذلك لتعذره ، فعبّروا عن الظاهر بالغالب ، نظراً إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة ، لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل ، لأن ذلك غير كاف » . قلت : قد عرفت أن المدار على غير ذلك ، ويمكن أن يكون المراد من الثقة غالباً من تطمئن به النفس بالنسبة إلى الوفاء ، بل لا يعتبر في ذلك العلم للمعسر ، بل يكفي فيه التتبّع لأغلب أحواله المفيد إطمئناناً كما هو المعتقد والامر في ذلك كله سهل بعدما عرفت .

إنما الكلام في أنه أي الضابط المزبور معتبر في تصرف المولى لنفسه ، أو يكفي فيه عدم الضرر على الطفل ، فعن النهاية والوسيلة « أنه يجوز للمولى اقتراض مال الطفل إذا كان متمكناً من فضائه » ، وعن حجر التذكرة « لا يحتاج الأب إذا باع مال ولده عن نفسه سيئة أن يرتنن له من نفسه ، وكذا لو اشترى له سلماً مع القبطة بذلك » ، وعنه وعن جامع الشرايع اشتراط الملاءة المصلحة للطفل ، بل عن السرائر « لا يجوز له بحال ، لأنه أمين والأمين لا يجوز له أن يتصرف في أمانيه » ، وإن كان هو واضح الضعف ، لمخالفته الآية والرواية ففي صحيح أبي الربيع^(١) أنه « سئل الصادق عليه السلام عن رجل ولي يتيم فاستقرض منه ؟ فقال : إن علي بن الحسين عليه السلام قد كان

(١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب ما يكتب به في ذيل حديث - ١ -

يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره ، فلا بأس بذلك ، وفي خبر ابن اسباط ^(١) « إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به ، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم » ونحوه خبره الآخر ^(٢) وخبر غيره مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القرض أو القراض ، فلا ينبغي التأمل في جواز ذلك للولي في الجملة .

وإنما البحث في اشتراط ذلك بما اشترط به التصرف بالنسبة إلى الغير من كونه الأحسن ، أولاً ، مقتضى إطلاق الآية الأول ، بل لعلها في تصرف الأولياء لأنفسهم أظهر ، كما أنها أقوى من إطلاق بعض الأخبار ، وترجع عليه ، وإن كان التعارض بينها من وجه فلا حوط الإقتصار في تصرفهم على ذلك ، خصوصاً غير الأب والجد منهم ، فإنه قد يحتمل فيهما الاكتفاء بعدم الضرر وتمام الكلام في ذلك في غير المقام والله أعلم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه ، أو غيره أو وضع الرهن في يد عدل معين ﴿ صح ﴾ بخلاف ، بل من الغنية الأجماع عليه ، لعموم ^(٣) « المؤمنون عند شروطهم » ^(٤) و « أو فواء » وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد بل ﴿ لازم ﴾ ولم يكن للمراهن فسخ الوكالة ﴿ وفاقاً ﴾ للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف ، مشعراً بعدمه بيننا ، ولعله كذلك ، فإنني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة ، بناء منه على ما سمعته من مذهبه من عدم اللزوم في نحوه من الشروط في العقود اللازمة ، وقد عرفت ضعفه . نعم عن المبسوط أنه حكى الخلاف في ذلك بلفظ القيل ، ويمكن أن يريد الشافعي كما يشهد له ما يظهر من السرائر ، فمن الغريب قول المصنف فيه ﴿ على تردد ﴾ وإن ذكروا وجهه : كون الوكالة من العقود الجائزة التي من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ ، واشتراطها لا يقتضي لزومها ، وإلا لم تبطل بالموت ، أو عدم

(١) و (٢) الوسائل الباب - ٢٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١ - ٣ -

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٤ -

(٤) سورة المائدة الآية - ١ -

لزوم الشرط وإن كانت في عقد لازم ، وإنما أقصاها التسليط على الفسخ ، أو أن الرهن وإن كان لازماً من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن ، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح ، والأصل براءة الذمة من اللزوم ، فيكون كالشروط في العقود الجائزة .

والجميع كما ترى إذ في الأول : أن الوكالة و إن كانت من العقود الجائزة بالذات، لكن لأبأس بلزومها من جهة العارض كالشرط ونحوه ، ودعوى أنه غير مقتضى لذلك - يدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة، فهو كما لو صرح باشتراط عدم العزل، لأن المراد مطلق الوصف بها وإن عزل بعد ذلك ، واحتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضى عدم تريب الاثر لو وقع ، بل أقصاه الائتم . يدفعه أنه مناف لكون المؤمن عند شروطه ، والبطالان بالموت - لا انتفاء الموضوع ، ضرورة كونها استنابة تذهب بذهب المنوب عنه - لا يقتضى جواز العزل .

و في الثاني : ما تقدم سابقاً من مناقاته لمادل على لزوم الشروط ، والوفاء بالعقود ، على أن التسليط للفسخ هنا لأفائدة فيه ، بل يزيده ضرراً ، إذ الفرض أنه شرط في عقد الرهن لنفسه ، ففسخه يزيده ضرراً ، ومن هنا جزم في الدروس في المقام باللزوم، ولعله لما عرفت ، و إن لم يقل به في غيره ، بل في المسالك و أن الوكالة هنا مما العقد كاف في تحققها ، فلا يحتاج بعده إلى صيغة أخرى لها ، لأن الفرض منها مجرد الاذن بأي لفظ اتفق ، وقد تقدم أنما العقد كاف في تحققة ، كجزء من الإيجاب والقبول ، فحيث يكون لازماً يلزم ، وإن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحققه ، وقد أشار بذلك إلى تفصيل قد حكينا 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 أنه قد يناقش في كون الوكالة هنا من القسم الثاني ، بل و في حصول الإذن بعد أن كان المراد من الشرط إيقاع الوكالة بعد عقد الرهن ، إذ لا معنى لإشائها بلفظ الشرط المعلوم عدم صلاحيته لذلك ، فتأمل . اللهم إلا أن يقال: إن المراد من اشتراط الوكالة هو ما أشرنا إليه سابقاً من

البيع عنه ، وليس المراد نفس الوكالة وحينئذ لا يحتاج إلى أمر آخر غير الشرط - في العقد الذي قد استحق به ، بمقتضى عموم ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » - عليه البيع عنه ، وانحلال ذلك إلى الوكالة لا يقتضي كون المراد اشتراطها على وجه يحتاج إلى صيغة بعد العقد ، أو أن المراد اشتراط أثر عقد الوكالة ، أو نحو ذلك ، فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع في وجه إطلاق الأصحاب لزوم الوكالة متى اشترط في عقد لازم والله أعلم .

وفي الثالث : أن الشرط على الرّاهن فيكون لازماً لأن الفرض لزوم العقد من جهته . نعم لو وقع شرط على المرتهن أمكن عدم لزومه عليه باعتبار أن له فسخ العقد المشروط فيه .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال بل ولا خلاف في أنها : أي الوكالة المشترط ~~بموت~~ بموته أي الرّاهن كبطاؤها بموت الوكيل ، سواء كان المرتهن أو غيره لما عرفت من أن لزومها الحاصل من الاشتراط مادام محلها باقياً ، لا إذا خرج عن قابلية النيابة والاستنابة اللذين هما من مقومات الوكالة .

نعم تبطل هي خاصة ﴿دون الرهانة﴾ لعدم الارتباط بينهما ، ضرورة تبعية الرهانة للدين الذي لم يختلف في حالي موت كل منهما ، وحياته . و من هنا حكى الشهيد عن إجماع فخر الإسلام أنه نقل الإجماع على انتقال حق الارتهان إلى المشتري لو باعه المرتهن ، و هو في ذمة الراهن من شخص فتغير مالك الدين - كتغير مالك العين المرهونة بموت الراهن والمرتهن - غير قادح في انتقال حق الرهانة ، فضلاً عن تبين كون الدين لغير المرتهن بإقرار ، أو يئسنة على أنه كان وكيلاً في الدين والارتهان كما هو واضح .

﴿و﴾ قد ظهر مما ذكرنا أنه ﴿لومات المرتهن﴾ المشروط وكالته ﴿لم تنقل إلى الوارث﴾ وكالته ، لكن ذكر المصنف وغيره ﴿إلا أن يشترطه﴾ بل لم يعرف فيه خلاف بينهم ﴿و كذا إن كان الوكيل غيره﴾ أي المرتهن .

وربما أشكل بأنه لا معنى لاشتراط إبطال الوكالة التي تبطل بالموت ، وبأنه 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 بأن المراد بالاشتراط ما عرفت من البيع عنه للمرتهن ، أو لوارثه فالشرط عليه هو البيع عنه ، وهو صحيح بالنسبة إلى المرتهن و وارثه والاجنبي ، والوكالة فيه تبعية لأصلية ، أريد اشتراط التوكيل عليه بصيغة جديدة للموارث ، إلا أن الأول أولى وأدق ، كما أن اشتراطها على الراهن بعدموته لا بد من تنزيله على الوصية ، ضرورة عدم صحة الوكالة بعد الموت والله أعلم .

وقد تلخص من ذلك ومما ذكرناه في غير المقام أن المراد بقول الأصحاب تلزم الوكالة إذا اشترطت في عقد لازم ، أحد أمرين :

الأول : إرادة الوكالة العقدية ، وهذه لا ريب في عدم تحققها بالشرط الذي هو في الحقيقة معنى مباين لإيجابها ، فلا يتحقق حينئذ عقدها بذلك ، ولا يقال : إنها عقدان بل هو عقد واحد مشتمل على شرط مفيد للإلزام بحصولها ، فيحتاج في الوفاء به إلى إيجاد عقدها ولزومها ، إما لكون المراد ولو من القرينة إرادة عدم العزل ، وإما 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 والإغناء ونحو ذلك ، مما كان دليله شاملاً للوكالة المشروطة في عقد لازم وغيرها ، لكون كل منهما وكالة ولم يفد الشرط إلا كونها لازمة على المشروط عليه ، بمعنى عدم جواز فسخها منه باعتبار وجوب الوفاء بالشرط لا غير ذلك ، من أحكام الوكالة ، ولعل هذا هو الموافق لكلمات الأصحاب ، خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرناه في وجه الاستدلال على انقضاءها بالموت ، وخصوصاً مع ملاحظة إطلاق اسم الوكالة عليها ، وهي عندهم عبارة عن العقد المخصوص ، ولا ينافي ذلك قولهم أنها لا تنتقل بموت المرتهن مثلاً

إلى وارئه الأ مع الشرط ، ضرورة صلاحية إلزام تحصيلها بعقدھا على الراهن مثلاً بالنسبة إلى وارث المرتنن و غيره ، لعموم أدلة الشرط ، لأن المراد إنتقال الوكالة من دون عقدھا إلى الوارث بالشرط كما هو واضح .

والثاني: أن يراد بالوكالة المصداق الموافق لمصداقھا مع عدم التقييد بكونھا وكالة ، نحو ملك العين بعوض معلوم وإن لم يكن بيعاً ، وقد ذكرنا سابقاً صحة اشتراط ذلك بعد عدم دایل على انحصار مفاده في عقد الوكالة التي أقصاھا أنها تقيده ، لأنه لا يكون إلا بها ، فيبقى عموم الشرط حينئذ بحاله .

نعم لا يلحق ذلك شيء من أحكام الوكالة الثابتة لها من حيث كونھا وكالة ، لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادھا ، أما الانفساخ بالموت والجنون والإغماء فقد يقال: بثبوتھا باعتبار لحوقھا لمعنى النيابة المفروض تحققھا في المعنى الشرطي ، إذ لا يعقل نيابته وهو ميت أو مجنون أو مغمى عليه ، كما لا يعقل نيابته عنهم . وبالجمله كل حكم ثبت للوكالة من حيث معنى النيابة يلحق المستفاد من الشرط ، ضرورة كونه نيابة ، وإن لم يكن وكالة ، دون غيره من الأحكام الثابتة للوكالة باعتبار مفهومها المفروض عدمه في المعنى الشرطي ، وأما اشتراط هذا المعنى بالنسبة إلى الوارث أو الأجنبي فلا بأس به ، لعموم المؤمنون و غيرها ، وليس هو من الوكالة المحتاجة إلى عقد وهذا جيّد وينطبق عليه اللزوم مع الاشتراط في عقد لازم ، إلا أنه بعيد عن كلمات الأصحاب والله العالم .

ولومات المرتنن ولم يعلم أن الرهن في تركته ، لم يحكم به في ذمته ، لأصالة البراءة ، ولعله تلف منه بغير تفريط ، ولا في ماله لأصالة عدمه فيما هو في ملكه بمقتضى ظاهره المحكوم شرعاً بأنه لورثته ، بمقتضى عموم^(١) «ما تركه الميت» . وحينئذ فلو كان الرهن فيها في الواقع فهو كسبيل ماله في الظاهر ، كما في السرائر ، والقواعد ، و التحرير ، و غيرها حتى يعلم بعينه بقيام بينة و نحوھا ، وإن اشبهه بنظائره فيها ، فإن المرجع فيه حينئذ إلى الصلح ونحوه ، لأن المراد حتى

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولا مضان الجريرة الحديث - ٣ - ١٢ -

يعلم بشخصه وخصوصه ، ضرورة عدم خروج المال عن ملك صاحبه بالاشتباء ، بل الظاهر تقديمه على الغرماء ، لكونه كالشريك في الأعيان .

و إن كان قد يحتمل مساواتهم باعتبار كون الاشتباء كالتلف في الرجوع إلى الضمان ، وأعلمه لذا قال المصنف في باب الوديعة : «إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل : تخرج من أصل تركته ، ولو كان له غرماء ، فضاقت التركة حاصتهم المستودع ، على تردد » و إن كان هو واضح الضعف .

وكيف كان فلا بد من حمل العبارة على ما ذكرناه ، وإن كانت لا تخلو من إبهام ولذا تركها في القواعد وغيرها والأمر في ذلك سهل . نعم قد يشكل أصل الحكم بذلك وإن كان ظاهرهم الجزم به هنا ، كما اعترف به في المسالك ، بأن الأصل بقاءه في المال الذي كان في زمن الحياة ملك ورهن ، فلا قضاء للميد بالملك بعد العلم بأنها كانت أعم ، والأصل عدم التلف ، كما أن الأصل عدم تركة له غير الموجود ، فينحصر الرهن حينئذ في التركة الموجودة بمقتضى الأصل الشرعي الذي هو بعد فرض حجبيته كالبيئنة ونحوها ، وأصالة عدم كونها من التركة الموجودة لا أصل لها ، إذ ليس لها حالة سابقة كان خارجاً عنها حتى تستصحب .

و ما في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد في الجملة من أنه يمكن أن يقال : لاتعارض بين الأصلين ، فإصالة بقاء المال يمكن أن يجمع أصالة البراءة ، لأن المال بيد المرتهن غير مضمون ، بل هو أمانة يمكن تلفه بغير تفریط فلا يكون مضموناً ، وحديث^(١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» لا بد من تخصيصه بالأمانات ، ولم يعلم هنا ما ينزيل الأمانة ، فيبقى أصالة براءة الذمة رافعة لأستحقاق الرهن في المال والذمة ، لعدم التعارض ، فيتم ما أطلقوه حيث يشتبه الحال .

- واضح الضعف بعدم اعرفت من إقتضاء أصالة بقاء المال ، وأصل عدم التلف ، وأصل عدم تركة له غير الموجود - كونه في المال ، وليس هذا من ضمان المال حتى يقال : إن الأمانة خرجت من عموم «على اليد» وفي مضاربة القواعد ولومات العامل

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ .

ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار أسوة الغرماء على إشكال ، وتستسمع ما فيها .
و في التذكرة في الوديعة « نعم قد يتجه ما ذكره فيما لو علم بالرهن ، و لم يوجد في التركة قطعاً ، كما إذا كان سيفاً مثلاً ولا سيف فيها ، مع أنه قد يقال : بالضمان فيه أيضاً ، لأصالة البقاء ، و عموم « على اليد » المسلم استثناء تلف الأمانة منه بغير تفريط ، الثابت بالبيئنة أو يمين لاسائر أحوال الأمانة ، فالتلف الذي لم يدع الأمين كونه بغير تفريط ، ولا علم كونه كذلك على قاعدة الضمان .

بل لو سلم أن 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 أعم منه قطعاً ، إذ يمكن جعله في حرز لا يعلم به إلا هو ، فعموم على اليد بحاله ، بل في الحقيقة ليس ذلك تضييماً بل هورد للأمانة المحكوم ببقائها بمقتضى الأصل الذي لا فرق بين الأمين و غيره في الخطاب به .

قال في القواعد : ولومات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والديون سواء على إشكال : أي في كيفية الضمان لافي أصله ، هذا إن أقر أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة أو ثبت أنه مات و عنده وديعة ، أما لو كانت عنده في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال ، و عن شرح الارشاد « نسبة الضمان إلى نص الأصحاب ، وفي التذكرة « قديتنا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعة ولم توجد في تركته ، فإن الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية الضمان » .

وقد بان لك من ذلك كله أن الصور ستة :

الأولى : علم الرهن في جملة التركة .

الثانية : أن يعلم أنه كان عند الميت ولم يعلم كونه في التركة أولاً ؟ تلف بغير تفريط أولاً ؟ .

الثالثة : أن يعلم كونه عنده كذلك ، ولكن ليس في التركة قطعاً .

الرابعة : أن يعلم تلفه في يده ولم يعلم كونه بتفريط أولاً ؟ .
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 مالو علم الرهن بعينه ، أما ما عداها فقد يقوى الضمان في غير الرابعة التي قد عرفت احتمالها فيها ، إلا أن الأقوى خلافه ، كما أن الأقوى في بعض صور الضمان التقديم على باقي القرماء ، بل لعلمه محتمل في جميعها ، لما عرفت من أنه في الحقيقة رد للامانة نفسها ، لا ضمان لها .
أما إذا لم يعلم أن في التركة رهناً ، لعدم العلم بأصل الرهانة فلا إشكال في كون الحكم في الجميع كسبيل مال الميئت ، عملاً بظاهر اليد ، وأصالة عدم الرهن ، ويمكن حمل عبارة المصنف وغيره عليه . بل لعلمه 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 الميئت ، ثم لم يعلم أنها قد خرجت عنه ودخلت في ملك الميئت ، أو أنها باقية على الحال الأول ، فتأمل .

واحتمال - خروج الرهن عن حكم الوديعة والمضاربة ، لخبر عمر بن رباح القلا^(١) وسألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك وترك صندوقاً فيه رهون ، بعضها عليها أسماء أصحابها ، وبكم هورهن ، وبعضها لا يدري لمن هو ، ولا بكم هورهن ، فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه ؟ فقال : هو كماله .

يدفعه معلومية عدم العمل بظاهر الخبر فيما نحن بصدده ، بل يكون ذلك كمجهول المالك ، أو يحمل على عدم معرفة كونه رهناً ، أو نحو ذلك مما لا يخالف الضوابط فتأمل جيداً . فإن المسألة غير محررة في كلامهم ، بل لعل المفروض في الذهن عدم الضمان في كثير من صورها والله أعلم .

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب أحكام الرهن الحديث - ١ - لكن في السند

محمد بن رباح .

﴿ ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن ﴾ من الراهن أو من يقوم مقامه قطعاً ، ومن نفسه إذا كان وكيلاً عنه وكالة شاملة له بالتصريح أو العموم الذي هو مثله ، بل ومع اطلاق الوكالة على المشهور ، بل في المختلف « من غير كراهة لتحقيق الموكل عليه بالبيع منه ، ضرورة صدقه عليه ، خصوصاً مع اشعار عدم التعرض للخصوصية بالغائها ، وأن المراد ببيعه بثمنه من أيّ مشتري كان ، ودعوى - ظهور الوكالة في عدم بيعه عليه ، أو في البيع على غيره من غير تعرض له ، فحينئذ لا يجوز إلاّ بالأذن ، أو وجود قرينة تدل عليه ، كما اختاره في جامع المقاصد هنا - لاشاهد لها ، ولو سلم الإتيان في سياق فهو انسياق أظهيرية لبعض الأفراد ، لأن ذلك هو المراد .

وهذا البحث لا يخص المقام ، بل هو جارٍ في غيره ، وتعمام الكلام فيه هناك ، إلا أن ظاهر المصنف فيما تقدم عدم بيعه من نفسه في اطلاق الوكالة ، وعن أبي على : « لو وكل المرتهن في بيعه لم اختر له بيع ذلك ، خاصة إذا كان الرهن ممّا يحتاج إلى استيفاء أو وزن ، أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه أو لده وشريكه ، أو ما يجري مجراهما ، وظاهره الكراهة وإن حكى عنه المنع ، والله أعلم بالصواب »

﴿ والمرتهن أحق من استيفاء دينه ﴾ من الرهن ﴿ من غيره من ﴾ باقي الغرماء ، سواء كان الرّاهن حياً ﴿ وقد حجب عليه للفلس ﴾ أو ميتاً ، على الأشهر ﴿ بل المشهور بل لا خلاف فيه في الأول ، بل والثاني عدا ما عساه يظهر من الصدوق ، حيث أنه روى الرواية الدالة على الاشتراك التي رماها في السرائر بالشذوذ ، وفي الدروس بالهجر ، وهو في معنى الإجماع ، بل في الأول دعواه صريحاً ولعله كذلك إذ خلاف الصدوق - مع أنه غير متحقق ، لعدوله عما ذكره في أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلا ما يفتى به - غير قادح فهو الحجة حينئذ ، مضافاً إلى ما دلّ من النصوص ^(١) وغيرها على كون الرهن وثيقة للدين ، وفائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها .

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - ٢ - ٩ .

وخبر عبدالله بن الحكم^(١) - الضعيف المرتفع القول عن الصادق عليه السلام - عن رجل افلس 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 .

- معقول على الرهانة بعد الفلاس ، أو مطرح كمكاتب سليمان بن حفص^(٢) - الذي لم ينص علماء الرجال على توثيقه ، بل ولا مدحه ، - إلى أبي الحسن عليه السلام وفي 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 ، يتوزعونه بينهم بالحصص ، فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور لهما ، ولاغربة بعد اختلال الطريقة ، نعم لو زاد الرهن عن الدين اختص الغرماء بالزائد .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو أعوز ﴾ الرهن عن وفاء الدين وقصر ﴿ ضرب ﴾ صاحب الدين ﴿ مع الغرماء بالفاضل ﴾ ، بالاختلاف ولا إشكال لأن دينه في الذمة لا محصور بالرهن كما هو واضح ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الرهن أمانة في يده لا يضمنه لو تلف ﴾ عنده بغير تفريط ، بالاختلاف أجده فيه بيننا ، بل ظاهر كشف الحق وغيره الإجماع عليه ، بل عن الخلاف ، والغنية ، والسرائر ، والتذكرة ، والمفاتيح ، دعواه صريحا ، فمن الغريب نسبته في الدروس إلى الأشهر ، مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا ، نعم هو معروف بين العامة .

فمن أبي حنيفة أنه مضمون ، وعن شريح ، والنخعي ، والحسن البصري ، أنه مضمون بجميع الدين ، وإن كان أكثر من قيمته ، لأن الرهانة تذهب بما فيها ، وربما حكى عنهم أنه مضمون بجميع قيمته ، فيتراد أن الفضل حينئذ بينهما . وعن الثوري ، وأصحاب الرأي أنه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ، فإن كان قيمته أقل سقط من الدين بقدر قيمته ولا سقط الدين ولا يضمن الزيادة .

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٩ من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - ٢ .

وقال الصادق عليه السلام في صحيح جميل ^(١) « عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن فهو من مال الرأهن ، ويرتجع المرتهن بماله عليه » وفي صحيح اسحاق بن عمار الصيرفي ^(٢) الثقة « قلت لأبي ابراهيم عليه السلام : الرجل يرهن العبد فيصيبه عورا وينقص من جسده شيء ، على من يكون نقصان ذلك ؟ قال : على مولاه ، قال : إن الناس يقولون إن رهن العبد فمرض او إنفقات عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد ، قال : أرأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته ؟ قال : جنايته في عنقه » .

وفي خبره الآخر ^(٣) عنه أيضاً « قلت له : الرجل يرهن الغلام أو الدار ، فتصيبه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه ، ثم قال : أرأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون ؟ قلت : هو في عنق العبد ، قال : ألا ترى فلم يذهب عن مال هذا ، ثم قال : أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون ؟ قلت : لمولاه ، قال : وكذلك يكون عليه ما يكون له ، إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على المجموع عليه بين الأصحاب ، المشتملة على بيان الوجه ردّاً على العاقل العمياء ، المستفاد منها الدلالة بمادل من النصوص على أن منفعة الرهن للمالك ، بضميمة قاعدة « أن من كان النفع له ، كان النقصان عليه » .

كما تضمنه الخبر النبوي ^(٤) المشهور الذي استدل به هنا غير واحد من الأصحاب : « لا يفلق الرهن من صاحبه ، له غنمه ، وعليه غرمه » أي لا يملكه المرتهن بالارتهاق وفي الآخر ^(٥) « الخراج بالضمان » فإذا كان خراجه للرأهن بلا خلاف ، كان ضمانه عليه .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور ، لأخبار

(١) (٢) الوسائل الباب ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث ١ - ٢ مع اختلاف يسير .

(٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث ٢ - ٣ .

(٤) المستدرک ج ٢ - ص ٢٩٥

(٥) المستدرک ج ٢ - ص ٢٧٣

معلومة الطرح بين الأصحاب ، وأنها خرجت مخرج التقية ، أو محمولة على التفريط ،
أو نحو ذلك .

كخبر محمد بن قيس ^(١) عن الصادق عليه السلام « عن أبي جعفر عليه السلام قضي 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 » .

وموثق ابن بكير ^(٢) « 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 إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان سواء فليس عليه شيء » .
وخبر أبي حمزة ^(٣) « 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 الرهن ما نقص من حق المرتهن ، قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام
في الحيوان وغير ذلك » .

وخبر عبد الله بن الحكم ^(٤) « سألت الصادق عليه السلام عن رجل رهن عند رجل
رهناً على ألف درهم ، والرهن يساوي ألفين فضاع فقال يرجع عليه بفضل ما رهنه ،
وإن كان أنقص مما رهنه عليه فالرهن بما فيه » .

وخبر اسحق بن عمار ^(٥) « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن
بمئة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم ، فهلك ، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي
درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعته ، قلت : فهلك نصف الرهن فقال : على
حساب ذلك ، قلت : فيتراد أن الفضل ؟ قال : نعم » .

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن حملها على صورة التفريط ، كما يشعر به

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٣ -

(٢-٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٣ - ٥١ - ٢ -

قوله في الأخير ضيقه ، بل أوضح منه مرسل أبان ^(١) « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه ، فإن استهلكه ترادى الفضل فيما بينهما » بل هو كالصريح في أن مراد على بما روي عنه عليه السلام من ترادى الفضل فيما بينهما في صورة الاستهلاك ، لا ما فهمه بعض العامة .

وعلى كل حال فالمسألة من الواضحات ، وحينئذ فهو أمانة يجري عليه حكمها الذي منه تصديقه في دعوى التلف ، من غير فرق بين ذهابه وحده ، أو مع جملة من ماله . لكن في مرسل أبان ^(٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام سأله كيف يكون الرهن بما فيه ؟ إن كان حيواناً ، أو دابة ، أو ذهباً ، أو فضة ، أو متاعاً ، فأصابته جائحة حريق أو لص ، فهلك ماله أو بعض متاعه ، وليس له على مصيبتة بيئته ، قال : إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه ، وإن قال : ذهب من بين مالي وله مال فلا يصدق ، و به أفتى ابن الجنيد 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 ولم أجد له موافقاً منا .

نعم حكى عن مالك أنه إن كان تلفه أي الرهن بأمر ظاهر كان من ضمان الراهن ، وإن ادعى تلفه بأمر خفي ضمنه المرتهن ، كما أنه لم أجد موافقاً للصدوق فيما حكى عنه من عدم ضمان المرتهن لو ترك تعاقد الرهن ونشره ، مع حاجته إليهما فتلف بذلك ، عملاً بما أرسله في الفقيه ^(٣) « في رجل رهن عند رجل مملوكاً فجذم أو رهن عنده متاعاً فلم ينشر ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يهركه فأكل - يعني أكله السوس - ينقصه من ماله بقدر ذلك ؟ قال : لا ، ويمكن حمله على عدم علم المرتهن باحتياجه ، أو على اشتراطه التعاقد على الراهن ، أو غير ذلك ، كما أنه يمكن حمل الأول على

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٧ - .

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - مع اختلاف يسير

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٩ - .

إرادة حصول التهمة الموجبة لليمين عليه ، فلا ريب في أن العمل فيهما على المشهور .
 ﴿ و ﴾ قد ظهر من ذلك كله أنه ﴿ لا يسقط من حقه ﴾ أي المرتهن ﴿ شيء ﴾ ما لم يتلف ﴿ في يده ﴾ بتفريطه ﴿ فأما إذا كان بتفريط حصل التهاثر فهراً مع حصول شرائطه ، وإلا كان كل منهما مديوناً للآخر ، واحتمال التهاثر على كل حال .
 الظاهر ما سمعته من النصوص المحمولة على ذلك ، أو الظاهرة فيه ، - بعيد لقصورها عن الجرأة بها على مخالفة الضوابط ، خصوصاً بعد احتمال جريانها على الغالب من المساوات ، واحتمال إرادة شبه التهاثر منها أو غير ذلك ، فمعناه بوجهه عبارة المصنف وغيرها ، لا بد من تقييده بما ذكرنا .

﴿ و ﴾ على كل حال فالمشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين عدم جواز تصرف المرتهن في الرهن من دون إذن الراهن ﴿ لو تصرف ﴾ المرتهن حينئذ ﴿ فيه ﴾ أي في الرهن ﴿ بركوب أو سكنى ﴾ مثلاً ﴿ أو إجارة ﴾ من دون إذن الراهن أتم ﴿ ضمن ﴾ العين لو تلفت بقيمتها يوم الهلاك ، أو يوم التعدي ، أو يوم المطالبة ، أو أعلى القيم على البحث السابق والآتي في الغاصب ونحوه .

﴿ ولزمه أجرة ﴾ المثل في الأولين على المشهور ، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه ، لأنه انتفاع بمال الغير بغير إذنه .

والحسن كالصحيح ^(١) د عن أبي جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في الأرض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة ، فزرعها وأففق عليها من ماله ، أنه يحتسب له نفقته وعمله خالصاً ، ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفي ماله ، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها ، ولغير ذلك .
 والأجرة المسماة في الثالث ، إذا كان قد قبضها المستأجر ، وأجاز المالك عقد الإجارة والقبض ، فإن لم يجز القبض رجع به على المستأجر إذا كانت في الذمة وإلا تخير 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

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ .

له شيء عندهما ، أما إذا أسلمها وقد مضت إحدى المديتين كان له أجره المثل على المستأجر بقوات المستأجر منفعة ماله في يده التي هي يضمنان ، بل قد يقال : بأن له الرجوع على المرتهن لأنه باجارته صار غاصباً ، فيةخير المالك في الرجوع على من شاء منهما .

و منه ينقذ ضمانه : أي المرتهن كل منفعة للرهن تفوت عنده ، إذ كان قد تعدى فيه وإن لم يستوفها ، بل ينقذ ضمانه في الفرض ، وإن لم يتسلم المستأجر العين ، بناء على أن عقده عليها ، وبذلها للمستأجر تعد ، كما صرح به في المسالك ، وإن لم يتسلمها منه ، نعم لو كان مبرداً عقده فضولاً ولم يسلمها إياه ولا بذلها له لم يكن تعدياً .

وكيف كان فلا فرق في عدم جواز تصرف المرتهن بين كونه قد انفق على الرهن بوجه شرعي أو لم ينفق ، لقبح التصرف في مال الغير على كل حال ، ﴿ و ﴾ حينئذ في إن كان للرهن مؤنة كالدابة ، أنفق عليها ﴿ ولو كان قد تصرف فيها بركوب ونحوه ظلماً ﴾ وتقاصاً ﴿ كما في النافع ، والقواعد ، والتحرير ، والأرشاد ، والكتاب ، واللمعة ، وغيرها ، بل في الدروس عليه المتأخرون : أي نهائراً قهراً مع اجتماع الشرائط من التساوي في النوع والصفة .

﴿ وقيل ﴾ إن الشيخ في نهايته والحلي ، وابن حزم ، وسعيد قالوا ﴿ إذا أنفق عليها كان له ركوبها أو يرجع على الراهن بما أنفق ﴾ 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 ، فإن نفقتها على الراهن دون المرتهن ، فإن أنفق المرتهن عليها كان له ركوبها ، والإنتفاع بها ، أو الرجوع على الراهن بما أنفق » ، وقال أبو الصلاح : « يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيواناً يتكفل مؤنته أن ينتفع بظهره أو خدمته أو صوفه أو لبنه ، وإن لم يتراضيا ، ولا يحل شيء من ذلك من غير تكفل مؤنة ولا مراعاة ، والأولى أن يصرف قيمة منافعه في مؤنته » .

وفي الوسيلة : وإن رهن حيواناً كان نفقته على الراهن ، فإن أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه مالم ينتفع به ، فإن انتفع به ولم ينفق رد قدر ما انتفع به ، نحو ما في جامع الشرايع ، كما قيل ، إلا أن الأخيرين كما ترى لأصراحة فيهما بالخلاف ، بل يمكن إرجاع كلامهما إلى ما عليه الأصحاب ، فانهصر الخلاف حينئذ في النهاية التي هي متون أخبار ، وليست كتاب فتوى ، وفي أبي الصلاح الذي نقل لنا كلامه ، وليس النقل كالبيان .

و على كل حال فمستندهما في ذلك صحيح أبي ولاد ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهناً بماله أله أن يركبه ؟ فقال : إن كان يملكه فله أن يركبه ، وإن كان الذي رهنه عنده يملكه ، فليس له أن يركبه ، » وخبر السكوني ^(٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : الظهر يركب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب نفقته ، والدور يشرب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يشرب نفقته ، اللذين يمكن حملهما على مساوات الحقتين ، والإذن ولوللعادة ، أولاً رهنه مع عدم الاتفاق قرينة على ذلك ، ولا سيما إذا كان عدم الركوب والحلب مما يفسده ، أو على غير ذلك .

بل لا بأس بطرحهما ، بعد اعراض معظم الأصحاب عنهما بل في التذكرة « ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بخلاف ، » وفي السرائر « لا يجوز للمرتهن التصرف في الرهن على حال ، للإجماع على أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ، » ومخالفتهم لقاعدة « عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه » وقاعدة الضمان لما يتلفه المتلف ، والرجوع بما عرفه على الوجه الشرعي ، مضافاً إلى عدم صراحتهم في المقابلة ، ولا في منع المقاصة .

فمن الغريب بعد ذلك كله ما في الدروس من أن المشهور جواز الانتفاع ، قال : « ونفقة الرهن على الراهن لأعلى المرتهن ، فإن أنفق متبرعاً فلا رجوع ، وإن كان بإذن 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 ، وإلّا رجع بالنفقة» .
و منع ابن ادريس من الانتفاع ، فإن انتفع نقاصاً وعليه المتأخرون ، و الروايتان ليستا بصريحتين في المقابلة ، ولأمانعتين من المقاصة ، نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن ، لثلا تضيع المنفعة على المالك نعم يجب استيذانه إن أمكن وإلّا فالحاكم .

و فيه مضافاً إلى ما عرفت أن ضياع المنفعة على المالك إن لم يستوفها لا يجوز الاستيفاء لأنه أعم من الإذن من المالك و الاستناد فيه إلى الخبرين يقضى بالعمل بما فيهما من المقابلة أو المقاصة التي إن لم تكن صريحتيهما فهي ظاهرهما ، وهو حجة كالصريح ، فلا مناص حينئذ 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 الدّواب يفسده عدم الركوب ، و عدم الحلب و شرب اللبن ، لأنه مما يفسده البقاء ، فزمانه بالقيمة كبيعته من غيره ، من الإحسان في حفظ الأمانة ، و الفرض أن حمل الخبرين على ذلك ونحوه أولى من العمل بهما ، و مع فرض عدم قبولهما لشيء من ذلك فطرحهما متبجح كما هو واضح .

ثم إن المصنف وغيره قد أطلق جواز الانفاق ، ولا بد من تقييده بعدم التمكن من إنفاق المالك لامتناع وعدم إمكان جبر ، ولا توصل إلى ماله ، أو لغيبه كذلك ، ضرورة كون النفقة عليه لأعلى المرتبة ، بل قد يظهر من جماعة تقييده أيضاً بعدم التمكن من الحاكم ، وإلّا وجب الرجوع إليه و الاستيذان منه ، وهو في محله ، لأنه ولي الممتنع والغائب في نحو ذلك ، بل ربما ظهر من بعضهم اعتبار الإشهاد في الرجوع بما أنفق عند تعذر المالك و الحاكم و إن كان واضح المنع ، ضرورة تعسره أو تعذره ، فهو مصدق بمقدار ما أنفق ، و في دعوى نية الرجوع ، لأنه أمين شرعي على ذلك ، ومع التهمة عليه اليمين ، بل ربما ظهر من بعض هنا عدم اعتبار الحاكم ، بل يشهد له بعض كلماتهم في باب الوديعة واللقطة ، بل عن المهذب البارع ، أن من عدا الشهيد لم

يشترطه ، قال : اشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة إذن المالك أو الحاكم ، فإن تعذر فلا يشهاد ، ولم يشترط الباقر إذن الحاكم ، وهو أولى ، وإن كان فيه أنه اشترطه الفاضل في التذكرة ، بل هو في معقد ما سمعته من شهرة المسالك وغيرها . وعلى كل حال فلعل وجه عدم اشتراط الحاكم أن المرتهن باستئمان المالك قائم مقامه عند تعذره أو امتناعه ، فلا حاجة إلى رجوعه إلى الحاكم ، خصوصاً مع اندراجهم في المحسنين ، وتعلق غرضه بالإتفاق ، باعتبار توقف بقاء الرهن الموضوع وثيقة له على دينه عليه ، بل قد يقال لذلك بالإكتفاء في جواز رجوعه بما أنفقه عدم اتفاق المالك ، لا إمتناعه مع عدم إمكان جبره أو غيبته ونحوهما ، وإن كان ينافية ظاهر كلامهم ، وأصالة براءة الذمة ، وأصالة عدم قيام الغير مقامه في شغل ذمته من غير إذنه . بل لا يبعد أنه راجع في هذا الحال في سلك المتبرعين الذين لا حرمة لأموالهم .

ولا يكفي نية الرجوع بعد أن كان الخطاب بالإتفاق لغيره ، الذي يمكن أن يكون عدم بذله النفقة منه لغفلة ، أو ظن وجودها أو نحو ذلك ، فلا بد من مطالبته بها أولاً ، فإن بذل وإلا أجبر ، فإن لم يمكن الاتفاق بإذن الحاكم أو بدونه على البحث السابق .

وفي المسالك وغيرها أن المرتهن إن أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم ، وإلا استأذنه ، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم ، فإن تعذر انفق هو بنية الرجوع ، وأشهد عليه ليثبت له استحقاقه . وكيف كان فلا بد من تقييد إطلاق المصنف بالإتفاق بما عرفت ، كما أنه لا بد من تقييده المقاصّة باجتماع شرائطها ، ويمكن قراءة عبارة المصنف أو تقاضا بالضاد المعجمة كما عن بعض النسخ ، إلا أنه يبعد وقوع هذه اللفظة في غيرها من عبارات الأصحاب ، والأمر سهل بعد وضوح المقصود والله أعلم .

﴿والمشهور بين الأصحاب بل لم اجد فيه خلافا بينهم أنه﴾ يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه ممّا في يده ﴿وإن لم يكن وصياً عن الراهن على البيع إن علم وإن ظن بل و﴾ إن خاف جحود الوارث ﴿للدين أو للرّهانة وكانت التركة قاصرة﴾ مع اعترافه ﴿بالرهن ولم تكن عنده بيّنة مقبولة﴾ ، وفي الرياض قد صرح به

الأصحاب من غير خلاف يعرف . بل عن شرح الارشاد والاجماع 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 اثباته عند الحاكم، لعدم البيينة، أو غيره من العوارض، وعن مجمع البرهان والاجماع أيضاً إن لم تكن له بيينة مقبولة أو لم يمكن إثباته عند الحاكم.

و الأصل في ذلك - مضافاً إلى العرج، والضرر، وما دل على المقاصة، وفائدة الرهن وغير ذلك - مكتوبة المروزي^(١) لأبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة، فجاء رجل فادعى عليه مالا، وأن عنده رهناً، فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال، ولا بيينة له، فليأخذ ماله مما في يده، ويرد الباقي على ورثته، ومتى أقر بما عنده، أخذ به وطولب بالبيينة على دعواه، وأوفي حقه بعد اليمين، ومتى لم يقم البيينة والورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقاً، والمنافشة في سندها بعد الانجبار بما سمعت لأوجه لها.

كما أن منها يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله (أما لو اعترف بالرهن، و ادعى ديناً، لم يحكم له، وكلف البيينة وله إحلاف الوارث إن ادعى عليه العلم) بل لم يشترط في الخبر دعوى العلم، بل ظاهره توجه اليمين عليهم بمجرد الدعوى بالدين، وإن كان يمينهم على نفي العلم، لأنه لنفي فعل الغير وعلى كل حال فالخبر ظاهر في الحكم المزبور، وشموله لصورة عدم خوف الجحود غير قاذح، بعد معلومية عدم ارادتها، لوجوب الاقتصار فيما خالف أصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه على المتيقن.

و منه يعلم الوجه في اعتبار عدم البيينة كما ذكرناه، ونص عليه في الخبر، وفاقاً لجماعة، وإن أطلق المصنف بل وغيره، بل عن مجمع البرهان التصريح بأنه لا يشترط عدم البيينة، ولا عدم إمكان الاثبات عند الحاكم، بل قال: و الرواية غير صريحة بالاشتراط، وإنما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب،

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب احكام الرهن الحديث ١.

وإن كان فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت التذى منه يعلم ضعف ما عن بعضهم من الحاق الحاجة إلى اليقين بخوف الجحود ، ولذا نفى الاعتماد عنه في المسالك وغيرها .

بل لولا ظهور الغاء الخصوصية ولو بضميمة ما سمعته من الاجماع من شرح الارشاد لأمكن التوقف في الحاق خوف جحود الراهن ، لما عرفت من عدم كون الحكم على القاعدة ، ضرورة أنه ليس من المقاصاة المشروطة بامتناع من عليه الحق ، ولا يكفي فيها الخوف ، إلا أنه لامناس عن الحاقه بعد الاجماع المزبور ، المعتضد بتصريح جماعة ، و بظهور عدم الخصوصية للوارث ، بل لا بأس بالحاق خوف عدم قبول البيعة أوجرحها أو نحو ذلك وعلى كل حال فالمعتبر في الجواز الخوف ، لا إطلاق الخبر المزبور ، وما في القواعد من اعتبار العلم لا يخلو من نظر ، كاعتبار غيره الظن و الله أعلم .

﴿ ولو وطئ المرتنن الأمة مكرهاً ﴾ لها على ذلك من غير إذن الراهن ﴿ كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر ﴾ ، وقيل : عليه مهر أمثالها ، ولو طأعته ، لم يكن عليه شيء ﴿ كما تقدم تحقيق ذلك كله و تحقيق أرض البكارة في بيع الحيوان فلاحظ وتأمل ﴾ ، إذا المسألة من واد واحد ولا خصوصية للمرتنن عن غيره ، هذا . وقد عرفت فيما تقدم صحة اشتراط وضع الرهن ابتداء واستدامة أو استدامة خاصة على يدعدل فصاعداً مطلقاً ، أو معينين ، أو غيرهما مطلقاً أو معينين ، وإن لم يكن عدلاً أو نحو ذلك من الشرائط السائغة التي تلزم بمعوم « المؤمنون » و « أوفوا » من غير خلاف أجده فيه بيننا ، بل عن التذكرة نسبة اشتراط وضع الرهن على يدعدل إلى علمائنا ، بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه صريحاً ، بل قال : مناً ومن جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى .

نعم في القواعد « يشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله ، وهو الجائر التصرف وإن كان كافراً ، أو فاسقاً ، أو مكاتباً لكن بجعل ، لاصبياً ولا عبداً إلا بابن مولاه » ولعله لأنه وكيل عن المرتنن نائباً عنه في القبض ، كما عن التذكرة ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع الوكالة ، ثم إذا كان المشتراط من الوضع استدامته التي لامدخلية لها في

صحة الرهن ، ولا لزومه ، بل وفي الابتداء بناء على أنه كذلك فلا بأس حينئذ بتراضيهما على وضعه في يد صبي ، خصوصاً إذا كان مأموراً رشيداً ، وكان اعتبار الجعل في المكاتب لحجر التصرف عليه في منافعه بغير الاكتساب ، بل اعتبر بعضهم فيه كونه بأجرة المثل فصاعداً .

نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يأذن مولاه ، وإلا فلا يعتبر الجعل ، لأن الحق لهما ، فلا بأس إذا أسقطاه ، والظاهر عدم اعتبار تعيين الموضوع عنده في صحة الشرط لعموم الدليل ، وعدم إفضاء جهالته هنا إلى الجهالة فيما يشترط عدمها في صحته ، كالبيع والاجارة ، فإن اتفقا حينئذ عليه فلا بأس ، والأقطع نزاعهما الحاكم بالتعيين كما إذا لم يشترطاً ، وليس لأحدهما ولا للحاكم عزله من دون داع بعد تعيينه في العقد أو الاتفاق عليه بعد اشتراط كليه فيه ، الذي يكون بالاتفاق كمشترط الخصوصية .

نعم لو كان الشرط العدل فخرج عن العدالة فطلب أحدهما نقله أجيب إليه ، فإن اتفقا على غيره ، وإلا وضعه الحاكم عند ثقة ، وكذا لو تغير حاله بمرض ، أو كبر أو نحوهما بحيث لا يقدر على الحفظ معه ، بل وكذا لو حدثت له عداوة دنيوية مع أحدهما وإن لم يخرج بها عن العدالة ، إذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل التي يترتب عليها الضرر ، ولذا لم يأمن العدو عدوه ، فهو حينئذ غير مراد من الشرط ، كما أنهما إذا اتفقا على عزله جاز أيضاً ، وإن لم يتغير حاله ، لأن الحق لهما ، ولو اختلفا في التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث ، ولو مات العدل نقله إلى من يتفقان عليه ، فإن اختلفا نقله الحاكم ، ولو كان الوضع على يد عدل بالاتفاق من دون الشرط فأراد أحدهما عزله دون الآخر رجع الأمر إلى الحاكم في إقراره أو نقله ، هذا كله مع القول بعدم استحقاق المرتهن استدامة القبض حال الإطلاق ، وإلا اتجه قبض المرتهن له في بعض هذه الأحوال والله العالم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ إذا وضعه على يد عدل ﴿ مثلاً ﴾ فللمعدل ﴿ المتطوع ﴾ ردّه عليهما ﴿ قطعاً لعدم لزوم ذلك عليه ﴾ ، أو تسليمه إلى من يرتضيه ﴿ لما ﴾

عرفت من أن الحق لهما ﴿ ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما ﴾ وعدم معلومية امتناعهما ﴿ إلى الحاكم ﴾ الذي لا ولاية له عليهما في هذا الحال ، للأصل وغيره ﴿ ولا إلى أمين ﴾ غير الحاكم و ﴿ غيرهما من غير إذنهما ﴾ لعدم جواز الإيداع للودعي من غير إذن ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو سلمه ﴾ إلى من لا يجوز تسليمه ﴿ ضمن ﴾ هو ومن تسلمه ، وإن كان له الرجوع على العدل مع التورر .

وفي القواعد : لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن ، ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً ، لا انتفاء ولايته عن غير الممتنع ، ويضمن القابض ، لكن ينبغي تقييد ضمان الحاكم إذا كان مراداً من الضمير بما إذا كان عامداً ، والا كان من الخطأ فتأمل ، فإنه قد يمنع ضمان الحاكم ابتداءً ، وإن رجع عليه ، قال في جامع المقاصد : أي ضمن الدافع وإن اغتر بالذن الحاكم ، لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد ، وإلا فهو من خطأ الحكماء 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 الرّاهن على معنى أنه لو تلف في يده تعلق الرهن بقيمته أو مثله ، وما عن الأردبيلي - من جواز تسليمه إلى الرّاهن ، لأنه مالك ولا تصحّاب جواز تسليمه - غريب ، ضرورة عدم اقتضائهما ذلك ، بعد تعلق حق المرتهن الذي هو أولى منه في ذلك ، ولذا قيل : إنه لو احتمل جواز التسليم إليه كان له وجه ، وإن كان فيه أنه لو سلم اقتضاء إطلاق الرّهانة التسليم إلى المرتهن ، إلا أن مفروض المقام اشتراط وضعه على يدعدل ، الظاهر في عدم ذلك .

نعم لو كان وضعه على يده إتفاقاً منهما من غير شرط إنتاجه ذلك ، بناء على الاقتضاء المزبور ، لكن الذي يظهر من تأني الشهيدين في المسالك عدم اقتضاء عقد الرّهانة مع الإطلاق ذلك ، بل يظهر منه أنه مفروغ منه ، وهو إن لم يكن إجماعياً محل نظر ، وقد ذكرنا في مبحث القبض ما يستفاد منه عدم الإجماع ، وما يستفاد منه استحقاق المرتهن الوضع عنده ، إلا أن يشترط خلافه فلا حظ وتأمل .

﴿ ولو استترا ﴾ عن قبضه من العدل بعد أن طلب منهما ﴿ أقبضه الحاكم ﴾ الذي هو ولي الممتنع ﴿ ولو كانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم ، أو عدل آخر من غير ضرورة ، لم يجوز يضمن لو سلم ﴾ هو ومن تسلمه ﴿ وكذا لو كان أحدهما غائباً ﴾ 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 إنما يراد منه مع الحاجة والمصلحة ونحوهما ، لا نحو ذلك ، ضرورة عدم جواز استيلاء الحاكم على أموال الغائبين بمجرد غيبتهم ، بل في المسالك « أن من القواعد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان المالك ، ولا مع غيبته إلا مع الضرورة ، وما نحن فيه من ذلك ، وبه بان الفرق بين ولاية المالك ﴾ و ﴿ الحاكم .

نعم ﴿ إن كان هناك عذر ﴾ كسفر ومريض ونحوهما ﴿ سلمه إلى الحاكم ﴾ أو من يأذن له ، لثبوت ولايته حينئذ ﴿ و ﴾ من هذا ﴿ لو دفعه إلى غيره ﴾ حينئذ ﴿ من غير إذن الحاكم ضمن ﴾ ولو كان ثقة ، أمالو تمذر الحاكم وافتقر إلى الإيداع أودع من ثقة وأشهد ولا ضمان ، والظاهر جواز دفعه من أحدهما في هذا الحال إذا كان ثقة ، بل لعله أولى ، لكن في القواعد « لو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم ، فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن ، والفرق أن العدل يقبض لهما ، والآخر يقبض لنفسه ، وفيه أن العدالة تنفي ذلك فتأمل والله أعلم .

﴿ ولو وضعا على يد عدلين ﴾ جاز إجماعاً ، محكياً عن التذكرة إن لم يكن محصلاً ، لكن ﴿ لم ينفرد به أحدهما عن الآخر ﴾ ولو أذن له الآخر ﴿ إذا كانا قد صرّحا لهما بإرادة الاجتماع ، أو أطلقا ، بناء على انصرافه إلى ذلك ، باعتبار ظهور اختيار الاثنين في عدم الاكتفاء بحفظ أحدهما ، نعم لو حصلت قرينة على عدم إرادة الاجتماع كان لأحدهما الأفراد بحفظه ، كما أن له تسليمه إليهما من دون إذن الآخر في حالي اعتبار الاجتماع وعدمه ، ضرورة كون المراد الاجتماع في الحفظ ، وإلا فالمال لهما ، فإذا أراد تسليمه وجب فوراً على كل منهما ، فما عن بعضهم - من

عدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع الآبازن الآخر - واضح الفساد .
وكيف كان فلو سلم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كل منهما الكل ، لحصول سببه من كل منهما بالتفريط من الدافع ، والتعدي باستقلال اليد من المتسلم ، فللمالك الرجوع على كل منهما ، الواجب عليه حفظه جميعه ، منضمّاً مع الآخر ، والتساوى في ثبوت سبب الضمان مع اتحاد العوض المضمون ، لا يقتضى التقييد ، بعد أن كان كل منهما سبباً ، فهو كالأيدي المتعاقبة المعلوم عدم التقييد فيها ، وإن تساوت في ذلك واتحد العوض ، ودعوى أنهما بمنزلة أمين واحد ، ممنوعة ، ضرورة إن كل واحد أمين مستقل على الجميع ، غاية ما في الباب أنه قد شرط عليه انضمام الآخر إليه ، فمأعساه يظهر من الفاضل من الميل إلى التنصيف ، فيه ما لا يخفى .

والظاهر أن قرار الضمان على من ضمنه المالك منهما ، لو تلف بأفة سماوية ، إن لم يثبت إجماع على قاعدة « قرار الضمان على من تلف في يده المال » كما عساه يظهر منهم في باب الغصب . لكن في المقام حكى عن فخر المحققين وابن المتوج أن الأصح استقراره على من ضمنه المالك ، واحتمله في المسالك ، واستشكل فيه في القواعد ، وهو يؤمى إلى عدم الإجماع المزبور بحيث يشمل المقام ، وحينئذ يتجه ما قلناه ضرورة عدم الدليل على رجوعه على الآخر بعد أن كان رجوع المالك عليه بحق ، ولم يكن منه غرور له .

ودعوى - أن المتعدي أقوى من المفريط فيساوي المباشر حينئذ ، كما أن الثاني يساوي السبب ، فيكون أولى في قرار الضمان - لا يرجع إلى محصل يعتمد عليه شرعاً .

وأضعف منها التعليل بأن الضمان واثبات اليد وجوديان ، وتارك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية عدمي ، وبأن اليد العادية سبب بسببية التضمن بالتسليم ، مع كونها علّة عامّة في التضمن ، فكانت أقوى وأولى مع أن مقتضى ذلك خصوصاً الأولين عدم جواز رجوع المالك على الدافع أصلاً ، لا أن القرار خاصة على المتسلم ، كما أن مقتضى تعليل رجوع المالك على الدافع بأنه

مضيق بتسليمه والمتسلم حافظ قد عمل بمقتضى الإستمعان ، عدم جواز الرجوع على المتسلم أصلاً ، فضلاً عن كون القرار على الدافع ، والجميع كما ترى خصوصاً بعد جزم من تعرض لهذا الفرع بجواز رجوع المالك على من شاء منهما ، وإثما الكلام في قرار الضمان .

فالتحقيق فيه أنه على من ضمنه المالك إن لم يثبت الإجماع المزبور ، فتأمل . فإن المقام ربما حصل فيه خبط من بعضهم ، لكن ستمتع في كتاب الغصب 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 الغصب ، وحينئذ يتجه القرار على الآخر الذي تلف المال في يده دون العكس ، فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿ ولو باع المرتهن الرهن ﴾ حيث يجوز له ذلك ﴿ أو العبد ودفع الثمن إلى المرتهن ﴾ وفاة أو وثيقة إذا كان له ذلك ﴿ ثم ظهر فيه ﴾ أي المبيع ﴿ عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن ﴾ الذي قبض الثمن المملوك للراهن ، وفاة أو وثيقة ، إذ الفسخ بالعيب إنما هو من حينه بإخلاف أجده بين من تعرض له . لكن قد يشكك - إذا كان وثيقة ، بأن رهائته فرع رهانة المبيع والفرض ردّه بالعيب ، فتدرد وصف الرهانة معه ، فتبطل بإبدالهما ، لعدم اجتماع البطل والمبدل منه .

- ويدفع أولاً : بمنع فرعية رهانيته عليه ، ضرورة عدم انتقاله رهناً ، بل لابد من استحقاق رهن الثمن من سبب جديد ، من اشتراط ونحوه ، فضلاً عن الإرتهان الجديد .

وثانياً : بعد التسليم بمنع اقتضاء الرد بالعيب ، رجوع وصف الرهانة التي بطلت في المبيع بالمبيع ، وانتقل إلى الثمن بمجرد دخوله في ملك الراهن فلا يبطله الفسخ الطاري ، لكن قد يقال : مقتضى ذلك أنه لو كان العيب بالثمن إما أن لا يكون للراهن الرد من دون إذن المرتهن ، وإثما يتعين له الأرض ، لتعلق وصف الرهانة به ، فيكون كالتصرف المسقط له ، أو أن له ذلك ، ولانعود الرهانة ، لعدم رجوعها

بالرد بالعيب ، وكلاهما محل بحث ، لعدم صدق التصرف على التعلق المزبور ، حتى يتعين الأرض ، كعدم هود الرهانة ، إذ لا أقل من أن يكون الفسخ بالعيب كالأغلاف المقتضى تعلق الرهانة بالقيمة التي هي بدله .

وقد يقال في الفرض أن له رد المبيع بالعيب في الثمن من دون رد الثمن نفسه ، باعتبار تعلق حق الرهانة به ، المانع من رده ، وإن لم يصدق عليه أنه تصرف منه ، كي يتعين له الأرض فيرد حينئذ عوض الثمن . نحو ما احتمل فيما لو اشترى من ينعق عليه فبان أنه معيب .

أما إذا رد الثمن بإذن المرتهن فلا إشكال في عود الرهانة في المبيع ، بناء على ظهور إذنه في عود المبيع رهناً ، وحينئذ لم يثبت إجماع على عدم فسخ الرهانة في الثمن برد المشتري المبيع ، كان فيه نوع تأمل بناء على اقتضاء أدلة الفسخ رجوع كل ملك إلى صاحبه .

لكن قد يقال : بتعارض أدلة الفسخ مع ما دل على لزوم الرهن من الاستصحاب وغيره ، وترجيحها عليه محل متع ، بل العكس هو المتجه ، كما في نظائره ولعله لذا لم يتوقف أحد من الأصحاب في بقاء الرهانة لورد المشتري المبيع ، ولا بأس بالتزام تعين الأرض فيما فرضنا نحن من حصول العيب بالثمن ، وتسمع في الإذن في بيع الرهن زيادة تحقيق لذلك ، فلا محيص عنه خصوصاً بعد اتفاق الأصحاب ظاهراً عليه . نعم قد يتجه عود المبيع رهناً فيما لو فرض كون المبيع لحفظ الرهن ، باعتبار عروض فساد له قبل الأجل ، فإن رهن الثمن حينئذ يثبت كون المبيع رهناً ، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانة ، تحقيقاً لمعنى البدلية كما هو واضح بأدنى تأمل . والله العالم .

وكذا ليس له الرجوع على المعدل مع العلم بوكالته حال البيع ، أو حال الإقباض للثمن ، أو بعدهما ، أما إذا أفكر العلم بذلك ولا بينة ، استحق الرجوع عليه إن اعترف بالعيب ، أو قامت به بيينة ، ويرجع هو على الراهن إن اعترف بالعيب ، أو

كان ثابتاً بالبيئة ، فإن أنكره ولايئة وكان قد اعترف به العدل ، فالقول قول الراهن كما في ظاهر جامع المقاصد ، وصريح المحكي عن التحرير لأنه منكر ، ووكالة العدل عنه لا تقتضى تصديقه في إقراره ، وإن أنكر العدل العيب على المشتري الذي لم يعترف بوكالته ، كان القول قوله بيمينه ، فإن نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن ، لا عترافه بالظلم ، ولكن يأخذ المبيع مقاصة ، فإن زاد دسه في مال المشتري ، وإلا قاصه من غيره مع الإمكان ، هذا كله في العيب .

﴿ أما لو استحق الرهن ﴾ لغصب ونحوه ﴿ استعاد المشتري الثمن منه ﴾ أى المرتهن ، بل ومن العدل مع بقاء عينه في يده ، بل من كل من كان عين ماله في يده ، من غير فرق بين الراهن والعدل والمرتهن ، ولو تعذر عليه المرتهن أو العدل كان له الرجوع على الراهن ، وإن لم يكن في يده فعلاً ، لأنه البايع حقيقة ، وقبض العدل أو المرتهن إنما كان عنه ، ولو تعذر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد فرض كون المال في يد غيره ، فعلاً ، وإن استولت عليه سابقاً ، إذا كان عالماً بوكالته حال البيع ، ولم يكن العدل عالماً باستحقاق المبيع ، لأنه حينئذ قد اشترأ منه على أنه نائب عن غيره ، وأن يده يد غيره ، فقبضه للثمن قبض للراهن ، وإنما هو واسطة ، كناقذ الثمن للمشتري عند إرادة دفعه إلى البايع ، وبعلمه بوكالته كأنه قد أذن له في تسليمه إلى غيره .

وتخييله صحة الوكالة ليس تقييداً للأذن ، بل هو داع ، فلا يشمل حينئذ عموم « على اليد » بل الظاهر أن الحكم كذلك لو لم يكن عالماً بوكالته حال البيع ، ولكنه عملها حال الدفع ، لاتحاد المدرك ، وإن كان قد يظهر من جامع المقاصد عدم تأثير العلم في غير حال البيع . نعم لو علمها بعد البيع والدفع أمكن حينئذ القول بجواز الرجوع عليه ، لعدم الإذن ، وقد سلمه الثمن بعنوان كونه مضموناً عليه بالبيع ، فلم يسلم له ، فيشمله عموم « على اليد » والوكالة قد تبين فسادها في الواقع ، فيرجع عليه ، وهو يرجع على من غره .

ولو تعذر عليه العدل والراهن كان له الرجوع على المرتهن مع استيلاء يده عليه ، وإن لم يكن هو فيها حال الرجوع ، لعموم « على اليد » ويرجع هو على من غره . نعم لو كان قد دفعه المشتري إليه مع العلم بأنه وكيل عن الراهن ، وأن يده يده ، أو اشتراه منه على ذلك ، فقد يقال : بعدم الرجوع عليه ، لما سمعته في العدل ، إلا أن كلامهم في التلف ينافي ، 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 ، 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 ، ولا شاهد له ، بل الشواهد على خلافه ، إلا في الصورة السابقة ، وصرح بعض هؤلاء وغيره بالرجوع على المرتهن ، ومقتضاء الفرق بينه وبين العدالة كما هو ظاهر جماعة ، لكنّه غير واضح الوجه .

ألهم إلا أن يقال : إن المرتهن وإن كان وكيلاً عن الراهن في القبض ، لكن له يد من حيث الرهانة ، فلتعلق الرجوع عليه من هذه الحيثية ، وبه يتم الفرق بينه وبين العدل .

لكن فيه منع استقلال يده له ، إذ لا يدل المرتهن من حيث الرهانة على الرهن ، فليس هو في يده إلا ودبعة ، وإن كان تعلق به حق 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 الراهن ، مع عدم استيلاء يده 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 ، لعموم^(١) « على اليد » وظهور فساد الوكالة ، فيكون من مسألة تعاقب الأيدي فتأمل جيداً . وعلى كل حال فلا إشكال في رجوع المرتهن على الراهن ، إذا لم يكن عالماً بالاستحقاق ، لكن في المسالك هل يغرمه المرتهن ، أو يرجع على الرهن نظر ، ومقتضى قواعد

الفصل رجوعه مع جهله ، وعلم الراهن بالإستحقاق ، لغروره ، والكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ، ثم ظهر مستحقا . وفيه أنه لا ينبغي التوقف في ذلك ، إذ حكمه حكم الفصل قطعاً ، بل الظاهر عدم اعتبار علم الراهن بالإستحقاق ، لتحقيق الغرور بفعله ، وإن كان جاهلاً كما هو واضح في نظائر المسألة فلاحظ وتأمل .

❖ وإذا مات المرتهن ، كان للراهن الإمتناع من تسليمه إلى الوارث ❖ وإن كان وضعه في يد المرتهن بشرط في عقد ، 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 .

فلو أطلقها لم يستحق المرتهن استدامة الوضع عنده ، بل يتفقان هو والراهن على من يضعانه عنده ، وإن اختلفا ، قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل و نحوه ، 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 إستحقاق إستدامة القبض عنده ، بل هو معنى الإستيثاق ، إلا أن يشترط عليه وضعه على غير يده ، كما أومأنا إليه في بحث القبض ، بل لعل ما تقدم منهم آتفا من تضمين المرتهن دون العدل مبنى 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 ، وعلى الأول فمن الواضح أن له الإمتناع كما أن لورثته الإمتناع من بقائه في يد المرتهن لومات .

و حينئذ ❖ 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 رضيا بأبقائه لم يكن لأحدهما اعتراض عليهما ، ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالإفراد فمات أحدهما ، ضم الحاكم إلى الآخر عدلاً للمحفظ ، إلا إذا رضى الراهن

بالبقاء في يد الباقي منفرداً إلى غير ذلك مما يعرف مما هنا ، وما قدمناه سابقاً فلاحاجة 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 ، لعدم « على اليد » ولكن يستقر الضمان على المشتري مع علمه ، لأن التلف في يده التي هي يد ضمان ، أما مع الجهل ففي القواعد « أنه يستقر الضمان على الغاصب » وهو لا يخلو من إشكال إن أراد به ما يشمل مقدار الثمن الذي قد أقدم على بذله و لم يدخل عليه ضرر بظهور كون المالك غير البائع بالنسبة إليه .

نعم هو متجه في الزائد عليه ، لقاعدة القرور ، مع أنه ربما قيل بعدم فيه أيضاً ، لإقدامه على كون العين مضمونة في يده ، 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 ، لكن في القواعد « على إشكال » ولعله للأصل ولا ريب في ضعفه ، 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 ، وفي القواعد « يستعمل قبوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ، لأعن غيره » ، 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 ، لإعترافه بالظلم ، وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته ، أو بيئته غابت أو ماتت ، لعدم التفريط في القضاء حينئذ وإلا رجع .

و في القواعد « على إشكال منشاء التفريط و كونه أميناً له اليمين عليه ، إن كذبه » وفيه ما لا يخفى ، فتأمل جيداً ، ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه ، لأنه قد أداء إلى من يده يد المالك ، وهو واضح كوضوح غيره من الفروع التي ذكرها في القواعد و أطنب فيها شرحاً تبعاً لها ، مع أن جملة

منها لانحصر المقام كما أومأنا إلى بعضها فيما تقدم والله أعلم .

الفصل السادس

من الفصول التي استدعاها كتاب الرهن في اللواحق وفيه مقاصد الأول :
 في أحكام متعلقة بالراهن : لا يجوز له أي الراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا
 سكنى ولا إجارة ولا بيع ولا غير ذلك من التصرفات الناقل للمعين ، أو المنفعة أو
 المستوفي لها بلا خلاف أجده فيه . كما في الرّياض ، بل ولا شك فيه كما عن غاية
 المرام ، بل في السرائر ، والمفاتيح ، الإجماع على أن ليس لأحدهما التصرف مستثنياً
 الأخير منهما ما يعود نفعه إليه ، وعن الخلاف الإجماع على أنه ليس له أن يكرى
 داره المرهونة أو يسكنها غيره ، وعن المبسوط ليس له استخدام العبد وركوب
 الدابة ، وزراعة الأرض ، وسكنى الدار ، إن ذلك كله غير جائز عندنا ، ويجوز عند
 المخالفين ، وفي المحكي عنهما معاً الإجماع على أنه لا يجوز له وطى الأمة المرهونة ،
 وعن الجواهر لا خلاف فيه ، وفي كشف الرموز إن العمل منعقد على خلاف الرواية
 الدالة على الجواز ، وفي النافع والدروس « متروكة » وفي التنقيح ومحكي إيضاح
 النافع « هجرها الأصحاب » إلى غير ذلك من كلمات الأصحاب الصريحة في الإجماع
 المزبور ، والظاهرة فيه ، والمشعرة به ، بل لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع ، مضافاً إلى
 النبوي الذي استدل به غير واحد من الأصحاب بل عن إيضاح النافع « أنه مشهور
 النقل » بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه ^(١) « الراهن والمرتهن ممنوعان
 من التصرف » وإلى ما يمكن استفادته من مفهوم الرهن الذي قد عرفت أنه الحبس
 الذي به يتم معنى الاستيثاق الذي استفاضت به النصوص ، وإليه أومى في الدروس في
 تعليله المنع ، بأن الغرض من الرهن الوثيقة ، ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع
 والوطى أو غيره من المنافع الموجبة للنقص أو الإلتاف .
 كما أن إليه يرجع ما في التذكرة والمسالك من أنه لما كان الرهن وثيقة لدين

(١) المسند ج ٢ - ص ٣٩٦ .

المرتهن إما في عينه أو بدله لم يتم الوثيقة إلا بالحجر على الراهن ، وقطع سلطنته ليتحرك إلى الأداء ، وفي الأخير « فمن ثم منع الراهن من التصرف في الرهن ، سواء أزال الملك كالبيع أم المنفعة كالأجرة ، أم انتقص المرهون وقلل الرغبة فيه كالتزويج ، أم زاحم المرتهن في مقصوده ، كالرهن لغيره ، أم أوجب إلتفاعاً وإن لم يضر بالرهن ، كالأستخدام والسكنى إلى غير ذلك من تعليلاتهم التي مرجعها إلى ما ذكرناه . لكن ومع ذلك كله قد وسوس بعض متأخري المتأخرين في بعض أفراد التصرف ، خصوصاً ما تضمنه حسن الحلبي ^(١) » سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن جارية عند قوم أيحل له أن يطأها قال : إن الذين ارتهنوها يحيلون بينه وبينها ، قلت : أرايت إن قدر عليها خالياً قال : نعم لأرى هذا عليه حراماً ، وصحيح محمد بن مسلم ^(٢) الذي هو مثله ، وكذا ما لا ضرر فيه على المرتهن من التصرف كتقبيل الجارية والأستخدام ، 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 كأنه إجتهد في مقابلة النص والخبر إن صح سندهما إلا أنك قد سمعت دعوى هجرهما وتركهما ، من غير واحد من الأصحاب على وجه يلحقهما بالشاذ الذي قد أمرنا بالإعراض عنه ، مضافاً إلى موافقتهما للعامة التي جعل الله الرشد في خلافها ، بل لعل في عدم ملائمة قوله : « إن الذين ارتهنوها » إلى آخره للسؤال عن الجواز إيماء إلى ذلك ، بل يمكن حملهما على إرادة عدم الحرمة الموجبة لحد الزنا ، وعلى غيره مما لا بأس به في نحو المقام ، فالحكم حينئذ من الواضحات .

بل قد يظهر من بعض الأفاضل التأمل في جواز ما فيه نفع للرهن من التصرف كمدواة المريض ، ولو بما لا خطر عليه فيه ، ورعى الحيوان و تأبير النخل ، وخفض الجارية ، وختن العبد ، والفسد ، والحجامة ، ونحو ذلك ، وإن صرح به الفاضل ،

والشهادان وغيرهم من المتأخرين ، بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثة الأخيرة أيضاً لا إطلاق دليل المنع ، ودعوى حصول الإذن في ذلك خروج عن المبحث . لكن فيه أن مقتضى الأصول الجواز ، ولا يعارضها إلا إطلاق المزبور ، بعد الشك في إرادة ذلك منه ، خصوصاً بعد فتوى الجماعة به ، بل لعل المنساق منه غيره ، 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 .

نعم عن السرائر لا يجوز ضرب الجارية للتأديب ، كما أن في القواعد وغيره منعه من قطع السلع ، و لعل المراد مالا يؤمن السلامة معه منهما ، وإلا كان محلاً للمنظر . بل في المحكي عن الخلاف ، إذا زوج الراهن عبده المرهون أوجاريته المرهونة كان تزويجه صحيحاً كالمحكي عن المبسوط إلا أنه قال : لا يسلم إلى الزوجة إلا بعد الفك ، وفي الدروس وهو قريب ، وفي المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز ، قال : لو قيل : له العقد دون التمكين والتسليم ، كان وجهاً . قلت : هو كذلك لا إطلاق قوله تعالى ^(١) « و أنكحوا الأيامى » إلى آخره .

المتعارض 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 الإنتفاع 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 القرض عدم التسليم إلا بعد الفك .

ومنه ينقدح حينئذ صحة تدبير العبد المرهون كما جزم به في المختلف ، خلافاً للشيخ ، لأنه وصية لا تنفذ إلا بعد وفاء الدين ، بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصية لذلك ، كما يشهد له في الجملة ما صرح به الفاضل والكركي في المفلس الممنوع

من التصرف في المال ، إلا أنه غير ممنوع منها لذلك ، أللهم إلا أن يفرق بينهما ، بتعلق حق الراهن في خصوص العين المرهونة ، بخلاف دين المفلس المتعلق بمقدار ما يقابله من الأعيان دون الزايد ، فتنفذ الوصية حينئذ بالموصى به حال الموت ، مع فرض زيادته عن الدين ، بخلاف الرهن فتأمل جيداً .

بل عن الشيخ جواز انزاع الحيوان المرهون ، و الاقتراف عليه ، ولكن جزم بعدمه في الدروس وهو الأولى ، للأطلاق ، كما أنه جزم بأنه ليس له غرس الأرض ، لأنه ينقصها ، بل قال : ليس له الزرع وإن لم ينقص الأرض ، حسماً للمادة ، وهو كذلك إذ هو كسكنى الدار أو إيجارها مدة تنقضي قبل حلول الدين من غير حصول نقص في العين ، ثم قال : فلو فعل قلماً عند الحاجة إلى البيع ، ولو حمل السيل نوى مباحاً فثبت ، فليس له إلزامه بإزالته قبل حلول الدين لعدم تعديه ، فلو احتيج إلى البيع قلع ، إن التمس المرتهن ، وكأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط « من أنه لو رهن أرضاً بيضاء فسال إليها نواً وثبت أو أثبت الراهن فيها نخلاً أو شجراً لم يجبر الراهن على إزالته » وفي المختلف « الوجه الوجوب ، لتعلق حق المرتهن بأرض بيضاء » .

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 أنه يلزم بالأجرة رهنأً ، وإن كان الأقوى إلزامه بذلك ، لاندراجها في قوله ^(١) « لاحق لعرق ظالم » .

وكيف كان فلو بادر الراهن إلى التصرف من غير إذن المرتهن فإن كان بانتفاع منه ، أو بمن سلطه ولو بعقد لم تتبعه إجازة لم يصح ، وفعل محرماً ، بل في المسالك « إن قلنا أن النماء المتجدد يتبع الرهن ، ثبت أجرة المثل إن كان مما له أجرة عادة وكانت رهنأً ، وإلا لم يلزمه شيء عن مثله » .

قلت : قد يقال بذلك على الأول أيضاً ، بناء على تخصيص النماء التابع في الرهنية بما يكون يصح رهنها ، كالصوف والثمرة والشعر ونحوها ، لا مثل ذلك الذي

(١) المستدرک ج ٣ ص ١٢٩ لكن فيه (وليس لعرق ظالم حق) .

هو معدوم في الحقيقة ، والأجرة عوض عن الإلتفاع الذي لا يعقل ارتهاؤه ، والائتم
على الراهن في استيفائه ، لأمن حيث كونه رهناً ، بل لا يستلزامه التصرف في العين ،
وإلا فلو فرض إمكان انتفاع من دون تصرف في العين ، لم يبعد القول بجوازه ، وفي
المسالك قد حكى عن الشيخ أنه أطلق لو أجره ، فالأجرة له ، ويمكن إرجاعه إلى
ما ذكرنا ، وإن كان فيه تكلف ، كما أنه يمكن تأييده بقوله عليه السلام ^(١) له غنمه ، وعليه
غرمه ، فتأمل ﴿ و ﴾ إن كان التصرف مجرد عقد لم يكن إثمًا في ذلك ، لعدم النهي
عن مثله في الأجنبي فضلاً عنه .

نعم ﴿ لو باع أو وهب ﴾ مثلاً ﴿ وقف على إجازة المرتهن ﴾ فإن حصلت حكم بصحته
وإلا فلا ، إذ هو إن لم يكن فضولياً فمثله في ذلك ، ومن هنا بنى الكركي الكلام
هنا في كون الإجازة فيه كاشفة أو ناقلة عليه هناك ، لكن في حواشي الشهيد على
القواعد ، في شرح قول الفاضل في مفروض المتن لم يكن باطلاً ، بل موقوفاً ، قال :
الفرق بين المراعاة والموقوف ، أن الأول يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الأمر ،
والثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة ، فيكون جزء سبب ، وظاهره أنه قد فهم منه
الثاني هنا حيث عبّر بالوقف كالمتن ، فيكون حينئذ مخالفاً للفضولي ، بناء على
الكشف فيه من هذه الحيثية .

وربما يؤيده أن الإجازة من المرتهن الذي هو غير مالك ، ليست إلا على
معنى إسقاط حق الرهانة التي له فسخه ، وهو غير متصور في الزمن السابق الذي تحقق
به الحق أو مضى ، فأسقاطه لا معنى له ، بل مختص بالزمن الحال ، فلا تكون الإجازة
به كاشفة ، ولعل الفرق بينه وبين إجازة المالك تصور رضى الثاني آن دخول ملكه
في ملك غيره في الزمن السابق ، بخلاف الأول .

لكن فيه - مع أنه مخالف لما يظهر منهم من أن الإجازة كإجازة الفضولي بل
هو صريح جامع المقاصد ، يمكن منع عدم تصور ذلك ، ضرورة كون السقوط بعقد
لبيع ، فمع فرض إجازة المرتهن يترتب عليه أثره من حين وقوعه ، وهو إنتقال الملك

المقتضى لسقوط الرهانة .

ودعوى - أن إجازة المرتهن ليست للعقد ، لعدم كونه مالكا ، وإنما له إسقاط حق رهانته ، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع والمقتضى تام الإقتضاء . -
 يدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضهم كالفاضل في التحرير وثاني الشهيدين وغيرهم ، في أن للمرتهن إجازة العقد ، وله فسخه ، وأن الشارع قد جعل له هذه السلطنة بارتهاؤه ، لا أن المانع من التصرف فيه شرعي بحيث لا مداخلية للمرتهن في ذلك ، وإنما له إسقاط حقه من الرهانة خاصة ، وإلا لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له ، ضرورة عدم السلطنة له على ذلك ، وأن الشارع قد جعل الإرتهاان مانعا من نفوذ التصرف ، فمتى ارتفع هذا المانع باسقاط من المرتهن أو بفك للرهن ، كما ستعرف أثر المقتضى أثره ، وليس ذا من التعليق الممنوع ، بل هو من قبيل اعتبار الشارع التقاض في تأثير عقد الصرف ، والقبض في عقد الهبة ، والقبض في المجلس في عقد السلم ، مع أن كلامهم صريح في خلافه ، وأن له الرد كما أن له الإجازة .

مركز تحقيق كاتوير علوم إسلامي

ويرشد إليه في الجملة اعتبار إذنه في الانتفاع بالرهن على وجه لا تنتقل عنه كركوب الدابة وسكنى الدار ونحوهما ، مما لا يقتضى الإذن فيه إبطال الرهانة ، مع أنها معتبرة ، ولا يجوز التصرف بدونهما ، وهو يؤمى إلى أن له سلطنة على ذلك لا أنها مخصصة باسقاط حق الرهانة ، وإلا فالمنع شرعي ، وإن كان لا يخلو من وجه بل ظاهرهم في حجب المفلس ذلك ، بناء على صحة تصرفاته ، وأنها تكون موقوفة ، وإن لم يرضى الغرماء بها ، كما تسمعه في محله ، أللهم إلا أن يفرق بين تعلق حق الرهانة وتعلق حق الغرماء بالتحجير ، كما هو ظاهر الأصحاب في المقام ، إلا أنه لا يخلو من بحث .

وعلى كل حال فظهر من ذلك كله أن إجازته تكون على حسب إجازة المالك وإنما هي للعقد نفسه ، فيؤثر حينئذ أثره ، وليس هذا من إسقاط حق الرهانة أو لا وبالذات في الزمن السابق ، كى يقال : أنه غير متصور ، بل هو من آثار العقد الذي

أجازه ومن مقتضياته ، فلا بأس حينئذ بدعوى الكشف هنا عن بطلان الرهانة في الزمن السابق . بناء عليه في الفضولي فتأمل جيداً ، فإن المسألة غير محررة في كلامهم .

نعم قد يشكل دعوى الكشف في تعقب الفك للعقد الذي لم يرد المرتهن بناء على صحة العقد ولزومه بذلك كما جزم ثلثي المحققين والشهيدان ، بل هو المحكي عن فخر المحققين ، والشهيد الأول في حواشيه ، وفي القواعد « لو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر » ومقتضاء المفروغية من الصحة ، وإنما الكلام في اللزوم ، ويمكن أن يريد ما منه ، وإن كان من لوازمها هنا اللزوم كما ستعرف .

وعلى كل حال فوجه الأول وجود المقتضى الذي هو العقد من المالك ، وإنما كان له مانع من النفوذ ، وهو حق المرتهن ، وقد زال ، فيؤثر المقتضى أثره من غير حاجة إلى تجديد رضا من المالك ، لعدم تجديد شيء له وإنما ذهب حق الإذعان ، لأنه انتقل إليه ، ومنه يعلم الفرق بينه وبين ما إذا باع مال غيره فضولاً ، ثم ورثه أو اشتراه وكيله ، الذي قالوا فيه بالبطلان ، - لعدم المقتضى 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 تأتئ الوجهين فيما نحن فيه .

ويقرب من ذلك ما في جامع المقاصد من بيان وضوح الفرق بينهما بأن مال الغير غير مملوك للمتصرف ، فالمقتضى للصحة منتف ، لا يحصاه في وقت العقد بالمالك الذي لم يحصل منه إجازة ، ومجرد الصيغة لا تعد مقتضياً ، بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر في الراهن ، والمقتضى وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الأمر أن حق المرتهن مانع ، فإذا انتفى عمل المقتضى عمله .

هذا كله مضافاً إلى أنه لا سبيل إلى اعتبار إجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته ، ولا إلى بطلان تصرف الراهن المالك ، إذ تصرفه قبل الإفكاك غير محكوم ببطلانه فكيف بعده الذي مقتضى اطلاق الأدلة وعمومها صحته ، خصوصاً بعد لزوم العقد من

طرف الراهن ، لاندراجہ فی عموم ^(١) « الوفاء بالعقود ، » ولم يتجدد إلا ما يؤكّد ذلك من ارتفاع المانع فيستمر حينئذ خطاب الوفاء له .
ودعوى - أن شرط الصحة في العقد الواقع حال الرهانة إذن المرتهن ، وقد فانت بفك الرهانة الذي لاوجه بعده ، لمراعاتها فيتعين البطلان حينئذ لغوات الشرط بل هو أولى بذلك من بيع مال الغير فضولاً ثم انتقل إلى البايع ، كدعوى أن الصحة من الفك إن 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 كما أوضحناه سابقاً .

كما يدفع الثانية احتمال أن يقال : أنه لا بأس بالكشف ، والتزام عدم قدح الرهانة التي يتعقبها الفك ، والفاضل في القواعد فيما لو أتلّف 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 ، » ولا وجه له إلا ما ذكرنا ضرورة اقتضاء ذلك نفوذ العفو فيه ، وهو رهن ، فلا محيص عن التزام عدم قدح الرهانة المتعقبة بالفك في تأثير السبب أثره .

ولعله إليه يرجع ما عن فخر المحققين من الاستدلال عليه - بعد كونه جمعاً بين الحقين - 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 .

لكن ضعفه في جامع المقاصد ، بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجاني إلى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتهن ، ومانع حق المرتهن من صحة العفو تقتضي بطلانه وقت انشائه ، فكيف تنكشف بعد صحته في حال وجود المانع ، إلى أن قال : العفو إما أن يكون سبباً تاماً ، أولاً ، فإن كان الأول لزم إما تأثيره مع وجود المانع ، أو بطلانه ، وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً .

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 مما لا يمكن التزام كونه حراً مرهوناً أو وقفاً 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 للبائع ، 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 . ومن ذلك كله يعلم الحال في العتق الذي يتعقبه الفك ، وفاقاً لما عن أكثر المتأخرين من النفوذ ، خلافاً للشهيد في الدروس وغيره ، فلا ينفذ ، لأنه لا يقع معلقاً ، وفيه منع إن أراد به ما يشمل الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع ، مع أنه قد يدعى عدم التعليق ، بناء على التقرير الذي ذكرناه سابقاً ، ومثله لو اعتق المحجور عليه ، لسفه أو فلس فزال الحجر .

لكن في التذكرة عن الشيخ البطلان في الأخير ، وجعله أقوى ثم حكى القول ببقائه موقوفاً ، ونفى البأس عنه ، ويمكن أن يكون مختاره في المقام البطلان ، لأنه

هنا جعله كالحجر بالفلس ، وقد سمعت أن الأقوى البطلان عنده فيه .

وفي التحرير في المقام في نفوذ العتق لو فك إشكال ، وإحتمال أن المنع في العتق لا اعتبار بنية 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 .

ومن ذلك يعلم الحال في الوقف ، وإن قلنا باعتبار النية فيه ، وكونه كالايقاع في عدم الحاجة إلى القبول ، أللهم إلا أن يدعى فيها مطلقاً أو في خصوص العتق منها بظهور أدلتها في عدم كونها موقوفة ، ولو على شرط شرعي ، ولذا بنى العتق منها على التغليب ، وقد يأتى إنشاء الله التعرض لتحقيق ذلك في أبوابها .

ثم إن الظاهر سقوط حق المرتهن فيما لو أذن بالمسقط ابتداء بكونه بوقوعه ، من حيث أنه مناف لحق الرهانة ، لا بمجرد الإذن ، للأصل وغيره ، فله الرجوع فيها حينئذ قبل التصرف بعد علم المأذون وقبله ، بل وبعد ايقاع الصيغة منه قبل الإقباض في مثل الهبة التي يتوقف الملك بها عليه .

لكن في القواعد ، الإشكال فيه ، ولعله لأن الإذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط ، ولأن التصرف الناقل لا يجامع الرهن ، فلا بد من الحكم بالسقوط قبله . وفيه أن المناقاة للرهن هو المقتضى للسقوط ، لا الرضا به ، ولا مانع من حصول السقوط بتمام سبب النقل ، وإن أبيت فليقدر لتصحيحه ، كما في نظائره قبله ، بأن ما لا بالإذن نعم لو حصل النقل عن الراهن سقط ، ولو كان له الخيار للمجلس أو غيره فسخ خياره أولاً ، لحصول السقوط بمجرد الانتقال ، ولادليل على عوده بالفسخ الذي هو منه حينه ، كالأقالة .

ولو رجع المرتهن بإذنه قبل التصرف ، إلا أنه لم يعلم الراهن بذلك إلا بعده ، أمكن القول بالفساد ، كما عن المبسوط الجزم به ، لبطلان مقتضى الصحة في الواقع ، وخروج الوكيل على ذلك لو رجع الموكل ، ولما يعلم إلا بعد التصرف ، لدليل مخصوص لا يقاس عليه ، ودعوى أن الفرض من الوكالة واضحة الفساد .

نعم لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن في البيع ، ورجع كذلك أمكن

القول بعدم البطلان ، لانه من الوكالة كما هو واضح ، ولو كان قد باع أي المرتهن بخيار مثلاً ففسخه الراهن لأن له ذلك قطعاً لم تعد الرهانة ، للأصل السالم ، لكن عن المبسوط أنه إذا اشترى المرتهن عيناً من الراهن بدينه ، أنه يصح ويبطل الرهن ، فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن ، ولعله بناء على أن التلف قبل القبض فاسخ من الأصل ، لامن الحين ، وإلا كان عود الرهانة بعد سقوطها ببراءة ذمة الراهن معلاً للنظر وإن كان لا يخلو من وجه ، وأولى منه بالنظر قوله فيه أيضاً « وكذا لو أقبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن ، كالمصير يصير خمراً ثم يعود خلاً » وتعرف إنشاء الله فيما يأتي الفرق بين المقامين .

ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ، فالظاهر أنه إجازة ، ضرورة توقف صحتها على بيع صحيح ، وهو فرع رضى المرتهن ، فحمل طلبه حينئذ على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك ، اللهم إلا أن يعلم غفلته عن الرهانة ، فلا يدل الطلب حينئذ على الإسقاط مع إمكان دعوى كون الطلب إجازة قهراً ، لاداً على الرضا الذي تحصل به الإجازة ، نعم ما سمعته في التصرف المسقط لحق الخيار .

وأما دعوى - أن الشفعة كالفسخ في إزالة الملك لا يتوقف على إسقاط حق الارتفاق - واضحة الفساد ، ضرورة أن الشفعة من المرتهن إزالة ملك عن المشتري بعد ثبوته ونقله إليه بخلاف الفسخ فيه الذي يرجع إلى عدم إجازة البيع ، فظهر من ذلك أنه لا يحسم عن القول بلزوم الطلب للإجازة ، والظاهر عدم بطلان الشفعة معه ، لعدم التلازم بين الرضا باللزوم من حيث الرهانة ، وبينه من حيث الشفعة ، فيسقط و تصح 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 العقد » بعد الإغضاء عما في قوله إن قلنا بلزوم العقد ممثلاً محصل له معتد به ، كما أنه لا محصل للمحكى عن ولده في توجيه العبارة ، فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فقد ظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال عندنا ﴿في صحة العتق﴾ من الرهن ﴿مع﴾ تعقيب ﴿الإجازة﴾ من المرتهن وإن قال المصنف فيه ﴿تردد﴾ مما ذكرنا ﴿و﴾ من أن العتق لا يقع معلقاً لاعتبار نية القربة فيه ، أو لغير ذلك مما سمعت .

إلا أنه لا ريب في كون ﴿الوجه الجواز﴾ لما قد مرّ مفصلاً خلافاً لما عن المبسوط ، والمراسم والوسيلة ، والغنية ، بل و الدروس : بناء على عدم الفرق بين ما صرح به من الفك وبين الإجازة ، خصوصاً مع كون المنع من بعضهم ، بناء منه على عدم جواز الفضولي فيندر الخلاف حينئذ في خصوص المقام ، بل يمكن كون مراد الجميع مع عدم تعقيب الإجازة فلا يكون خلاف حينئذ فيه أصلاً ، وأما احتمال عدم الجواز فيه - و إن قلنا بالفضولي في غيره ، لعدم عموم في العتق يشمل مثل ذلك ، بخلاف غيره من العقود - فهو في غاية الضعف من وجوه ، خصوصاً في دعوى عدم العموم ، فإن « من أعتق » ^(١) ونحوه كاف فيه ، بل لعل العكس أولى من ذلك ، فيقال بالصحة حينئذ هنا ، و إن منعنا الفضولي في غيره ، لكون المعتق المالك ، وتعلق حق المرتهن مانع ، فمتى زال بإجازة أوفك عمل المقتضي عمله ، كما أوضحناه سابقاً في الفك الذي لا ريب في أن الإجازة أولى منه بالصحة كما عرفت فلاحظ وتأمل .

و إليه يرجع ما في المسالك هنا حيث قال : « منشأ التردد في الصحة من كون العتق إيقاعاً ، فلا يكون موقوفاً لاعتبار التنجز فيه ، و من أن المانع حق المرتهن ، وقد زال بإجازته ، وهو أقوى ، ونمنع منافاة التوقف المذكور للتنجز ، كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضاً ، فإن التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط ، لأعلى زوال مانع ، وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتك الرهن لزم ، إذ مراده الشرط الذي يكون من العاقد لا الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع ، ومنه الرضا المعلوم كونه شرطاً في العقود و التقابض في عقد الصرف و غير ذلك والله أعلم ، هذا كله في الرهن .

﴿وكذا﴾ لا يجوز ﴿للمرتهن﴾ التصرف في الرهن بانتفاع ونحوه ، لحرمة التصرف في مال الغير ، ولا يمتضى تصرفه فيه بعقد ونحوه الا باذن الراهن ، إذ هو فضولي فيجري عليه حكمه كما هو واضح ، مع أنه قد تقدم شطر صالح من الكلام فيه آنفاً في الفصل الخامس فلاحظ .

﴿و﴾ لكن ينبغي أن يعلم ان ﴿في عتقه مع إجازة الراهن ترددا﴾ بل في المتن ﴿و الوجه المنع لعدم الملك مالم يسبق الإذن﴾ وفقاً للقواعد ، ومحكي التحرير ، والإرشاد ، والدروس ، واللمعة ، وغاية المراد ، والتنقيح ، وشرح الإرشاد للفر ، والروضة ، والمسالك ، بل في الأخير « إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقف في الحكم ، لان المرتهن غير مالك ، ولا عتق إلا في ملك ، فيكون كالفضولي لا يصح عتقه الإجازة » بل عن سابقه أن العتق يقع باطلاً قطعاً مالم تسبق الإذن ، إذ لا عتق إلا في ملك ، بل عن سابقهما قد اتفق الكل على اضمار الصحة في قوله ﴿العتق﴾ لا عتق إلا في ملك .

قلت : لعله 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 انشاء الله في باب العتق من أن المأذون والمأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه ، وينتقل إلى ملك الأمر والمأذون له قبل إيقاع الصيغة آنأما ، والتزام نحوه في الإذن اللائحة - على معنى حصول الكشف بها عن دخوله في ملكه آنأما قبل العتق ، كما لو وهبه من نفسه فضولاً ثم اعتقه فأجاز المالك الهبة فانه ينكشف حينئذ وقوع العتق في الملك - غير جائز بدون دليل عليه ضرورة مخالفة مثل ذلك للضوابط الشرعية التي ينبغي الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن ، وليس في غير الإذن السابقة ولو بمعونة كلام الأصحاب .

أما إذا كان العتق عن الراهن أو مطلقاً ، فالمتجه - بناء على الفضولي وأنه على القاعدة - الجواز حتى على القول باعتبارية القرابة فيه ، بناء على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك ، كدفع الزكاة والخمس ونحوهما عن الغير ، فيجوز من عليه الحق ، إلا

أن الأنصاف عدم خلو جميع ذلك كله من الإشكال ، خصوصاً مع ملاحظة كلام الأصحاب .
نعم لو سبق إذن الراهن للمرتهن في العتق مطلقاً أو عن الراهن ، لم يكن
إشكال في الصحة ، لأن المرتهن حينئذ وكيل عن المالك ، بل في المسالك « لو حلت
عبارة المتن على ذلك كان أولى ، واسترحنا من ذلك الإشكال المتوقف ذواله على أمور
خفية » .

قلت : لكن مقتضاه حينئذ ما استوجه المصنف فيه المنع من عتق المرتهن عن
الراهن مع الإجازة . وقد عرفت ما فيه من الإشكال ، مضافاً إلى عدم إنطباق التعليل ،
وأن الأقوى الجواز فيه ، بناء على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك ، وإن قلنا باعتبارية
القربة التي يكفي في إيجادها مشروعية الفضولي ، مثل التوكيل والتبرع .

ومرجع الجميع إما إلى مشروعية إيجاد صورة الفعل العبادي عن الغير - على
وجه يسقط التكليف عنه ، لأن المراد توجه أمر إلى الفاعل النائب بقصد امتثاله ،
كما في الأصل ، ضرورة عدمه في الوكيل مثلاً فضلاً عن غيره ، حتى إجازة التي يؤثر
بإدائها بعد تمام العقد من حيث كونه وقام بالعقد لأمر عبادة - أو إلى أن الغير مأمور
بإيقاع الصلاة عن الغير ولو تدبياً ، على نحو أمر الولد بالقضاء عن والده ، فتكون يسة
القربة فيه حينئذ باعتبار كونه مأموراً بذلك ، بل هو معنى المشروعية تبرعاً ، أو وكالة .
وجواز أخذ الأجرة عليه - مع أنه عبادة محضة للأجير كالنافلة - للدليل
الوارد في الحج وغيره ، ولعله باعتبار تضمنه وصول منفعة للغير خصوصاً إسقاط ما
في ذمته و كان هذا أقوى من الأول سيما بعد معلومية كون صلاة النيابة صنفاً من
العبادة بل هي نوع مقابل للعبادة الأصلية نعم قد يفرق بين التوكيل وغيره والله أعلم
والكلام في الوقف يعرف مما قد مناه سابقاً وذكرناه لاحقاً فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو وطئ الراهن ﴾ بإذن أو بدونها ﴿ فأحبها ﴾ صارت
أم ولد ﴿ شرعاً ﴾ بلا خلاف بل في التذكرة نسبة إلى مذهبنا مشعراً بالأجماع عليه ،
ولا ينافي ذلك 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 .

﴿ و ﴾ كذا لا خلاف في أنه ﴿ لا يبطل الرهن ﴾ المستصحب بذلك ، وإن كان بائناً بل في المسالك لا شبهة فيه ، بل ظاهر قوله في التذكرة - عندنا - الأجماع عليه ، وعلمه في جامع المقاصد بأن الرهن بعد تمامه ولزومه ، إنما يبطل بمنافيه ، والأجبال وإن وقع بالائذن غير مناف وإن صارت أم ولد ، إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً على الاستيلاد ، إنما مطلقاً أو مع الإيسار ، ومع الإيسار يجب بذل القيمة ، لتكون رهناً ، وذلك أثر بقاء الرهانة لامحالة ، فلا منافاة حينئذ ، بل في المسالك : « لا يخرج به عنه وإن منعنا من بيعها ، لا يمكن موت الولد ، فإنه مانع ، فإذا زال حمل السبب السابق محله » .

قلت : قديقال : بالبطلان إن لم ينمقد إجماع على خلافه ، بناء على منع البيع مطلقاً أو مع اليسار ، لما عرفت سابقاً من أنه يشترط في صحة الرهن كونه ممماً يباع حتى يتم الاستيثاق به ، بدعوى ظهور كون ذلك شرطاً في الإبتداء 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 لألقائها فيها ، حتى تكون ذلك من آثارها .

و من هنا أورد في جامع المقاصد على هذا القائل بأن الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين ، وإلا فلا تعلق لها بالقيمة ، وإن كان قد يدفع بالتزام الثاني ، والتعلق بالقيمة لكونه السبب في إتلاف الرهن ، حتى لو أذن له بالوطى الذي لم يستلزم الأجبال ، فلا إذن فيه ليس إذنأ بالأتلاف ، حتى يتوجه إليه عدم استحقاق القيمة رهناً بأذنه ، ولعل هذا القائل كسابقه يلتزم عدم عودها رهناً بموت الولد ، أو انكشاف عدم بطلان رهايتها الذي حكم به ظاهراً لاستصحاب بقاء الولد أو غيره .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل تباع ؟ ﴾ قيل : لا مادام الولد حياً ﴿ ترجيحاً لدليل منع بيع أمهات الأولاد الظاهر في قوة الاستيلاد ، بحيث يضاهى العتق ، بل ربما كان أقوى ، لأنه ينفذ فيما لا ينفذ هو فيه ، كاستيلاد المجنون والمحجور عليه ، ولأن استيلاد المريض يكون من الأصل ، بخلاف عتقه ، بناء على أن منجزاته من الثلث ،

لكن لم تعرف القائل به قبل المصنف ، بل ولا بعده ، غير الفاضل في التحرير ، وثاني الشهيدين ، في ظاهر الروضة . نعم عن الشهيد في غاية المراد حكايته عن المبسوط ، وفي جامع المقاصد الظاهر أنه وهم ، وحكى عنه الجواز مطلقاً .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ كما عرفت والحلي ، والفاضل ، في المختلف ، والكركي والشهيدان في اللمعة ، والمسالك ﴿: نعم﴾ يجوز مطلقاً للأصل و ﴿لأن حق المرتهن أسبق﴾ ولأولوية أو مساواة بيعها في الدين المتعلق بها ، للبيع في ثمن رقبته ، وبذلك كله وغيره يرجح دليل بيع الرهن على دليل منع بيع أمهات الأولاد ، ولو سلم 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 إيسار الرأهن وتبذل قيمتها رهناً ، جمعاً بين الحقين مع يساره ، بل في الفنية الإجماع عليه ، وكان وجهه بعد كونه جمعاً بين الدليلين مساواته في الأول لثمن رقبته ، بخلاف الثاني ، لكن في السرائر أنه مخالف لأصول المذهب .

و قيل : والقائل الشهيد في بعض حواشيه : يجوز بيعها مع وطئه بغير إذنه ، ولا يجوز مع الوطئ بالأذن ، ومال إليه بعض مشايخنا ، لموافقته للأصول والاعتبار إن لم يكن خرقاً للإجماع ﴿و﴾ لا ريب أن الثاني لا ﴿الأول﴾ ولا الأخيرين ﴿أشبه﴾ بأصول المذهب ، خصوصاً إذا كان الوطئ بغير الإذن ، لما عرفت من ترجيح دليل الرهن بما سمعت ، الذي منه الشهرة ، بل قد عرفت أن الأصل يقتضي الجواز بعد الإغضاء عن الترجيح .

﴿و﴾ خصوصاً بعد اعتراف المصنف بل الجميع بأنه ﴿لو وطئها الرأهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطء﴾ كالأذن في غيره من الإقتاعات 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 ترتب عليه الإحبال ، حتى على القول بعدم جواز البيع ، هذا .

وفي الدروس في تحرير أصل المسألة : قال : « وفي بيعها أو وجوب إقامة بدلها

تردد ، من سبق حق المرتهن ، وعموم النسيء عن بيعها ، فيقام بدلها أو يتوقع قضاء الدين أو موت ولدها ، ولو كانت مرهونة في ثمن رقبته ، فبيعها أو جهه .

وفيه أنه لا إشكال فيه مع الإعسار ، ومع اليسار من المسألة ، كما أن القائل بعدم جواز بيعها لا يوجب إقامة بدلها ، بل ليس له إلا توقع قضاء الدين أو موت الولد ، بناء على أنها باقية رهناً كما عرفت . والأمر سهل .

وعلى كل حال فلاحد على المالك ، وإن كان بغير إذن ، وإنما يعزّر ، وولده حر ، ولا يغرم قيمته رهناً ، وإن قلنا بتبعية النماء ، كما أنه ليس عليه عوض الوطي كذلك . نعم لا يبعد وجوب أرض البكارة عليه رهناً إذا كان بغير إذن ، لأنه عوض جزء أنلفه و كذا تفاوت قيمتها لو كان بالوطي والإحبال أو الولادة ، بل لو ماتت بالطلق وجب بذل قيمتها رهناً ، كما في القواعد ، وغيرها ، وكذا لو وطئ أمة غيره لشبهة ، فضلاً عن غيرها ، فماتت بالطلق بخلاف زوجته المأذون في وطئها والمزني بها ، الحرية المختارة التي لا تدخل تحت اليد بالاستيلاء الذي هو اثبات يد في الأمة .

وأما المكروهة الحرقة ففي جامع المقاصد « يضمنها لو ماتت بالطلق ، كما صرح به في التذكرة ، لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره ، فيضمن ديتها التي تعجب على العاقلة » وفيه ما لا يخفى ، بل لا يخلو السابق أيضاً من نظر ، والأقوى القيمة عند التلف لا الإحبال ، ولا الأعلى منه إلى يوم التلف هذا كله في وطي الراهن .

أما المرتهن فكالأجنبي في الأحكام المتقدمة في بيع الحيوان ، لكن عن الشيخ في المبسوط هنا إذا وطئها بإذن الراهن فإن لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا ، والخلاف « إذا وطئ الجارية المرهونة بإذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر » ومثله عن الغنية نافياً للخلاف فيه ، والظاهر إرادتهم عدم الاكتفاء بمطلق الإذن بل لابد 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 ، وهو كذلك كما سمعت ، بل

المتبجّه على ما سمعت من كلامه كون الولد رقياً رهناً ، بناء على التبعية ، لا أنه يبذل قيمته رهناً أيضاً ، ومن الغريب ما يحكى عنهما أيضاً وعن التحرير من أنها تصير أم ولد له ، لو اشترأها بعد ذلك ، مع أن الظاهر من الأدلة اعتبار التوكل من وطى المالك في ذلك .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿لو أذن﴾ المرتهن ﴿له﴾ أي الراهن ﴿في بيع الرهن﴾ جارية كان أو غيرها قبل حلول أجل الدين ﴿فباع بطل الرهن﴾ فيه بلا خلاف ولا إشكال ﴿ولا يجب جعل الثمن رهناً﴾ إذا لم يشترطه بلا خلاف أيضاً بيننا إلا ما سمعنا من الشيخ في بعض أفراد الأصل السالم عن المعارض بعد بطلان الرهانة في المبيع بالأذن التي تعقبها البيع ، ألهم إلا أن يدعى كون المراد الأذن في بيعه رهناً على معنى كون الثمن مقابلاً له في الملك وحق الرهانة ، فتنقل الرهانة حينئذ إلى الثمن فهراً ، 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 سمعنا من أصولنا

ومنه يعلم أن السقوط بالبيع ، لا بالأذن فيه ، فله حينئذ الرجوع به قبل البيع لعدم بطلان حقه بذلك ، ولو ادعى بالرجوع حلف الراهن إن ادعى علمه ، ولو صدقه على الرجوع وادعى كونه بعد البيع ، وقال المرتهن : قبله ، فإن اتفقا على تعيين وقت أحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعى التأخير عن ذلك الوقت لأنه منكر بناء على أصالة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ، وإن أطلقا الدعوى أو عيّن وقتاً واحداً حلف المرتهن ، لتكافؤ الدعويين ، فيتساقطان ، ويبقى استصحاب الرهن سليماً عن المعارض فتأمل جيداً .

أما إذا كان البيع المأذون فيه بعد حلول الحق أو كان الحق حالاً من أصله فمقتضى إطلاق المصنف وغيره كونه كالأول ، بل في المسالك أنه المشهور لما عرفت ، لكن عن المبسوط لو أذن له في البيع بعد محل الحق فباع صح البيع ، وكان ثمنه مكانه حتى يقضى منه ، أو من غيره ، واختاره في التحرير ، بل و الدروس معللاً له بأنه

قضية عقد الرهن .

لكنه كما ترى ، كدعوى انصراف الإذن في هذا الحال إلى اشتراط كونه رهناً باعتبار كونه محل البيع ، بخلاف ما قبل الأجل بعد الإغضاء عن لزوم مثل هذا الشرط لو صرح به في الإجازة ، أو الأذن السابقة ، وإن كان لا خلاف فيه على الظاهر بيننا ، بل في التذكرة صرح عندنا مشعراً بالإجماع عليه ، كقوله في المسالك قطعاً محتجين عليه بعموم «المؤمنون» وفي الدروس «أنه قريب من نقل الوثيقة إلى عين أخرى» .

لكن قد يقال : إنه ليس في ضمن عقد حتى يلزم بلزومه ، ونقل الوثيقة إنما يكون بفسخ من المرتهن للأولى ، وإيجاب الرهن في الثانية ، على أن ظاهره في الدروس سابقاً إختصاص النقل بالذي يخاف فساد «قال : لو اتفق المتراهران على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز لأن الحق لا يعمدهما ويجري مجرى بيعه ، وجعل ثمنه رهناً ، ويحتمل المنع ، لأن النقل لا يشعر بفسخ الأول ، ويمتنع البديل مع بقاء الأول ، فإن قلنا بجواز النقل هنا ، فهل يجوز في رهن قائم لم يعرض له نقص ، وجهان قريبان وأولى بالمنع ، لأن المعرض للفساد يجب بيعه ، فهو في حكم الفائت ، ونقل الحق إلى بدل الفائت معهود ، ولا فوات هنا» .

وهو كما ترى ظاهره الميل إلى العدم في غير ما يخاف فساد ، فقرب الشرط منه غير مجدي في صحته ولزومه ، على أن المتبجه بناء على عدم مشروعية نتائج العقود بالشرائط اعتبار رهانة جديدة للثمن ، وظاهرهم خلافه ، والإكتفاء بصيرورته رهناً بذلك ، ولعله مبني على ما ستسمعه إنشاء الله .

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 رهنهما معاً في صحته ، ومنه حينئذ يعلم اللزوم لو اشترط تعجيل الحق في الإذن كما صرح به غير واحد ، بل

لا أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ ، فلم يسقط الأجل بهذا الشرط ، بل ظاهر الدروس
حكاية كون الثمن رهناً عنده في هذا الفرض ، وفيه مالا يخفى ، ولو اختلفا في اشتراط
رهن الثمن ففي الدروس وجامع المقاصد ، حلف الراهن ، ولو اختلفا في النية لم
يلتفت إلى المرتهن ، لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ .

لعمري قد يناقش في الأول بأن القول قول المرتهن في أصل الإذن ، فكذا صفتها
كما عن التذكرة الجزم به في خصوص الفرض ، بل عن المبسوط لو قال : أذنت بشرط
أن تعطيني حقي ، فقال الراهن : بل مطلقاً ، فالقول قول المرتهن ، لأن القول قوله
في أصل الإذن ، فكذا في صفته ، وأجل الفاضل في القواعد فقال : « حلف المنكر »
من غير بيان أنه الراهن أو المرتهن ، 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 ﴾ ففي المتن وغيره بل لم يعرف نقل الخلاف فيه فضلاً عن وقوعه ﴿ لم يجز
للمرتهن التصرف في الثمن ﴾ على معنى كونه رهناً عنده عوض المبيع ، كما صرح
به في الروضة ، بل ربما قيل أنه لأخلاف فيه سوى ما حكاه في الجامع ، بلفظ القيل
من أنه لا يكون رهناً .

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 أشهر الأقوى من جواز الفضولي ، وبطل الرهن ، كما
لو أذن ابتداءً أو باع هو بإذن المرتهن مطلقاً ، لزوال متعلقه ، ولا يجب جعل الثمن
رهناً إلا مع اشتراطه » .

بل ربما ظهر منه الميل إلى عدم صيرورة القيمة في التلف رهناً ، لأنه قال
متصلاً بالكلام السابق : « قيل أما إذا أتلغه متلفاً إتلافاً يقتضي العوض ، كان العوض
رهناً ، لا مكان الإشتياق به ، وعدم خروجه عن العوض ، لكنه تبطل وكالة المرتهن
في الحفظ والبيع إن كانت ، لاختلاف الأغراض في ذلك باختلاف الأموال » انتهى

وفي الفرق وتعليل قيام العوض مقام المتلف رهناً نظراً ، يظهر وجهه لمن تدبر .
قلت : قد عرفت إتفاق الأصحاب ظاهراً على كون الثمن رهناً في صورة إذن
الراهن ، إلا ما حكاه في الجامع بلفظ القيل ولا ريب في ضعفه ، وإن كان وجهه ما
سمعت سابقاً من اقتضاء البيع بطلان الرهانه السابقة ، لعدم تعقل بقائها في المبيع ،
بل وفي ثمنه إلا مع الشرط ، وليس هنا ، إذ الفرص عدم وقوع غير الإذن من الراهن
للمرتهن في البيع وهو أعم 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 : أنه يتم بناء على أن الثمن للمبيع كموض التالف تتعلق به
الرّهانة من حيث كونه عوض مرهون ، إذن الواضح حينئذ تمامية ما ذكره الأصحاب
نعم هنا مقتضى ذلك كونه رهناً أيضاً في إذن المرتهن للراهن ، لا العكس خاصة ،
وهم لا يقولون به إذا لم يشترط ، اللهم إلا أن يدعى ظهور الإذن منه في الإسقاط
بالباع مطلقاً ، أو في خصوص البيع قبل الأجل ، باعتبار عدم اقتضاء الرهن ببيع حينئذ
والشرط إنما هو لرفع الظهور المستفاد من الإذن ، وإبقاء رهنية الثمن على حسب
اقتضاء تعلق الحق بالعين ، أو بما يقوم مقامها ، بخلاف المقام الذي لم يحصل منه إذن
في البيع ، إذ الإذن من الراهن ، وإثماً حصل منه البيع ، وهو لا يقتضي إسقاط
حقه من الرّهانة وربما يؤيده عدم ذكرهم اعتبار القبض في رهنية الثمن المشروط ،
فضلاً عن تجديد الأرهان .

وثانياً أنه لو قلنا باقتضاء البيع سقوط الرّهانة في المبيع على وجه لا يقتضي
رهانة الثمن ، إلا باتفاق جديد منهما ، لكن قد يقال : بظهور كون الباع المرتهن ،
وان الإذن من الراهن له من حيث حق رهائته ، لأنها وكالة كوكالة الأجنبي في إرادة
بقاء حق الإرهان الذي لاموضوع له بعد البيع ، إلا في الثمن فهو كاتفاقهما على ذلك
بل مبني العقد ظاهراً عليه حتى يصرّح بخلافه ، وهذا واضح بأدنى تأمل .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في الرياض من النظر من وجوه ، بل وما في العداائق فإيه قال : فيما لو أذن الراهن للمرتهن هل يكون الثمن رهناً فلا يجوز للراهن طلبه أم لا ، إشكال ، ولم يحضرني الآن تصريح أحد منهم بالحكم المذكور ، ويمكن ترجيح العدم ، لأن حق المرتهن إنما تعلق بالعين ، فلا يتعدى إلى الثمن إلا بدليل ، وليس فليس إذ قد عرفت التصريح بذلك ، وأنه 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 .

كما أن قول المصنف ﴿ إلا بعد حلوله ﴾ لا يخلو من نظراً أيضاً ، ضرورة اقتضائه جواز التصرف في الثمن بعد الحلول ، وهو واضح البطلان ، إذ ليس الثمن لإرهناً ، فيجري فيه ما يجري في الرهن من عدم جواز التصرف فيه بعد الحلول إلا بأذن الراهن أو المحاكم أو المرتهن على التفصيل الذي ستسمعه .

بل وكذا قوله كغيره من الأصحاب ﴿ ولو كان ﴾ أي الإذن بالبيع ﴿ بعد حلوله صح ﴾ التصرف فيه ، لا يخلو من نظر إذا لم تقترن بما يدل على الإذن في الاستيفاء منه ، ولو بمعاوضة جديدة ، أو قبض كذلك ، كمطالبة من المرتهن ونحوها ، ضرورة عدم اقتضاء الإذن في البيع ذلك ، ومن هنا شرط بعضهم جواز التصرف المزبور بالإذن فيه وفي الاستيفاء وهو جيد . بخلاف ما في المسالك من تنزيل العبارة على مساواة الثمن للحق جنساً ووصفاً ، إذهوم مع عدم إشعار في عبارة المصنف وغيرها به غير تام ، إذا التساوي لا يقتضي الإذن في الاستيفاء ، والنقص القهري في نحوه إنما هو في خصوص ما في الذمم ، لاني الرهن المساوي للحق كما هو واضح .

نعم لو فرض أن المرتهن قد اشتراء بالإذن من الراهن في الذمة بمساوي حقه جنساً ووصفاً ، أمكن حينئذ دعوى التهاثر القهري ، وتنزيل العبارة عليه كما ترى ، وأضعف منه الاحتجاج لإطلاقها بما دل على المقاصة من خبر المروزي المتقدم سابقاً

في خوف جحود الوارث ، وغيره الذي لا فرق فيه بين مجالس الحق ومخالفه ، ضرورة عدم جواز المقاصة قبل حصول شروطها من الامتناع وغيره ، كما هو واضح ، فالتحقيق مراعاة الضوابط إن لم يتم إجماع على خلافها في المقام ، ودونه خرط الفتاد والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اذا حل الأجل ﴾ و أراد المرتهن حقه طالب الرهن بالوفاء ، ولو يبيع الرهن أو التوكيل في بيعه ، وفي الدروس ليس للمرتهن تكليف الرهن بأداء الحق من غير الرهن ، وإن قدر عليه الرهن ، ولعله لتعلق حقه في العين برضاء ، ولا ينافي ذلك شغل ذمة الرهن . كما لا ينافيه عدم جواز البيع له ، لو بذل له الرهن الدين .

﴿ و ﴾ لو ﴿ تمذراً لأداء ﴾ المزبور لا يمتنع من الرهن مثلاً ﴿ كان للمرتهن البيع ﴾ والاستيفاء ﴿ إن كان وكيلاً ﴾ بل له ذلك من غير مراجعة له مع إطلاق وكالته ﴿ وإلا ﴾ يكن وكيلاً ولم يتمكن من إجباره ﴿ رفع أمره إلى الحاكم ﴾ إذا كانت له بيئته يثبت بها حقه ﴿ ليلزمه البيع ﴾ بالقول أو الفعل بضرب ، أو حبس ، أو نحوه مما يتوقف تحصيل الحق عليه إلى منتهى مراتب ذلك ، وليس للمرتهن البيع قبل رفع أمره إلى الحاكم بخلاف أجده فيه ، للأصل وغيره بعد عدم انحصار حقه في ذلك ، وبعد نصب الحاكم لقطع الخصومات وإعانة المظلومين ، فإن امتنع على الحاكم إزماءه . ولو لعدم بسط يده - بآعه عليه بنفسه ، أو بوكيله ولو المرتهن إذا كان جامعاً لشرائط الوكالة في مثله ، وليس للمرتهن هنا أيضاً البيع بدون ذلك ، لتمكُّنه من الولي الشرعي له الذي هو قائم مقامه فلا تسقط حرمة ماله حينئذ ، إذ هو كالتمكن من المالك ، والاستيثاق لا يقتضي مباشرة الاستيفاء ﴿ ف ﴾ لا ينافي كون كفيته ما ذكرناكي يعارض ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بأذنه ، أو إذن وليه لكن في المتن وغيره أنه ﴿ إن امتنع ﴾ أي الرهن بعد الزام الحاكم له ﴿ كان له حبه و له أن يبيع عليه ﴾ و مقتضاء التخيير بين الأمرين ، وأن ولاية الحاكم تثبت في أول مراتب الامتناع عليه وهو لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد

مراجعة الإقتصار في ولاية الحاكم على المتيقن الذي هو حال إنتهاء مراتب الإِجبار على الحق .

بل ربما كان في خبر سماعة^(١) عن الصادق عليه السلام ظهور في خلافه في الجملة ، قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا كان التوى على غرمائه ، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص ، فإن أبى باعه فقسّمه فيهم ، يعنى ماله ، فتأمل والأمر في ذلك سهل ، كسهولة اختلاف عبارة الأصحاب في المقام بالنسبة إلى الإِطلاق والتقييد المبني على ظهور الحال في هذا الحكم ، لأعلى الاختلاف في المسألة ، والتفصيل ما ذكرنا .

وليس في نصوص المقام ما ينافيه ، سوى ما في موثق اسحاق بن عمار من جواز البيع من دون مراجعة الحاكم ، قال :^(٢) « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس فقال : لأحب 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 فيؤمر فيما نقص من ماله ، وإن كان فيه فضل فهو أشدهما عليه ، يبيعه ويمسك فضله ، حتى يجيء صاحبه » .

إلا أنني لم أجد عاملا به ، عندما يحكى عن ظاهر أبي الصلاح حيث أطلق جواز البيع مع عدم التمكن من استيذان الراهن ، وأنه ليس له إلا مقدار قيمته لو نقصت عن الحق مع البيع بغير الإِذن ، ولعله لهذا الخبر الذي يمكن حمله على ما إذا لم يكن إثبات حقه ورهائنه عند الحاكم ، أو على تعذر الحاكم ، أو على إرادة بيان مطلق البيع الذي يجامع الإِستيذان من الحاكم مع التمكن ، أو على غير ذلك .

كما أنه ينبغى حمل موثق عبيد بن زرارة^(٣) - « عن الصادق عليه السلام في رجل رهن رهناً إلى غير وقت موقت ، ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه ، قال : لا حتى يجيء » - على الكراهية أو على الفية التي لا ضرر على الديان بانتظارها ، لقربها وتوقع مجيء الراهن ، أو غير ذلك مما يحمل عليه موثق ابن بكير^(٤) - « سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٦ - من ابواب الحبر الحديث ١ لكن عن عمار .

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ٣ - من ابواب احكام الرهن الحديث ٢-١-٣ .

عن رجل رهن رهناً ثم انطلق ، فلا يقدر عليه أبيع الرهن قال : لا حتى يجيء صاحبه ، أو يطرحا ، لا يعرض الأصحاب عن إطلاقهما .

وأما خبر إبراهيم بن عثمان ^(١) « قلت للصادق عليه السلام : رجل لي عليه دراهم ، وكانت داره رهناً ، فأردت أن أبيعها فقال : أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه » فلا ريب في إرادة الكراهة لبيع الدار منه ، كما أن المراد من يبعه على حسب حال بيع الرهن من الرجوع إلى الراهن أولاً ، ثم إلى الحاكم مع التمكن على التفصيل المتقدم ، لأن المراد تولى يبعه بنفسه من أول الأمر الذي يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه ، بل المفهوم في خبر المروزي المتقدم في مسألة خوف جمود الوارث ظاهر في نفيه أيضاً ، فضلاً عن الموثقين السابقين .

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم مع تعذره ، نعم في جامع المقاصد لو لم يكن الحاكم موجوداً باع بنفسه ، ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى ، وهو مع ظهوره في عدم الوجوب لم يعتبر إظهارهما 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 ؛ إذ الظاهر عدم التوقف في مباشرة المرتهن حينئذ للبيع ، واستيفاء حقه كما هو مقتضى ما دلّ على المقاصّة ، للموثق المزبور المعتضد بنفي الضرر والهرج .

بل أطلق في التذكرة « أنه إذا لم يكن له بيئته أولم يكن في البلد حاكم فله يبعه بنفسه ، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ، ولا بيئته له يبيعه ، وبأخذ حقه » وإن كان الظاهر إرادته بحيث يشق الوصول إليه ، لا مطلق عدم كونه في البلد ، 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 استيذانه وهو في البلد في بعض الأحوال .

نعم قد يظهر من كلمات الأصحاب في المقام عدم اعتبار إذن الحاكم إذا لم

(١) الوسائل الباب - ١١ من أبواب الدين - الحديث - ٤ .

يمكن للمرتهن بيعة ، وإن تمكن من استيذانه على وجه العموم ، بحيث يندرج الرهن المخصوص فيه في الواقع من دون تعرض له بخصوصه ، إلا أن الاعتبار مراعاة لأن الولي لا يخلو من قوة ، كما أنه قد يظهر منها ومن الموثق المزبور بيع تمام الرهن ، وإن وفي بعضه بالحق ، فيبقى الباقي حينئذ أمانة وهو جيد إذا توقف الحق عليه أو حصل ضرر بالتبعض على المالك ، أما إذا لم يكن كذلك فالمتجه مراعاة حق الرهن بالإقتصار على بيع مقدار الحق وإبقاء عين المال أمانة .

ولو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن كان للعالم إلزام المرتهن بالإذن فإن امتنع تولى أمره العالم ، وإليه أشار في التذكرة فقال : « وإنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله بإذن المرتهن ، فلو لم يأذن وأراد الراهن بيعه قال له العالم : إذن في بيعه ، وخذ حقتك من ثمنه ، أو أبرد » ، ولو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسك لم يصح البيع ، لأن غير المالك لا يبيع لنفسه ، خلافاً للشافعي في أحد الوجهين ، بل يقول بعه لي أو بعه مطلقاً على الأقوى خلافاً على الصحيح خلافاً للشافعي في أحد وجهيه أيضاً فمنعه .

مركز تحقيق كامبوتر علوم اسلامی

وقد عرفت فيما تقدم أنه لا بد من الإذن في الاستيفاء ، فإن قال : استوفه لنفسك صح ، كما في التذكرة ، وعلى الأقوى في الدروس وفيهما معا أنه يحدث فعلاً جديداً من كيل أو وزن أو نقل ، لدلالة اللفظ عليه . نعم احتمال في ثانيهما الاكتفاء بدوام اليد ، كقبض الرهن أو الهبة من المودع والغاصب والمستعير ، ولا ريب في قوته لأن استدامة القبض كالقبض الجديد كما أومأنا إليه سابقاً ، وكذا الكلام لو قال أقبضه لي ثم لنفسك ، أو أمسكه لنفسك .

ودعوى ظهور قوله ثم استوف لنفسك في أحداث فعل على وجه لا يشمل تجديد اليد واضحة المنع ، أما لو قال بعه لي واستوف لنفسك ، أو أقبضه أو أمسكه كذلك ، فقد يشكل صحته فيما لو كان الثمن في الذمة ، بعدم تعيينه للمديون بغير قبض منه أو بمن يقوم مقامه مع عدم الحوالة ، لكن في الدروس : الأقرب الجواز ، وإن لم يقبضه للراهن ، وإن كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو طعماً - بل قال : - لو كان الثمن غير

مقدّر بهما فالظاهر أنه لا إشكال فيه ، لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف ، وفيه أن الإشكال مما ذكرنا لا من ذلك .

نعم في التذكرة الوجه الصحة ، لأن قوله استوف لنفسك يتضمن التوكيل ، وهو جيد ، بناء على كون المراد إقبضه لي ثم لنفسك باعتبار توقف الثاني على الأول إنما الكلام على تقدير عدم إرادته ، وقد عرفت أنه مشكل ، بل جزم الشافعي بعدم صحته كالفاضل في الفوائد ، وإن ترتب الضمان على هذا القبض الفاسد ، اللهم إلا أن يقال أن القبض وإن كان لنفسه يقوم مقام قبض الديان فيقدر له آنأما كما في أعتق عبدك عني ، فتأمل جيداً هذا . وقد تقدم تمام التحقيق في كثير من هذه المسائل في المباحث السابقة في كتاب البيع والله أعلم .

المقصد الثاني

في أحكام متعلقة بالرهن

﴿ الرهن لازم من جهة الراهن ﴾ جائز من جهة المرتهن بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والمحكي عن غيرها الإجماع عليه ، وهو كذلك بناء على عدم مدخلية القبض في صحته ولا لزومه ، بل وعلى تقدير مدخليته مع حصوله . نعم هو جائز من طرف الراهن قبله ، بناء على أنه شرط في اللزوم كما مر تحقيق ذلك ، والمراد هنا بيان حكمه من جهة الراهن ، والمرتهن ، بعد تمام ما هو معتبر في صحته ولزومه ، فالإجماع حينئذ بحاله ، مضافاً إلى ما دلّ على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقود وغيره الذي لا يجري في المرتهن قطعاً ، بعد أن كان الحق له ، فهو مسلط على إسقاطه كغيره من الحقوق .

بل الظاهر عدم صحة اشتراط الخيار للراهن ، لمنافاة الاستيثاق ، والحبس الذي هو مقتضى عقد الرهن ، وفرق بينه وبين ارتمان العبد الجاني ونحوه - مما لا وثوق للمرتهن ببقائه ، من غير الراهن الذي يكون شرط الخيار منه ، كاشتراط التوقيت - في المنافاة .

لكن مع ذلك كله قد استشكل فيه في التذكرة فقال : « وأما الشرط الفاسد فهو ما ينافي مقتضى عقد الرهن ، مثل أن يشترط أن لا يسلمه إليه على اشكال ، أو لا يبيعه عند محل الحق ، أو لا يبيعه إلا بما يرضى به الراهن ، أو بما يرضى به رجل آخر ، أو تكون المنافع للمرتهن ، أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، فإنها شروط نافذة مقتضى العقد ، ففسدت ، وكذا إن شرط الخيار للراهن على إشكال ، أو أن لا يكون العقد لازماً في صفة ، أو يوقت الرهن ، أو أن يكون الرهن يوماً ، ويوماً لا يكون رهنًا » .

إلا أنه لا ريب في ضعفه لما عرفت ، كضعف احتمال الفساد في اشتراط عدم التسليم إذا كان المراد منه استمرار بقاء اليد ، بل وإن لم يرد منه ذلك إذا كان المراد منه مالا يشمل الوكالة ، أو قلنا بعدم اعتبار التسليم فيه ، فإن دعوى احتمال عود ذلك على العقد بالنقض كما ترى ، وكذا الكلام في نحو اشتراط المنافع للمرتهن والله العالم .

وعلى كل حال فلا ريب في لزوم الرهن من جهة الراهن . نعم قد يقال بجوازه لو كان قد وقع منه لأنه شرط عليه في بيع قد زعم صحته ، فبان عدمها بعد وقوع الرهانة منه ، كما جزم به في القواعد لنفي الضرر والضرار ، ولأن الشرط في البيع كجزء من الثمن أو المثل للذين لا ريب في رجوعهما إلى مالتهما بظهور البطلان بل مقتضى ذلك بطلان الرهن قهراً ، إلا أنه لما كان قد وقع بعقد محكوم بصحته لاطلاق الأدلة ، روعي الجمع بين ذلك ، وبين حق الراهن بالخيار ، والمسألة سيالة في غير المقام ، كاشتراط البيع والإجارة ونحوهما في عقد قد ظهر فساد به بعد وقوعهما .

مع أنه قد يقال بعدم الرجوع في الجميع ، لأن تغيل الصحة من البداعي فالعقد الصادر باق على مقتضى ما دل على صحته ولزومه ، إذ هو حينئذ كما لو أيرأت الزوجة الذمة بظن صحة الطلاق ، أو في خصوص المقام الذي لا مجال للقول بالبطلان فيه ، باعتبار منافاته لاطلاق ما دل على الصحة ، ولا الخيار لعدم قابلية خصوص هذا العقد للخيار ، فهو حينئذ كالإبراء المشروط في عقد قد ظهر فساد به بعد وقوعه ، والنكاح

والطلاق والعتق ونحوها ، وعن بعض نسخ القواعد ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزم فرهن فلا رجوع ، وهو لا يخلو من قوة فتأمل جيداً .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ليس له﴾ أى الراهن ﴿انتزاعه﴾ من المرتهن بدون رضاه ﴿إلا﴾ مع سقوط الإرتهان ببراءة ذمة الراهن من الدين الذى قدره رهن به الرهن بـ ﴿القباض﴾ من المالك أو المتبرع أو الضمان أو العوالة أو الاقالة المسقطه للثمن المرهون به ، أو الإبراء من ذي ﴿الدين أو﴾ بـ ﴿تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الإرتهان﴾ أوما هو كالتصريح بلاخلاف في شيء من ذلك ، ولا إشكال .

ولو برأت ذمته من بعض الحق فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما يبقى من الدين وإن قل ، إذا لم يكن قد اشترط التوزيع ، أو كونه رهناً على المجموع المنتفى صدقه بذهاب البعض ، وفاقاً لصريح جماعة ، بل عن الشيخ الاجماع عليه ، لظهور الإرتهان في الاستيثاق ، لجميع أجزاء الدين ، وكون الفرض استيفاءه بتمامه منه أجمع كما يشعر به ما في النصوص^(١) من نفى البأس عن الاستيثاق للمال الصادق على الكدل والبعض ، جواباً للسؤال عن أخذ الرهن *بغير علم ربه*

لكن في المسالك عن الفاضل في القواعد أنه اختار فيها كونه رهناً على مجموع الدين الذي ينتفى صدقه ببراءة الذمة من بعضه وإن قل ، فيبقى الباقي من غير رهن بعد أن احتمله هو ، والذي فيها ، ولو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهناً بالباقي على إشكال ، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين وعلى كل جزء منه ، ولا صراحة فيه فيما ذكره ، ضرورة أهمية مفهوم الشرط فيها من ذلك .

بل في جامع المقاصد في شرحها أنه قد يتوهم عدم افتاء المصنف نظراً إلى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ، ولا نزاع فيه ، لأن النزاع مع الشرط وليس كذلك ، لأن الأقرب يقتضى الفتوى ، إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط ، إنما يتطرق بدونه ، ثم قال في القواعد « ولودفع أحد الوراث نصيبه من الدين لم ينفك نصيبه على اشكال » .

وفي جامع المقاصد أي : لودفع أحد وارثي الرهن نصيبه من الدين ، و هذا الاشكال - بعد الفتوى المتقدمة بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً بكل جزء ، وبدونه على ما يقتضيه التقييد - لوجه له ، اذ مع الاشتراط لا ينفك قطعاً وبدونه بمقتضى التقييد يلزم الانفكاك ، ومقتضاه أنه فهم من العبارة الأولى التقييد وإن كان هو كما ترى ، لما عرفت من كون المفهوم أعم ، وإن جعلنا الأقرب راجعاً إليه ، إذا أقصاه أن لا يكون الحكم كذلك ، لا خصوص التوزيع وعلى كل حال فلا ظهور فيه ، بل ولا إشعار بذلك ، وحينئذ فلا قائل به فيما أجد .

نعم ربما حكي عن الفاضل وولده التوزيع والتقييد ، بدعوى أن الرهانة كالمعاوضة في اقتضاء مقابلة الأجزاء بالأجزاء لا الجملة بالأجزاء فان برء من بعض الدين إنفك من الرهن بحسابه نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما من الأجزاء المشاعة .

وفيه مضافاً إلى مخالفته ما عرفت أنه يقتضي عدم كون الباقي رهناً على الجميع فيما لو تلف بعضه ، وهو باطل نصاً وإجماعاً بقسميه ، ومنه يعلم قوة ما ذكرنا من كون المقابلة في الرهن مقابلة جملة بكل جزء ، لا على حسب مقابلة المعاوضات التي لا شبه بينها وبين الرهن ، ودعوى أن العرف فارق بين التلف وغيره في التقييد المزبور غير مسموعة ضرورة اقتضاء العرف ما قلناه كما هو واضح بأدنى تأمل فيه .

أما إذا اشترط فلا خلاف أجده في لزوم ما اشترطه من التوزيع أو الرهانة على المجموع أو على كل جزء من الدين ، كما لا تأمل في الأول والأخير ، لعموم « المؤمنون » نعم قديتوقف في الثاني باعتبار منافاته للتوثق ، لكن الاتفاق ظاهراً على صحته ينفيه ، مع أنه لا منافاة بناء على عدم وجوب قبول المرتهن للبعض المبذول لما فيه من الضرر عليه بفوات الرهينة وإن وجب بدونها ، فيكون هذا البعض حينئذ كاللبن المستلزم لنقص في المالية ، مثل مال السلم و ثمن المبيع في عدم وجوب القبول .

إلا أنه قديدفعه إطلاق ما دل على القبول ، والضرر غير قادح ، بعد أن أقدم عليه بالرضا بالشرط المزبور ، بل لا يبعد وجوب القبول لو قلنا بانصراف الإطلاق

إلى الإحتمال المزبور من دون شرط ، لتناول ما دلّ على لزوم القبول لذلك ، بحيث لا يتنافيه التضارب فك الرهانة به بعد بنائها على ذلك ورضاء على هذا النحو ، وحينئذ يتأكد التوقف المزبور في الشرط المذكور ، باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفكاكه بدفع جزء يسير من الدين ، فتأمل جيداً والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ بعد ذلك ﴾ الاقباض وغيره مما يحصل به الفك ﴿ ينبغي ﴾ الرهن أمانة في يد المرتهن ﴿ مالكية ﴾ ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لا يجب ﴾ تسليمه إلا مع المطالبة ﴿ من المالك أو من يقوم مقامه ﴾ ، لأن حصولها في يد الأمين بإذن المالك ، بخلاف الشرعية كالشوب الذي أطارته الريح ونحوه مما لا إذن فيه من المالك ، وإنما هي من الشارع الذي أوجب عليه ردّه إلى مالكه ، أو إخباره به ، لعدم إذنه في بقاءه في يده ، و بهذا إفرقت الشرعية عن المالكية المستندة إلى الإذن المستصحب حكمها حتى مع النسيان ونحوه .

ودعوى - تقييد الإذن هنا بالرهانة ، فمتى زالت ، زالت - مدفوعة بعدم استلزام الرهانة الأمانة عند المرتهن ، فهو حينئذ أمر آخر لا مدخلية له بالإرتهان ، فماعن بعض العامة من الضمان على المرتهن - إذا قضا الرهن ، بخلاف ما إذا أبرأ ثم تلف الرهن في يده ، - واضح الضعف ، بل الذي يقتضيه الاستحسان العكس ، ضرورة أنه مع القضاء يكون عالماً بانفكاك ماله ، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة ، بخلاف الإبراء ، فإذا لم يعلم به الرهن فلا يكون تاركاً لماله باختياره .

بل ربما ظهر من الفاضل في التذكرة الميل إلى هذا التفصيل ، قال: و ينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الرهن من الدين ، ولم يعلم الرهن ، أن يعلمه بالإبراء أو برد الرهن ، لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقة ، بخلاف ما إذا علم ، لأنه قد رضي بتركه وهو حسن ، كما في المسالك إن أراد الأولى كما يشعر به لفظ ينبغي ، وإلا كان فيه نظر بعد ما عرفت من أن الأمانة المالكية يكفي فيها حصول الإذن السابق من المالك بعنوان العارية والوديعة ونحوهما ، وإن حصل لها فسخ من المالك

أو من المستعير مثلاً ، فإن فسخ العقد المخصوص لا ينافي بقاؤها أمانة ، ولو باعتبار كون ذلك من توابع العقد الاول ، فتأمل جيداً ، فإنه دقيق جداً .

ومنه يعلم الحال في حكم الرهن بناء على ما ذكرناه من استحقاق المرتهن قبضه من الراهن ، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه أمانة أيضاً من الراهن ، وإن كانت مستحقة عليه بعقد الرهن ، فالفك حينئذ من الرهانة كفسخ عقد العارية لا يخرج البقاء في الزمان المتأخر عن كونه أمانة مالكية ، ولو للتبعية المزبورة ، والله العالم .

﴿ ولو شرط ﴾ المرتهن على الراهن في عقد الرهن ﴿ إن لم يؤد ﴾ الحق مطلقاً أو عند أجل أو في وقت كذا ﴿ أن يكون الرهن مبيعاً ، لم يصح ﴾ الشرط قولاً واحداً ، للم تعليق ، وتوقف البيع على سببه من الصيغة و نحوها ، بل والرهن بناء على اقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلان العقد الذي علق الرضا فيه على الشرط بل وإن لم نقل بذلك للتوقيت في الرهن ، المتفق على بطلانه ، لمخالفاته الاستيثاق ، وإن كان زائداً على أجل الدين ، إذ لا يفسد بيعه فيه ، لو جوزنا بيعه معه ، ولم نقل بكون المراد من التوقيت بقاؤه 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 حينئذ تعلق به ، فكيف يعقل الاستيثاق بمال لا يجوز إستيفاء الدين منه قبل انتهاء الوقت وبعده .

و اعلمه لذلك اتفق الأصحاب هنا على بطلان الشرط والعقد ، حتى أن الشيخ الذي قد حكى عنه في باب الرهن القول بعدم اقتضاء فساد الشرط فيه فساد ، قال ببطلانه هنا ، مدعياً الإجماع عليه ، وكذا ابن ادریس في ظاهر السرائر ؛ فمن الغريب ما في التحرير قال : « و اذا شرط كونه مبيعاً عند حلول أجل بالدين ، هل يفسد الرهن بفساد الشرط ؟ فيه نظر ، والذي قواه الشيخ عدم الفساد ، وهو جيد » .

وكأنه أخذ ذلك من مذهبه في الشرط ، وغفل عن كلامه في المقام الذي لم يعرف

الخلافاً فيه ، إلا من بعض العامة ، فصحح الرهن وأفسد البيع ، محتجاً بأن الراهن إذا رضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه ، وفساده ظاهر ، لأن مجرد تقدير الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد الذي قد وقع ، بعد الأعضاء عما في الأولوية المزبورة ، ويمكن أن يريد الفاضل في التحرير النظر في البطلان من هذه الحيثية ، لامن حيث التوقيت ، والأمر سهل .

ثم إن الظاهر عدم ضمان العين في يد المرتهن إلى المدة ، كما أن الظاهر ضمانها بعدها ، لأن القبض فيها بالرهن الفاسد ، فلا يضمن كصحيحة ، وبعدها بالبيع الفاسد فيضمن كصحيحة ، و احتمال أنه غير مضمون مطلقاً - إلا إذا نوى تملكه بعد المدة بعنوان أنه مبيع ، لتحقيق القبض بالبيع الفاسد المغاير للقبض الأول الذي هو بالرهن الفاسد - واضح الفساد ، لأن المراد من اشتراط كونه مبيعاً أنه من الآن مبيع في تلك المدة ، لأنه يباع فيها .

وعلى كل حال فلا فرق في القاعدة المزبورة فيهما بين العلم بالفساد منهما والجهل كذلك والتفريق ، للإجماع المحكي إن لم يكن المحصل على القاعدة المزبورة المقتضية باطلاً ذلك .

ولا ينافيه الإشكال من بعض المتأخرين في بعض أفرادها ، كصورة جهل الدافع في المدة و علم القابض في المقام ، باعتبار أن القابض قد أخذ بغير حق ، لأن الدافع قد نوهم الصحة ، فيشمله حينئذ عموم ^(١) «على اليد» بل ربما أشكل بنحو ذلك في الجاهلين إلا أن ذلك كله كآته اجتهد في مقابلة النص ، خصوصاً بعد ما في المسالك «من أن الأصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة ، ولم يخالف فيها أحد» بل فيها أيضاً وإمكان دفع الإشكال المزبور بأن المالك أذن في قبضه على وجه لاضمان فيه ، والمتسلم تسلمه منه كذلك ، وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم ، فلا إذن حاصل والمانع غير معلوم .

ومرجعه إلى أن تغيل 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 كالمغرور بفعل الدافع ، و أوضح 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 الموَجِر ، والعين المستعارة ، خصوصاً إذا كان الفساد بغصب للعين ونحوه ، بل ربما ظهر من بعضهم في باب الاجارة ما يناهض الاجماع المزبور ، فلاحظ وتأمل والله أعلم هذا .

﴿و﴾ قد تقدم تحقيق الحال فيما ﴿لو غصبه﴾ أي المال ﴿ثم رهنه﴾ المالك من الغاصب وقد قلنا هناك أنه ﴿صح﴾ الإرتهان ﴿ولم يزل الضمان ، وكذا لو كان في يده﴾ بسوم أو ﴿بييع فاسد﴾ أو استعارة مضمونة إلا إذا أذن له في استمرار القبض ، فإن الظاهر زوال الضمان كما أوضحنا ذلك كله وغيره فلاحظ وتأمل ، بل وذكرنا هناك أيضاً عن الشيخ ﴿و﴾ غيره أنه ﴿لو أسقط عنه الضمان ، صح﴾ أيضاً وإن لم يفد إذناً بالبقاء ، ضرورة أهمية ذلك من الرضا به لبقاء الإثم حينئذ .
إلا أنه أشكل بكونه إسقاطاً لما لم يجب ، ضرورة كون المراد بالضمان أنه لو تلف ثبت في الذمة مثله ، أو قيمته ، فقبل التلف لم يثبت حتى يسقط .

وقد يدفع بأن الإسقاط للحق الذي تحقق فعلاً وهو تهيمؤ ذمته للضمان بالتلف ، فليس حينئذ إسقاط لما لم يجب ، بل هو إسقاط لما وجب وتحقيق .

ودعوى - عدم صحة إسقاط مثل ذلك - يدفعها عموم ^(١) وتسقط الناس على حقوقهم وأموالهم كدعوى - أن الإسقاط لا يتعقل بعد استمرار السبب ، وهو القبض غصباً ، وتجده في كل آن آن ، إذ هو يجدي في خصوص أثر السبب المقارن والسابق ، فيبقى أثر السبب المتجدد غير ساقط ، ويكفي حينئذ في ثبوت الضمان - إذ يدفعها أيضاً منع كون ذلك أسباباً متعددة ، بل هي جميعها بعد اتحاد أثرها

وصدق الأخذ على مجموعها سبب واحد عرفاً ، بل وشرعاً ، فلا إسقاط حينئذ في محله فتأمل جيداً ، فإنه قد يمنع كون ذلك من الحقوق التي يتعلق بها الإسقاط وإنما هو من الأحكام للأصل وغيره والله اعلم .

﴿ وما يحصل من الرهن من فائدة ﴾ متصلة او منفصلة بالإكتساب كحياسة العبد أو غيره ﴿ فهي للراهن ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض ، كالنصوص ، بل يمكن دعوى ضرورة المذهب ، بل الدين عليه ، وإن خالف فيه في الجملة أبو حنيفة كما قيل ، إلا أن خلافه إن لم يؤكد الضرورة لا ينافيها ، إنما الكلام في تبعيتها له في الرهانة وعدمها ، وقد أشار إليه المصنف بقوله ﴿ ولو حملت الشجرة أو الدابة أو المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالأصل على الظاهر ﴾ وهو مشعر بظهور أن الخلاف في نحو ذلك لا مطلق الفائدة ، وهو كذلك بالنسبة إلى الفوائد المتصلة كالسمن والطول والعرض ونحو ذلك ، الإجماع بقسميه على تبعيتها ، بل هي في الحقيقة كصفات الرهن وأحواله التي لا تخرج عن مسماه .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

بل قد يقال : بعدم صحة اشتراط خروجها ، وإن كان لا يخلو من إشكال ، بل وبالنسبة إلى ما يتجدد من المنافع بالإختيار ، كإكتساب العبد ، لخروجها عن التبعية ، بل جزم في التذكرة بعدم صحة اشتراط دخولها ، لأنها ليست من أجزاء الأصل ، فهي معدومة على الإطلاق .

لكن في الدروس لم يفرق بينها وبين ثمرة الشجرة ، بل ربما ادعى أنه ظاهر الأصحاب ، وإن كان لا يخلو من بحث ، كما أومأنا إليه سابقاً ، ومنع الراهن من إستيفائها لا لتبعيتها ، بل لاستلزامه التصرف في المرهون الممنوع منه مطلقاً نصاً وفتوى ، وإلا فهي ليست من النماءات المتولدة في الأعيان أو منها ، وإن كانت هي أحد مقدمات حصولها ، ضرورة إستنادها إلى الأفعال مع الأعيان ، كالاتفاق العاقل بالتكسب بالدرهم ، فتأمل جيداً .

و كيف كان فما اختاره المصنف قد اسب إلى الأشهر و الأكثر ، بل قيل أنه المشهور شهرة كادت تكون إجماعاً بل في الإقتصار « أنه مما انفردت به الأمامية » ، بل في الغنية ، والسرائر ، الإجماع عليه ، بل و الأخير منهما أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام ، و أن عدم الدخول مذهب المخالفين ، وهو الحق بعد التبعية ، و أنها أجزاء من العين المرهونة استحال إلى موضوع آخر ، وعدم خروج الفرع عن أصله .

اكن قد يوهن الإجماع بمصير كثير من الأصحاب إلى خلافه ، إذ القول بعدم التبعية للمبسوط و الخلاف و نكت النهاية للمصنف ، والتحرير ، والتذكرة والإرشاد ، والمختلف ، والإيضاح ، والتنقيح ، وجامع المقاصد ، والروضة ، و مجمع البرهان ، والكفاية ، على ما حكى عن بعضها ، و مال إليه في المسالك ، وحكاة في الدروس عن المصنف في درسه ، 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 » .

و تمنع التبعية في غير الملك ، للأصل ، و تميمية ولد المدبرة للدليل ، مع أن العتق مبني على التغليب ، وكون النماء أجزاء من العين بعد التسليم في جميع أفرادها لا يقضي بذلك بعد خروجه عن مسماتها لغة و عرفاً و شرعاً ، و غير ملحوظ للمعاقد ، ولا دليل في الشرع ، فأصالة تسلط المالك على ملكه بحاله .

بل قوله عليه السلام « له غنمه ، و عليه غرمه » كخبر اسحاق « عن أبي إبراهيم عليه السلام قلت : فان رهن داراً لها غلة ، لمن الغلة ؟ قال : لصاحب الدار » دال على ذلك أيضاً ، بقربنة كون الظاهر أن السؤال لتخييل الدخول في الرهانة ، والمراد حينئذ بالجواب رفع ذلك ، و أنه لصاحب الدار التصرف به كيف يشاء ، لا أن المراد بيان أصل الملكية الواضحة ، لوضوح بقاء الرهن على ملك المالك ، و من ذلك كله يظهر لك قوة القول بعدم الدخول ، وإن كان الأشهر خصوصاً بين المتقدمين الأول والله أعلم .

﴿ ولو كان في يده رهنان ، بدينين متغايرين ، ﴾ أو متواقفين ﴿ ثم أدى ﴾
 ﴿ الراهن أحدهما لم يجز ﴾ للمرتهن ﴿ إمساك الرهن الذي يخصه ﴾ الدين

المؤدى ﴿ بالدين الآخر ﴾ من غير تراض مع الراهن بلاخلاف ولا إشكال ، ﴿ وكذا لو كان له دينان ، و بأحدهما رهن ، لم يجز له أن يجعله رهناً بهما ﴾ من غير تراض معه أيضاً ﴿ ولا أن ينقله إلى دين مستأنف ﴾ أما مع الرضا منه فيجوز قطعاً ، كما تقدم تحقيق ذلك كله ، وجميع ما يتعلق به في آخر الفصل الثالث فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿ وإذا رهن مال غيره بإذنه ﴾ صح بلاخلاف فيه ، بينما ، بل الاجماع بقسميه عليه عندنا ، بل و غيرنا عدا ما حكى عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عارية لا يصح رهنه ، لأنها غير لازمة ، ولعله غير مخالف في أصل الحكم ، و من هنا حكى في التذكرة عن ابن المنذر أنه أجمع كل من يحفظ عنه العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه ، على دلائر عند رجل إلى وقت معلوم ففعل كان ذلك جائزاً و في المسالك « أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة ، وسموه استعارة » .

نعم في التذكرة « هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان ؟ الحق عندنا الأول » ولعله مشعر بالاجماع ، كالمحكي من نسبة ولده ذلك إليه ، و إلى المحققين .

لكن عن المبسوط أنه حكى فيه قولاً بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال ، والمعروف حكاية ذلك عن أصح قولي الشافعي ، كالمحكي عن بعض الشافعية من أنه ين الرهن والمرتهن رهن ، و بين المعير والمستعير عارية ، و بين المعير والمرتهن ضمان لا ريب في ضعف الجميع ، بل في بطلانه حتى على ما وجهته به في الدروس ، من أن المعير أتاب المستعير في الضمان عنه ، ومصرفه في هذا المال ، إذ هو غير مجدد في مخالفته لمعهود من الضمان الذي هو الا يتقال من ذمة إلى ذمة ، وهو مفقود هنا قطعاً ، وكيف يكون ضماناً ولم يقصده الراهن ، ولا المرتهن ، مع أنه لو صرح المالك وقال للديان لزمت دينك في رقة هذا المال على وجه لا تكون ذمته مشغولة له لم يكن صحيحاً و بالجملة لا ينبغي اتعاب النظر في فساد ذلك .

نعم قد يشكل العارية بأن التوثيق الحاصل بدفع الرهن ليس من منافع العين التي تباح بعقد العارية المساوي لعقد الإجارة في ذلك ، المعلوم امتناعه في مثل الفرض وإما هو انتفاع بسبب تعلق عقد الرهن بها ، لأنها من منافعها التي هي كالسكنى في الدار والخدمة في العبد ، والركوب في الدابة ونحو ذلك .

على أن تعلق عقد الرهن بها قد يؤدي إلى خروجها عن الملك المنافي للعارية التي هي إباحة المنفعة ، مع بقاء العين ، وإن اعتراها اللزوم كعارية الأرض للدفن ونحوه ، بل ما سمعته من مشهورهم من الضمان في هذه العارية وإن تلفت بأفة سماوية بعد الرهانة ، بل ولو بجناية العبد نفسه - ، مناف لما ذكره من عدم الضمان لها في غير الذهب والفضة إلا بالتعدي أو التفريط أو الشرط .

و دعوى رجوع ما هنا إلى الثالث واضحة الفساد ، كدعوى خروج ذلك عن مطلق العارية ، بدليل مخصوص ، لعدمه كما ستعرف ، فلا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزة شرعاً وإن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفة ، إذ دعوى عدم خلو الواقع منها يكذبها الوجدان ، فإن كثيراً مما هو جائز شرعاً لا يدخل كالقبالة والمنحة ونحوهما ، على بعض الأقوال أو الوجوه ، بل حاصل ذلك عدم اعتبار كون الرهن ملكاً للراهن ، كما أنه لا يعتبر في صحة الرهن كون الدين على الراهن ، فيجوز أن يرهن ماله على دين غيره متبرعاً ، كما ذكرناه سابقاً في الشرائط .

بل هو غير زائد على ما نحن فيه إلا بالإذن التي تكون سبباً لاستحقاق الرجوع عليه بها كالوفاء تبرعاً ، وبالإذن الذي يمكن دعوى عدم التحلل الثاني منه إلى القرض بعد عدم اعتبار الملكية فيما يوفى به ، فيستحق حينئذ الرجوع عليه بالإذن ، وإن كان ما وفى به باقياً على ملك الموني إلى حين الوفاء ، ولعله للإذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه ، فإنه يكفي في تسبیب مثله الضمان .

وعلى كل حال فدعوى كون المقام عارية حقيقة في غاية الإشكال ، ولعله لا يريد من الأصحاب كما يؤمى إليه ما في المسالك من نسبة التسمية إليهم ، وكذا من قال

بالضمان ، فإنه لا يريد حقيقه بل المراد قربه منهما بالنسبة إلى بعض الأحكام ، ولا ريب حينئذ في أن الحق مع الأصحاب ضرورة أقرية ذلك إليها من الضمان ، والأمر سهل بعد عدم وضوح ثمرة معتدبها على هذا الخلاف .

و إن حكى عن المبسوط و تبعه غيره تفريع اعتبار ذكر جنس الدين و قدره و حلوله و تأجيله و وصفه و صاحبه على تقدير الضمان ، لعدم صحته في المجهول ، بخلاف العارية ، وأنه عليه ليس لمالك العين إجبار الراهن على الفك ، إذ هو كضمان الدين المؤجل الذي لا يصح للضامن المطالبة بالتعجيل ، لا براء ذمته ، بخلافها ، فإنها غير لازمة ، و أنه عليه يرجع بما بيع به ، و إن كان أقل من ثمن المثل ، لأنه الذي أداه ، بخلافها فإنه يرجع بقيمة تامة ، وكذا إذا بيع بأكثر منه ، فعلى الضمان يرجع بالجميع ، وعليها يرجع بقدر القيمة .

لكن في الأول : أن الفاضل في ظاهر القواعد و صريح المحكى عن التذكرة والكركي و ابن المتوج مع القول بالعارية قد اعتبروا ذكر جميع ذلك أو بعضه ، وفي المسالك أنه أولى ، فلا يجوز بدونه ملافيه من الضرر والضرر ، لكثرة تفاوت الدين و جنسه والمرتهن والأجل ، و إن كان قديقوى الجواز ، وفاقاً للمحكى عن التحرير ، وجامع الشرايع ، وظاهر إطلاق الإرشاد واللمعة ، كالكتاب بل والمبسوط ، والدروس ، و إن فرعاه على القول بالعارية مع إطلاق الإذن الذي هو كالتعميم في تناول الأفراد مع عدم الانصراف إلى البعض ، و إن تفاوتت في الدلالة قوة وضعفاً .

ومنه ينقدح حينئذ عدم الفرق بين الضمان والعارية في ذلك ، إذ ليس هو من ضمان المجهول حينئذ . نعم لو فرض تصور إذن في العارية للرهن لأعلى وجه الإطلاق أمكن حينئذ التوقف لرجوع الأمر إلى الإجمال حينئذ لا الإطلاق .

وفي الثاني : أن الأقوى على العارية أيضاً عدم جواز إجباره على الفك قبل الحلول ، لأنها أزمّت بالعارض ، كالعارية للدفن ، بل ربما ظهر من ثاني الشهيدين أن لزومها إجماعاً خلافاً لمحكى المبسوط ، والسرائر ، والتذكرة ، و عارية التحرير ، وجامع الشرايع ، لكون العارية من العقود الجائزة ، وفيه ما عرفت ، ومن هناك

خيرة ثاني الشهيدين كالمحكى عن التحرير في المقام ، وجامع المقاصد ، عدم جواز المطالبة له ، بل الظاهر ذلك و إن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن ، فظهر حينئذ أنه لا تلازم بين القول بالعارية و بين القول بالجواز ، كما يؤمى إليه ما سمعته ممن قال باللزوم من أصحابنا ، مع قوله بالعارية ، إذ القول بالاضمان ليس لأحد منّا .

نعم لا إشكال في أن له المطالبة بالفك على كل حال بعد الحلول ، بالاخلاف أجده فيه ، بل قيل : كأنه اجماعي ، ولا ينافيه لزوم العارية بالرهن ، إذ لا نقول ان له فسخ الرهن ، بل يطالب الراهن بالفك ، فإن حصل والإفاين باعه المرتهن في الدين رجع هو على الراهن كما ستعرف ، وليس له التعرض للمرتهن بوجه ، لعدم السبيل له عليه .

وما قيل : من أنه قد يقال : إذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن أن للمالك أن يقول للمرتهن إما أن ترد مالي ، أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما أنه إذا ضمن ديناً ومات الأصيل فللضامن أن يقول إما أن تطالب بحقوقك من التركة ، أو تبرئني لأوجه له معتد به لافي المشبهة ولا في المشبهة به .

وفي الثالث والرابع : ما ستعرفه عند التعرض لحكم ذلك ، فمن الغريب تفريع ذلك وغيره على القولين ، خصوصاً من مثل الشهيد في الدروس ، وعلى كل حال فإذا أعاره للرهانة فإن عمم له أو أطلق بناء على كونه كالتعميم رهنه كيف شاء ، وإن عين له مقداراً من الدين أو خصوص مرتهن أو أجل مخصوص أو نحو ذلك تعين ، فلو خالفه كان فضولياً إلا إذا عين له الأكثر فرهنه ، على الأقل ، للأولوية ، أما إذا عين له الأقل فرهنه على الأكثر ففي فضوليته بالنسبة إلى الجميع أو خصوص الزائد وجهان أو قولان ، أقواهما الثاني ، بل ينبغي الجزم به لو كان في عبارة مستقلة بأن قال : هو رهن على المائة وعلى الخمسين مثلاً .

بل عن بعض نسخ جامع المقاصد ، أنه يجب أن يستثنى من هذه المسألة مالو رهنه بالزائد ، وبكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الأذن ،

والزائد موقوف ، ويكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع ، ثم إنه استشكل في الصحة لانا إذا قسطننا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهنًا بالمأذون ، فيكون خلاف الإذن ، لأن الإذن يقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه ، والأولية ممنوعة بعد احتمال التعيب بالشركة .

وعن نسخة أخرى المتبعة أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه صح في المأذون فيه ، وبطل في الزائد ، وجهاً واحداً ، وإن رهن على الأكثر مقتصرأ على ذلك فالمتبعة البطلان مطلقاً ، وهما معاً كما ترى ، والأقوى ما ذكرناه من النفوذ في المقدار المأذون فيه ، والفضولية في الزائد مطلقاً كما لو أعاره شيئاً معيناً فرهنه مع غيره ، وليس ذلك من قبيل الوكيل على البيع بشيء معين فباعه بالأ نقص متفاحشاً فإنه فضولي ولا ينفذ البيع فيه بمقدار ما أذن له فيه ، كما هو واضح والله أعلم .

وكيف كان فإن رهنه المستعير ﴿ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته﴾ كما صرح به غير واحد ، بل في المسالك جعلوها أي العلماء مضمونة على الراهن ، وإن تلفت بغير تقريط ؛ لكن عن عارية التعجير ؛ لم يكن على أحدهما ضمانه ؛ واحتمله في الدروس قال : «لأنها أمانة عندنا ، إلا أن نقول الاستمارة المعرضة للتلف مضمونة قلت : أو نقول الأصل الضمان ، خصوصاً بناء على ما سمعت سابقاً من عدم كون ذلك عارية في الحقيقة ، كى يمارضه ما دل على عدم ضمان العارية ، بل وعليه بعد الشك في شموله لمثله ، ولو اكلام الأصحاب ، ولأنه بتعلق الرهن به شابه المال المحترم المدفوع وفاء بالإذن من غير ظهور من المالك فعلاً ولا قولاً بالمجانبة .

بل في جامع المقاصد ، ومحكى قواعد الشهيد ، وموضع من التذكرة ، الضمان لو تلف في يد المستعير قبل الرهانة ، بل في الأخير عندنا مشعراً بدعوى الأجماع عليه ، كالمحكى عن ولده من أنه نص الأصحاب على أنها عارية مضمونة ، مضافاً إلى أنه قبضه للإتلاف في دينه ، فهو قبض ضمان ، كالقبض في السوم ، لا أن سبب الضمان الرهن ، ومنه ينقذ حينئذ الضمان لو تلف في يد المستعير بعد الفك ، كما نسب إلى

ظاهر إطلاقهم .

لكن استشكل في الضمان قبل الرهانه في القواعد : بل من موضع آخر من التذكرة استقرب عدم الضمان ، لأنه أمانة ، وإنما ضمن بالرهن للتعرض للإتلاف ، وسببه الرهن ، والمسبب لا يتقدم على السبب ، بل جزم ثانی الشهيدين بعدم الضمان ، ولعل الأول لا يخلو من قوة ، خصوصاً مع القول بالضمان في المال المدفوع إلى رجل لقضاء دينه ، وإن فرق بينهما في الدروس ، بأن هذا إقراض متعين للصرف ، بخلاف المستعار ، فإنه قد لا يصرف في القضاء إلا أنه كما ترى ، على أن المراد التشبيه به في الجملة ، وأقرب شبهها به المقبوض بالسوم ، بل لعل المدرك فيهما واحد عند التأمل .

وعلى كل حال فلا خلاف أجده في عدم ضمان المرتهن للأصل وما دل على عدم ضمان المرتهن الشامل للمقام ، لكن في القواعد « الأقرب عدم الضمان » وهو مشعر باحتماله ، ولعله لأن يده مترتبة على يد المستعير التي قد عرفت ضمانها ، إلا أنه كما ترى ، وأوضح منه فساداً ما عن ولده من توجيهه ، وإن أطنب فيه ، وحكا عنه نفسه كما لا يخفى على من لاحظها ، والمراد بالقيمة التي تضمنها له قيمة يوم التلف ، لأنه ليس أسوأ حالاً من الغاصب .

نعم لو كان التفاوت لنقص في العين ، أتجه ضمان الأعلى لكونه بعضاً مضمونة عليه كالجملة ، وتعذر الرد للغصب ونحوه كالاتلاف كما هو واضح . وعن المبسوط ، والتحرير ، أنه إذا جنى العبد وبيع في الجناية يرجع بقيمته ، وهو كذلك ، إذا اتلاف العبد نفسه كالتلف بأفة في الضمان ، لكن قيل إن ذلك منهما محمول على الغالب من البيع بالقيمة ، ولا بأس به . نعم الظاهر أن للمالك الزام الراهن بالفك في الخطأ بل والعمد مع رضی المجنى عليه بذلك ، ولم يسترقه ولو بالأزيد من قيمته ما لم يصل إلى حد يقبح الإلزام به .

هذا كله في غير البيع بالرهن ، أما هو فإن باعه المرتهن حيث يجوز له ذلك بقيمته رجوع بها على المستعير ، وإن كان بأنقص مما يتغابن بمثله رجوع بها تامة ، ولو بيع بأكثر من ثمن مثله ، كان نه المطالبة بما يبيع به * لأن الثمن ملكه ، وقد

أخذ في الدين ، وفي المسالك وأن ما في المتن أجود مما في القواعد من التعبير بالرجوع بأكثر الأمرين من القيمة وما يبيع به ، لا يهامه إيمان يبعه بدون القيمة ، وهو ممتنع لعدم تصور بيعه على وجه يصح بنقصان من قيمته ؛ بخلاف الزيادة ، لا يمكن اتفاق راغب فيها تزيد عن ثمن المثل ، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريره ، لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله .

وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوى الرغبة أزيد مما بذل فيه ، ويشكل بأن المعتبر 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 يصح البيع .

قلت : يمكن فرضه بما عرفت من البيع بما يتغابن بمثله ، كما أومى إليه في الدروس قال : « ليس للمرتهن بيعه بدون إذن ، إلا أن يكون وكيلاً شرعياً أو وصياً على القولين ، فلو امتنع الراهن من الإذن إذن الحاكم ، ويجب على الراهن بذل المال ، فإن تعذر بوعه ضمن أكثر الأمرين من قيمته ، ولو بيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به ، بطل ، وإن كان يتغابن به كالخمس في المائة صح ، وضمن الراهن النقيصة على قول العارية ، وعلى الضمان لا يرجع ، لأن الضامن يرجع بما غرمه . »

وهو صريح فيما قلناه من ضمان الراهن نقيصة التغابن ، وإن صح البيع ، لكن قديهم أول كلامه اكتفاء المرتهن في صحة البيع بإذن الراهن الذي هو المستعير ، والظاهر اعتبار إذن المالك معه ، وإن كان لا يجوز له الامتناع ، ولو امتنع قام الحاكم مقامه كالراهن المالك ، ومن هنالم يقدح إذنه في البيع في جواز رجوعه بمقدار التغابن ، لأن إذنه باعتبار لزومها عليه ، كعدم الإذن كما هو واضح .

ولو اقتصر المرتهن على إذنه في البيع والوفاء لم يكن له الرجوع على الراهن لأنه كالمتبرع بقضاء الدين حينئذ ، كما أنه لا يصح البيع لو اقتصر على إذن المستعير لعدم كونه مالكا ، والإذن بالرهانة أعم من الإذن في البيع فتأمل جيداً .

وكيف كان فالمعروف بين الأصحاب 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 ، بل في التنقيح الإجماع عليه ، كما عن الإلتصار ذلك أيضاً لكن في خصوص الحمل ، وهو الحجة بعد الأصل ، خلافاً للمحكي عن الإسكافي « فتدخل » وهو واضح الضعف ، بل في التنقيح إن عقد الإجماع بعده على خلافه نعم ربما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك مما هو جزؤه بل عن التذكرة أنه استقر به ، وتردد فيه ، وفي دخول الأس تحت الجدار ، والمغرس تحت الشجرة ، واللبن ، والزرع ، والأغصان في الشجر ، في القواعد .

والظاهر دخول الصوف وشبهه إذالم يكن مستجزاً بل لعله ليس من محل البحث والتردد إذا كان جزءاً مما جعل عنواناً للرهن ، إنما الكلام في المستجز مع كون العنوان الحيوان ، وقد سمعت ما عن التذكرة من الدخول ، نحو ما عن التحرير وجامع المقاصد ، لكونه جزء حقيقة من الحيوان ، وإنما يخرج عن الجزئية بعد الإيفصال وهو قوي ، اللهم إلا أن يدعى تعارف خروجه في عقد الرهن ونحوه .

وأما الأس فإن أريد به بعض الجدار المستور الذي هو أصل البناء ، فقد يقوى دخوله ، لأنه بعض مسمى اللفظ وكونه مستورا غير قاذح ، وإن أريد به موضع الأس كما عساه يؤمى إليه ذكر المغرس بعده ، فالأقوى عدم دخوله ؛ كما عن التذكرة وغاية المرام ، لعدم تناول اللفظ له ؛ ودعوى دلالة عليه بالالتزام على وجه يدخل في الرهانة ممنوعة .

ومنه يعلم الحال في المغرس ؛ واستحقاق المرتنن إبقاءه على الراهن ؛ لتوقف التوثق عليه ؛ أو اسم الجدار مثلاً - لا يقضى بالرهانة ؛ ومنه يعلم عدم دخول الجدران في رهنية السقف ، وإن كان لا يمكن بقاؤه بدونها فتأمل جيداً .

وأما اللبن فقد يقوى عدم دخوله خلافاً للمحكي عن حواشي الشهيد ؛ لعدم دخوله في مسمى اللفظ ؛ وظهور انصراف الرهانة إلى غيره ، ودعوى أنه كالجزء من جملة رطوبات البدن واضحة المنع ، بل لو قيل : بدخوله في البيع والهبة ونحوهما

أمكن الفرق بينهما ، وبين الرهن في ذلك عرفاً ، فلاوجه لبناء المسألة هنا على ذلك ولا إشكال في دخول الأغصان الرطبة ونحوها مما لم تجر العادة بقطعها ، بل عن الايضاح أنه لاخلاف فيه ، 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 ، وحظ الفقيه من ذلك الاجمال مع أنه قد تقدم 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 حينئذ من ذلك كله أنه ﴿إذا رهن النخل لم تدخل الثمرة ، وإن لم تؤبر﴾ لعدم تناول اللفظ لها ، والدخول في البيع ، لدليل مخصوص لا يقتضي به هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ، فلا فرق حينئذ بين ثمرة النخل وغيره ، وخصه هنا تشبيهاً على خلاف بعض العامة ﴿وكذا لو رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل﴾ لعدم تناول اللفظ ﴿ولو قال : بحقوقها﴾ ضرورة عدم كونها من حقوقها ، خلافاً للمحكي عن الشيخ فتدخل حينئذ ، ولا ريب في ضعفه .

فمن الغريب قول المصنف هنا أنه لو قال ذلك ﴿دخل﴾ كل منها ﴿و فيه تردد ، ما لم يصرح﴾ بل لم أجد أحداً غيره تردد فيه . نعم لو قال وما اشتملت عليه ونحو ذلك مما هو صريح في الدخول أو ظاهر كان متجهاً ، وقد تقدم الكلام في نحو ذلك في البيع ﴿وكذا﴾ لا يدخل ﴿ما ينبت في الأرض بعد رهنها سواء أئبته الله سبحانه أو الراهن أو الاجنبي إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بين من تعرض له ، لعدم كونه من نماء الأرض حتى يأتى فيه ما تقدم ، إلا أنه لا يخلو من إشكال في بعض أفرادها ، كالحشيش ونحوه مما يظهر منهم في غير المقام المحكم منهم بملكيتها لصاحب الأرض لأنه نماء أرضه .

نعم هو كذلك في بعض أفرادها مما لا يعد نماء لها ، وإنما هي من معدات وجوده ودعوى أن جميع ما ينبت فيها كذلك لا تخلو عن نظر ، و تحقيق البحث في ذلك في

مقام آخر ، وأما إذا كان الغرس من الشجر المرهون مثلاً فهو باق على الرهنية ، لا أنه يدخل في الأرض من حيث أنه لماء .

وهل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن ؟ احتمله في المسالك ، لأنه تصرف في الرهن وانتفاع به ، وقد يقوى العدم ، لأنه مصلحة له وزيادة في قيمته ، كالسقي والدواء ونحوهما ، نعم لو أضر بالأرض فلا ريب في توقفه على إذنه ، وكذا لو كان الغرس من غير المرهون ، وأطلق في الدروس المنع من الزرع وإن لم تنقص به الأرض حسماً للمادة ، وهو لا يخلو من اشكال ، خصوصاً إذا كان في الزرع مع ذلك مصلحة للأشجار والنخل ، بل ربما يتضرر الرأهن بالترك فتأمل جيداً .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ هل يجبر الرأهن على إزالته ؟ ﴿ أي ما ثبت في الأرض بفعله أو بفعل الله أو بفعل أجنبي ﴾ قيل : ﴿ كما عن المبسوط والتذكرة ﴾ لا ﴿ يجبر على الإزالة ﴾ وقيل ﴿ كما في القواعد ، ومحكي المختلف والإيضاح وغاية المرام ، وجامع المقاصد ، ﴾ نعم ﴿ يجبر على إزالته ﴾ وهو الأشبه ﴿ عند المصنف ، لأن الأبقاء ولو كان الأصل من غيره تصرف منهى عنه ، فهو كالمتناع الموضوع في دار الغير ، وفيه منع عدل مثل ذلك تصرفاً .

ومن هنا مال في المسالك إلى التفصيل بين ما كان من فعله فالأقوى إزالته وبين ما كان من فعل غيره فلا يجب ، قال : ﴿ وقد يفرق بينه وبين المتناع بأن وضع المتناع منه فهو سبب في بقائه بخلاف ما أثبتته الله .

وفيه أنه يمكن أن يريد الأول وضع المتناع من غيره ، فكان اللائق في ردّه التزام عدم وجوب الإزالة فيه أيضاً ، أو إبداء الفرق . كما أن كلمات الأصحاب لا يخلو من إجمال في المقام ، حيث لم يفرقوا بين ما كان للنابت أمد ينتظر كالزرع وعدمه ، خصوصاً إذا كان أمد قبل حلول الدين ، ولا في الإيجاب على الإزالة قبل حلول الدين وبعده ، مع أن المحكي عن الإيضاح ، وغاية المرام ، إيجاب إزالة الزرع عند انتهاء المدّة عادة .

وفي الدروس ، ليس له إلزامه بالإزالة قبل حلول الدين لعدم تعديده ، فإن احتيج إلى البيع قلعه ، فإن بيعاً ففي توزيع الثمن ما تقدم في بيع الأمة ولدها ، ولم يفرقوا أيضاً في الإزالة بين ما كان فيه ضرر على الراهن وعدمه ، وجميع ذلك محل للنظر . ومن هنا أمكن أن يقال إن الإبات إذا كان من فعل الله لم يجبر على القلع في الحال ، لا يمكن أن يؤدي الدين من محل آخر ، وهذا البقاء له لأمته ، فإذا دعت الحاجة إلى البيع فإن قام ثمن الأرض لوبيعت وحدها بالدين لم يستحق القلع ، بل وكذا لو لم يتم ، إلا أنه لم تنقص قيمة الأرض بما ثبت 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 والقرض عدم النفس بذلك عليه أيضاً ، فيباعان ويوزع الثمن عليهما كما أوصى إليه في الدروس ، بل ربما قيل إنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس تعين البيع مع الأرض ولم يجز القلع ، لتعلق حق الغرماء ، وبوزع الثمن عليهم ، فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار حسب النقصان على الغرماء ، لأن حق المرتهن في الأرض فارغة ، وإتاما منع من القلع رعاية لجانبهم ، بل ينقذ من ذلك الإشكال في القلع في بعض الأحوال ، وإن كان الإبات من فعل الراهن كما إذا لم يكن ضرر على المرتهن بوجه من الوجوه ، وخصوصاً إذا أراد القلع قبل حلول الحق ، إذ دعوى أنه ظالم ولا حق لعرقه في نحو ذلك لا يخلو من إشكال وعن التذكرة أنه أطلق عدم الإيجاب على القلع قبل حلول الحق ، لا يمكن قضاء الدين من الغير ، فمن اللازم التأمل في شقوق المسألة في المقام والله أعلم .

❖ ولورهن لفظة مما يلقط كالخيار ، فإن كان الحق محل قبل تجدد الثانية صح ❖ بلا خلاف ولا إشكال ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع ❖ وإن كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز قيل ❖ كما عن المبسوط وموضع من التذكرة ❖ يبطل ❖ لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز ، ولعدم صحة البيع عند الأجل للمجهل .

﴿والوجه أنه لا يبطل﴾ وفقاً للفاضل في غيرها ، وولده والشهيدان ، والمحقق الثاني ، وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، لا يمكن الاستيفاء مع المضايقة من الراهن بالقسمة معه ، واو بالصلح قهراً .

ومنه يعلم اندفاع الثاني ، على أنك قد عرفت سابقاً عدم اعتبار إمكان خصوص البيع في الرهن ، بل يكفي الصلح ، لأن كلاهما طريق لاستيفاء الدين ، مضافاً إلى اعتبار إحراز الشرائط في الرهن حال الرهانة ، والأمور العارضة لا تقدر على تعديل وجود طريق للتخلص ، ولو اشترط القطع عند تجديد الثانية فالظاهر الصحة ، كما عن المبسوط التصريح بها . هذا إذا وقع المزج بعد القبض ، أما لو وقع قبله ، فعن الدروس أن الأقرب الفسخ والبطان ، وهو كذلك ، بناء على اعتبار القبض في الصحة وفرض تعذره ، ﴿وكذا البحث في رهن الخرطة ممّا يخرط والجزء ممّا يجز﴾ والله أعلم .

﴿وإذا جنى العبد﴾ المرهون عمداً تعلقت الجناية برقبته ﴿بلاخلاف ولا إشكال﴾ وكان حق المجنى عليه أولى به ﴿من حق المرتهن المتعلق بالذمة مع العين ، بخلاف حق الجناية المقدم على حق المالك الذي هو أولى من المرتهن ، بل لم يتوقف استيفاؤه على استيذان المالك في جناية العمد ، بخلاف حق الارتهان فلمه حينئذ أن يقتصر فتبطل الرهانة إن كان في النفس ، وإلا اقتصر 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 افتكه المولى ﴿أو غيره﴾ بقى رهناً لا صالة الرهانة ﴿وإن سلمه﴾ ولم يتبرع متبرع في فكه حتى المرتهن ﴿كان للمجنى عليه منه بقدر أرش الجناية ، والباقي رهن ، وإن استوعبت الجناية قيمته ، كان للمجنى عليه أولى به من المرتهن﴾ طاعرت فيسرقه أو يبيعه ، وتبطل الرهانة ، ولو اتفق حصول راغب فيه فزاد ثمنه عن الجناية كان الباقي منه رهناً .

والظاهر أن له الزام المجنى عليه بالبيع ، مع بذل الزيادة ، لتكون رهناً ولو

كان الواجب دون قيمة العبد ، ولكن تعذير بيع البعض أو انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا ، كما لو اضطر الى بيع الرهن ، ولا فرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء ، أو بأمر السيد ، وإن كان مكرها له عندنا ، لعدم التقية في الدعاء ، إلا أنه يحبس المكره حتى يموت .

نعم لو كان العبد غير مميز ، أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع أوامره ، فمن التذكرة وقصاص المبسوط وغيرهما أن الجاني هو السيد ، وعليه القصاص أو الضمان ، بل في الاول لا يتعلق برقبة العبد شيء ، فيبقى رهنا ، وإن كان السيد معسرا ، خلافاً للعجلي وخلاف الشيخ ، فأسقطا القود عن الأمر أيضاً ، إذا كان المأمور صغيراً لعدم قتله ، ويأتى إنشاء الله تعالى تحقيق ذلك في محله .

﴿ ولو جنى على مولاه عمداً ﴾ فإن كانت طرفاً ﴿ اقتصر منه ﴾ لعموم الأدلة وأولية السيد من الأجنبي في ذلك ، لعظم حقه على العبد ، ولا ينافيه عدم القطع بالسرقة ، إذ لعلمه لأنه مشروط بسرقة ما لا شبهة فيه ، والعبد له شبهة في مال سيده ، وهو غير محرز عنه في العادة ﴿ وعلى كل حال فهو ﴾ لا يخرج عن الرهانة ﴿ بذلك للأصل ﴾ ، ولو كانت الجناية نفساً جازاً ﴿ للوارث ﴾ قتله ﴿ وله العفو فيبقى رهنا ، وليس له العفو على مال كالمورث فيبقى رهنا ﴾ أما لو كانت خطأ ﴿ أو عمداً يوجب مالا ﴾ لم يكن لمولاه عليه شيء وبقي رهنا ﴿ لعدم استحقاقه على ماله مالا بخلاف أجده في شيء من ذلك بل ولا إشكال .

﴿ ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك ﴾ مع موت المجنى عليه ﴿ ما ثبت للموروث من القصاص ﴾ قطعاً في نفس أو طرف ﴿ أو انتزاعه ﴾ من الرهانة ﴿ في الخطأ ﴾ أو العمد ﴿ إن استوعبت الجناية قيمته ، أو إطلاقاً مقابل الجناية إن لم تستوعب ﴾ ويبقى الباقي رهنا بخلاف أجده بين من تعرض له ، وكان 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 ابتداء للمجنى عليه ، وإنما ينتقل الحق الى الوارث

من الموروث وإن كانت دية ، لأنها محسوبة من تركته ، يوفى منها دينه ، ونفذ وصاياه
و كما 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
رهنًا قياساً على ما لو كان المال للسيد ابتداء - ضعيف ، لما عرفت من أن الانتقال للسيد
من الموروث ، لأن الدية تنتقل إلى الميت في آخر جزء من أجزاء حياته ولو في جنابة
العمد في قول ، وعلى الأصح فيه ينتقل معوضها الذي هو القصاص ، ولذا حسبت
مطلقاً من تركته ، ففي الحقيقة ملك السيد للعبد بذلك جديد ، غير الملك الأول الذي
كان به رهنًا ، وقد تقدم سابقاً بعض الكلام على هذه المسائل فلاحظ وتأمل .

ولو جنى على عبد مولاة فكالجنابة على مولاة في العمد والخطأ ، إذا لم يكن
المجنى عليه مرهوناً عند غير مرتهن الجاني ، والأجاز له العفو على مال في العمد ،
وهو رقة العبد وتعين عليه ذلك في الخطأ وفيما لا قصاص له من العمد ، ولا يقدح
في ذلك قاعدة عدم استحقاقه على ماله مالا بعد أن كان المسلم منها غير الفرض الذي
لغير تعلق به .

بل قد يقال : إن الاستحقاق فيه في الحقيقة لمرتهن المقتول وإن كان هو يقدم
عليه لو أراد القصاص ، أما مع عدم إرادته فيستحق على العبد القاتل دية المقتول -
لتكون رهنًا ، وليس إلا نفسه فينتزع وتكون رهنًا قهراً ، نحو قيمة الرهن المختلف ،
أو يباع بها وتجعل هي رهنًا ، وليس ذلك بأعظم من جنابة المولى نفسه على المرهون
فإنه يضمن قيمته للمرتهن رهنًا ، وإن كانت الجنابة على ماله .

بل قد يقال بتعين العفو له على مال في الأول أيضاً ، وإن قلنا أن جنابة
العمد توجب القصاص لأحد الأمرين ، إذ الظاهر اختصاص ذلك بالحر دون العبد
الذي صرح غير واحد من الأصحاب بأنه إذا قتل الحر ^(١) عبداً كان المولى مخيراً

(١) هكذا في النسخ . والظاهر - إذا قتل العبد حرّاً .

بين القصاص والاسترقاق ، بل قيل: إنه كذلك قولاً واحداً ، بل الظاهر العاقب جناية الأطراف بالنفس ، و من هنا يظهر لك أنه لا ينبغي بناء جواز العقوله على غير مال ، على القولين المزبورين ، فيصح على الأول ، لأن اختيار المال ضرب من الاكتساب ، ولا يجبر الراهن على ذلك لحق المرتهن ، بل لو عفى مطلقاً لم يثبت المال حينئذ ، ولا يصح على الثاني ، لأن عفو حينئذ كعفو المحجور عليه لفسل لا ينفذ الا فيما لا تعلق فيه للمال ، إذ قد عرفت ان ذلك في الحر .

ثم إن كان الواجب في الجناية أكثر من قيمة القاتل أو مثلها ، فمن الشيخ أنه يباع لأنه ربما رغب فيه راغب ، فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه . و عن بعض العامة و محتمل التحرير ، أنه ينقل عينه إلى مرتهن المجنى عليه ، لعدم الفائدة في بيعه ، و ربما رجح الأول بأن الحق في مالية العبد لأعينه التي لم يجبر الراهن عليها ، وإنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجناية ، وإن كان الواجب الأقل فبالنسبة ، نقلاً أو بيعاً على الوجهين أيضاً .

قلت : إن اتفق الثلاثة على نقل العين أو البيع فلا بحث ، و قد يحتمل صيرورة الزائد رهناً في الأول لو تجددت زيادة قيمته ، والأقوى خلافه مع بطلان رهانته حال النقل ، إذ لا دليل على عودها في المتجدد ، وإن اتفق الراهن و مرتهن المقتول على أحد الأمرين ، لم يكن لراهن القاتل منعها منه ، سواء كان بيعاً أو نقلاً ، إلا إذا وجد الراغب البازل للزيادة على قيمة المقتول ، فله حينئذ الالتزام بالبيع ، أو إبقاء ما قبلها منه رهناً عنده ، ولو اتفق المرتهنان على أحد الأمرين ، كان للراهن مخالفتها لأن حق الجناية له .

واحتمال أن لمرتهن القاتل الالتزام بالبيع - ، لأن الدية المستحقة نقداً و الالتزام بالنقد ، لأن الاستحقاق حينئذ له ، وإلا فالمولى لا يستحق على مملوكه - ضعيف لأن استحقاقه تبع لاستحقاق المولى لو كان غير مالك ، فالمتجه حينئذ كون التخيير بيد المولى في البيع أو النقل ، بناء على ثبوت ذلك للمولى غير الخالك ، و ثبوت حق الرهانة في رقبة الجاني قهراً - لعموم مادل على أن جناية العبد في رقبته ، الشامل

لمثل حق الرهانة - ، لا ينافي ضرورة كون ثبوته مراعى بحق المولى المفروض تخيره بين القصاص ، والنقل للمعين والبيع ، بل الظاهر أن المراد بالبيع الكناية عن قيمة العبد لا خصوص البيع ، وحينئذ فللمولى دفع القيمة لمرتتهن المجنى عليه ، وفك الجاني من الرهانة ، بعد عدم اختياره القصاص أو النقل للرهانة ، والأمر في ذلك كله سهل .

انما الكلام فيما هو ظاهر من تعرض لهذا الفرع من الأصحاب من بطلان رهانة القاتل ، مع أنه لا داعي إليه ، إذ يمكن القول باجتماع الرهانتين ، وإن قدم في الاستيفاء مرتتهن المقتول ، لمكان حق الجناية ، وتظهر الثمرة فيما لو فك منه وفي غيره ، اللهم إلا أن يقال : إنه لما كان القاعدة عدم استحقاق المولى على عبده مالا ، إلا أنه هنا لمكان تعلق حق الارتهان في المقتول كان للمولى حينئذ حكم الأجنبي الذي له الاسترقاق والبيع ، وإبطال حق المرتتهن ، فلما تمعذر الاسترقاق حقيقة بالنسبة إليه لأنه تحصيل الحاصل اعطى لازمه ، وهو الانتزاع وإبطال الرهانة ، ولكن للبحث فيه مجال ، والمسألة غير مخترقة في كلام الأصحاب .

وأما إذا كان المقتول رهنا عند مرتتهن القاتل ، فإن كان على حق واحد فالجناية هدر ، وإن تعدد قيل : وكذا إن تعدد وتساويا جنسا وقدرًا وتساوت القيمتان ، إلا أن يكون دين المقتول أصح وأثبت من دين القاتل ، كأن يكون مستقرا ودين القاتل عوض شيء يرد بعيب أو صداق قبل الدخول ، فله حينئذ النقل أو البيع على أحد الوجهين السابقين للرهانة عليه ، وكذا إن تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل أو في طول الأجل وقصره .

أما إذا انفقا فيه فأما أن يتفقا جنساً وقدرًا ، أو يختلفا ، فإن انفقا واختلف العبدان في القيمة ، وكانت قيمة المقتول أكثر ، فالجناية هدر ، لا لتفاء الفائدة كما لو تساويا ، وإن كانت قيمة القاتل أكثر منه نقل قدر قيمة القاتل إلى دين القاتل ، وبقي الباقي رهنا بما كان .

وإن اختلف الدينان قدرًا لاجنساً ، فإن تساوت قيمة العبدان أو كان القاتل

أكثر قيمة ، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القليل فله التوثق بالقاتل ، لأن التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة ، بخلاف ما لو كان القليل مرهوناً بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ .

وإن كان القليل أقل قيمة كان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في النقل ، وإن كان مرهوناً بأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القليل إلى الدين الآخر ويبقى الباقي رهناً ، وإن اختلف الدينان في الجنس ، فهو كالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل ، هذا حاصل ما ذكره ، و مرجعه إلى حصول الفائدة للمرتهن في نقل الرهانة ، وعدمها إلا أن ما قدمناه سابقاً من البحث آت في المقام ، بل لعله أولى من السابق .

بل قد يشكل أيضاً بأنه لا مدخلية للفائدة وعدمها في النقل القهري للرهانة ، باعتبار اقتضاء الجناية ذلك وله ثمرات ، فإنه بناء على ذلك لو اتفق وفاة دين الجاني بإبراء ونحوه لم يقدح في بقائه رهناً على دين المجنى عليه ، وإن كان مساوياً له في القدر والجنس والحلول مع تساوي قيمتي العبدین ، بخلافه على تقدير عدم انتقال فإنه تمضي الرهانة إلى غير ذلك مما يظهر لك بأدنى تأمل بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون الانتقال إلى الرهانة قهرياً بسبب الجناية .

ثم إن الكلام في نقل العين أو القيمة يأتي مثله هنا أيضاً ، لكن عن التحرير أنه جزم في هذه المواضع بالبيع ، وجعل الثمن رهناً ، ولعله يريد أن له ذلك لا تعيينه بل ربما قطع بكون المراد ذلك ، كما أن ما في القواعد في أصل المسألة يمكن إرادته ما ذكرنا ، وإن أطلق هو ، قال « ولو جنى على عبد مولا ، فكمولاه - أي فكالجناية على مولا - إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن ، فله قتله ويبطل حق المرتهن ، والعفو على مال فيتعلق به حق 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 » .

بناء على أن المراد من المغايرة مجرد عدم كون الدين واحداً ، بل وكذا عبارة الدروس في الاكتفاء بمطلق التغاير ، قال : « ولو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل

الجناية بدلا من المجنى عليه لمرتهنه ، بناء على أن المراد بالاختلاف نحو ذلك ، وقد نقلناها سابقا وجملة من فروع المقام عند البحث في رهانة الجاني والامر سهل والله أعلم .

﴿ ولو أئلف الرهن متلف ﴾ كلاً أو بعضاً ﴿ الزم بقيمته ﴾ ولو الأرض .
 ﴿ وتكون رهنا ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ، لأن حق الرهانة متعلق بالعين وقد جعل لها الشارع بالتلف بدلا ، فيتعلق به كما هو مقتضى البدلية ، ولأن معنى الرهن الاستيثاق بالعين ، ليستوفي الدين من قيمته ، وإن كان العقد إنما جرى على العين ، فوسوسة بعض الناس في هذا الحكم في غير محلها ، بل الحكم ذلك ﴿ ولو ﴾ كان الذي أئلفه المرتهن لعدم دلالة إتلافه على إسقاط حق رهانته ، كما أن عدم ضمان المالك لماله لا يسقط حق المرتهن ، لو كان المتلف المالك كما هو واضح .

﴿ لكن لو كان ﴾ المرتهن ﴿ وكيلاً في الأصل ﴾ على بيع أو غيره ﴿ لم يكن وكيلاً في القيمة ، لأن العقد لم يتناولها ﴾ ولم يكن حق الوكالة من الأمور المتعلقة بالعين على حسب الرهانة ، ولعل الاستبداع كذلك ، كما صرح به في المسالك ، فلم يفرق بين الوكالة على البيع أو على الحفظ في البطلان مع التلف ، لكن في التذكرة وغيرها أن للمعدل حفظ القيمة ، لأنها بدل الرهن ، وله امساك الرهن وحفظه ، والقيمة قائمة مقامه ، وليس له البيع لبطلان وكالته فيه ، وفيه ما عرفت من أن الوكالة منوطة بما عينه المالك الذي يختلف أغراضه في الاستيمان على الأموال ، وبيعها باختلاف الأشخاص ، فقد يستأمن على عين ، ولا يستأمن لمى قيمتها ، وكذا البيع ، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر ، فتأمل جيدا والله أعلم .

﴿ ولو رهن عصيراً ﴾ جاز باختلاف ، بل عن المبسوط الإجماع عليه ، لأنه عين مملوكة يجوز بيعها إجماعاً بقسميه ، واحتمال صيرورته خمراً قبل حلول الحق غير قادح كرهن المريض . نعم لو علم ذلك اتجه المنع ما لم يعلم انقلابه خلا ، والآجاز أيضاً ، بل قد يقال بجواز بدونه ، على نحو ما سمعته في رهن ما يسرع اليه الفساد قبل

الحلول ، فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال ﴿ ف ﴾ إن ﴿ صار خمراً ﴾ في يد المرتهن ﴿ بطل الرهن ﴾ عندنا ، للخروج عن الملكية التي هي شرط صحته ، بخلاف أبي حنيفة فلم يبطل الملك ولا الرهانة ، قياساً على العبد المرتد ، وهو باطل عندنا ، مع أن الفرق بينهما بمعلومية عدم ملك المسلم الخمر ، وعدم جواز التصرف له فيه دون المرتد واضح ، ﴿ ف ﴾ لا ريب في أن التحقيق ما قلنا .

نعم ﴿ لو عاد خلا عاد إلى ملك الراهن ﴾ بخلاف أجده بيننا ، إلا ما نسمعه من المحكي عن أبي الصلاح وهو شاذ ، لرجحانه على غيره بالملك السابق ، واليد المستمرة ، إذ يد المرتهن من آثار يد المالك ، وللسيرة وللإجماع ، بل الضرورة على ملك الخل وجواز اتخاذه ، مع أن العَصِير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة ، على ما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، فلو لم يعد بالخلية إلى الملك لم بملك الخل من اتخذه حينئذ ، مضافاً إلى الشك في اندراج الفرض في المباح الذي يملكه من استولى عليه ، فلا يرد من دخوله في ملك أحد حال تخلله ، ولا ريب في رجحان المالك السابق على غيره ، وإلى غير ذلك مما يظهر من التأمل فيما ذكرناه ، فإذا عاد إلى ملك الراهن عادت الرهانة حينئذ معه ، بخلاف أجده لأن العائد الملك السابق الذي كانت الرهانة متعلقة به ، لا أنه ملكه بسبب جديد .

وفي التذكرة « معنى قولنا يبطل الرهن ، لا يريد به ارتفاع أثره بالكلية ، وإلا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه مادامت الخميرية ثابتة » وتبعه في جامع المقاصد والمسالك ، و المراد أن العلاقة باقية ، لمكان الأولوية ، ففي الحقيقة الرهن و الملك موجودان بالقوة القريبة ، لأن تخلله متوقع ، وإنما الزايل كونه رهناً وملكاً بالفعل لوجود الخميرية المنافية لذلك ، فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك ، أو بتلفه لأعلى جهة الكشف كما عن بعض الشافعية ، فيبين عدم البطلان بالعود خلا والآخر بطلانه بل على إرادة عود حكم الرهانة الأولى ابتداء من دون استئناف عقد رهانة جديداً ،

كما عن بعض آخر من الشافعية .

ولا استبعاد في مشروعية ذلك بعد وقوع النضير له في الشريعة ، كإسلام زوجة الكافر التي تخرج به عن حكم العقد إذا أسلم قبل انقضاء العدة ، وكذا إذا ارتد أحد الزوجين ، بل من نظيره ما إذا اشترى المرتهن عيناً من الراهن بدينه قتلقت قبل القبض ، أو تقايلاً بعده ، بناء على عود الرهانة بانفساخ البيع ، وحاصله أن عقد الرهانة لم يبطل بالخميرية حتى يقال : أنه لا بد من استينافه ، بل الخميرية صارت مانعة من جريان حكم العقد ، فتمت زالت عمل العقد عمله ، ودعوى أن استدامة الملك شرط في صحة العقد ، يمكن منعها خصوصاً مع ملاحظة كلام الأصحاب في المقام ، بل أقصى ما يسلم كونها شرطاً في استمرار حكم العقد ، وحينئذ فمادل على عدم ملك الخمر لا يقتضي فساد الرهانة فتأمل جيداً .

وقد ظهر من ذلك كله أن ما عن أبي الصلاح - من أنه إن صار خمرأً بطلت وثيقة الرهن ووجب إراقته - ضعيف إن أراد بذلك عدم العود إن عادت ، بل وإن أراد عدم جواز إبقائها للتخليل ، إذا الظاهر عدم الخلاف عندنا في جوازه ، وهي المسماة بالخميرة المحترمة ، كما ستسمع .

ثم إن كان الرهن مشروطاً ببيع لم يكن للمرتهن الخيار في الفسخ ، وإن لم يتعقب التخليل ، للوفاء بالشرط ، وكذا إذا لم يقبضه ، بناء على عدم اعتبار القبض في صحة الرهن ، وإن قلنا باعتباره في اللزوم ، وأما على القول بالاعتبار في الصحة ولم يقبضه حتى صار خمرأً فالظاهر البطلان ، لعدم الشرط قبل تمام الرهانة بخلاف أجده بين من قال بشرطية القبض ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، وإن كان قد ناقش هو في ذلك بأنه لا مانع من الصحة مع تخلل الخميرية بين العقد والقبض الذي هو أحد أجزاء السبب ، إذ دعوى - كون الشرط قابلية المورد للرهن من أول العقد إلى حين تمام السبب - لا دليل عليها لكنها مناقشة مقطوع بفسادها بين الأصحاب في جميع القيود المعبر في تمام السبب غيرها ، كالتقاضي في الصرف ، والقبض في المجلس في السلم ، والقبض في الهبة ، وغير ذلك مما هو عندهم كأجزاء العقد التي لا إشكال

في اعتبار الشرطية فيها ، ولتحرير ذلك مقام آخر ، وحينئذ يتخير المرتهن في المقام في فسخ البيع المشروط به ، ولا تعود رهنا يعودها خلا ، كما صرح به في الدروس ، إلا برهانة مستأنفة .

ولو اختلفا في القبض هل كان قبل الخمرية أو بعده ؟ قدم قول مدعي الصحة ، وإن كان الراهن ، كما تقدم البحث في نظائره في المباحث السابقة ، وعن الشيخ أنه تردد في ذلك من البناء على الظاهر ، ومن أن القبض فعل المرتهن ، فيقدم قوله فيه وهو في غير محله .

نعم لو كان الاختلاف في أصل القبض لافي صفته ، كان القول قوله ، لاصالة عدمه ومن ذلك يظهر لك حينئذ ما في التذكرة من أن الأولى في المسألة الأولى تقديم قول المرتهن ، حاكيا له عن الشيخ وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، محتججا عليه بما هو واضح الضعف بأدنى تأمل ، فلاحظ وتأمل .

وفي التذكرة ، أيضا ، ولو انقلب المبيع خمرأ قبل القبض فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلا على ما ذكرنا في انقلاب العيص المرهون خمرأ بعد القبض ، وفيها أيضا في موضع آخر قريب من ذلك ، « وإذا اشترى عيصأ فصار خمرأ في يد البايع وعاد خلا فسد العقد ، ولم يعد ملك المشتري لعوده خلا ، والفرق بينه وبين الرهن ، أن الرهن عاد تبعا لملك الراهن ، وهما هنا يعود ملك البايع لعدم العقد ، ولا يصح أن يتبعه ملك المشتري ، وهو مناف لذلك الكلام فتأمل جيدا . ولعله لا مكان أن يكون ذلك من التلف قبل القبض ، فينفسخ العقد حينئذ ، ولا معنى لعوده ، وإن كان فيه منع واضح كما ستعرف .

❦ و ❦ كيف كان فـ ❦ لو رهن ❦ مسلم ❦ من مسلم خمرأ ، لم يصح ❦ بلا خلاف ولا إشكال ، كما تقدم الكلام فيه ، وفيما إذا وضعه على يذمي أو رهنه عنده أو بالعكس سابقا ، لعدم الملكية التي قد عرفت اشتراطها في الرهن مما تقدم ، وعدم جواز بيع المسلم إياها من غير فرق بين المحترمة وغير المحترمة ❦ فلما انقلب في يده ❦ أي المرتهن ❦ خلا فهو له ❦ لاستيلاء يده عليه ، وليست هي بد الأولى ، إذ الفرض

كون الرهانة فاسدة ، فهو حينئذ حال خليفته مال لأمالك له ، كباقي المباحات يملك حينئذ بالاستيلاء مع النية ، أو بدونها على القولين ، لكن قد يناقش بأن أولوية الأول للملك السابق ، فلا تعارضه يد الثاني بعد ما سمعت سابقا من الشك في كون مثله من المباحات ، وبأن فساد الرهانة لا ينافي كون اليد للأول ، وأن المرتهن من فروعه ، وخصوصا إذا كانت الخمر محترمة ، ولعله لذا قال المصنف : ﴿ على تردد ﴾ بل في جامع المقاصد ، والمسالك أن الأقوى كونها للأول ، إذا كانت محترمة ، بخلاف غير المحترمة ، فإنه لا يد لأحد عليها .

و حينئذ فلو غصبها غاصب فتدخلت في يده كانت ملكا له ، دون المقصوب منه ، بل أطلق في القواعد ، والمحكي عن المبسوط ، والابضاح ، ملكية الغاصب للخمر المتخللة في يده لكن قد يناقش بما سمعت من أولوية الأول بالملك السابق ، بل عن غصب التذكرة ما يظهر منه الاجماع على أن الخمر المتخللة في يد الغاصب للمقصوب منه حيث نسيه إلى مذهبنا ، بل عن غصب الخلاف أنه لا خلاف فيه ، ألهم إلا أن ينزل كلامهما على المحترمة ، لعدم تصور الغصب في غيرها ، إذ لا سلطنة له عليها بخلافها فإن السلطنة ثابتة عليها ويجب ردها ، وبالتخلييل يضمن المثل لو تلف ، فحينئذ يعود الملك للأول بعودها خلا لأن يد الغاصب كعدمها .

ولعل الأقوى صيرورتها ملكا للأول على كل حال بالتخلل ، للأولوية التي مبناه حصول المانع للسبب في بعض الأزمنة ، فيبقى الباقي على مقتضى عمله فيه ، نحو ما سمعته في العصور المرهون المنقلب خمرا ثم خلا ، ضرورة كون الجميع من واد واحد ، فإن السبب الذي اقتضى الملك قبل الخمرية باق على حسب استعداده ، وإنما منعه حال الخمرية مادامت ، باعتبار ما دل على عدم ملكها الذي لا يقتضى بطلان أصل السبب ، بل أقصاه بطلان أثره مادام المانع ، فإذا زال عمل المقتضى مقتضاه .

ومن هنالم يشترط في ملكية الأول حصول يده عليه ، لأن المملك له هو السبب الأول لا يده ، وحينئذ فلا فرق بين المحترمة وغيرها ، وبين المأخوذة قهراً من يده إذا

فرض تضللها وغيرها .

وبؤيد ذلك ما نسمعه إنشاء الله من عدم الخلاف في أنه لو غصب عصيراً فصار خمرأ في يد الفاصب ثم صار خلاً يعود على ملك الأول ، ليس إلا لما ذكرناه ، ومنه يعلم الوجه فيما ذكره في التذكرة أولاً ، فإنه لما صار خمرأ في يد البائع لم يبطل أصل السبب ، بل بطل حكمه ، في أن الخمرية ، وهو ما سمعته في الرهانة ، وفي إسلام أحد الزوجين ، فلمّا زال المانع عمل السبب عمله .

وأما احتمال أنه من التلف قبل القبض ، فيدفعه منع كونه تلفاً حقيقة ، بل ولا حكماً بعد فرض العود إلى الخلّة ، 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 خلا ، ضرورة كونه كتعليق السبب المعلوم بطلانه ، فانضح أن صحة مائع الاستدامة لا يستلزم الصحة في الابتداء . كما أنه اتضح بهذا التحقيق ما في جملة من الكلمات التي هي غير محرّرة ﴿ و ﴾ لا منقحة ، حتى ما في المتن تحقيق كالمبيوتر علوم ردي

نعم ليس ﴿ كذا ﴾ لك ﴿ لو جمع ﴾ جامع ﴿ خمرأ مراقا ﴾ فتخللت في يده إذ الظاهر كونها ملكاً للثاني بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له ، دون الأول ، لا سقاط حق أولويته منها بالإراقة الظاهرة في الإعراض الذي يزيل حكم الملك الذي هو أقوى من الحق المزبور ، ولا يقدر حرمة الجمع على الجامع ، إذ ليس حكمنا بملكه للجمع المزبور ، بل لاستيلائه على العين حال التخليل الذي صارت به مالا بلا مالك ، لتكون كالمباحاة ، مع أن الظاهر عدم الحرمة لو أراد الجمع للتخليل ، فإن الظاهر صحة ابقائها وحفظها لذلك ، ومن ثم سميت محترمة : أي يحرم غصبها وإتلافها على من في يده .

بل في المسالك لولا احترامها لأدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل ، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة ، وبحوء في جامع المقاصد والتذكرة ، قال في الأخير : « الخمر قسمان ، محترمة : وهي التي اتخذ عصيرها لبصير خلا ، وإنما

كانت محترمة ، لأن اتخاذ الخلّ جازر إجماعاً ، والعصير لا ينقلب إلى الحموضة إلاّ بتوسط الشدة ، فلو لم تحرم وأريقّت في تلك الحال لتعدّر اتخاذ الخل ، والثاني : غير محترمة : وهي التي اتخذ عصيرها لغرض الخمرية .

وقد استفاد بعض مشايخنا من هذه العبارات أنه لا بد من سبق الخمرية للخلّ في عصير التمر وغيره ، بل قال : ليس المراد من العصير ما استخرج ماؤه بالعصر ، بل هو أعم منه فحينئذ ما يستعمله الناس من خلّ التمر والزبيب لا يجوز استعماله إذا اشتدّ قبل الحموضة ، ولنا معه بحث ذكرناه في غير المقام ، وعلى كل حال فما يظهر من المصنف من التردد في كون المفروض ملكاً للجامع في غير محله ، كالاتكال عن التحرير أولاً ، وقد بان من ذلك كله الفرق بين الجامع والغاصب ، فيملك في الأول دون الثاني على الأصح .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ليس كذلك لو غصب عصيراً ﴾ فصار خمرًا في يده ثم تخلل كذلك ، فانه لا خلاف كما في المسالك ومحكي غاية المرام في عدم ملكية الغاصب له ، بل هو ملك للمقصوب منه ، فيرجعه إليه ، ويرجع أرش النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصير ، بل الظاهر وجوب دفعه إليه في حال الخمرية ، لا ولو يته ، وإمكان إرادة تخليله ، إلا أن يعلم إرادته منه الشرب ، فلا يجوز ، ويردّ معه مثل العصير ، لا إمكان عدم انقلابه خلا ، فإذا عاد ردّه إليه ، لأنه قد عاد ملكه إليه ، وإن تغيرت صورته ، وتام الكلام يأتي في باب الغصب إنشاء الله .

ثم ليعلم أن الخمر قد يذكر ، كما عن القاموس وغيره ، بل ظاهر المحكي عن المصباح المنير : أنهما على حد سواء ، قال : الخمر معروفة يذكر ويؤث ، فيقال : هو الخمر ، وهي الخمر ، وقال الأصمعي : الخمر اثني وأنكر التذكير ، كما أن ظاهره إختصاص الانكار بالأصمعي المحجوج بنقل المثبت ، بل تذكير المصنف والفاضل وغيرهما من الاساطين الضابطين شاهد على خلافه أيضاً ، والأمر سهل .

﴿ ولو رهنه بيضة ﴾ فاحضنها فصارت في يده فرخا كان الملك والرهن باقيين ،

وكذا لو رهنه حباً فزرعه ﴿ بلا إشكال في كل منهما ، أما الاول فلأن هذه الاشياء نتيجة ماله ، ومادتها له ، فلم تخرج عن ملكه بالتغيير ، والاستحالات المتجددة صفات حاصلة فيهما ، وحصل بسببها استعدادات مختلفة ، لتكوينات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له ، والأرض والماء والاحضان ونحوها من المعدات التي لا تخرج المادة عن ملك صاحبها .

وأما الثاني : فلأن الرهن تابع للمعين كيفما تغيرت وتنقلت ، إذ هو مشابه لصفة الملك في ذلك ، وليس معلقاً على اسم البيضة والحب حتى يزول بزوال الاسم ، كما هو واضح ، بل ليس ذا من مسألة النماءات التي فيها البحث السابق ، بل هو كسمن الدابة ويحويه مما لا إشكال في تعلق الرهن به ، واحتمال تعلق الرهن بمقدار الحب من الزرع وغيره ظاهر الفساد ، بل لاخلاف أجده في شيء من ذلك إلا ما يحكى عن الشيخ وبعض العامة من تسبب هذه التغييرات الملك للقابض ، تنزيلاً للمعين منزلة التلف ، فغايبته ضمان المثل أو القيمة ، وضعفه واضح ، كما هو محرز في باب الغصب والله أعلم .

﴿ وإذا رهن اثنان عبداً بينهما بدين عليهما ، كانت حصة كل واحد منهما رهنا بدينه ﴾ مع الاطلاق ﴿ فاذا أداه صارت حصته طلقاً ، وإن بقيت حصة الآخر ﴾ رهنا ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً عند قول المصنف : ولو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر ، إلى آخر البحث فلاحظ وتأمل .

المقصد الثالث

من المقاصد التي استدعاهها البحث في لواحق كتاب الرهن ﴿ في النزاع الواقع فيه ﴾ .

وان تقدم بعضها في مطاوي الأبحاث السابقة ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه مسائل : الأولى : إذا رهن مشاعا ﴾ وأذن للمرتهن في قبضه واستدانة يده عليه ﴿ وتشاح الشريك والمرتهن في امساكه ﴾ للرهانة ولو من حيث إذن الراهن له في ذلك أو للاستيمان ﴿ انتزعه الحاكم ﴾ وقبضه لهما بنفسه ، أو نصب عدلا يكون في يده لهما ، بل قد يقال : بجواز نصب أحدهما لذلك ، لكن لا يخلو من اشكال ، 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 حاكما من الشارع ذلك ، ضرورة أن الحاكم هو المعد لقطع امثال هذه المنازعات المتوقفة على تحوذلك ، وإن كان موضوعه حال طلب كل منهما انقطاعه ، لكن لا يكون الحاكم في ذلك فرع إذنهما على وجه يكون له حكم الماذون ، بل قد يقال : لا حاجة إلى إذن الراهن .

لكن في المسالك فإن الحاكم ينصب له عدلا لقبضه عن الرهن ، وليكن بإذن الراهن ، والامانة ، ولعل إطلاق الاصحاب على خلافه . نعم لو أن الراهن شرط في عقد الرهانة القبض بنفسه ، أمكن حينئذ الحكم باتفاقها بالتشاح ، وقد يظهر من لفظ النصب في جملة من عبارات الاصحاب كون العدل قيما 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 والاستيمان عليه ، بل لعل الظاهر أن الحاكم من حيث الحكومة المعد لقطع النزاع انتزاعه منهما ونصب أمين عليه ، وإن اتفقاً على عدم الرضا بذلك مالم يتفقا على ما

يحصل به قطع النزاع بينهما ، والأصل في ذلك وغيره من الأحكام المتصورة في المقام قوله **عَلَيْهِمَا** ^(١) « فإِنِّي قد جعلته عليكم حاكماً » إذ الحاكم هو المعد 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 فتشاحتهما لا معصية فيه من أحدهما ، وربما تكون المصلحة لكل منهما في عدم استيمان الآخر ، بل ربما يكون ضرر على كل منهما بذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال فإذا انتزعه منهما ﴿ آجره ﴾ إن كان له أجره ﴿ ولو على بعض الشركاء على إشكال ، مدة لا تزيد عن أخذ الحق لإبرضا المرتهن وإجازته ، ثم قسمها بينهما بموجب الشركة ﴾ ان طلبوا استيجاره ، فإن لم يطلبه أحد منهم أبقاء من دون إجارة ، وإن طلبه أحد الشريكين دون الآخر هايا بينهما ، فيؤجره في مدة الطالب دون الآخر ، وإن طلبه المرتهن توقف على إذن الراهن وكذا العكس ، والأجرة تكون بين المرتهن والشريك بناء على تبعية مثل هذا النماء للرهن ﴿ وإلا ﴾ كانت بين الشريكين .

وإن لم تكن له أجره أولم يريدوا استيجاره جعله عنده أمانة أو ﴿ استأمن عليه من شاء ﴾ ولو أحدهما على اشكال ، وقد عرفت ان له فعل ذلك كله ﴿ قطعاً للمنازعة ﴾ المنصوب لحسمها وما شابهها ، بل الظاهر أن له الالتزام بالقسمة فيما يقسم ، والبيع في غيره ونحو ذلك ، مع توقف قطعها عليه ، بل قد يحتمل جواز ذلك له وإن لم يتوقف ، لأنه مخير في أفراد القطع والفرض ان ذلك أحدهما ، لكن يقوى العدم فيقتصر في القطع على أقل الأفراد ضرراً عليهما ، وأقلها مخالفة للمضوابط .

وتحرير هذه الجملة محتاج إلى بسط في الكلام ، وليس هذا محله ، خصوصاً بالنسبة إلى ثبوت ولاية الحاكم في نحو المقام الذي يكون فيه القبض شرطاً في الصحة ،

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 إقتراحاً مع فرض عدم معصية من أحدهما في دعواه منه أيضاً ، وإن كان ظاهر الأصحاب في المقام و نظائره ذلك ، لاطلاق الأدلة في كونه منصوباً لذلك ، ولأن مجاري الأمور بيده ، و أولويته من الحكمين في نزاع الزوجين وغير ذلك ، والله العالم .

المسألة الثانية : إذا مات المرتهن أثقل حق الرهانة الى الوارث **❦** بلاخلاف ولا إشكال **❦** فإن امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك **❦** وإن كان المرتهن مؤتمناً سابقاً لبطلان ذلك بالموت **❦** فإن اتفقا على أمين وإلا استأمن عليه الحاكم **❦** كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً في آخر الفصل الخامس وغيره ، بل تقدم الآن في المسألة السابقة ماله تعلق به في الجملة . كما لا يخفى .

المسألة الثالثة : إذا فرط في الرهن **❦** أو تعدى فيه ضمنه بلاخلاف ولا إشكال ، فإن كان مثلياً **❦** وتلف **❦** لزمه مثله . فإن تعذر فقيمته عند الأداء أو التلف . أو الأعلى على ما تقدم سابقاً في باب القرض وغيره من نظائر المسألة ، وإن كان قيمياً **❦** لزمته قيمته **❦** إلا أن المصنف على أنها **❦** يوم قبضه **❦** ولم نعرفه لغيره ، بل عن جماعة الاعتراف بمجهولية فائله ، وإن أرسله في القواعد ، وربما أراد المصنف ، كما أنه لم نعرف له وجها يعتد به ، ضرورة عدم كون العين مضمونة قبل التفريط .

لكن في المسالك « حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه ، مبني على أن القيمي يضمن بمثله » وقد أخذ ذلك من الدروس حيث قال : « والمعتبر بالقيمة يوم التلف » وقال ابن الجنييد : « الأعلى من التلف الى الحكم عليه بالقيمة » ويلوح من المحقق أن الاعتبار بالقيمة يوم القبض ، بناء على أن القيمي يضمن بمثله ، وفي كلام ابن الجنييد إيماء اليه ، وفيهما معا - بعد الإغضاء عن إرادة المثل من القيمة في كلام المصنف إلا أن يحمل على تعذر المثل ، وفيه ما لا يخفى أيضاً - أن 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 ، لأنه ثم لم يكن مضموناً ، فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان ، وهو كذلك ، فلو كان الرهن يوم القبض سميناً فهزل قبل التفريط ثم فرط فيه ضمنه بمثله الصوري من يوم التفريط لا القبض كما هو واضح ، و دعوى أن التفريط يوجب رد المقبوض يوم القبض ، كما ترى ، مع أنه لا تخص القول بضمان القيمى بمثله .

وبالجملة هذا القول على كل حال في غاية الضعف ، ومثله في ذلك القول بضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف ، وإن قال في المسالك : « أنه نسب إلى الشيخ في المبسوط » بل عن الصيمري أنه قول مشهور ، نقله فخر الدين و اختاره ، بل في الرياض « أنه مشهور في المصنفات ولعله أحوط و أجود ، إما لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الأحوال ، أو لاقتضاء الشغل الذمة اليقينية البراءة كذلك ، ولا نحصل إلا بذلك » . لكن فيه ما عرفت من أنه لا وجه لضمان القيمة قبل حصول سبب الضمان ، والمشابهة للغاصب إنما تحصل بالتفريط لا قبله ، والبراءة اليقينية أو ما بمنزلتها نحصل بمادل على ضمانه يوم التلف ، على أن الظاهر عدم كون المقام مما يجب فيه يقين البراءة لعدم الإجمال في موضوع التكليف ، بل هو من الشك في الأقل والاكثر ، مع عدم توقف صحة الأول على الثاني ، فأصل البراءة محكم في نفسه إذ هو كالشك في شغل الذمة لشخص بالأقل أو الاكثر ، وكالشك في وجوب قضاء فريضة عليه أو أزيد ونحو ذلك ، فلا ريب حينئذ في ضعف هذا القول ، و مشاركته في عدم المستند للأول ،

وأضعف منهما ما عن الاسكافي من أنه أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه أو إلى المطالبة بها كما في نقل آخر عنه ، ولعلمها بمعنى ، كما أن فسادهما معاً على تقدير اختلافهما واضح ، ضرورة تعلق الضمان حال التلف من غير مدخلة للمطالبة أو حكم الحاكم . نعم قد يقوى ضمان أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف ، كما عن المختلف والصيمري وابن قهد . لأنه حينئذ كالغاصب ، ولتضرر المالك بما فات في يده من تفاوت القيمة .

﴿و﴾ لكن الأقوى منه ما ﴿قيل :﴾ من أن ضمانه بقيمته ﴿يوم هلاكه﴾ بل لعله خيرة الأكثر كما اعترف به في المسالك ، لأنه يوم الانتقال ، إذ قبله كان الخطاب منحصر في رد العين ، و عدم المنافاة بين انحصار الحق في العين قبل التلف و انتقال قيمتها قبله إلى الذمة بعده لا يكون مقتضيا لذلك ، والمحكم في الغاصب ممنوع فضلا عن المقام ، كمنع ضمان مثل هذا الضرر ، ولذا لا يضمن لو رد العين نفسها ف كذا ما أقامه الشارع مقامها الذي هو في الحقيقة طريق تأدية لها . نعم لو كانت التفاوت بسبب نقص في العين قد حصل في يده بعد التفريط ، اتجه 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 وغيره من أنه ﴿قيل :﴾ يضمن ﴿أعلى القيم﴾ يرجع إلى أحد الأقوال السابقة إذ لا معنى له بدون التنزيل على أحدها ، وقدمر تمام الكلام في نظاير المسألة ، و يأتي إنشاء الله تعالى في باب الغصب .

﴿فلو اختلفا﴾ أي الرهن والمرتهن ﴿في القيمة﴾ المضمونة بالتفريط ﴿فالقول قول الراهن﴾ عند الأكثر كما في الدروس ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، مؤيدا بحكاية عن الشيخين و القاضي و الديلمي و التقى و ابن حمزة لأن المرتهن خائن بتفريطه ، فلا يقبل قوله وفيه أن قبول قوله لا ينكاهه ، لا من حيث أمانيه التي ارتفعت بخيائته ﴿و﴾ من هنا ﴿قيل القول قول المرتهن﴾ لأصاله البراءة من الزائد ، فيكون منكرا عليه اليمين ، وعلى الراهن المدعى البيينة كما هو مضمون النبوي ﴿و﴾ لا ريب في أنه ﴿هو الأشبه﴾ وفاقا للشهيدين والمحكي عن الحلبي والفاضل وكثير من المتأخرين . نعم القول قول الراهن في دعوى قلته لو كان هو المتلف للرهن ، و أراد المرتهن القيمة منه ، تكون رهنا ، فادعى عليه زيادتها ، لكون الأصل معه ، فيكون منكرا عليه اليمين ، والمرتهن المدعى عليه البيينة ، ولو كان المتلف أجنبيا و صدقه الراهن في دعوى القاة لم يكن للمرتهن سبيل عليه ، مع احتمال توجه اليمين له عليه ، باعتبار تعلق حق الرهانة بها ، والله أعلم .

المسألة الرابعة لو اختلفا فيما على الرهن ﴿قلة وكثرة مع اتحاد الدين

وتعدده ، و إن انفقا على شغل الذمة ﴿ كان القول قول الراهن ، وقيل : ﴾ والقائل الاسكافي ﴿ القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن ، والأول أشهر ﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة ، بل عن ابني زهرة وادريس الاجماع عليه ، ولعله كذلك ، لعدم قدح خلافه فيه ، وهو الحجة .

مضافا إلى قاعدة المدعى 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 .

وإلى صحيح محمد بن مسلم ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما فيه ، فادعى الذي عنده الرهن أنه بالف ، فقال صاحب الرهن : إنه بمائة قال : البينة على الذي عنده الرهن أنه بالف ، وإن لم يكن عنده بينة فعلى الراهن اليمين » .

وموثقة ابن أبي يعفور ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما : رهنه بألف ، وقال الآخر : بمائة درهم ؟ فقال : يسئل صاحب الألف البينة ، فإن لم يكن بينة ، حلف صاحب المائة » .

وموثق عبید بن زرارة ^(٣) عنه أيضا في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما ، فادعى الذي عنده الرهن أنه بالف فإن لم يكن عنده بينة ، فعلى الذي له الرهن اليمين أنه بمائة .

فلا محيص حينئذ عن المشهور ، خصوصا مع عدم دليل للاسكافي صالح لمعارضة ما سمعت ، إذ ليس إلا موافقة الظاهر في بعض الافراد الذي لا عبرة به في مقابلة ما سمعت .

وخبر السكوني ^(٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن ؟ فقال الراهن : هو بكذا وكذا ، وقال المرتهن : هو بأكثر ؟ قال

على عليه السلام ، يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن ، لأنه أمينه الضعيف سنداً موافق لأحد قولي العامة ، المخالف للمتواتر كما في جامع المقاصد المحتمل لما عن الشيخ من أن الأولى للراهن أن يصدق المرتهن .

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 ، فهو مخالف حينئذ 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 بيمينه . باعتبار اشتغالها على مفهوم الغاية القاضي بخروج دعوى الاحاطة عن حكم دعوى غيرها ، وعلى مفهوم الشرط القاضي بدخولها . وعلى كل حال فالمذهب ، الأول ، بل لو زاد 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 ، بل يمكن دعوى الضرورة حينئذ على خلافه والله أعلم .

المسألة الخامسة: لو اختلفا في متاع فقال أحدهما **﴿ هو المالك ﴾** أي المالك **﴿ هو ودبعة ﴾** عندك **﴿ و قال الممسك هو رهن ف - ﴾** المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل ربما استظهر من نافع المصنف الإجماع عليه أن **﴿ القول قول المالك و قيل : ﴾** و القائل الصدوق ، والشيخ ، في المحكي عن مفتح الأول ، واستبصار الثاني ، القول : **﴿ قول الممسك ، والأول أشبه ﴾** بأصول المذهب وقواعده ، لأنه منكر باعتبار موافقة قوله لأصالة عدم الإرتهان .

وفي موثق اسحاق بن عمار ^(١) عن الصادق عليه السلام في الاختلاف في الودبعة والقرض **﴿ أن القول قول صاحب المال مع يمينه ، وخصوص المورد لا يخص الوارد ،**

فیستفاد منه حیثئذ أصالة عدم الحكم بمال الإنسان بغير قوله ، وإن كان مدعياً ، فضلاً عما نحن فيه ، مما هو مدعى علیه ، اللهم إلا أن يقال إن ما فيه مبنى على أصالة الضمان في اليد ، حتى يقوم خلافه ، لأعلى الأصل المزبور الشامل للمقام ، فلا يكون شاهداً له ، وفيه بحث .

وعلى كل حال فقد يؤيد ما نحن فيه أيضاً الخبر المتقدم ^(١) سابقاً في مسألة استيفاء المرتهن الدين مما في يده إذا خاف جحود الوارث لو أقر بالرهانة ، ضرورة ظهوره في أن القول قول الوارث مع الإقرار لا قوله ، وإن كان المال في يده فلا حظ وتأمل . كل ذلك - مضافاً إلى خصوص صحيح ابن مسلم ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجل رهن عند صاحبه رهناً ، فقال الذي عنده الرهن : ارهنته عندي بكذا وكذا ، وقال الآخر : إنما هو عندك ودیعة ، فقال : البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا ، فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين » لكن حمله الشيخ على صورة النزاع في الدين ، لا الرهن ، فقال : إنما قال : عليه البينة على مقدار الدين الذي ارهنته به ، لأعلى أصل الرهن ، وحيثئذ قيمته المالك مع تعذر البينة على نفي الدين ، ومقتضاه أن محل النزاع صورة الاتفاق على الدين ، ولكن اختلفا في الرهانة عليه ، والودیعة . فلا يكون المحكي عن ابن حمزة - من التفصيل بين اعتراف صاحب المتاع بالدين فالقول قول الممسك وعدمه فالقول قول المالك - قولاً ثالثاً في المسئلة منشؤه الجمع بين الصحيح المتقدم وبين خبر عبادة بن صهيب ^(٣) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يدرجلين أحدهما يقول : استودعته ، والآخر يقول هو رهن ؟ فقال : القول قول الذي يقول أنه رهن عندي ، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود ، وموثق ابن أبي يعفور ^(٤) عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره سابقاً : قال : « وإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر واختلفا ، فقال أحدهما : هو رهن ، وقال الآخر هو ودیعة ؟ قال : على صاحب الودیعة البينة ، فإن لم يكن بينة حلف صاحب الرهن » .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ - .

(٢-٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ٣ - .

وصحيح أبان^(١) الموافق في المتن للموثق المزبور ، حتى ظن في الحدائق أنهما خبر واحد منكرًا بذلك على ما حكاه عن صاحب الكفاية من عدّهما خبرين ، لكن فيه أنه هو قد اعترف بأن الصدوق رواء عن فضالة عن أبان عن الصادق عليه السلام ، وأن طريقه إلى فضالة صحيح ، وأن الشيخ روى الأول بسنده عن أبان عن ابن أبي يعفور ، وبذلك يكونان خبرين ، وإن اتحد متنيهما .

وكيف كان ففيه - مع أنه لا شاهد لهذا الجمع أولاً - أنه فرع المقاومة المفقودة في المقام ، لا للضعف سنداً ، لما عرفت من أن فيهما الموثق والصحيح ، ولكن لندرة العامل ، بخلاف الأول الذي قد عرفت عظم شهرته ، ولا اعتضاده بما عرفت من القواعد وغيرها ، ودعوى - اعتضاد هذه بظهور كونه رهناً بعد الاعتراف بالدين - واضحة المنع ، مع أنه على تسليمها لائساوي ما اعتضد به الأول ، خصوصاً ما قيل : من موافقة هذه للتقية أيضاً ، وأضعف من ذلك ما يحكى عن ابن الجنيد من الجمع بينها بالتفصيل أيضاً بين صورتي اعتراف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الأمانة ثم صار رهناً فالقول قول المالك ، وصورة دعواه الرهانة ابتداء فالقول قوله ، إذ هو كما ترى ، وقد ظهر من ذلك كله أنه لا محيص عن المشهور ، وإن وسوس فيه بعض متأخري المتأخرين ، بل جزم بخلافه آخر ترجيحاً للنصوص المزبورة على الصحيح الأول ، إلا أن خلافه غير قادح ، بعد أن كان منشؤه اختلال الطريقة ، بل ربما افاد المشهور قوة و الله أعلم .

المسألة السادسة : إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ، ثم اختلفا فقال المرتهن : رجعت قبل البيع ، وقال الراهن : رجعت **﴿ بعد ما كان القول قول المرتهن ﴾** عند المشهور بين الأصحاب بل في جامع المقاصد نسبتة اليهم شعراً بدعوى الإجماع ، خصوصاً مع قوله أنه ينبغي الوقوف معهم . وإن كان الدليل يقتضى خلافه ، **﴿ ترجيحاً بجانب الوثيقة ﴾** المستصحب بقاؤها إلى أن يعلم المزيد . ، وليس ، لأن الأذن في البيع غير مسقط لها ، وإما المسقط لها البيع المأذون فيه ، ولم يثبت **﴿ إذ الدعويان متكافئان ﴾** لأن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع و الأصل عدمه ، و المرتهن بالعكس ،

و الأصل عدمه ، فإن كلاهما حادث ، و الأصل تأخره ، و الاقتران أيضاً حادث و الأصل عدمه ، مع انه لو حكم به هنا لاقتضى فساد البيع .

و على كل حال يبقى استصحاب الرهانة سالماً عن المعارض ، ودعوى - معارضته بأصالة صحة البيع المعلوم وقوعه ، فيتساقطان ، و يبقى مع الراهن ملكية المرهون ، وتسلط الناس على أموالهم - يدفعها أن أصالة صحة العقد مترتبة على سبقه بالأذن ، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد ، بخلاف استصحاب الوثيقة ، فإنه باعتبار معلومية حصولها صحيحة سابقاً ، إنما يكون الشك في طرو المبطّل لها ، فيكفى 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 و إن 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 يدخل بصحته ، إلا كون الرجوع قبله ، و يكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك ، و الاستناد إلى أن الأصل بقاء الأذن السابق ، لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه ، لتأثير المقتضى و إلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية ، إذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع ، و هو معلوم البطلان ، فإن من صلى مراعيًا للأفعال و الشرائط ، يكفي في صحة صلاته الاستناد إلى أصالة عدم طرو النجاسة على ثوبه و بدنه الطاهرين ، و إن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعاً .

هذا مع اعتضاده بأن الأصل في البيع الصحة و اللزوم ، و حيث تحقق الناقل عن الأصل المزبور امتنع التمسك به ، و خرج عن كونه حجة ، كأصل الطهارة بعد ثبوت المقتضى للتنجيس مثلاً ، فإنه لا يتمسك به ، و حينئذ فينتفى حكم كل من الأصلين اللذين ذكروهما ، على أن ما ذكرناه في الاستدلال إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصلين المزبورين ، و الانحصار فيهما وفي الأصل الثالث الذي ذكرناه ، وليس

كذلك ، فإن لنا أصلاً آخر من هذا الجانب ، وهو أن الأصل في البيع الصحة واللزوم ووجوب الوفاء بالعقد .

لأنه كما ترى مبنى على أن الشك في صحة العقد إنما وقع في المانع الذي هو الرجوع قبل البيع ، لا في حصول الشرط الذي هو الإذن ، وقد عرفت ما فيه ، و إلى ذلك يرجع ما في المسالك من دفعه ، فإنه قال : « لانسلم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية ، لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن ، و حصوله غير معلوم ، و تنقيح ذلك أن الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا ، 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 ، و معلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه ، بل لا بد من العلم بحصوله ، ليرتب عليه المشروط ، ولو بطريق الاستصحاب ، كالصلوة مع تيقن الطهارة سابقا ، و الشك في بقائها الآن ، و الأمر هنا كذلك ، فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ، ويستصحب الآن ، و الشرط المقتضى لصحة البيع غير معلوم الوقوع في زمان البيع ، لا باليقين ولا بالاستصحاب ، فيرجح جانب الوثيقة كما ذكرناه . »

لكن فيه أولا : أنه لا ريب في كون الشرط هنا بعد تحقق الإذن عدم الرجوع بها الذي هو لازم بقائها ، و يكفي ما ذكرناه من أصالة عدم و الاستصحاب في إثباته ، إلا أنه لو كان النزاع في الرجوع وعدمه ، لافيما إذا كان النزاع في أنه قبل البيع أو بعده كما هو الفرض ، ضرورة معارضة أصالة عدم كونه قبله حينئذ ، بأصالة عدم كون البيع قبله ، كما أن استصحاب بقاء الإذن لا يمكنه أن يفيد المقارنة للبيع حينئذ ، لاحتمال تخلل الرجوع الذي قد عرفت معارضة أصالة عدمه ، لأصالة عدم تخلل البيع بين الإذن و الرجوع ، فاستصحاب بقاء الإذن حينئذ الذي لازمه عدم الرجوع ، كاستصحاب بقاء المال الذي لازمه عدم البيع كما هو واضح ، فكان الذي ينبغي توجيهِ الرد بذلك ، لا بأن الشك في الشرط لا المانع ، فتأمل جيدا .

و ثانياً : أنه لا ريب في الحكم بحصول الشرائط بعد وقوع الفعل ، و إن كان

الأصل يقتضى عدمها ، كما لو شك في الطهارة أو الاستقبال أو التستر أو نحو ذلك بعد الصلوة ، خصوصاً إذا كان أصلها ثابتاً كما لو تيقن الحدث بعد الفراغ من الصلوة ، ولكن لا يعلم سبقه عليها أو بالعكس ، فقوله إن الشرائط لا بد من احرازها بيقين أو باستصحاب ، إن أراد به قبل التلبس بالفعل ، فهو مسلم ، ولكنه غير ما نحن فيه ، وإن أراد بعده ، فهو واضح المنع ، ضرورة إقتضاء 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 مأذوناً أولاً؟ فإنه يحكم بصحة فعله ، ولا يكلف بالأعادة ، وكذا لو شك بعد البيع هل كان مأذوناً أولاً؟ .

نعم أصل صحة الفعل لا يسقط بها حق غير الفاعل إذا أنكر ، فللمالك الأجرة في المثال ، و يحكم بعود المال لو كان موجوداً لوباعه ، لأن أصالة صحة فعله لا تقتضى 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 بإذنه ، 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 تراب الأثر وعدمه ، ودعوى - تساقطهما والرجوع إلى الأمر بالوفاء بالعقود الذي هو غير أصل الصحة ضرورة شموله لما لم يحكم بصحته وفساده ، بعد الانعضاء عما فيها - يدفعه أنه شامل ، لعقد الرهن أيضاً ، فيكون مخاطباً بالوفاء به .

نعم لو كان النزاع في أصل الرجوع وعدمه اتجه الحكم بصحة البيع ، ونفى الرجوع بالأصل ، واستصحاب بقاء الإذن ، ودعوى أن الفرض من ذلك - إذ قول الراهن رجعت بعد البيع كلام أجنبي ، لامدخلية له في الدعوى ، وإنما العمدة قوله لم ترجع قبل البيع ، فهو منكر والمرتهن مدع - يدفعها أنها ليست بأولى من العكس ،

إذ قول المرتهن بعث بعد الرجوع كلام أجنبي لأمدة خلية له في الدعوى ، وإنما العمدة قوله لم تبع قبل الرجوع : فهو منكراً ، والراهن مدعى .

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 ، فالمشكل هو ، لموافقته للأصل ، والمدعى الراهن ، فيكون عليه البينة ، وعلى الأول اليمين .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا وجه لما قيل أو يقال من أن المتبجج العمل بالأصلين ، أى أصلى بقاء الرهانة وصحة البيع ، فيحكم بكونه مبيناً وهو رهن ، إذ قد عرفت أنه لأصل سالم فيقتضى الصحة ، على أن العمل بالأصلين في الموضع الواحد غير متبجج في المقام ، ضرورة اقتضائهما حينئذ حكماً فيه معلوماً من الشرع خلافه ، 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 ، بهد أن علمهما معاً ، وكذا لو شك الراهن كذلك ، فإن الأصل بقاء الرهانة في الجميع ، فتأمل جيداً هذا .

وفي التذكرة عن بعض الشافعية : التفصيل بين مالو قال الراهن أولاً تصرفت بأذنك ؟ 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 الإنشاء .

وفي جامع المقاصد يقرب من ذلك ، مالو تصادقا على صدور البيع ، ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ، ثم اختلفا في حال البيع ، اخذنا بالاقرار السابق .

قلت : لعل مبنى كلام بعض الشافعية - كما يؤمى 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 الاصحاب فلا يكون تفصيلا فيه .

أمّا ما في جامع المقاصد فيصعب الفرق بينه وبين مفروض الاصحاب ، والاقرار بعد أن كان الفعل من غير المفرق قد يمنع الأخذ به ، فتأمل جيدا .

نعم بقي شيء أشار اليه الشهيد في الدروس و الحواشي وتبعه عليه غيره ، وهو أن كلام الاصحاب يتم فيما إذا أطلق الدعويان ولم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع ، و أما إذا عينا وقتا و اختلفا في الآخر فلا يتم ، لأنهما إذا انفقا على وقوع البيع يوم الجمعة مثلاً ، واختلفا في تقديم الرجوع عليه وعدمه ، فالاصل التأخر ، وعدم التقدم ، فيكون القول قول الراهن ، و ينعكس الحكم لو انفقا على عدم وقت الرجوع ، و اختلفا في تقدم البيع عليه وعدمه ، وهذه مسألة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ، وقد حققنا الكلام فيها في مقام آخر .

ولعل إطلاق الاصحاب هنا و في مسألة الجمعيتين و مسألة من اشتبه موتهم في التقدم و التأخر ، ومسألة نيقن الطهارة و الحدث وغيرها شاهد على أن أصالة التأخر إنما تقتضي بالتأخر على الإطلاق ، لا بالتأخر عن الآخر و مسبوقيه به ، إذ وصف السبق حادث ، و الاصل عدمه ، فيرجع ذلك إلى الأصول المثبتة : وهي منفية ، فأصالة الرهن هنا حينئذ بحالها ، إلا أن الاضاف عدم خلو ذلك عن البحث و النظر ، خصوصاً في المقام فتأمل جيدا و الله أعلم .

ولو كان التصرف المأذون فيه الذي اختلف في الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعاً كسكنى وركوب ، ونحوهما ، بناء على أن الواقع منهما بغير إذن يوجب أجرة تكون رهناً ، فقد يقال : ان القول قول الراهن ، لتعارض الأصلين فيبقى أصل براءة الذمة سالماً هنا عن المعارض ، اللهم إلا أن يقال إن الأصل في منافع الرهن على الضمان ، فيكون وارداً على أصل البراءة قاطعاً . ولو تلفت العين ، فوقع النزاع بينهما أن اتلافها كان قبل الرجوع أو بعده ، فقد يقال : أيضاً بتقديم قول الراهن ، لأصالة البراءة أيضاً من القيمة ، إذ استصحاب الرهانة بعد اعداء الموضوع غير معقول ، لكن قد يقوى خلافه ، لان التلف لا ينافي جريان الاستصحاب إلى حال التلف ، فيكون رهناً

تالفاً فتأمل جيداً . والله أعلم .

المسألة (السابعة) الظاهر أنه ليس للمرتهن الزام الراهن بالوفاء ، بعين الرهن ، وإن كان مجانساً للحق ، للأصل و غيره ، نعم له الزام المرتهن بالقبول مع التجانس ، وليس له طلب البيع ، ولو كان مخالفاً للحق وانفقا على دفعه عنه أو بيعه بالموافق أو المخالف ، كان لهما ذلك قطعاً ، لأن الحق لهما ، وكذا في الرهن الموافق للحق .

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 (حينئذ فلا بد) من استيذانه (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 ، لانصراف الإطلاق إلى الغالب شرعاً وعرفاً .

و (كذا) لو طلب كل واحد منهما نقداً غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب ، لأنه الذي يقتضيه الإطلاق (بخلاف أجده في شيء من ذلك) بيننا .

لكن قد ينافس أولاً : بأن المنهج 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 ، بل ربما ظهر من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ - في خبر خوف جحود الورثة ^(١) المتقدم سابقاً و فليأخذ ماله مما في يده - أن الرهن يباع بمساوي الحق ، فيجانب إليه حينئذ من أراده منهما ، وإن كان المرتهن .

وربما يؤيده أنه المنساق من الاستيثاق ، بل يؤيده أنه لو لم يكن له ذلك ، لأدّى

إلى الضرر على المرتهن بالنقد ، ثم النقل ، لعدم دليل يقتضي التزام الراهن شراء الحق بضمن الرهن في المرتبة الاولى ، 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 أن مبنى كلام الأصحاب على وجوب قبول المرتهن الثمن الغالب عوضاً عن حقه وافقه 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 ويشتري بضمنه عين الحق ، ودعوى - أن الرضا بالارتهاق مقتضى للرضا بأخذ الثمن ، عوضاً عن حقه وإن خالفه - واضحة المنع ، كدعوى أن ذلك حكم شرعي لا مدخلية فيه لرضاهما ، فتأمل جيداً .

وثانياً : أنه لا معنى لرد الحاكم لهما إلى الغالب بعد أن اتفقا على عدمه ، والحق منحصر فيهما ، وقطع نزاعهما ليكون بينهما جميع أحدهما على الآخر بمساواة الحق ونحوهما ، 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 ثمننا لم يجز له التعدي فإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ المرأه ملكية الثمن ، وللمرتهن حق الوثيقة ، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد ، وافق الحق أو قول أحدهما أولاً ، وإن تعدد فبالأغلب فإن تساوى فبمساوي الحق ، فإن باينهما عين له الحاكم » .

وقال في التذكرة في فروع العدل أيضاً : « لو اختلف المتراهنان فقال أحدهما : بع بدنانير ، وقال الآخر : بع بدراهم ، لم يبع بواحد منهما ، لا خلافاً في الأذن ، ولكل منهما حق في بيعه ، فللمرتهن حق الوثيقة في الثمن ، واستيفاء حقه منه وللبيع ملك الثمن ، فإذا اختلفا رفعاً ذلك إلى الحاكم ، فبأذن له أن يبيعه بنقد البلد ، سواء

كان من جنس حق المرتهن أولم يكن ، وسواء وافق ذلك قول أحدهما أو خالفه ، لأن
الحظ في البيع يكون بنقد البلد ، ولو كان النقدان جميعا نقد البلد ، باعه بأعلاهما ،
وان 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 اليه ، فإن استويا في ذلك ، عين له الحاكم أحدهما فباع به ، وصرف
نقد البلد اليه .

وقال في الدروس : « ولو اختلفا فيما يباع به ، بيع بنقد البلد ،
بشمن المثل حالا ، سواء كان موافقا للدين أو اختيار أحدهما ، أم لا ، ولو كان فيه
نقدان بيع بأغلبهما ، فإن تساويا فبمناسب الحق فإن بايناه عين الحاكم إن امتنع من
التعيين ، ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفاً إلى الحق فعين ، إلى غير ذلك من
عباراتهم التي لا تعرض فيها لشيء مما ذكرنا ، كما لا تعرض فيها لبيان البلد الذي
يعتبر البيع ، بنقده الغالب ، هل هو بلد البيع ، أو بلد 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 فـ ﴿ لو كان للبلد نقدان غالبان ﴾ متساويان إذ لو
كانا متفاوتين بيع بالأغلب ، بل قد يندرج في السابق أما مع التساوى ففي المتن ﴿ بيع ﴾
بأشبههما بالحق ﴿ والظاهر إرادة الموافقة من المشابهة ، ويمكن إرادة الأعم من ذلك ،
ترجيحاً لجانب المرتهن الذي كانت الحكمة في مشروعية الارتهان له استيفاء حقه
من الرهن ، ولاريب في أولوية استيفائه أولاً على غيره .

لكن قد سمعت ما في التذكرة أنه مع التساوى يباع بأوفرهما حظاً ، وكأنه
رجح مصلحة المالك ، أما مع المباينة فظاهر المتن و صريح القواعد البيع بما عين
الحاكم ، إلا أنه قد تقدم ما في الدروس أن البيع بالأسهل صرفاً إلى الحق ، وفي

المحكي عن التحرير بيع بأقربهما حظاً ، وفي المسالك هو أقعد من الجميع ، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصح للمالك . قلت : و الكلام في اعتبار مراعاة مصلحة المالك ، فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة الثامنة : إذا ادعى المرتهن رهانة شيء مخصوص فأنكر الزاين ، و ذكر أن الرهن غيره ، وليس هناك بينة ، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن بخلاف أجده فيه ، لكونه جازماً من قبله ، فيكفي في فسخه إنكاره ، الظاهر في عدم الرضا بكونه رهناً الآن ، ولكنه لا يخلو من تأمل ، خصوصاً بعد ما تسمعه عن الارشاد إن لم يكن اجماعاً ، كما يظهر من تتبع كلماتهم في نظائر المقام ، كإنكار الطلاق الرجعي وغيره مما صرحوا بكونه فسخاً من المنكر فلاحظ و تأمل .

وإذا بطلت رهانة ما أنكره المرتهن حلف الراهن على نفي رهانة الآخر الذي ادعاه المرتهن ، لأنه منكر بلا إشكال ، كما لو قال : رهنت العبد فقال المرتهن : بل هو والبجارية **و** حينئذ إذا حلف الراهن في الفرض **خرجاً** معاً عن الرهن في ظاهر الشرع ، لكن عن الارشاد أنهم يتحالفان ، ولعله لعدم البطلان بالإنكار الذي هو أعم من الفسخ ، وفيه مضافاً إلى ما عرفت من ظهور الاتفاق على كونه فسخاً ، أن له طريقاً إلى التخلص عن اليمين بالفسخ على تقدير الرهانة ، لأنه جازم 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 .

نعم قد ينجيه التحالف لو كان ما اختلفا في رهنه شرطاً في بيعه ، كما اختاره الشهيدان ، ومال إليه ثاني المحققين ، لرجوعه حينئذ إلى الاختلاف في الثمن ، إذ الشرط من مكملاته ، فيتعالفان حينئذ على كيفية الشرط و يتسلط البايع مثلاً حينئذ على فسخ العقد ، لعدم سلامة الشرط الذي اتفقا عليه في الجملة له ، لكن في القواعد أن الأقوى تقديم قول الراهن أيضاً ، وهو لا يخلو من وجه لاسالة اللزوم وعدم ثبوت عدم الوفاء بالشرط ، بحيث يتسلط به على الفسخ ، إذ لعله

ما انكر رهائته فيكون هو المفوت لشرطه ، فلا يفسخ بمجرد الاحتمال فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجه عليه اليمين وينتخص اليمين بالراهن ، وهو قوي جداً ، ولا غرابة في بقاء العقد بلا شرط ، وإن اتفقا معا عليه ، بعد الجريان على الضوابط ، كما أومى إليه فخر المحققين في المعكى عنه ، فلاحظ و تأمل . والله أعلم .

المسألة (التاسعة : لو كان له دينان أحدهما برهن ﴿ ﴾ والآخر بلا رهن مثلاً ﴿ فندفع ﴾ الراهن ﴿ إليه مالا واختلفا ﴾ في أنه عن ذى الرهن ، أو عن فاقده ﴿ فالقول قول الدافع ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنه أبصر بنيته ﴾ التي لا تعلم إلا من قبله ، بل ربما قيل : بأن القول قوله بلا يمين ، لذلك ، لكن يمكن أن يكون قد علم المرتهن منه ذلك ، ولو بقرائن فيحتاج إلى اليمين حينئذ في النفي ، خصوصاً بعد مشروعيتها لنفى التهمة ، أما لو ادعى المرتهن عليه الإقرار ، فلا إشكال في توجه اليمين ، والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام فيما إذا اعترف الدافع بأنه لم ينو أحدهما حال الدفع ، فقد يحتمل التوزيع ، وبقاء التخيير ، قل أنه ينصرف الآن إلى ما شاء ، بل جزم في جامع المقاصد بالأول ، لصحة القبض والدفع ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، ولا أنه قد ملكه ملكاً تاماً ، فأما عن الدينين ، أو عن أحدهما بعينه ، أولاً عن أحدهما ، أو عن أحدهما لا بعينه ، والكل باطل إلا الأول ، لاستحالة التوزيع بلا مرجح ، وملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ، ولأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال ، وإلا كان هو المقضى عنه .

لكن فيه أن الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين ، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضاً ، وعدم اعتبار ذلك في قضاء الدين إنما يسلم مع عدم اختلاف جهة الدين لعدم ما يترتب حينئذ على النية ، أما مع الاختلاف ولو بتعدد الغريم فلا . لأصالة بقاء المال على ملك الدافع ، وبقاء شغل الذمة ، وحينئذ فإن كان مبنى الاحتمال الثاني ذلك ، كان له وجه ، وإلا فهو مشكل .

اللهم إلا أن يدعى أنه و إن ملكه القابض ، لكن إذا تعقب بالتعيين بعد ذلك
ينكشف الملك على هذا الوجه من حين الدفع و به حينئذ يرجح على التوزيع وغيره
أو يقال إنه بالدفع يملك على الغريم ما قابله مما في ذمته على وجه التخيير له في
التعيين .

وقد يحتمل الفرعة أيضا ، 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 ، فيقع الطلاق حينئذ من حينه ، أو حين اللفظ ، قيل :
وكذا لو أسلم على أكثر من أربع ، أو دفع الزكاة وكان له مالان غائب وحاضر . أو
سمي ولم ينو سورة معينة ، أو كان له خيار حيوان ، و شرط وأسقط من خياره يومين ،
لكن فيه - بعد الفرق بين بعض الأمثلة أو جميعها ، وبين المقام - أنه قد يلتزم القائل
بالتوزيع مثله في القابل منها ، لعدم الإشكال حينئذ معه ، وغير القابل يفزع إلى
الفرعة ، أو غيرها .

وعلى كل حال فمما ذكرنا يعرف الحال في تطاير المسألة . كما لو تباع كافرين
درهما بدرهمين ، و دفع مشترى الدرهم درهما ، ثم أسلما فإنه إن قصد به الفضل ،
بقي عليه الأصل و إن قصد الأصل فلا شيء عليه ، و إن قصدهما وزع و سقط ما بقي
من الفضل و إن لم يقصد بالتوزيع . أو التعيين الآن ، أو البطلان كما ذكرنا ، وقد يحتمل
هنا الاحتساب من الأصل ، لأنه الدين حقيقة وغيره حكما ماداما على الشرط . فتأمل
وكما لو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلها ، و وكلا من يقبض لهما ، و دفع المديون لزيد
أو لعمرو أو لهما فذاك ، وإلا فالوجوه والبطلان هنا أقوى منه فيما تقدم ، ولو اقتصر
الغريم حيث يجوز له ذلك ، احتمال كون المدار على نيته ، لكن ينبغي مراعاة المصلحة
والتوزيع ، ولو دفع الحاكم عن المماطل كان الاعتبار بنيته ، لانه الولي .

نعم لو نوى المماطل بعد الفهر بما دفعه الحاكم أمكن اعتبار نيته ، كما لو قهره
الحاكم على الدفع فنوى ، و قد يحتمل اعتبار نية القابض ، ولو لم ينو أحد منهم

احتمل التوزيع ، والتعيين ، والبطلان ، وفي القواعد « ولو أخذ من المحاطل قهراً فالاعتبار بنيته ، وباحتمل القابض » ولو فقدت فالوجهان أي التوزيع و التعيين بمد ذلك والله أعلم .

❦ وان اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن له ❦
 أي المرتهن ❦ بينة ❦ 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 لأسبيل عليه ، وعدمه ، وكذا المستعير والمقارض والوكيل بجعل وغيرها والله أعلم .



* (كتاب المفلس) *

* المفلس * بالكسر لغة * هو الفقير الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه *
و نحوه ما في القواعد من أنه من ذهب جيد ماله ، و بقي رديه ، فصار ماله فلوسا و
زيوفا ، ولعل العرف الآن على كون المفلس بالكسر أعم من الذاهب خيار ماله ، بل
هو شامل لمن لم يكن له مال من أول أمره إلا الفلوس . نعم قديقال إن المفلس بالفتح
عرفا ذلك ، على أنه لا يخلو من بحث ، وعن المبسوط أن المفلس لغة هو الفقير المعسر
و هو مشتق من الفلوس ، وكان معناه نفى خيار ماله وجيده ، وبقي معه الفلوس ، و عن
التحرير أنه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل .
وعن التذكرة الإفلاس مأخوذ من الفلوس ، وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبت
أي صار أصعبه خبثاء ، لأن ماله صار فلوسا وزيوفا ، ولم يبق له مال خطير ، و
كقولهم أذل الرجل: أي صار إلى حالة يذل فيها ، وكذا أفلس أي صار إلى حالة يقال فيها
ليس معه فلس ، أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس ، أو كقولهم أسهل الرجل و أحزن ،
إذا وصل إلى السهل والحزن ، لأنه إنتهى أمره إلى الفلوس .
والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لامال له ، ولا ما يدفع به حاجته ،
ولهذا لما قال النبي ﷺ : ^(١) « 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
حسنته أمثال الجبال ، ويأتي وقد ظلم هذا ، وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من

(١) صحيح مسلم ج ٢ كتاب البر والصلة الحديث ٥٩ طبع دار احياء التراث العربى

بيروت ، مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٠٣ طبع دار صادر بيروت .

حسناؤه وهذا من حسناته ، فان بقى عليه شيء أخذ من سيئاتهم ، فيرد عليه ، ثم صار إلى النار .

و عن القاموس : أفلس إذا لم يبق معه مال ، فكأنما صارت دراهمه فلوسا ، أو صار بحيث يقال : ليس معه فلس ، وفلسه القاضي تغليسا ، حكم بإفلاسه ، قلت : لا ريب في أن أفلس بالمعنى الذى ذكره ، فيكون لازما ، واسم الفاعل منها مفلس بالكسر ، ولا يكون منها اسم مفعول . نعم فلس بالتشديد اسم مفعولها مفلس ، والظاهر أن ما ذكره في القاموس أخيرا من جملة خبطه في المعانى ، إذ الظاهر أنه أراد بذلك المعنى الشرعى ، وعلى كل حال ففي العرف - الكاشف عن اللغة للأصل - أن المفلس بالكسر الفقير الذى لا مال له يعتد به عنده ، والمفلس الذى ذهب جيد ماله وبقي معه الفلوس ﴿ و ﴾ ربما أطلق على الاول عرفا .

أما ﴿ المفلس ﴾ بالفتح شرعا ، ولو على جهة المجاز أو الحقيقة المتشعبة أو الشرعية بناء على ثبوتها في مثله ، ففي المتن ﴿ هو الذى جعل مفلسا ، أي منع من التصرف في أمواله ﴾ وفي القواعد من عليه ديون ، ولا مال له يفي بها ، وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له ، بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع ، وفي المسالك نسبة هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء منا ومن العامة ، عليه يكون المفلس ذلك ، وإن لم يحجر عليه .

ويشهد له قولهم ، لومات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الأحكام ، و شرط الحجر على المفلس التماس الثمنا ، وغير ذلك مما قيل إنه صار بسببها حقيقة ، لكثرة الاستعمال ، بحيث يبعد حمله على إرادة المجاز ، وحينئذ يكون الفلوس سابقا على الحجر و مغاير له ، و هو أحد أسبابه كما ذكره ، لاعتينه ولا جزء مفهومه .

نعم قد يطلق التغليس على حجر الحاكم على المفلس ، كما يقال : فلكه القاضي لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب ، وحينئذ فلا مانع من اجتماع الفلوس والصفر ، كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه المرتبة ، وكذا السفه ، ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي المفلس ، لأنه ليس بشرط في تحقق مفهومه شرعا ،

و عليه فبين المعنى اللغوي والشرعي صوم من وجه ، يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له ، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله ، وليس عليه دين ، الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله ، وبه جزم في المسالك . قال : « و على ما يظهر من تعريف المصنف يكونان متباينين » .

قلت : فيه أولا : أنه على تعريف المصنف بينهما العموم من وجه ، ضرورة ملاحظته بالنسبة إلى المصدق ، فالمحجور عليه تارة يكون عليه الديون ، ولأمال له ، أوله مال فأوس فيجتمعان فيه ، وينفردان بما ذكره هو أيضا ، وثانيا أن الحق كون المفلس شرعا من حجر عليه لقصور ماله عن ديونه ، أو لعدم ما في يده ، فيكون التحجير عليه بالنسبة إلى المتعبد ، كما صرح به الفاضل و إن كان لنا فيه بحث ، تسمعه إنشاء الله تعالى ، فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا شرعا ، و إن استغرقت ديونه أمواله ، و زادت عليها ، كما يشهد لذلك التأمل لكلماتهم ، والمناسبة لمعنى اسم المفعول في المفلس ، إذ منعه الحاكم له من التصرف يكون كأخذ فلوله منه ، وبه صرح المحقق الثاني ، والأمر سهل والله أعلم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة ﴿ وفي القواعد والتذكرة خمسة ، بزيادة المديونية التي ترجع إلى ﴿ الاول ﴾ و هو ﴿ أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم ﴾ الذي أراد التحجير عليه ، أو غيره ضرورة أصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت ، بل هو ليس مفلسا شرعا كما عرفت .

﴿ الثاني : أن تكون أمواله ﴾ من عروض و منافع و ديون غير المستثنيات في الدين ﴿ قاصرة عن ديونه ﴾ فإن لم تكن قاصرة فلا حجر عليه إجماعا محكما في جامع المقاصد والمسالك و ظاهر التذكرة ، بل طالبه أرباب الدين ، فإن قضى وإلا دفعوا أمرهم إلى الحاكم ، فيحبسه إلى أن يقضى ، أو يبيع عليه ويقضى 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 ، للأجل في التذكرة على اشتراط منع التصرف بالحجر ، كما هو مقتضى الأصل .

﴿ ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون ﴾ لأنها من أملاكه سيما فيما لا يكون لأهلها الرجوع فيها، كما أنه يحتسب أعواضها من ديونه، بلا خلاف أجده بيننا. نعم عن بعض العامة أنها لا تقوم عليه، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا يحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه، وفيه مضافا إلى ما عرفت من أنه قد لا يكون لأربابها الرجوع، وثبوتها بالنسب إنما يكون بعد التحجير لأقبله، على الأصح، كما ستعرف. أنه لا يمنع ذلك من احتسابها من أمواله، بعد أن كانت من أملاكه، فمع عدم القصور بها تبقى حينئذ سلطنته على ماله، بل الظاهر بقاؤها إذا كانت له أموال مؤجلة بها يرتفع القصور، أو أموال غائبة، بل لو كانت على معسرين أمكن القول ببقاء السلطنة للأصل، لكنه لا يخلو من اشكال، ونحوهم من لا يتمكن من الاستيفاء منهم، ولو ظلما وكذا الأموال المنصوبة.

﴿ الثالث : أن تكون حالة ﴾ لعدم الاستحقاق مع التأجيل. فلا يحجر عليه، وإن لم يف ماله بها لو حلت، للأصل، ولو كان بعضها حالا 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، ودعوى حلولها بالتحجير - كما هن الشافعي وأحمد ومالك - واضحة الفساد، لعدم الدليل القاطع، للأصل حتى القياس على الميت، لظهور الفرق بينهما ببقاء الذمة، وقابلية الاكتساب وغيرهما، كما هو واضح.

﴿ الرابع : أن يلتزم الغرماء أو بعضهم الحجر عليه ﴾ إذا لحق لهم، فلا يحجر عليه مع عدم التماس أحدهم، للأصل، إلا أن يكون الدين لمن هو وليه، من يتيم أو مجنون أو نحوهما، دون القائب الذي لا ولاية له عليه بالنسبة إلى استيفاء دينه، بل يعتبر في التحجير عليه بالتماس البعض أن يكون دينه مقدارا يجوز الحجر به عليه للأصل وإن عم الحجر حينئذ له ولغيره، من ذى الدين الحال الذي يستحق المطالبة به، وبذلك افترق عن المؤجل، مع أنه لم يثبت التحجير لبعض الدين الحال، خلافا للتذكرة، فاستقر جواز الحجر بالتماس البعض، وإن لم يكن دين الملتزم زائدا عن ماله، ولأدليل عليه يقطع الأصل، والضرر عليه يرتفع عنه باجبار المحاكم على الوفاء.

﴿ و ﴾ على كل حال فقد بان لك انه ﴿ لو ظهرت امارات الفلاس ﴾ عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله ، أو يكون ما في يده بازاء دينه ، ولاوجه لنفقته إلا ما في يده ﴿ لم يتبرع الحاكم بالحجر ﴾ عليه للأصل ، فهو حينئذ كمن لم يظهر عليه أماراته ، مثل أن يكون كسوبا ينفق من كسبه ، خلافا للشافعي فجوز الحجر على من ظهرت عليه امارات الفلاس ، ولاريب في ضعفه ، كضعف ما يحكى عنه أيضا من جواز الحجر على من ساوت أمواله ديونه .

﴿ و كذا ﴾ لا يحجر عليه الحاكم ﴿ لو سأل هو الحجر ﴾ على نفسه ، من دون التماس الغرماء ، للأصل السالم عن المعارض ، لكن استقرب في التذكرة جواز اجابته ، لان فيه مصلحة له ، ببراءة ذمته ، فكما يجاب الغرماء في ملتصقهم حفظا لحقوقهم ، يجاب هو أيضا ليسلم من حق الغرماء ، و من الاثم بترك وفاء الدين ، ولما روى عن النبي ﷺ ^(١) « أنه حجر على معاذ بالتماسه خاصة » وفيه ان الضر لم يثبت من طرفنا فليس حجة ، سيما مع كون المشهور كما في المسالك على خلافه . والأول اعتبار لا يصلح مدركا لحكم شرعي تحقيق كالمطور علوم ردي

و ما أبعد ما بينه ، وبين المحدث البحراني الذي توقف في أصل الحجر بالفلاس ولو مع الشرائط محتجا بأنه ليس في النصوص ما يدل عليه .

وفيه مع عدم انحصار الحجية فيها ، بل الاجماع بقسميه هنا كاف في ذلك ، على أن الموجود منها هنا غير خال من الاشعار ، بل الظهور ، سيما النبوي المتقدم آنفا ، ففي موضح مزار ^(٢) عن الصادق عليه السلام « كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص ، فإن أبا باعه فيقسمه بينهم » ، فإن الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التحصيل لو أراد ، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج عن ملكه ، حتى لا يستحق الديانة منه ، بل لعل المراد من قوله يحبس ، المنع من التصرف .

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٨ - .

(٢) الوسائل الباب ٦ - من ابواب احكام الحجر الحديث ١ - و ذيله

كما يرشد إليه خبر غياث^(١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام : « أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث . ضرورة عدم معقولية إرادة غير ذلك من التفليس ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام ثم إلى آخره و منه حينئذ يظهر دلالة خبر الأصبع بن بابه^(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام : « أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل ، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه ، فإن تبين إفلاسه والحاجة ، فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا ، وقضى عليه السلام في الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به ، فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص ، فإن أبا باعه فيقسم بينهم » .

بل وخبر السكوني^(٣) 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 فاجروه ، وإن شئتم فاستعملوه » .

و كيف كان فلا ينبغى الشك في أصل جواز الحجر بالفلس ، على معنى منع التصرف ، و لعل ذلك من مقتضى نصبه حاكماً أيضاً ، ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ إذا حجر عليه ﴾ استحب له اظهار ذلك ، بحيث لا يتضرر معاملوه ، كما في القواعد والتذكرة ، ومحكي المبسوط والتحرير ، لأن مثل هذه النصيحة مرادة من الحاكم ، و ﴿ تعلق به منع التصرف ، لتعلق حق الغرماء ، و اختصاص كل غريم بعين ماله ، وقسمة أمواله بين غرمائه ﴾ فينحصر ﴿ القول ﴾ فيه حينئذ في هذه الثلاثة .

الأول : ﴿ في منع التصرف ﴾ ، و ﴿ لاخلاف بين الاصحاب في أنه ﴾ يمنع من التصرف ﴿ ابتداء في المال الموجود حال الحجر ، سواء كان بعموض أو غيره ، بل ولو محاباة ﴾ احتياطاً ﴿ لحفظ المال ﴾ للغرماء ﴿ ولا يتم إلا بذلك ، ضرورة أنه متى كان له تسلط على المال بوجه ، خيف عليه منه ، فلا ريب في أن الاحتياط - لحق الغرماء الذي شرع التحجير عليه له - في عموم منع التصرف فيه ، وعن ظاهر الخلاف و كذا

(١) المصدر نفسه .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الحجر الحديث - ٣ -

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الحجر الحديث - ٣ -

الفنية الاجماع على منعه من التصرف بماله ، بما يبطل^(١) (الفرماء) .

نعم لا يمنع مما لم يكن تصرفاً فيه ، كالنكاح والطلاق والقصاص والمفوعة ،
والاقرار بالنسب ، ونحو ذلك ، مما هو ليس تصرفاً في المال ، و ان استلزم بعضها ذلك ،
كالثبوت في الاقرار بالنسب ، ونحوه .

كما لا يمنع من التصرف المحصل للعالم كالاختطاب والاصطياد ، وأولى منهما
قبول الوصية والانهاب ، والشراء بثمن في الذمة والقرض ونحوها ، مما هو مصلحة
للفرءاء ، بناء على تعلق حقهم بها أيضاً ، فتدخل حينئذ في الحجر ، كما صرح به
الفاضل والكركي ، وثاني الشهيدين .

لكن قد يشكل باصالة عدم تعلق الحجر بها ، إذ الثابت من تعلقه بالاموال
القاصرة حال الحجر لا غيرها ، خصوصاً مع الضرر على أصحابها في بعض أفرادها ، كما
إذا اشترى في الذمة أدبائع سلماً ، بناء على عدم جواز القسح للبائع ، وإن كان جاهلاً
كما صرح به الفاضل وغيره ، للاصل وتعلق حق الفرءاء بها ، وأنه لا يشاركهم فيما
له من الدين لتجديده ، وستسمع تحقيق الحال فيه انشاء الله تعالى .

و لعله لذلك أو لغيره استشكل في تعلق الحجر بها في الارشاد ، ولم يرجح
الشهيد في المحكي عن حواشيه ، وغاية المراد ، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق
أولى ، والظاهر أن محل النزاع في أصل مشروعية التحجير فيها وعدمه ، لا في دخولها
في اطلاق التحجير وعدمه ، المبني على المفروغية ، من جواز التنصيص له على الدخول
أو الخروج ، كالمفروغية من جواز تجديد الحجر عليها ، لاتعاد المذكر فيها وفي سابقها
إلا ان ما عدا الاخير يمكن منعه للاصل السالم عن معارضة ما يصلح للخروج به عنه
بعد القول بعدم حجية كل ظن حصل للمجتهد ، خصوصاً ما كان من أمثال هذه
الاعتبارات التي يصعب الفرق بينها ، و بين القياس والاستحسان ، وحينئذ فلا يتجه

(١) هكذا في النسخ المصححة لكن الظاهر اسقاط النسخ كلمة (حق) والصحيح هكذا

(بما يبطل حق الفرءاء)

جعل النزاع فيه ، على أن المتبجح على تقديره سؤال الحاكم إذا لم يعلم لفظ تحجير ، ولو تعذر اقتصر على المتيقن .

وعلى كل حال لا يمنع من أمثال هذه التصرفات ، بل صرح الفاضل والكرمي بعدم منعه من نحو الوصية والتدبير الذي لا ضرر فيه على الغرماء ، لكونه بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولاً ، وفيه أنه لا يتم بناء على بطلان تصرفه ، و سلب عبارته فيما يتعلق بالمال الموجود ، كما هو ظاهر قول المصنف ﴿ فلو تصرف كان باطلاً ، سواء كان بعوض كالبيع والاجارة ، أو بغير عوض كالعتق والهبة ﴾ بل هو المحكى عن أبي على ، والمبسوط ، والتحرير ، والایضاح ، فيكون حينئذ معنى تحجير الحاكم هنا سلب الأهلية ، بل قيل هو أمر زائد على منافاة حق الغرماء ، وحينئذ لا فرق فيه بين الوصية وغيرها ، ولعله لذا جزم الفاضل في المحكى عن قواعده في باب التدبير بعدم الصحة .

اللهم إلا أن يفرق بين الوصية وغيرها بأنها تصرف في المال بعد الدين ، بخلاف غيرها ، فإنه تصرف في المال فعلاً ، وإن كان لا ينفذ على تقدير الصحة إلا بعد الوفاء ، مضافاً إلى أنه يقوى عدم كون التحجير سلب الأهلية ، لعدم الدليل ، بل قولهم بنفوذ تصرف السفبه مع اجازة الولي ينافيه ، وأنه لا يقصر بالحجر من التصرف في مال الغير الذي ينفذ بالاجازة ، إذ ليس التحجير إلا لمنافاة التصرف لحق الغرماء ، وهو حاصل بعدم النفوذ ، غير متوقف على سلب الأهلية ، ولعله لذا نفى الباس عن عدم البطلان في التذكرة ، وقوّاه في جامع المقاصد ، وفي المسالك « لعله أقوى » .

وهو كذلك بناء على أن الفضولي على القاعدة ، بل وإن لم نقل بذلك ، للفقوى حينئذ ، و دعوى - أن المتبجح مع الشك في كون التحجير سلب الأهلية أو النفوذ عدم انتقال المال بمثل هذا العقد ، وإن تعقبه إجازة أو تبين زياده مال ، للأصل - يدفعها منع الشك ، ولو لعموم « الوفاء بالعقود » ^(١) اللهم إلا أن يمنع شمولها للمشكوك

في أهلية النقل ، كالمشكوك في أنه يعتقد عليه أولاً ، لكن فيهما معاً بحث .

و على كل حال فالأقوى صحة عقده ، بل ظاهر جماعة من الأصحاب ، بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه برد الغرماء ، و أنه يبقى موقوفاً على أن يقسم المال ، لا يباع ولا يسلم إلى الغرماء ، فإن فضل لارتفاع قيمة غيره ، أو لإبراء بعض الديانة أو غير ذلك ، نفذ فيه التصرف ، والآبطل ، 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 متعدد في القواعد ، انه مع القصور يبطل الأضعف ، كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ، ثم العتق ، وعن الشافعية احتمال نقض الأخير كما في تبرعات المريض إذا زادت عن الثلث ، لأن المزاحمة إنما وقعت بين ديون الغرماء والأخير ، فيكون السابق ماضياً ، لعدم ما ينافيه ، واستحسنه في التذكرة .

وفيه أن الحجز 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 ، 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 ، فيقرع حينئذ ، أو يخبرون ، كما لو وقع التصرفات دفعة واحدة ، وقد يحتمل البطلان في الجميع ، وفيه ضعف .

لكن في جامع المقاصد التحقيق أنالوقلنا : أن الإجازة كاشفة لاناقله كانت جميع التصرفات مراعاة بوفاء الدين ، فيظهر للتقدم أثر حينئذ ، و حيث أننا رجحنا هذا القول فيما سبق كان ذلك أقوى ، وفيه نظر يعرف من ملاحظة ما سلف لنا في تصرف الراهن . فلاحظ وتأمل ، ولو كان التصرف بيعاً ونحوه على الغريم صح ، ضرورة ظهوره في إرادة الشراء الصحيح المستلزم للرضا بالتصرف ، فلو باعه حينئذ منه بالدين وليس سواء صح لما ذكرنا ، لالما في القواعد « من أن سقوط الدين يسقط الحجز » إذ هو مستلزم للدور ، أو اقتران صحة البيع ، وارتفاع الحجز المنافي لتقدم الشرط

الذي هو رفع الحجر على المشروط ، وهو صحة البيع .

ولو ظهر غريم بعد ذلك فقد يحتمل بطلان البيع من رأس ، لعدم تصور مشاركته في الثمن الذي هو الدين والبطلان في مقدار ما يقابل دينه من العين ، والرجوع على المشتري بمقدار ما يقابلها ولعل الأقوى الأول ، بناء على عدم تصور التبعيض في حق الحجر ، فمتى بطل بالنسبة إلى أحدهما بطل بالنسبة إلى الجميع ، لأن حق كل منهم يتعلق بتمام العين ، حتى لو أبرأ أحدهم ذمة المفلس بقي حق الآخر متعلقا بالجميع ، ولا يفك من العين مقدار الدين ، ولا فرق في الحكم المزبور بين كون البائع الحاكم أو المفلس ، أما لو باعه من الغريم بثمن غير الدين ثم ظهر غريم صح وشاركه في الثمن بالنسبة ، إذا كان البيع من الحاكم بثمن ، إذ الظاهر عدم توقف صحة البيع على حضور كل غريم في الواقع ، ولو كان البائع المفلس بتحويل اختصاص الغريم في المشتري ثم بان وجود غيره ، فقد يظهر من بعضهم نفوذ البيع ، للمعاملات ، لكن قد يشكل بتعلق حقه واقعا في العين ، فبعد ظهوره لأحد من مرأعاته لكثيره من الغرماء الظاهرين ، فتأمل جيدا .

ولو اشترى المفلس مالا في الذمة وقد اشترط عليه التصرف فيه بعق أو هبة أو نحوهما فالمتجه البطلان ، بناء على سلب عبارته في كل مال موجود حال الحجر أو متجدد ، لانه حينئذ يكون شرطا غير مقدور ، فيفسد ويفسد العقد به ، بناء على أن فساد الشرط مقتض لذلك ، وإن قلنا بعدم سلب عبارته ، فيصح العقد قطعاً مع علم المشتري بحاله ، و يوقع التصرف المشروط ، فإن نفذ لا تفاق زيادة المال فلا إشكال ، وإلا أمكن اختصاص الغرماء به ، وعدم تسلط البائع على الخيار ، سيما إذا كان عالماً بالحال لتعلق حق الغير ، وعدم تفسير المشتري في استطاعته من التصرف .

ويحتمل تسلطه لعدم انتقال المال إلى المفلس إلا على هذا الوجه ، فهو كالخيار المشروط فيما لو اشترى بالذمة والأقوى صحة أصل العقد ونفوذ التصرف لاصالة عدم منعه عن مثل هذا التصرف المستحق عليه بالشرط بعد أن انتقل المال إليه على هذا

الوجه كما هو واضح، هذا كله في انشاء التصرف .

﴿ أمالو أقرّ بدين سابق صح ﴾ في الجملة بلاخلاف أجده فيه ، بل قيل إنه كذلك قولاً واحداً . نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عدم صحة إقراره مطلقاً ، ولم تعرفه مع وضوح فساده ، لمنافاته لما دلّ على جواز اقرار العقلاء على انفسهم^(١) واحتمال سلب الأهلية إنما هو في خصوص انشاء التصرفات بالأعيان ، أما الإخبار بالدين فلا وجه له معتد به فيه ، كما هو ظاهر .

بل في المتن ومحكى المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير أنه صح ﴿ وشارك المقر له الغرماء ﴾ بل عن غاية المراد حكايته عن أبي منصور الطبرسي ، بل هو قرّ به في المحكى عن حواشيه ، لكن بشرط أن يكون عدلاً ، لعموم جواز الإقرار المقتضى كونه كالبيئة شرعاً في الإثبات ، واحتمال التهمة يدفعه أن الإقرار في حقه أكثر منه ضرراً في حق الغرماء ، وفيه أن العموم إنما يدل على لزومه ، ونحن نقول به ، وعدم مشاركته باعتبار معارضته لحق الغير الذي لا ينقذ هو فيه ، إذ حق الغرماء قد تعلق بالأعيان بل قيل إنه أقوى تعلقاً من حق الزمّانة ، وبذلك يظهر لك الفرق بينه وبين البيئة التي لم يفرق الشارع في نفوذ مقتضاها بين الجميع ، وعدم النفوذ في حق الغير للأصل ، لالتهمة ، 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 ، وهو قوي جداً .

لكن قد يشك في كيفية تعلق حق الغرماء بالعين على وجه يمنع الإقرار ، والأصل يقتضى عدمه ، وسلب الأهلية في إنشاء التصرف أو عدم النفوذ لا يقتضى ذلك ، إذ هو من المحاكم في تحجيره لامن تعلق حق الغرماء بالعين . وعلى تقديره لا يقتضى مثله في الإقرار ، فتأمل جيداً ، فإنه قد يدفع ذلك كله صدق كون الإقرار في حق الغير ، فيكون ممنوعاً .

ولو أسند الدين في إقراره إلى ما بعد الحجر بمعاملة واحوها مما يحصل برضا الطرفين ، لم يشارك قطعاً ، لعدم زيادة الإقرار بذلك على نفس المعاملة التي قد عرفت

عدم المشاركة بها للفرماء لو وقعت بعد الحجر ، نعم لو اسند اقراره بالدين إلى ما بعد الحجر على وجه يشارك لو كان المقر به معلوما بثبوته ، كإتلاف مال أو جنابة ، جرى فيه البحث السابق ، لا اتحاد المدرك ، لكن في الروضة اختيار عدم المشاركة في الأول دون الثاني ، وهو غريب ، وأغرب منه تعليله ذلك بما نسمعه من دليل المشاركة في الجنابة ، والبحث هنا من حيث الاقرار لامن حيث نفس الجنابة ، ومن هنا أمكن كون مراده الفرق بين الجنابة والمعاملة الاختيارية ، فلا يكون مخالفاً فلاحظ وتأمل ولو أقر بدين وأطلق ، فأصالة تأخر الحادث تقتضي تأخره عن الحجر المعلوم تاريخه ، فلا يشارك ، وإن قلنا بها في غيره .

﴿وكذا﴾ البحث فيما ﴿لو أقر بعين﴾ لمن صدقه في ذلك . نعم لو قلنا بنفوذ الاقرار فيها ﴿دفعتم إلى المقر له﴾ لعدم كونها حينئذ من أموال المفلس ، ﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ أي في نفوذ الاقرار فيها عند المصنف ﴿تردد﴾ وإن جزم بالشركة في الاقرار بالدين ، بل حكى عن بعضهم الجزم بالفرق بينهما في ذلك ، ولعله ﴿لتعلق حق الفرماء بأعيان ماله﴾ ، فيكون الاقرار بها اقراراً منافياً لحق الغير ، كالرهن ونحوه ، ويشكل بأنه لا فرق بين أخذ بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواة لهم ، وبين أخذه ذلك البعض تقديماً له عليهم ، مع تعلق حقهم بالعين ، ومن هنا كان الأقوى عند الشهيدين ، و الكركي ، والفاضل في الارشاد ، عدم الفرق بينهما ، في عدم النفوذ ، بحيث ينافي حق الفرماء كما أن خيرة المحكي عن الميسوط ، و التحرير عدمه ، في النفوذ فيهما فيشارك في الاول ، وتدفع الدين للمقر له في الثاني ، لكن قد يدفع بعدم صدق التصرف في المال في الاول ، و ان رجع إليه بالأخرة كرجوع نفقة من أقر بنسبه بخلاف الثاني ، فإنه كالتصرف في المال نفسه ، فهو معارض لحق الغير ، بل مندرج في الحجر عليه في المال .

وفيه أنه لا فرق في عدم نفوذ الاقرار في حق الغير ، بين العين و الدين الذي هو أيضاً كالتصرف في المال أيضاً ، ولذا لم يمتز اقرار بعض الورثة بالدين على الآخر كالعين ، بل قد يقال بأولوية نفوذه في العين من الدين ، باعتبار عدم ثبوت كونها من

مال المفلس بعد الاقرار ، حتى يتعلق بها الحجر ، لكونه أقوى من اليد ، ومن هنا حكى عن بعضهم القول بذلك ، فيرجع حاصل الأقوال في المسألة إلى أربعة أقواها عدم النفوذ ، و ربما قيل إنها خمسة ، بزيادة القول بأن العين تؤخر ويقسم غيرها بين الغرماء ، فإن فضلت أعطيت للمقر له ، وإلا دفعت إلى الغرماء ، ولعله ليس قولاً في المسألة ، بل يقول به الجميع جمعاً بين الحقيين .

وعلى كل حال فقد صرح بعضهم بضمان المفلس القيمة أو المثل ، بناء على دفعها للغرماء ، من غير فرق بين تقصيره في الإقرار بها قبل الحجر وعدمه ، ولعله لا أنها قد أخذت في دينه ، وفيه اشكال مع عدم التقصير ، وأخذها في دينه مع عدم برائة ذمته بذلك إلا مع اجازة المالك ، لا يقتضى ضمانها بعد أن كان الآخذ غيره ، فالقضاء بها حينئذ كالقضاء بالمتبرع به ، أللهم إلا أن يقال إن الأصل ضمان كل ما وصل نفعه إليك من المال المحترم ، إلا أن يتبرع به المالك ، مضافاً إلى عموم « على اليد » فتأمل جيداً .

أما لو كذب به المقر له بها ففي القواعد ومحكي التذكرة أنها تقسم ولعله لعدم صحة الاقرار مع الرد بخلافه مع التصديق ، وفيه أنه بناء على نفوذ إقراره يتجه دفعها إلى المقر له مع التصديق ، والا خرجت عن ملك المقر فلا يتعلق بها حجر ، فإذا كانت في يده توصل إلى وصولها لصاحبها ، وإن كانت في يد غيره ، صارت مجهول المالك وعلى كل حال لم يكن للغرماء تعلق بها والله أعلم .

ولو قال : هذا المال مضاربة لغائب قيل : يقبل قوله مع يمينه ، ويقر في يده ، وإن قال : لحاضر وصدقه دفع إليه ، وإن كذب به قسم بين الغرماء وهو المحكى عن المبسوط ، قال : إذا أقر بالمال ، إلا أنه قال : هو مضاربة لفلان ، فإن المقر له لا يخلو من أحد أمرين . إما أن يكون غائباً أو حاضراً ، فإن كان غائباً كان القول قول المفلس مع يمينه أنه للغائب ، فإذا حلف أقر المال في يده للغائب ، ولا حق للغرماء فيه ، وإن كان حاضراً نظر فيه ، فإن صدقه ثبت له ، لأنه إقرار من جازر التصرف ، وصدقه المقر له ، فوجب أن يكون لادما ، وإن كذبه بطل إقراره ، ووجب

قسمته بين الغرماء .

وفيه انه لا فرق بين ذلك وبين الاقرار بالعين التي لم يحك عنه فيها مثل ذلك ، مضافا إلى ما قيل : من أنه لم يشرع اليمين لاثبات مال الغير ، وإن كان قد يدفعه أنها لرفع التهمة ، لا للاثبات ، ومن أنه لا معنى لإقراره في يده مع سلب أهلية اليد ، لأن الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية . ويدفعه أيضا منع صيرورته بالحجر كذلك ، إذ هو مكلف رشيد ، ولا عدوان في يده ، والحجر إنما يرفعها عن ماله ، لا عن مال غيره . إنما الكلام في نفوذ اقراره ، فعلى تقديره فالأقرار في يده متوجه ، والتحقيق عدم الفرق بين هذه المسألة وسابقتها ، فيجوز فيها الكلام السابق حينئذ والله أعلم .

ولو اشترى بخيار وفلس والخيار باق ، كان له إجازة البيع وفسخه بلا خلاف أجده فيه **لأنه ليس بابتداء تصرف** في المال ، بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرف في المال ، للأصل وغيره ، بل ظاهر المصنف ، وصريح الكركي ، وثاني الشهيدين ، **والمحكي عن المبسوط** ، والتحرير ، عدم اعتبار الغبطة في ذلك ، بل له الفسخ وإن كان فيه مفسدة على الغرماء ، للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إتمام عن مثل ذلك ، خلافا للفاضل ، فاعتبر الغبطة في خيار العيب دون غيره ، ووجهه الشهيد بأن الخيار في غيره ثابت بأصل العقد ، لأعلى طريق المصلحة فلا يتقيد بها ، بخلاف العيب .

وفيه أن كلا من الخيارين ثابت بأصل العقد ، غاية ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط مثلا ، والآخر بمقتضى العقد ، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيدا بغيبة ولا بعدمها ، إذ لم يقل أحد بتقيد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة ، بل صرحوا بجواز الفسخ له ، وإن زادت القيمة بسبب العيب ، كالخصا ، والحكمة في أصل المشروعية لا يجب اطرادها ، وإلا لاقتضى اعتبار الغبطة في الفسخ بكل خيار ، ضرورة كون الحكمة في مشروعية أصل الخيار في مثل البيع الذي الأصل فيه اللزوم إمكان أن يتجدد لدى الخيار ما يوجب ارادة الفسخ ، فلا يجد السبيل إليه ، فيحصل عليه ضرر .

وأضعف من ذلك تعليل الفرق بينهما بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لاثبات له ، فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ، إذ التزلزل مشترك بينهما ، فالقول : حينئذ بعدم اعتبار الغبطة في الجميع 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 اقتضاؤه الأرض أقوى ، بدليل عدم سقوطه بالتصرف ونحوه مما يسقط به الرد ، بل قد يقال : إن الأرض ثابت به وإن كان له اسقاطه بفسخ العقد ، فالحاصل حينئذ باختياره اللزوم مثلا سقوط الرد لا ثبوت الأرض ، وإن كان لا يخلو من اشكال .

وحيث كان كذلك اتجه حينئذ دعوى تعلق حق للغرماء بهذا الخيار من بين الخيارات ، كما انه اتجه اعتبار الغبطة ، ترجيحاً لمن يكون معه على الآخر ، اذ قد عرفت اجتماع الجهتين أي الأرض والرد في هذا الخيار ، بخلاف غيره من أفراد الخيار حتى الغبن ، فإنه ليس فيه جهة للمال أصلاً ، فلا يتقيد بالغبطة أو عدم المفسدة ، بل ربما يؤيده ما قيل : من أن المريض إذا اشترى معيباً ولم يردده مع كون الغبطة في رده احتسب نقص عيبه من الثلث ، ولعل من ذلك ينقدح أنه لو لم يكن للمفلس إلا الرد بالعيب لاسقاط الأرض قبل الفلاس ونحوه لم تعتبر الغبطة فيه ، إذ هو حينئذ كغيره من الخيارات ، كما أنه قد ينقدح من ذلك وجه آخر ، لاصل ثبوت الخيار بعد الفلاس بغير العيب ، بأن يقال : إنه ليس تصرفاً في مال ، وإن رجع إليه بالآخرة ، وإن كان فيه بحث ظاهر ، ولعله لذا كان ظاهر المحكي عن الأردبيلي ، وبعض الشافعية ، اعتبار الغبطة في جميع انواع الخيار ، لان الفسخ نوع تصرف في المال .

وفيه أن المتبجه حينئذ ممنعه منه ، من دون اذن الغرماء ، لأنه حينئذ كالتصرف فيه ببيع ونحوه ، لا تقييده 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 اليه متزلزلاً يبقى على حاله بعد الفلاس ومن ذلك ينقدح ان له الخيار أيضاً فيما يشتره في الذمة بعد الفلاس ، لأن المال قد انتقل اليه

على هذا الحال ، وتعلق به حقهم على هذا الحال فلا يمنع منه ، ولو لم يكن للمفلس
الا الرد ، فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ و ﴾ او خرج المال عن المفلس بعقد متزلزل كالهبة ونحوها قبل الفس لم
يستحق الغرماء عليه الرجوع قطعاً ، كما هو واضح . نعم ﴿ لو كان له حق فقبض
دونه ﴾ قدراً أو وصفاً على جهة الاسقاط والابراء ﴿ كان للغرماء منه ﴾ قطعاً لانه
تصرف في المال بما ينافي حقهم ، بل في جامع المقاصد وغيره لهم منعه من قبض بعض
الحق ، وإن لم يكن على جهة الاسقاط للباقي ، إذا حصل ضرر كما في قبض بعض ثمن
المبيع ، قال : لأن فيه اسقاطاً لحق يتعلق بالمال ، فيمنع منه ، لانه تصرف مبتدأ أما
إذا لم يكن كذلك كقبض بعض ما استحقه بأتلاف مال ، أو قرض ونحوهما ، مما يلزم
عليه فيه قبض البعض لو بذله من عليه كالجميع ، كان له قبض البعض ، وفيه أنه
يمكن المناقشة في منعه عن إسقاط هذا الحق الذي هو ليس بأرلى 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 ، اثبات تسلطه على الحكم المذكور وإن كان
القباض غيره ، وفيه أن أقصى ما ثبت من الحجر منعه من التصرفات المنافية لحق
الغرماء لا غيرها ، للأصل وغيره ، قال في القواعد : « ولا يمنع من وطى مستولده
ولم يفرق بين كون ثمنها من جملة دين الغرماء أولاً ، ولا بين القول بإجارتها وعدمه ،
لكن قال : « وفي وطى غيرها من إمانه نظر » وعن التذكرة أقرب به المنع ، وفي جامع
المقاصد « أنه الأصح » إلا أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة التعريض للاتلاف بالطلق
أو نقصان القيمة ، أو بصيرورتها أم ولد ، بناء على بطلان حق الغرماء بها حينئذ ، وفيه
نظر ، بل جزم في القواعد ومحكي التذكرة بعدمه ، ولعله سبق تعلق حقهم ، إلا
أن الظاهر تأخيرها في البيع لتبين القصور وعدمه ، لئلا يبطل حق الاستيلاء ، وعلى
كل حال فمنع المفلس من التصرف بماله على وجه لا ينافي حق الغرماء لا يخلو من
بحث ، بل منع . والله أعلم .

﴿ ولو أقرضه انسان مالا بعد الحجر ﴾ مثلاً ﴿ أو باعه بضمن فى ذمته ، لم يشارك الغرماء ، وكان ثابتاً فى ذمته ﴾ إذا كان عالماً بحاله اتفاقاً ، كما فى المسالك ، بل وإن كان جاهلاً كما صرح به الفاضل ، والشهيدان ، والكركي ، وغيرهم ، للأصل خصوصاً على القول بتعلق حقوق الغرماء بالمال المتجدد ، وخبر الاختصاص^(١) يعين المال فى الفلاس ، إنما هو للتفريم قبل الحجر ، والمشاركة لهم لا دليل عليها وإن كان قد أدخل لهم مالا عوض دينه .

ومن ذلك يظهر لك ما فى احتمال الضرب واحتمال الاختصاص ، بل يزيد الأول ضعفاً أن الجهل لا مدخلة له فى مشاركة الغير ، بعد فرض اختصاص الحجر للديون السابقة ، إذ دعوى - أن المحجر لاحظ فى التحجير الديون السابقة ومثل المفروض - لا دليل عليها ، بل فى المسالك « أن الوجهين شاذان ، لأنه إن كان غريباً اختص بعين ماله ، وإن لم يكن غريباً لم يضرب » وإن كان قد يتكلف لدفع ذلك ، كما أنه يظهر لك أيضاً ما فى المحكى عن فخر الإسلام فى شرح الارشاد ، من الصبر والضرب ، لكونه غريباً وأدخل مالا فى مقابلة الثمن ، والاختصاص للعموم ، فالأقوى حينئذ وجوب الصبر بناء على تعلق الحجر بالمتجدد ، وإلا كان له المطالبة بالوفاء منه ، ثم إن ظاهر التعليل للمشاركة بإدخال المقابل فى أموال المفلس يقتضى عدمها إذا لم يكن كذلك ، وكان برضا من المستحق كما فى المهر وعوض المتلف بالاذن ، ولعله كذلك للأصل ، ونفى الخلاف عنه فى التذكرة .

﴿ ولو أنلف مالا بعد الحجر ضمن ، وضرب صاحب المال مع الغرماء ﴾ كما فى القواعد وجامع المقاصد والمسالك ، وإن ذكروا معه الجناية أيضاً ، لعدم الفرق بينها وبين التلف فى ذلك ، إذ المدرك فى الجميع أن الثابت هنا من المال من غير رضا صاحبه ، وإن كان هو كما ترى ، وكذا الاستدلال عليه بعموم الخبر الدال على الضرب وبما دل على وجوب العوض ، فإنا لم نقف على خبر ظاهر فى شمول الفرض ، وما دل على وجوب العوض لا يقتضى المشاركة ، وكأنه لذلك لم يرجع فى التذكرة بل جعل

أول الوجهين عدم الشركة لتعلق الحق ، ولأنه كما لو جنى الراهن ولا مال له غير المرهون ، فإن المجنى عليه لا يزاحم المرتهن ، قلت : كل ذلك مضافاً إلى الأصل ، ولعله لذلك حكى عن الأردبيلي التأمل فيما ذكره من المشاركة ، وهو في محله ، والله أعلم .

﴿ ولو أقر ﴾ المفلس ﴿ بمال ﴾ بعد الحجر أو ثبت شغل ذمته بمال بعده كذلك ﴿ مطلقاً وجهل السبب ﴾ في ثبوته ، فلم يعلم أنه مما يشارك به كالاتلاف والجنابة ، أولاً ، كما إذا كان برضا من المستحق وعلم منه أو جهل على الأصح ﴿ لم يشارك المقر له الفرماء ﴾ ، لاحتماله ما لا يستحق به المشاركة ﴿ فالأصل عدمها حينئذ واحتمال أن الأصل المشاركة حتى يعلم كونه مما لا يشارك ، لا شاهد له ، بل هو على خلافه ، ضرورة كونها من الأمور العارضة ، والأصل عدمها ، بل الظاهر عدم وجوب الاستفصال أيضاً حال عدم العلم بجهله ، للأصل ، أما لو أطلق مع ذلك أو بدونه في السبق واللاحق ، وجهل تاريخ الحجر والدين ، فالأصلان متعارضان ، ويبقى أصالة عدم تعلق خصوص هذا الدين سائلاً في علوم الدين

ودعوى - أن اللحق مانع ولم يثبت ، فالأصل المشاركة - ، لم تحقق لها شاهداً ، بل الشاهد بخلافها ، كما عرفت ، حتى لو سلم الشك في المقام في كون السبق شرطاً في المشاركة ، أو أن اللحق مانع ، إذ أصالة عدم التعلق تغني عن ذلك ، ولو علم تاريخ أحدهما بني تأخير أحدهما على ما تقدم سابقاً في نظائر المسألة ، وحينئذ يشارك لو كان المعلوم الدين هذا . وفي المسالك هنا نظير ما حكيناه عنه سابقاً في الروضة ، وفيه ما لا يخفى ، وفي جواز العمل بما ذكرناه من الأصول بلا استفصال وجه فلا يجب حينئذ وإن كان يمكن أن يحصل به رفع الاشكال . والله أعلم .

﴿ ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر ﴾ بلا خلاف أجده من غير الاسكافي ، للأصل بعد حرمة القياس على الميت ، وكونه مع الفارق ، كما قيل : بتضرر الورثة والفرماء بدونه فيه ، لعدم ذمة له بخلاف المفلس ، مضافاً إلى أنه لا خلاف بيننا بل ﴿ وبين غيرنا عدا الحسن البصري المنقرض خلافه في أنها ﴾ تحل بالموت ﴿

بل الاجماع بقسميه عليه ، لخبر أبى بصير ^(١) « إذا مات الرجل حل ماله ، وما عليه من الدين » والسكوني ^(٢) « إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين » والصحيح المضمّر ^(٣) « إذا مات فقد حلّ مال القارض » .

بل ظاهر الأولين كمعقد المحكى من اجماع الخلاف عدم الفرق بين مال السلم والجنابة المؤجلة ، وغيرهما ، خلافا للمحكى عن ايضاح الفخر ، وحواشى الشهيد ، من عدم حلول السلم بالموت ، ولعله لأنّه يقتضى قسما من الثمن ، لكنه كما ترى لا يصلح معارضا للدليل ، وكذا ما قيل : من تعليل احتمال خروج الجنابة ، بان تأجيلها شرعى ، لا مدخلية لرضا الميت فيه ، إذ لا فرق بين الجميع فيما عرفت من الدليل ودعوى - أن بينه وبين ما اقتضى بقاء أجله تعارض العموم من وجه - يدفعها أن ذلك قائم في كل فرد من أفراد الدين ، مع أنه لا اشكال في السياق التخصيص في الجميع ، فالتحقيق في أمثال ذلك ملاحظة الحاصل من مجموع الأدلة ، ولا ريب في ظهور التخصيص حينئذ ، فتأمل ، وأما حلول ماله فستعرف البحث فيه انشاء الله تعالى .

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم إسلامي

﴿ القول ﴾ الثاني ﴿ فى اختصاص الغريم بعين ماله و ﴾ تفصيل الكلام أن ﴿ من وجد منهم عين ماله كان له اخذها ، ولو لم يكن سواها : وله أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان ﴾ عنده ﴿ وفاء ﴾ لغيره من الغرماء ﴿ أو لم يكن على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور ، بل لا أجد فيه خلافا معتدابه إذا كان وفاء ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لا أجد خلافا فيما إذا لم يكن ، إلا من المحكى عن الشيخ في التهذيب ، والاستبصار ، والنهاية والمبسوط ، فخص الاختصاص بما إذا كان وفاء ، بتجدد مال آخر للمفلس بآث أو اكتساب أو بكون 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 الذى هو شرط الفلاس .

ولا ريب في ضعفه ، للنبوي ^(١) المروي في كتب فروع الاصحاب ، إذا أفلس الرجل ووجد سلعته فهو أحق بها ، ونحوه غيره وإطلاق صحيح ممر بن يزيد ^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام ، سأله عن الرجل تركبه الديون ، فيوجد متاع رجل آخر عنده بعينه ، قال : لا يحاسبه الغرماء ، المراد منه ولو بضميمة كلام الاصحاب فسح العقد لا عدم المحاسبة في الوفاء ، والا لوجب التعرض لزيادته على دينه ونقيضته .
وأوضح منه في ذلك مرسل جميل ^(٣) عن أبي عبدالله 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 يحاسبوه ، فإنه ظاهر في إرادة عدم المحاسبة للفسخ ، وإن كان هو غير ما نحن فيه ، إذا الكلام في المفلس الحي ، وهذا في الميت ، وإن لم يكن مفلساً ، لصحيح أبي ولاد ^(٤) ، سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة ، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله ، وأصاب البايع متاعه ، أله 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 ، وبه يقيد مرسل جميل فيكون العاصل ما ذكره المصنف بقوله :

﴿ أما الميت فغرماءه سواء في التركة ، إلا إن يترك نحواً مما عليه ، فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها ﴾ كغيره من الاصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً سوى ما يحكى عن ابن الجنيد من الاختصاص وإن لم يكن وفاء كالحي ، وكأنه اجتهد في مقابلة النص ، بل ظاهر النص والفتوى اشتراط الاختصاص في الميت بما عرفت ، وإن كن قدّمات محجوراً عليه ، بل صرح به في المسالك ، ولعلهم رجعوا ذلك على إطلاق

(١) المستدرک ج ٢ ص - ٢٩٦ - عن دعائم الاسلام من أمير المؤمنين عليه السلام

باختلاف يسير وفي سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٥ .

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر الحديث ٢ - ١ - ٣ .

صحيح عمر بن يزيد للحكمة الواضحة في هذا الشرط بالنسبة إلى المييت دون الحي ، إذ المييت 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 المييت المحجور عليه ، قال :
« واطلاق النص يدفعه » .

قلت : هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ، وضعفه واضح ، والانسب منه القول بعدم اشتراط الوفاء في الاختصاص إذا كان قد مات مفلسا ، استصحابا للخيار الثابت لصاحب العين في حال الحياة ، ولا طلاق صحيح عمر بن يزيد منضمنا إلى عدم ظهور صحيح أبي ولاد ومرسل جميل في موت المفلس ، بل لعلهما ظاهران في غيره ، بل لعله لا يخلو من قوة ، إن لم يكن إجماع على خلافه ، فتأمل جيدا ، فإن لم أجد تنقيحا له فيما حضرنى من كلام الأصحاب .

نعم قد سمعت التصريح بخلافه في المسالك ، وكذا العلامة في التذكرة ، بل ظاهرا أنه مفروغ منه ، ولعل وجهه أن العين قد انتقلت بالموت إلى الوارث ، فذهب شرط خيار الفليس ، ولم يبق إلا الخيار من حيث الموت المشروط بالوفاء في صحيحة أبي ولاد . وعلى كل حال فما عن الشيخ رحمه الله لم نجد له شاهدا بالخصوص سوى دعوى الجمع بين النصوص ، بحمل ما دل منها على الاختصاص على ما إذا كان وفاء ، وما دل منها على عدمه ، كخبر أبي بصير ^(١) سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كانت عنده مضاربة وأموال أيتام وبضائع ، وعليه سلف لقوم فهلك وترك ألف درهم ، أو أكثر من ذلك ، والذي للناس عليه أكثر مما ترك ؟ فقال : يقسم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على تقدير حصصهم أموالهم ، وغيره على ما إذا لم يكن وفاء من غير فرق بين الحي والمييت ، لكن فيه أنه لا شاهد على هذا الجمع ، إذ صحيح أبي ولاد ومرسل جميل في المييت الذي قد عرفت الحكم فيه ، والكلام في المفلس الحي الذي هو لعله

الظاهر من صحيح عمر بن يزيد ، كما أن الظاهر من قوله فيه لا يحاسبه الغرماء قصور المال عن الوفاء ، وإن الحاكم قد حجب عليه فهو أحد أدلة التحجير على المفلس الذي أنكره في الحقائق ، كما أنه أنكر في المقام دلالة النصوص على الخيار الذي عند الأصحاب وإنما هي دالة على الاختصاص في الغرماء ، ولأرب في ضعفه في المقامين ، وحينئذ فليس أخذ العين عزيمة عليه ، بل له أن يفسخ ويأخذ العين ، وله أن يضرب بالثمن على الغرماء ، كما أومى إليه في صحيح أبي ولاد ، وليس أن يفسخ ويضرب بقيمة المتاع إن كانت أزيد من الثمن قطعاً .

نعم قد يقال : إن له ذلك إذا تلفت العين بعد الحجب ، وتعلق الخيار بها ، إذ احتمال سقوط خياره حينئذ منافي للاستصحاب ، ولإطلاق الدليل ، مع أنه يمكن فرض التلف بعد اختيار الفسخ ، وقبل وصول العين إليه ، وقد يعلم في الفرض اختصاصه بالقيمة التي هي بدل العين عن الغرماء ، وفيه ضعف ، لأن الدليل إنما اقتضى الاختصاص بالعين لا بقيمتها التي قد استحققت بعد الفسخ ، فهي كنموها من الديون التي يضرب أصحابها مع الغرماء ، وإن تعددت بعد الحجب ، كما استعرف إنشاء الله تعالى فتأمل جيداً . ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل ﴾ هذا ﴿ الخيار في ذلك ﴾ في العمى أو الميت ﴿ على الفور قيل : نعم ﴾ لأنه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن ، و عن المبسوط أنه أحوط ، و في المسالك أولى ، و في محكي التذكرة أنه الأقرب ، و جامع المقاصد ، يمكن ترجيحه بأنه الأشهر في كلام الأصحاب ، وفيه جمع بين الحقين ، فالقول بالفورية قريب ، هذا .

وقد يشعر قول المصنف : ﴿ ولو قيل بالتراخي جاز ﴾ بالميل إلى التراخي ، ولعله كذلك لإطلاق الدليل ، و قد تقدم في الخيارات تحقيق نظائر هذا البحث ، ثم إنه لا فرق في الرجوع بالعين في الفلاس بين دفع الغرماء للدين من مال المفلس ، أو من مالهم ولو باباحة للمفلس أن يفي عن نفسه ، وعدمه للثمن ، وتجويز ظهور غريم ، لعدم إطرادهما ، بل لإطلاق النص ^(١) الذي لا فرق فيه مع ذلك أيضاً بين زيادة قيمة

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العجز الحديث - ١ - ٢ - .

السلعة ، أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها ، وعدمه ، خلافاً للتذكرة فأوجب حينئذ قبول ما بذله الغرماء من دينه ، وكأنه اجتهد في مقابلة النص ، بل فيها أيضاً ما يقتضي وجوب القبول لو بذل الثمن بأذن من ماله تخلصاً للعين ، وإطلاق النص يدفعه .

نعم يعتبر فيه حلول الدين ، فلا رجوع لو كان مؤجلاً ، لعدم استحقاقه المطالبة حينئذ ، فلا يستحق الفسخ ، ولو حل قبل فك الحجر وقبل الوفاء بها فالأصح في جامع المقاصد عدم الرجوع بها أيضاً ، لتعلق حق الغرماء بها ، فلا يستحق إبطاله ، لكن في القواعد اشكال ، وأعلمه من ذلك ، ومن عموم الخبر ، بل عن التحرير الجزم بالرجوع ، وهو جيد بناء على مشاركة الدين المؤجل الحال قبل قسمة الكل أو البعض ، لاندراجه حينئذ في عموم النص المزبور ، كما صرح به في الروضة ، لكنه لا يخلو من إشكال ، لسبق تعلق حق الغير ، ولإصالة عدم المشاركة ، ولذا قرب في التذكرة أنه لو حل الأجل قبل انفكاك الحجر أنه لا يشارك صاحبه الغرماء ، وبني عليه أنه ليس لصاحب الدين الذي قد حل الرجوع في عين ماله ، سواء كان الحاكم دفعها في بعض الديون أولاً وهو جيد ، لكنه صرح بعد ذلك في آخر كتاب الفلاس ، أنه إذا حل المؤجل قبل قسمة الكل أو البعض شارك فيما لم يقسم ، ويمكن الجمع بين كلاميه بحمل ما هنا على عدم الشركة إذا كان الحل بعد القسمة ، بخلاف الأخير ، إلا أن تعليله الفرع ينافي ذلك ويمكن دفعه أيضاً فتأمل .

هذا كله في المعاوضة المحضة ولو قرضاً فإنه صرح في التذكرة بأنه للمقرض الرجوع بعينه إذا فلس المقرض ، وكان عين المال موجودة ، أما ما ليست كذلك ، بل فيها شبه للمعاوضة ، فلا فسخ ، للأصل السالم عن المعارض ، ضرورة عدم اندراج مثل النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال ونحوها في الخبر المزبور ، فلا يفسخ الزوج النكاح بتعذر الصداق ولا الزوج الخلع بتعذر العوض بافلاس الزوجة ولا العاني بتعذر عوضه ، كما هو واضح ، بل لأجد فيه خلافاً ، بل في جامع المقاصد الإجماع عليه . والظاهر اعتبار بقاء العين على ملك المفلس بذلك العقد ، لأنه المنساق من إطلاق

الخبر المزبور الذي خرجنا به عن أصالة اللزوم ، وخبر « من وجد عين ماله فهو أحق بها » لم تجده في أصولنا ، فلو خرج عن ملكه حينئذ ثم عاد إليه بسبب آخر قبل الحجر ، لم يكن له الرجوع حينئذ ، وإن لم يكن بموضع كالهبة والوصية ونحوهما ، وأولى من ذلك لو كان عوده بعد الحجر ، ضرورة اقتضاء القاء عدمه بل قد يقال : بعدم جواز الرجوع له ، لو عاد بفسخ خيار أو إقالة على إشكال ، لكن في القواعد « لو عاد إلى ملكه بلا عوض كالهبة والوصية ، احتمل الرجوع ، لأنه وجد متاعه ، وعدمه لتلقى الملك من غيره » .

وفي الوجه الأول ما عرفت ، مضافا إلى أن فسخ البيع إنما يقتضي بطلان ملكه به ، لا بسبب غيره ، كما هو المقروض ، بل قال : ومعه : أي القول بالرجوع ، فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفى البائع الثمن فكلاول : أي في احتمال الرجوع ، وعدمه من الوجدان ، وعدم معارضة الثاني الأول بعد وفاء ثمنه ، ومن أن المداوضة الثانية أوجبت استحقاق الرجوع للثاني عند عدم الوفاء فلا يبقى للأول رجوع ، لامتناع ثبوت حق الثاني مع بقاء حق الأول ، 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 الأول لسبق حقه ، وإلى الثاني لقرب حقه ، وتساويهما فيضرب كل منهما بنصف الثمن .

وهو غريب ضرورة انقطاع حق الأول بالمعاملة الثانية ، وذلك لأن ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها ، وإلا لم تكن صحيحة ، لعدم ترتيب الأثر الذي هذا من جملته عليها ، فيجب ارتفاع لوازم الأول بالسبب الطاري ، كما هو واضح ، فيتعين حينئذ الوسط ، أما إذا كانت باقية على الملك ولم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع كالرهانة ونحوها ، إلا أنها ناقصة ، فإن كان البعض الناقص مما يتقسط عليه الثمن لجواز إفراجه بالبيع كالعبد من العبدین ونحوه ، أولا كيد العبد ورجله ، وعلى كل حال فإما أن يكون بأفة سماوية ، أو بجناية من المشتري أو البائع أو أجنبي فالصور ثمان .

وقد أشار المصنف إلى الأولى منها بقوله : ﴿ ولو وجد بعض المبيع سليما ﴾

تخير بين الضرب بجميع ماله وبين  أخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء  بخلاف أجده فيه عندنا مطلقا كما فى المسالك ، لصدق عين المال على الموجود ، فيثبت التخيير فيه ، بخلاف التالف الباقي على مقتضى أصالة لزوم العقد فيه وتبعض الصفقة هنا لأثرله ، لعدم ما يقتضى شمول هذا الفرد منه بالنسبة إلى كل منهما ، لكن فى المختلف عن ابن الجنييد أنه قال : إن وجد بعض متاعه أخذه بالقيمة يوم يسترده ، وضرب بما يبقى من الثمن مع الغرماء فيما وجد للمفلس ، قال : وقد خالف الشيخ فى موضعين الأول - اطلاق الضرب بالنقص ، الثانى احتساب المأخوذ بالقيمة ، والتالف بها ، والشيخ نسبهما إلى الثمن ، وهو لا يخلو من قوة .

وفى جامع المقاصد فى شرح ما فى القواعد « ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيدين فلبايع أخذ الباقي بحصته من الثمن ، والضرب بثمان التالف » قال : « ان فيه نظرا من وجوه ، الأول : ان أخذ الباقي بحصته من الثمن إن كان على طريق المعاوضة توقف على رضا المستحقين ، وصدر العقد على الوجه المعتبر شرعا ولا يقوله أحد ، وإن كان على جهة الفسخ فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن ، بل يفسخ ويأخذه ، الثانى : ان الفسخ فيه وحده يقتضى تبعض الصفقة وذلك غير جائز الثالث : أنه أطلق الضرب بحصته من الثمن ، وذلك لا يستقيم على أصله ، بل يجب أن يفيد بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن ، هربا من المحذور السابق ، فإن ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق » (إلى أن قال) : « والذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضة مطلقا ، أو يتركه مطلقا حذرا من لزوم تبعض الصفقة ، أو يقال : ينظر حيث يكون على المفلس ضرر ، يفسخ فى الموجود فيأخذه ، ويسقط حصته من الثمن ، ويبقى البيع فى الآخر بحاله ، فيضرب بحصته من الثمن ، وذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن ، أما إذا كانت أنقص أو مساوية فإنه يأخذ حصته من القيمة ، ولا يمنع ذلك كون العبيدين بمنزلة مبيعين ، نظرا إلى أن لكل منهما قسما من الثمن ، وإن كان فى الثانى مناقشة ، لأن المنع من تبعض الصفقة لحق كلاهما ، وإطلاق كلام ابن الجنييد يقتضى الفسخ فى الجميع ، وأخذ الباقي بقيمته ، ويضرب بقيمة التالف ،

وقواه المصنف في المختلف ، وقوته بينة .

و هو كما ترى ضرورة تعيين الوجه الثاني في النظر الاول وقوله «لامعنى» إلى آخره لامعنى له ، اذ ذلك لازم للفسخ فيه وحده ، وإن كان مراده أنه لامعنى للتعبير عن ذلك بالأخذ بالحصّة ، وفيه أنه متعارف في ارادة الفسخ فيما يقابله من الثمن ، كما أن النظر الثاني يدفعه ما أومأنا اليه من اشتراك التبعض بالنسبة اليهما ، وأنه لا مانع منه بعد قضاء الدليل به ، و اما الثالث فالفرق بين المقام وبين الارش واضح ، ضرورة حصول فسخ العقد من أصله ، و كان مقتضى الضابطة الرجوع بالأرش على مقتضى القيمة ، لانه ليس أرش معاوضة ، إلا أنه لما منع عنه قاعدة عدم اجتماع العوض والمعوض ، وجب التقييد فيه بذلك ، بخلاف المقام الذي هو فسخ للعقد بالنسبة الى الموجود ، دون التالف ، فليس حينئذ إلا ما يخصه من الثمن بالنسبة ، ولا مدخلة للقيمة هنا أصلاً ، ومن ذلك يعلم ما في كلامه الآخر ، بل وما في كلام ابن الجنيّد الذي قواه في المختلف ، واستظهر منه في جامع المقاصد الفسخ في الجميع ، مع أن ما فيه من أخذ الموجود بالقيمة ينافي ذلك ، وعلى كل حال فكلام الاصحاب هنا في محله ، و ليس فيه إلا تبعض مقتضى العقد ، ولا بأس به بعد قضاء الدليل . فتأمل جيداً والله أعلم .

نعم إنما الاشكال في قول المصنف وغيره من الاصحاب ، بل لعله المشهور ﴿ و كذا لو وجده معيباً بميب قد استحق أرشه ﴾ لكون الجاني أجنبياً و لو البايع ﴿ ضرب مع الغرماء بأرش النقصان ﴾ و إن زاد على الثمن فإنه ليس جمعاً بين العوض و المعوض عنه ، كما سمعته من جامع المقاصد ، و يحتمل أن يريد بالارش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة النقصان الى القيمة إن كان الثمن أنقص عن القيمة ، وإلا فنقصان القيمة ، كما صرح به في القواعد ، قال : « و إن كان بجناية أجنبي أخذه البايع ، وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لأرش الجناية ، إذ قد تكون كل الثمن ، كما إذا اشترى عبداً بمائة تساوي مائتين فقطعت يده ، فياخذ العبد والثمن ، وهو باطل ، هذا إن نقص الثمن عن القيمة ، وإلا فنقصان القيمة وعلى كل حال فهذا كله لو كانت الجناية توجب أرشاً .

﴿أما لو عاب بشيء من قبل الله سبحانه﴾ و تعالى ﴿أو جنابة من المالك كان مخيرا بين أخذه بالثمن﴾ مجانا ﴿و﴾ بين ﴿تركه﴾ و الضرب مع الغرماء بالثمن ، فإن المعلوم من قاعدة فسخ المعاوضة ايجاب رجوع كل مال إلى صاحبه عينا أو بدلا ، وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع ، معارض بماله قسط من الثمن ، مع أننا نقول أنها مضمونة مطلقا ، بل بمعنى أن الفاتت في يد المشتري يكون من ماله ، لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة ، فإذا ارتفع رجوع كل من العوضين إلى مالكة أو بدله ، و أما كون اليد لا قسط لها من الثمن ، فإن أرادوا أن الثمن لم يبذل في مقابلتها منه شيء ففساده ظاهر ، إذ لو لا هالم يبذل جميعه قطعا ، و إن أرادوا أن الثمن لا يتقسط عليها و على باقى الاجزاء على نسبة الكثرة و القلة ، كالمشر في متساوى الأجزاء فهو لا يدل على مطلوبهم .

كل ذلك مع منافاة تعليلهم لما حكموا به من الأرض في جنابة الأجنبي ، وإن كان قد أخذه المشتري ، ضرورة أنه أخذه و العين ملك له ، ولم تكن مضمونة عليه للبائع ، وكون الأرض جزءا من المبيع و قد أخذه المشتري - فلا يضيع على البائع بخلاف التعيب بالافه السماوية التي لم يكن لها عوض - لا يجدى بعد عدم كون العين مضمونة ، ومن هنا كان خيرة المحقق الثاني الرجوع بالأرض مطلقا ، بعد أن حكاه عن ابن الجنيد ، و أن المصنف في المختلف قواه ، و استحسنة الشهيد الثاني ، و قد عرفت أن كلام ابن الجنيد أجنبي عن ذلك ، و أن ظاهره عدم الفسخ مطلقا ، و إنما يأخذ الموجود بالقيمة ، وفاء عن دينه ، فإن بقي له من الثمن شيء ضرب مع الغرماء . و أما ما سمعته من الأصحاب فقد يقال : إن الموافق للضوابط عدم استحقاق الأرض أصلا ، إذ هو كنماء الملك يستحقه المشتري ، والشارع إنما جعل له الفسخ في الموجود من ماله ، ففسخ العقد يوجب رجوع هذا المال إليه ، لأنه الموجود دون غيره ، و الفرض أن التالف ليس مما يمكن بناء العقد بالنسبة إليه ، حتى يستحق ما يقابله من الثمن ، بل قد عرفت أن صفة الصحة و العيب ليست هي لإكصفة الكتابة و العلم ونحوهما مما لا تقابل بأجزاء الثمن ، و إن زاد سببها ، فإن زيادته بها أعم من مقابلته

لها ، كما هو واضح ، ولذا لم يفسخ العقد قهرا فيما قابليها 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 التلف 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 تعلق الخيار وجدالعين نافضة ، ولا يكون
ذلك إلا قبل الحجر فتأمل جيدا .

فظهر من ذلك أن الموافق لمقتضى الضوابط ، عدم استحقاق الارش أصلا ، إلا أنه
حيث يكون مستحقا على الأجنبي حكموا بالرجوع به ، باعتبار كونه قائما مقام
الجزء النالف ، وأنه ليس في الحقيقة ضمن للمالك ، ولكن التعليل كما ترى ، ولعل
المتجه عليه رجوعه به مع وجوده ، أما مع فرض تلفه من المالك ، أو من قبل الله تعالى ،
فهو كالجزء بل هو أولى منه في عدم الرجوع ، كما أن المتجه عليه الرجوع بمقداره
لأبازيد ، لو فرض تفاوت القيمة ، بحيث لو كان الجاني البايع فقد يبقى له ويضرب
به ، وقد ينقص و يبقى مشغول الذمة به للمفلس ، وقد يتساويان في اخذ منه ما عليه
ويضرب بماله .

والإصاف أن العمدية في اثبات ذلك من أصله حينئذ الإجماع إن تم ، وإفلا ،
وحينئذ فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو أقل الأمرين من تفاوت القيمة ، ومن
النسبة إلى الثمن ، كما سبقت من الفاضل في القواعد ملاحظا فيه أرض المعاوضة من
جهة ، وأرض الجناية من أخرى ، فراراً من عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض ،
وأطلق في المسالك ملاحظة الأرض بنسبة الثمن ، معللا له بأن السبب في ذلك الهرب
من الجمع بين العوض والمعوض ، فلم يلاحظ فيه إلا أرض المعاوضة ، وهو لا يخلو من
وجه ، لكن في جامع المقاصد «أن المتجه الرجوع بتفاوت القيمة مطلقا و إن زاد على
الثمن» وليس فيه جمعا بين العوض والمعوض ، إذ لم يأخذ ذلك على أنه ثمن ، بل
على أنه عوض الفائت الذي استحق بالفسخ عينا أو قيمة ، فلاحظ فيه نحو أرض
الجنابة على كل حال ، والمتجه على ما ذكرنا الاقتصار على المتيقن ، وهو ما عرفت

فتأمل جيداً .

ولو قبض نصف الثمن مثلاً وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما، فعن ابن الجنييد أنه يجعل المقبوض في مقابلة التالف، ويتخير بين الضرب بالباقي، وبين أخذ العبد الموجود به، لتناول الخبر له .

وفيه أن مقابلة المقبوض للتالف لا مقتضى له، فإن جملة الثمن في مقابلة المبيع، ولا أولوية لكون المقبوض مقابل التالف على كونه في مقابل الموجود؛ ومن هنا كان المحكى عن ابن البراج مراعاة التوزيع بمعنى أن له الرجوع بنصف الموجود، و يضرب حينئذ بربع الثمن مع الغرماء، وله عدم الفسخ و الضرب بما بقى له من الثمن؛ لكن فيه مضافاً إلى الضرر بالشركة أن هذا الخيار على خلاف الأصل، والمتيقن منه ما إذا لم يقبض من الثمن شيئاً، فيبقى غيره على قاعدة اللزوم، خصوصاً بعد النبوى^(١) وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء، والله أعلم هذا كله إذا وجد المبيع ناقصاً .

﴿ و ﴾ أما إذا كان زائداً كما ﴿ لو حصل منه نماء منفصل كالولد و اللبن ﴾ ونحوهما ﴿ كان النماء للمشتري، وكان له ﴾ أى البايع ﴿ أخذ الأصل بالثمن ﴾ بلا خلاف بيننا ولا إشكال، بل في المسالك أنه موضع وفاق، بل لافرق في الولد بين الحمل والمنفصل، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره، لكون الجميع نماء ملك المشتري .

﴿ ولو كان النماء متصلاً كالسمن والطول ﴾ مثلاً ﴿ فزادت لذلك قيمته قيل ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه وعن جماعة ﴿ له أى البايع ﴾ أخذه، لأن هذا النماء يتبع الأصل ﴿ لأنه محض صفة، وليس من فعل المفلس فلا يعد مالاً له، ولا أنه يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها، ولأن الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذى لا إشكال في كون هذه الزيادة فيه لمن عادت العين له به، و مسا في جامع المقاصد من الفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد في الخيار، بخلافه هنا، فإنه طار بعد الحجر - غير مجدد، بعد اشتراكهما في أن الفسخ من حينه، وبعد

عدم رجوع غيره من النماء بفسخ الخيار ، وإن كان ثابتاً بأصل العقد .

﴿و﴾ لكن مع ذلك قال المصنف : ﴿فيه تردد﴾ مما ذكرنا ، ومن أنها زيادة عينية قد وقعت في ملك المشتري ، وإن لم تكن من فعله ، فهي في الحقيقة عين مال البايع مع شيء آخر ، ومن هنا كان خيرة جماعة منهم الفاضل في المختلف وابن الجنييد والمحقق الثاني أن الزيادة للمفلس ، لكنها لا تمنع من رجوع البايع ، لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين ، فإذا رجع كان شريكاً معه بالنسبة ، لكن ظاهر ما عن التذكرة أو صريحها عدم جواز الفسخ من أصله ، لأنه على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على المتيقن الذي هذا ليس منه ، وفيه مالا يخفى ، بل لعل القول الثاني . الذي هو مراد المصنف من ترده على الظاهر لا يخلو من ضعف أيضاً على ما عرفت والله أعلم .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿لو باعه بخلا وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد التفليس﴾ فزادت قيمتها لزيادة في نفس الثمرة ، أما إذا كانت الزيادة في القيمة خاصة ، مع بقاء الثمرة على قدرها ، ففي المسالك في الحاقها بالمسألة وجهان ، من كون الزيادة القيمة حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجاناً ، ومن بقاء عين مال البايع من غير تغيير ، فيدخل في محوم الخبر ، ثم قال : واستقر في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين مطلقاً متى زادت قيمتها لزيادة السوق ، وألحق به مالهوا اشتراها المفلس بدون ثمن المثل .

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 ، أولاً ، الظاهر الثاني ، وإن قلنا به في الأول ، لعدم كونها نماء في كل مقام تنفسخ فيه المعاوضة ، وعدم صحة سلب عدم وجدان عين المال بها ، بل ولا صدق وجدان غيرها معها كما هو واضح . والله أعلم .

﴿أما لو اشترى حباً مثلاً﴾ فزرعه وأحصده ، أو بيضه فأحضنها و صار منها فرخ لم يكن له ﴿أي البايع﴾ أخذه لأنه ليس عين ماله ﴿كأن يصح له الفسخ فيه﴾ ،

ضرورة استحالاته في ملك المشتري ، وليس المدار في الرجوع بالمغصوب على كونه عين المال حال الغصب ، ومن هنا صح الرجوع فيه وإن استحال في يد الغاصب إلى حقيقة أخرى ، إذ هو مال المالك على أي حال يكون ، و منه زرع المرتهن للحب المرهون ، بل قد يقال : ليس للبائع الفسخ في العسير إذا تخمّر في يد المشتري ثم تطل ، لكنه لا يخلو من اشكال . نعم في المسالك « لو قلنا بالمنع من الرد في الزيادة المتصلة ، فهنا أولى » وقد عرفت أن المختار عندنا عدم المنع من الرد فتأمل .

﴿ولو باعه نخلاً حائلاً فأطلع﴾ وفسخ البائع ﴿أو أخذ النخل قبل تأييره لم يتبعها الطلع﴾ فضلاً عن غيره من الأشجار ، لأنه من النماء الذي قد سمعت الحكم فيه ، و دخوله في البيع للدليل لا يقتضي دخوله هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ، فما عن الشيخ رحمه الله من الدخول كما عن أحد قولي الشافعي ضعيف ، أما إذا أبر فلا يتبعه قولاً واحداً ، والظاهر عدم استحقاق المالك الأجرة حينئذ لو أراد المشتري الإبقاء إلى الجذاذ ، كما صرح به الفاضل في القواعد ، والمحقق الثاني والشهيد الثاني ، وكذا الحمل و الزرع في الأرض ، وأحوذاً ، بل في المسالك أنه يستحق بقاؤه إلى حصاده بلا أجرة قولاً واحداً ، ولعله لأن الثابت له الفسخ في الغبن ، وردها إلى ملكه وقد حصل ، وليس له رد المنفعة التي قد استحقها المفلس ، بل هو بمنزلة من استوفأها ، كما أنه ليس له ادخال الضرر عليه بائناً ماله لو أراد قلعها ، وهذا بخلاف مالو آجر أرضاً فزرع المستأجر و أفلس ، ففسخ المؤجر ، فإنه يستحق أجرة المثل حينئذ على الإبقاء إلى وقت الحصاد ، لأن مورد المعاوضة هنا المنفعة وقد فسخ ، ولم تعد إليه باعتبار استحقاق الإبقاء عليه ، فله عوضها حينئذ ، خصوصاً والمفلس لم يكن يستحقها مجاناً قبل الفسخ ، فكيف يستحقها كذلك بعده .

و بالجملة الفرق بين المسألتين واضح ، ولكن لا يقتضي عدم استحقاق الأجرة في المسألة الأولى ، إذ قد يقال بذلك مراعاة للجمع بين الحقيين ، إذ المشتري كان له الإبقاء من حيث أنه مالك لا مطلقاً ، بل قد يفرّق بين المقام ، وبين بيع الأرض المزروعة ،

باعتبار ظهور العقد الحاصل برضاهما في البقاء ، بخلاف الفسخ الحاصل قهراً على المشتري ، ومن هنا كانت المسألة لا تخلو من إشكال ، اللهم إلا أن يقال : إنه لا إشكال في استحقاق البقاء على البايع ، لأنه ليس بظالم ، ولتوقف تمام ماليته على ذلك ، والأجرة إن كان يستحقها المالك عليه من جهة شغل ماله فهي من الشرع ، لأن استحقاق البقاء مشروط ببذلها ، فهي حينئذ تكليف مستقل مع الشك ينفي بالأصل ، فتأمل جيداً ، فإنه دقيق . والله أعلم .

❖ وكذا لو باع أمة حائلاً فحملت ، ثم فلس وأخذها البايع لم يتبعها الحمل ❖
 لو فسخ البايع ، إذهو كغيره من الحمل والنماء ولعل عود (ذكره) بالخصوص تنبيهاً على أن مقتضى قول الشيخ - في تبعية الحمل للام في البيع لكونه كالجزء منها - القول بالتبعية هنا ، بناء على عدم منع النماء المتصل بحوا السمن والطول ، كما سمعته من الشيخ سابقاً ، لكن قد عرفت ضعفه في محله ؛ والله أعلم .

❖ ولو باع شقصاً وفلس المشتري كان للشريك المطالبة بالشفعة ، ويكون البايع أسوة مع الغرماء في الثمن ❖
 بخلاف أجده بين أصحابنا في الحكمين ، الواضح وجه تأييدهما ، وأما وجه أولهما فقوة حق الشفعة ، بدليل ثبوتها مع انتقال العين عن المشتري حتى لو جعلها مسجداً ، بل لو تقايل المتبايعان كان للشفيع إبطال التقايل ، والأخذ بالشفعة ، بل لو فسخ البايع 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 البايع الذي لم يثبت الشارع إلا مع وجود العين ، ولأن تعلقها هنا في العين أسبق ، ضرورة حصولها بالعقد ، بخلاف الخيار المتوقف على فلس المشتري ، فهي حينئذ أرجح منها بالسبق ، ولأنها لاحقة للبيع بذاته والخيار لاحق له بواسطة الحجر ، وما بالذات أولى مما بالعرض .

و إن كان الأخير كما ترى ، لا محصل له بحيث يصلح مدركاً للحكم شرعياً ، بل وسابقه ، إذ سبق باعتبار سبق السبب لا يقتضى ترجيحاً على المتأخر الذي تأخر

سببه ، كما هو واضح ، فأنحصر الوجه في الأول الذي لولاه لكان الممتنجه ثبوت حقهما معا ، فأيهما سبق كان الحق له ، ومع الاقتران يبطلان ويبقى للمفلس ، أو يستخرج أحدهما بالقرعة ، مع القطع بتأثير أحدهما في الواقع ، والإحتمال في الظاهر بناء على اعتبار ذلك في القرعة ، إذ لا ظهور في دليل كل منهما في نفي ثبوت حق لغيره ، بل مقتضى عموم دليلهما الثبوت لهما ، فهو كما لو قال الشارع بالخصوص لهذا الشريك الشفعة ، ولهذا البايع الخيار .

بل قد يظهر لك مما ذكرنا وجه في أصل المسألة إن لم يقدح إجماع على خلافه ، وهو القول بأن الحق للسابق منهما ، ومع الاقتران ترجح الشفعة بما ذكر مرجحاً لها من القوة وغيرها ، بل لعل هذا أولى مما ذكره في القواعد وغيرها من احتمال تقديم حق البايع ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها الشريك ، والضرر هنا يزول عن الشفيع ، لأن البايع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع ، ولم يتجدد شركة غيره ، واحتمال تقديم حق الشفيع بالعين ، والبايع بالثمن على سائر الغرماء ، حيث تعذر اخذه العين ، وحيث إنه عوض ماله الذي قد وجده في حال الحجر بعينه ، وقد كان حقه التقديم به لولا عروض مانع سابق ، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقين ، إذ الأخير واضح الفساد ، لعدم حق بعد للبائع ، بعد تقديم الشفيع في العين لكون الثمن حينئذ من أموال المشتري ، فهو وغيره من الغرماء سواء فيه ، بل والأول لكون الضرر حكمة في الشفعة ، لاعلة تدور مدارها ، فلا ريب في أن ما ذكرناه أولى منهما والله أعلم .

﴿ولو فلس المستاجر﴾ قبل تمام استيفاء المنفعة ﴿كان للمؤجر فسخ الاجارة﴾

إن شاء من غير خلاف أجد فيه ، المحاقا للمنافع بالاعيان ، و تنقيحها للمناط ، بل ربما تكلف إدراج المنفعة في بعض نصوص الخيار ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لا يجب عليه امضاؤها ولو بذل الغرماء الاجرة﴾ من مال المفلس أو من مالهم ، ولو بالإباحة للمفلس على حسب ما عرفته في بذل ثمن المبيع ، ولو كان قد استوفى المستاجر بعض المنفعة قبل الفس ،

فسخ المؤجر فيما بقي وضرب بما يقتضيه التفسير بالنسبة إلى الماضي مع الغرماء ، إذ هو كتلف بعض المبيع الذي يقسط عليه الثمن ، إذ المنفعة قليلها و كثيرها يمكن إفرادها بالإجارة ، بل وكذا لو استوفى بعد الفس ، ولو كانت العين المستأجرة أرضاً قد زرعتها المفلس ، أو غرس فيها ، أو بنى كان له الفسخ أيضاً ، واستحق أجره المثل على الإبقاء ، لما عرفت سابقاً من الفرق بين الإجارة و البيع في ذلك .

بل صرح في المسالك هنا « أن لها الأجرة مقدمة على الغرماء ، لما فيها من مصلحتهم بحفظ الزرع ، كأجرة الكيال والوزان » وإن كان لا يخلو من تأمل ، بناء على استحقاق الإبقاء عليه ، وإن وجبت الأجرة شرعاً جمعاً بين الحقين ، ولو كانت الإجارة على عين كلية في ذمة المؤجر ، ولم يكن قد قبضها المستأجر ، فالظاهر أن له الفسخ أيضاً ، بل لعله أولى من الفسخ في العين المشخصة التي سلمها المؤجر ، وفي المسالك « إن اختار المؤجر الامضاء أمره الحاكم بتعيينها ليؤجرها » وهو كذلك ، بل قديقال: إن له الفسخ لو كانت الإجارة على عمل في ذمته ، وقد فلس المستأجر قبل أن يعمل العمل كله ، أو بعضه ، فإنه أولى من العين .

ومنه ينقدح الخيار للبائع لو كان قد باعه شيئاً في ذمته وقد فلس المشتري قبل أن يقبضه ، لكون المناط في الجميع واحداً ، ولو فسخ مؤجر العين وقد وجد عينه مشغولة بحمل مال للمفلس ، وجب الإبقاء بالأجرة إلى المأمن ، مقدماً بها على الغرماء ، وكذا لو كان المفلس راکبها ، دفعاً للضرر على نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله ، كما صرح بذلك كله في المسالك ، وإن كان لا يخلو التقديم في الأخير من بحث ، إلا أن يدخل تحت النفقة .

والظاهر أن له الفسخ وإن كان المأمن في صوب المقصد ، لوجود السبب ، وعدم الفائدة في بعض الأفراد غير قاذح بعد وجود السبب ، مع أنه يمكن تصوير الفائدة في كثير من الأفراد ، بل له الفسخ وإن كان المأمن منتهى المسافة المستأجرة عليها ، وكذا له الفسخ وإن كان النقل إلى المأمن يحصل بإجارة مساوية للنقل إلى

المقصد ، أو أكثر ، لكن في التذكرة أن الأولى وجوب النقل إلى المقصد ، وعدم تخيره في الفسخ ، بل يجب عليه امضاء العقد ، ثم قال : وهل يقدم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلى المقصد من المسمى اشكال ، وهو كما ترى حتى في اشكاله ، فإن المتجه بناء على عدم الفسخ عدم التقدم ، كما هو واضح .

نعم ما فيها من أنه لو كان المأمن في صوب المقصد ، وصوب مبدء المسافة أو تعددت مواضع الأمان و تساوت قربا و بعدا ففي التذكرة فإن كان اجرة الجميع واحدة نظر إلى المصلحة ، فإن تساوت كان له سلوك أيها شاء ، لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد ، لأنه مستحق عليه في أصل العقد ، و ان اختلفت الاجرة سلك أقلها أجرة ، وإن تفاوتت المصلحة ، فإن اتفقت مصلحة المفلس والغرماء في شيء واحد تعين المصير اليه ، وإن اختلفت ، فالأولى تقديم مصلحة المفلس ، ولا بأس به ، ولو أفلس المؤجر بعد تعين الدابة فلا فسخ ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة ، كما يقدم الميرثين ، لأصالة اللزوم ، وسبق الاستحقاق .

نعم للغرماء البيع مستحقة المنفعة ، ولهم الصبر إلى انقضاء الاجارة إذا لم يوجد راغب ، لكن هل يبقى الحجر مستمرا عليه إلى انقضائها إحتمال . ولعل الأقوى عدمه ، ولو كانت الاجارة على الذمة ، فله الرجوع إلى الاجرة إن كانت باقية ، للوجدان ، وله الضرب بقيمة المنفعة ، كما أنه يتمين لذلك لو وجدها تالفة ، وليس له الفسخ والضرب بالأجرة ، لأنه ليس كالسلم كما هو واضح والله أعلم .

﴿ ولو اشترى أرضا ففارس المشتري فيها أو بنى ، ثم أفلس كان صاحب الارض أحق بها ﴾ قطعا ، بل لا خلاف أجده فيه ، لصدق وجود العين ﴿ وليس له إزالة الفروس ولا الأبنية ﴾ مع عدم بذل الارض قطعا . ﴿ وهل له ذلك مع بذل الارض ، قيل : ﴾ والقائل الشيخ في المحسنى عن مبسوطه ﴿ نعم ﴾ لظهور ما دل على أن له الرجوع في العين في استحقاق منافعها ، وحيث وضع بحق جمع بين الحقيين ببذل الارض ﴿ والوجه المنع ﴾ لأنها قد وضعت بحق خالص للمالك ، فليس لأحد إزالتها

لاحترامها ، والارض مع عدم الرضا به لا يسقط احترامها ، بخلاف الارض التي كانت ملكا للمفلس ، وقد انتفع بها بذلك ، ولم يكن لأحد فيها حق أصلاً . وإنما تجدد له الرجوع بالعين خاصة ، بل المتبجج عدم استحقاق الأجرة على البقاء ، كما صرح به في جامع المقاصد ، للاصل الذي قد سمعته في الزرع .

بل في المسالك « أنه يلزم على قول الشيخ أن له الايقاء بالأجرة لا مجاناً ، لأن ذلك هو مقتضى تعليله ، ولكن لم يذكر أحد استحقاقه الأجرة لو أبقاها ، نعم هو وجه لبعض الشافعية ، وربما يستفاد منه عدم الخلاف في عدم استحقاق الأجرة مع اختيار البقاء ، بل لعل الشيخ أيضاً لا يقول بها . وإن جوز له القلع بالأرض ضرورة عدم تلازمهما .

وحينئذ فطريق معرفة الارض على قول الشيخ تقويم الفرس والبناء قائمين بلا أجرة و مقلوعين ، فالتفاوت بينهما هو الارض . ولكن التحقيق مساواة الفرس للزرع في استحقاق البقاء بلا أجرة ، وعدم جواز القلع بالارض إلا مع التراضي ، واحتمال الفرق بينهما بأن له أمداً ينتظر ، بخلاف الفرس والبناء ، فيحصل الضرر عليه اعتبار لا يصلح معارضا لما يقتضيه الضوابط ، خصوصاً بعد أن كان الفسخ اختيارياً له ، لا قهرياً عليه . فتأمل جيداً .

نعم لو أفلس بثمر الفرس أيضاً ففسخ صاحبه ، لعدم عوده زيادة على ما كان ، أو قلنا أن مثله يتبع العين كالسمن -- لم يكن له استحقاق بقاء على صاحب الارض بل له قلعه من دون أرض لانه دفعه إلى المشتري مقلوعاً ، بل لو قلعه صاحبه كان عليه طم الحفر ، لأنه احداث في ملك الغير لتخليص ماله ، ومصلحة بسبب فعل غير مضمون ، إذا لم يكن الفرس في الارض عدواناً ، ومن هنا كان الظاهر أنه ليس لاحدهما مطالبة الآخر بتخليص ماله من مال الآخر ، لان الفرس لم يقع من واحد منهما بغير حق ، وإنما فعله المفلس حين كان مالكا للعين والانتفاع .

نعم لكل واحد منهما تولى ذلك ، والأولى استيذان الحاكم . والظاهر أن

صاحب الأرض له قله ، و ان كان هو حين القلع لم يكن صالحا بعد للغرس ، لان منفعة الأرض لباعها بعد الفسخ ، ولم يكن الغرس للمفلس ، حتى يستحق إبقاؤه . لأن الغرض أن صاحبه قد فسخ أيضاً ، وقد يحتمل في المقام من جهة خبر « الضرر والضرار »^(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 المتن أن الغرس للمفلس ، وقد عرفت أن الحكم فيها الفسخ ، فتكون الأرض للبائع ، والغرس للمفلس ، ﴿ ثم يباعان ويكون له ﴾ أي البائع ﴿ ما قابل الأرض ﴾ بأن يقوموا 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 بالبيع ، ﴿ فإن امتنع بقيت له الأرض ، وبيعت الغروس والأبنية منفردة ﴾ باقية في الأرض من غير أجرة ، ولا يجبر على بيع الأرض ، و إن 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 ﴾ لوجودها وإن كانت غير متميزة ، إذ هو لا يستلزم عدمها ، بعد أن لم تكن واسطة بين الموجود والمعدوم ، فيقسم حينئذ بينه وبين المفلس ، لان الغرض التساوى في الزيت ، ﴿ وكذا لو خلطه بدونه ﴾ في عدم بطلان حقه من العين ، بل وفي القسمة عند المصنف وغيره ﴿ لانه ﴾ بفسخه ﴿ رضي بما دون حقه ﴾ وفيه أنه أعم من ذلك ، ولعل الأوجه أن له التوصل إلى حقه بالبيع ، ويكون له من الثمن بنسبة ما يخصه من القيمة ، كما جزم به في محكي التحرير ، لانهما كالمالين لشخصين لوبيعا صفقة ، وإن كانا مستقلين . واحتمال الشركة في العين على هذه النسبة ، يدفعه - مضافاً إلى لزوم الربا ،

بناء على عمومته لكل معاوضة ولو القهرية - أنه لامعاملة بينهما على ذلك ، والامتزاج لا يستلزمه قهراً ، وإنما يستلزم الشركة قهراً في المالين على نسبة قدرهما ، على معنى استحقاق كل منهما النصف مع فرض التساوي ، وبحيث لو تلف منه يكون بالنسبة ، أما لو بيعا لو حظ في ثمنهما ملاحظة المالين المستقلين ، ضرورة تفاوت الثمن بالنسبة اليهما ، ولانلازم بينه وبين الاشتراك بالعين ، وللبايع الامتناع من العين هنا إذ ارضى بدون حقه ، لأنه يكون حينئذ شريكا .

لكن في جامع المقاصد ، فان قيل : إنه هل يجاب البايع لو طلب القسمة بعد الرجوع والمخاطوط به المثل والاردى ؟ قلت : يحتمل أن لا يجاب ، لأن الخلط لم يكن على طريق الشركة ، وإنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالكا لكل منهما ، فلو أجنبناه إلى القسمة لزم تملكه بعض مال المفلس ، لامتناع فصل ملكه ، وهو باطل ، ولأن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا ، وظاهرهم إطلاق الحكم في الحالات كلها ، وفي التحرير أثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالمثل والاردى .

قلت : ظاهر الاصحاب في غير المقام وقوع الشركة قهراً في الممتزج بالمساوى ، وكذا الأردى إذا رضى صاحب الجيد ، ولعله لأن الامتزاج موجب لذلك حتى في صورة الاختيار الذي يكون الفائدة فيه حينئذ الرضا بإيجاد السبب المقتضى للشركة في نفسه ، وحينئذ فطلب القسمة في محله ، أما لو كان بالأردى فمع رضاه يعمل السبب حينئذ عمله من الاشتراك قهراً ، فلو بيعا حينئذ لم يكن له الأعلى حسب الشركة ، ولا يستحق من الثمن بمقدار قيمة ماله ، لأن الفرض حصول الشركة .

نعم له أن لا يرضى ويطالب بالبيع ، فيخصه من الثمن على نسبة القيمة ، لكن الانصاف أن ذلك كله محتاج إلى الدليل ، وإلا فالذى تقتضيه الضابطة بقاء كل مال على ملك صاحبه حينئذ حتى في المتساوى ، لتوقف ملك كل منهما شيئاً من مال الآخر على الترضى ، والفرض عدم حصوله منهما ، أو من أحدهما ، وربما كان هو ظاهر المحكي عن ابن الجنييد الذي اختاره في المختلف فلاحظ وتأمل .

﴿ وإن ﴾ كان قد ﴿ خلطه بما هو أجود قيل ﴾ والقائل الشيخ والفاضل في بعض كتبه ﴿ يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة ﴾ التي يطلب بها المفلس ، ﴿ مع الغرماء ﴾ لكونها حيثئذ كالتألف بالاختلاط ، وعدم التمكن من القسمة ، للاضرار بالمفلس ، وفيه أنه يمكن التوصل إلى حقه بالبيع ، ويكون من الثمن على نسبة القيمة ، ولو أثير مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين ، لزم مثله في القسمين الأولين ، ومن هنا كان مختار الفاضل وثاني الشهيدين ذلك ، فعليه لو كانت قيمة زيتته درهما ، والممزوج به درهمن ، أخذ ثلث الثمن ، وهكذا ، وليس له الامتناع من البيع هنا ، وإن احتمله بعضهم ، لانحصار التوصل إلى حقه فيه ، نعم للغرماء والمفلس الامتناع من البيع إذا رضوا بالقسمة معه على قدر المالين ، بناء على ما ذكرنا سابقا لانحصار الحق فيهم ، فمع رضاهم بدون حقهم لم يكن لأحد منهم ، هذا .

و عن الشيخ أنه حكى هنا قولاً آخر ، وهو الشركة في العين على نسبة القيمة فإذا خلط جرّة تساوي ديناراً بجرّة تساوي دينارين فللبايع قيمة ثلث الجميع ، فيعطى ثلث الزيت ، وغلظه باستلزامه الربا ، وفي المسالك أنه يتم على القول بثبوته في كل معاوضة ، ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً ، قلت : هو بعيد أيضاً ضرورة عدم المعاملة بينهما ، والامتزاج لا يستلزم ذلك ، فلا ريب في أن المتجّه ما عرفت .

نعم قد يحتمل الرجوع إلى الصلح القهري ، بل وفي المسالك في باب الغبن في نحو المقام ، أنه لا يخلو من قوة بل فيها وفي الروضة هناك ما فيه نوع منافاة في الجملة ، فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿ ولو نسج ﴾ المشتري ﴿ الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق ﴾ أو عمل نحو ذلك مما يفيد المبيع صفة محضة ﴿ لم يبطل حق البايع من العين ﴾ قطعاً لعدم خروجها بذلك عن الوجود ، بل إن لم تزد قيمة المبيع بهذه الصفات لم يكن للمفلس شيء سواء غرم عليه شيئاً أولاً ، واحترام عمله - بعد أن كان في ماله - لا يقتضى استحقاق شيء على البايع ، كما أنه إن نقصت قيمته لم يكن شيء للبايع ، بناء على ما عرفت

سابقا من عدم استحقاق البايع الارش بجناية البايع المقتضى للمعدم في المقام بطريق أولى .
 إنما الكلام فيما لو زاد بعمله ﴿ و ﴾ مقتضى قول المصنف ﴿ كان للفرء ما زاد
 بالعمل ﴾ القطع بذلك ، وهو أحد القولين في المسألة ، فلو كان الثوب غيره - قصور يساوي
 مائة ومقصورا يساوي مائة وعشرين كان للمفلس سدس الثمن ، و وجهه أن هذه الزيادة
 بسبب فعل للمفلس ، و فيه أن المتبججه بناء على ما ذكرنا من عدم استحقاق المشتري
 السمن و نحوه ، العدم هنا ، كما في القواعد ، بل هو أولى ضرورة عدم كون الحاصل
 هنا إلا صفة محضة لا يعقل ملكها مستقلا ، فهي من توابع المملوك .

و دعوى - أن الفرق بينها وبين السمن حتى أنه يمكن القول بالعدم هناك ،
 بخلافه هنا ، بأن السمن و نحوه من الله ، و إن 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 مثلا ، و لذا لم يجز الاستيجار على الاول دونه - يدفعها أنها
 بعد التسليم ، لا تجدى ، إذ الفعل بعد أن كان في ملكه لم يكن له ضمان على أحد ،
 و إنما استحق البايع العين التي يلزمها تبعية مثل هذه الاوصاف ، كما هو واضح ،
 ولا فرق بين كون الصفة من فعله ، أو فعل غيره ، بعد أن كانت نماء ملكه ، و زيادة
 قيمة العين سببها له ، فليس السبب إلا ما ذكرنا ، وبذلك قد استرحنا عن تحقيق حال
 الزيادة أنها وقت الفسخ ، كما هو ظاهر المسالك ، أو ولو تجددت ، كما هو مقتضى
 التعليل السابق .

وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم لحوق هذه الصفات بالاعيان المتولدة من العين
 المحكوم بكونها للمفلس ، لأنها نماء ملكه ، ولو ألحقنا الصفة بالعين ، كان للاجير
 على الطحن والقسارة ، حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الاجرة ، كما أن للبايع حبس
 المبيع لاستيفاء الثمن ، بل لو تلف الثوب أو الدقيق بيده لم يستحق الاجرة قبل التسليم
 فانه حينئذ كالمبيع التالف قبل قبضه ، أما على عدم اللاحاق استحق ، لانه صار مسلما
 بالفراغ ، ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القسارة مثلا ، ففي القواعد إن لم يزد بها

فلا شيء للأجير في ثمن العين و إن زاد و ألحقنا هذه الصفة بالأعيان ، فان لكل من البايع والاجير الرجوع إلى عين ماله ، فلو ساوى قبل القسارة عشرة ، والقرص خمسة ، والجرة درهما قدم الاجر بدرهم والبايع بعشرة وأربعة للفرعاء و المراد أن للاجير حبس العين حتى يستوفي أجره ، وليس له عين مال قطعاً ، بل له الحبس ، و إن لم يزد الثوب بقصارمه كما سمعته سابقاً ، والله أعلم . فتأمل جيداً .

﴿ولو﴾ كان قد ﴿صبغ الثوب﴾ فإن لم تزد قيمته بالصبغ لم يكن للمفلس شيء بلا خلاف أجده ، بل في المسالك قولاً واحداً ، فيختص البايع حينئذ بالعين ، لكونها قائمة بخلاف عين مال المفلس ، فإنها ذاهبة ، والفرض أن الصفة لا أثر لها ، ولو زادت قيمته بقدر قيمة الصبغ ﴿كان شريكاً للبايع﴾ في الثمن ، ﴿بـ﴾ قدر ﴿قيمة الصبغ﴾ فلو فرض ان قيمة الثوب غير مصبوغ أربعة ، والصبغ درهماً ، والمصبوغ ستة ، فللمفلس ثلث الثمن ، ولو زادت قيمته بأقل من قيمته ، كما لو فرض قيمته مصبوغاً في المثال خمسة ، فالنقصان على الصبغ ، لان الصبغ تفرق اجزائه في الثوب ويهلك ، والثوب قائم بحاله ، فكانت نسبة النقصان إليه أولى ، وبه جزم في القواعد لكن لا يخلو من نظر ، وشرطه في المسالك بأن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه في الثوب وإلا لحقه بسببه ، بل قد يظن من إطلاق المصنف الشركة بمقدار الصبغ ، وقوع النقصان عليهما بالنسبة ، فتأمل .

ولو زادت قيمة الثوب مصبوغاً على قيمة الصبغ ، كما لو فرض كون الثوب في المثال يساوى ثمانية ، فالمتجه بناء على ما ذكرناه اختصاص البايع بالزيادة ، لانها صفة محضة ، وقد عرفت تبعيتها للعين ، ويجيء على ما سلف سابقاً احتمال اختصاص المفلس بها ، لأنها كالأعيان ، فيكون الثمن حينئذ في الفرض بينهما نصفين ، وقد يحتمل هنا بسطها على قيمة الثوب والصبغ ، فيكون الثمن اثلاثاً ، 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 ﴾ ضرورة عدم الفرق بينه وبين الاستيجار عليه ، 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 استحقاقه 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 يعمل به المفلس بنفسه ، ولأذن فيه ، ولا غرم عليه أجره كما هو واضح . والله أعلم .

﴿ ولو أسلم في متاع ﴾ وقد حل الأجل ﴿ ثم أفلس المسلم اليه قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه ، وتبعه الفاضل في التذكرة ﴿ إن وجد رأس ماله أخذه ﴾ انشاء ﴿ وإلا ﴾ بأن وجدته تالفاً قبل الحجر أو موجوداً ولم يجز الفسخ ﴿ ضرب مع الغرماء بالقيمة ﴾ بل لا خلاف أجده في الحكم الأول لاندراجهم في النصوص^(١) أو استفادته من فحواها ، وإنما الكلام في المحكم في الثاني ، فإن ظاهره تعين ذلك عليه ، وأنه ليس له الفسخ حينئذ ، بل صرح به ، قال : وإن لم يجد عين ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الحنطة ، وقيل أيضاً أنه 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 تخصه ، لأنه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الفاضل في بعض كتبه وغيره ، بل في المسالك نسبته إلى

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الحجر .

الأكثر ﴿له الخيار﴾ مع التلف أيضاً ﴿بين﴾ الفسخ و ﴿الضرب بالثمن أو﴾ بين اللزوم والضرب بحقه ، لكن إذا أريد معرفة ما يخصه من مال المفلس اعتبر ﴿قيمة المتاع﴾ حينئذ لذلك ، وربما أطلق على ذلك الضرب بها مجازاً ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿هو أقوى﴾ عند المصنف ، والفاضل في بعض كتبه ، بل لم يستبعده في التذكرة أيضاً وثاني الشهيدين ، لكنه قيده في المسالك والمحكي عن غيرهما بما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه ، بحيث لا يمكن وفاؤه منه .

قال : « ولو فرض ذلك لم يمكن له الفسخ ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر ، ومن الممكن أن يصل إلى جميع حقه ، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة ، وإن كان قاصراً كما مرّ فلا بد من ملاحظة هذا القيد ، وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضاً » .

وهو من غرائب الكلام ، ضرورة أن محل البحث عدم وفاؤه تمام المسلم فيه للاعسار لا للانقطاع ، وحينئذ فلا فرق بين كون مال المفلس من جنس المسلم فيه ، وعدمه ، كما أنه لا معنى لفرض وفاء جميع حقه ، لمعلومية خروجه عن محل النزاع ، وكذا لا معنى لقوله لا وجه للفسخ في بعض ، إذ لعل وجه تبعض الصفة ، بل هو لازم لكل من قال بالخيار هنا ضرورة أنه لا بد من وصول بعض حقه إليه مما يخصه من مال المفلس ، كما هو واضح .

فالتحقيق في المقام ما سمعته عن الشيخ ، لاصالة لزوم العقد ، واختصاص ما دلّ على الخيار فيما إذا تعذر المسلم فيه للانقطاع ، دون غيره ، فيضرب حينئذ بما للمسلم فيه ، ويؤخذ له بما يخصه من مال المفلس بعض حقه ، وجوباً أو ندباً على ما تقدم في السلف من جواز أخذ غير الحق وفاءً عنه قبل قبضه ، وعدمه ، ويبقى له الباقي في ذمة المفلس ، بل لو كان المسلم فيه ثوباً أو عبداً أو نحوهما مما هو غير متساوي الأجزاء لم يكن له الفسخ ، بل يعزل ما يخصه من الحصة ، وينتظر اتمامها من المفلس

بعد ذلك .

خلافاً للتذكرة قال : فيشترى بحصة المسلم شقص ، فإن لم يوجد للمسلم الفسخ ، وفيه بحث ، كما أن ما فيها أيضاً من أنه لو قوم المسلم فيه فكانت قيمته مثلاً عشرين ، فأقرضناه من المال عشرة لكون الديون ضعف المال ، ثم رخص السعر قبل الشراء بحيث كانت العشرة تفي بثمان جميع المسلم فيه ، فالأقرب أنه يشترى به جميع حقه ، ويسلم إليه لأن الاعتبار إنما هو يوم القسمة ، والموقوف وإن لم يملكه المسلم ، لكنه صار كالمرهون 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 كذلك أيضاً ، إذ المتجه بناء على عدم ملك المسلم الموقوف ، لأن حقه في الحنطة لحقوق الغرماء له بذلك ، لبقاء المال على ملك المفلس ، والأصل عدم حكم الرهانة فتصرف 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 .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

﴿ولو أولد الجارية ثم فلس جاز لأصاحبها اتزاعها وبيعها﴾ فيه وفي غيره لصدق وجدان عين المال فسقط على الفسخ ﴿و﴾ الاستيلاد غير مانع بعد أن ﴿لو طالب بثمانها﴾ ولم يفسخ ﴿جاز بيعها في ثمن رقبته﴾ فأخذها حينئذ بمنزلته ، وليس للغرماء المنع ، وإن قلنا بتعلق حقهم بالمنفعة ، لو لم تبع لأولية حقه منهم ، ولا يشاركونه في الثمن ، لأن الذي تعلق بها حقه دون غيره ، فيتعلق حقه بثمانها القائم مقامها دون غيره ، وإن كان هو ملكا للمفلس ، إلا أنه كالمرهون يتعلق حق البائع به . وعلى كل حال فالمحكم 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 رقبته أشكل الفسخ فيها مطلقا ﴿وإذا جنى عليه﴾ أوعلى عبده أوعلى مورثه ﴿خطأ تعلق حق الغرماء بالدية﴾ لأنها مال متجدد للمفلس ، ولا يصح العفو

منه هنا لمنعه من التصرف في المال ﴿وإن كان﴾ تمت الجنابة ﴿عمداً كان بالخيار بين القصاص﴾ بين ﴿أخذ الدية إن بذلت له﴾ والواجب له اصاله القصاص على الأصح ﴿ولا يتعين عليه قبول الدية﴾ للأصل ﴿لأنها اكتساب وهو غير واجب﴾ وله العفو عن القصاص هنا لعدم كونه تصرفاً مالياً ، فتنتفى الدية حينئذ ، لأن الأصح ثبوتها صلحاً لا اصاله .

أما على القول بأن الواجب أحد الأمرين فقد يقال : بتعينها بعد العفو عن القصاص ، مع أنه لا يخلو عن بحث فتأمل . أما لو قتل هو كانت دية كماله ، ولو كان عمداً لم يعجز للورثة القصاص إلا بعد أداء الدين على المشهور ، كما في الدروس ، قال : وقيد الطبرسي ببذل القاتل الدية ، وجوز الحلبيون القصاص مطلقاً ، 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 يواجرها﴾ بإذن الحاكم أو الفرما ، لتعلق الحق بمنفعتيها وليس هو اكتساباً ﴿وكذا لو كانت له مملوكة﴾ ممنوع عليه بيعها ﴿ولو كانت أم ولد﴾ بل في المحكي عن المبسوط إذا كانت له أم ولد يؤمر بإجارتها ، ويجبر على ذلك بلا خلاف ، وظاهره بين المسلمين ، لكن في التذكرة لو كانت له أم ولد أوضيعة موقوفة عليه ، ففي وجوب مؤاجرتها نظر ، من حيث أن المنافع وإن لم تكن مالا فإنها تجري مجراه ، فيجعل بدلها للمدين ، ومن حيث أن المنافع لا تعد أموالاً حاضرة ولو كانت تعد من الأموال لوجب اجارة المفلس نفسه ، ولو جب بها الحج والزكاة ، والثاني أقرب ، ومقتضاه 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 الاجرة فلا يجب عليه الاقدام مع هذه المخاطرة ولو فرض بحال يستقر ملكه على الاجرة اتجه الوجوب حينئذ .

ثم إنه لا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال في أن للمفلس الدعوى لأنها ليست تصرفاً مالياً
فـ ﴿ إذا شهد للمفلس شاهد بمال فإن حلف استحق ﴾ وتعلق به حق الغرماء ﴿ وان
امتنع ﴾ قيل لم يجبره الحاكم ، لأنه لا يعلم صدق الشاهد ، ولو علم ثبت الحق
بشهادته من غير يمين ، وحينئذ فلا يجبره على ما لا يعلم صدقه ، ولأن الحلف تكسب
وهو غير واجب .

وفيه أن المدعى يعلم صدقه وهو كاف في الجبر ، وإن لم يعلم الحاكم ، وليس
هو تكسباً ، بل هو مقدمة لتحصيل ماله الواجب عليه ، لوفاء الدين المطالب به .

وعلى كل حال إذا لم يحلف فـ ﴿ هل يحلف الغرماء قيل : ﴾ والقائل الأكثر
بل المشهور بل لا جدد فيه خلافاً من غير الاسكافي ﴿ لا ﴾ يحلفون ، بل في ظاهر التذكرة
الاجماع عليه ، ﴿ وهو الوجه ﴾ للاجماع 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 ظلم
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 ، 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 كـ بعض 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 لـ دين الميت ، وليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء مشاركة الحالف ، كالوارث
إذا حلف دون باقي الورثة ، لم يكن للباقيين مشاركته ، لأن المقبوض باليمين ليس عين
مال الميت ، ولا عوضه بزعم الغريم .

﴿ وربما قيل بالجواز ﴾ بل هو المحكي عن أبي علي ﴿ لأن في اليمين إثبات

حق للفرءاء ﴿ والممنوع إنما هو لاثبات مال الغير من دون حق ، إذ أقسام اليمين لاثبات مال الغير ثلاثة ، كما عن حواشي الشهيد الاول : أن لا يكون للمحالف حق فلا يصح حلفه إجماعاً ، الثاني : أن يكون للمحالف حق ولغيره حق ، لكن حق المحالف مقدم ، وهو محل البحث ونحوه المرتين ، الثالث : أن يكون للمحالف 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 الاجماع ويبقى غيره على الأصل ، ومنه ما نحن فيه .

نعم يمكن التوصل هنا إلى حلف الفرءاء بان ينقلوا المال إليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ، ثم يشهد ويحلفون ، لكن يخرج عما نحن فيه ، وكذا الكلام فيما لو كان الدين طيت ، ونكاح الوارث ، وأراد الفرءاء الحلف ، إلا أن المحكي هنا عن حواشي الشهيد جواز حلفهم ، ولعله للفرق بينه وبين المفلس بتعذر الوصول إلى الحق من الميعة بخلاف المفلس ، لكنه كما ترى لا يصلح مخرجاً عن الأصل المزبور ، فعامل جيداً والله أعلم .

﴿ وإذا مات المفلس حل ما عليه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال كما تقدم سابقاً ، ﴿ ولا يحل ماله ﴾ عند المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الغنية نفى الخلاف فيه . بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين . للأصل بعد حرمة القياس ، على أن الفارق موجود بتضرر الورثة بالامتناع عن التصرف ، والفرءاء به ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه رواية أخرى ﴾ مرسله لأبي بصير ^(١) وقد ذكرناها سابقاً ﴿ مهجورة ﴾ عند معظم الأصحاب ، إذ لم أجد من عمل بها إلا الشيخ في المحكي عن نهايته التي ليست هي كتاب فتوى ، وأبا الصلاح ، والفاضي ، والطبرسي ، فيما حكى عنهم . وهو لا يصلح جابراً لها كي نصلح لقطع الأصل بل الأصول كما هو واضح .

﴿ وينظر المعسر ﴾ إلى الميسرة ، كما قال الله تعالى ^(٢) « وإن كان ذو عسرة

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الدين الحديث - ١ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٠ .

فنظرة إلى ميسرة ، وفي خبر غياث بن إبراهيم ^(١) عن الصادق عن الباقر عليه السلام : « أن علياً عليه السلام كان يحبس الرجل ، فإذا تبين له إفلاسه وحاجته خلى سبيله ، حتى يستفيد مالا ، وفي وصية الصادق عليه السلام ^(٢) الطويلة التي كتبها لأصحابه « إياكم واعسار أحد من أخوانكم المسلمين أن تعسروه بشيء يكون لكم قبله ، وهو معسر ، فإن أبانا رسول الله ﷺ كان يقول : ليس لمسلم أن يعسر مسلماً ، ومن أنظر مسلماً أظله الله يوم القيامة ، يوم لا ظل إلا ظله . »

وفي مرسل عبد الله بن سنان ^(٣) عن النبي ﷺ : « لا يحل لغريمك أن يمطلك وهو مؤسر ، فكذلك لا يحل لك أن تعسره ، إذا علمت أنه معسر ، وفي المرسل ^(٤) : « إن امرأة استعنت على زوجها عند أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا ينفق عليها ، وكان زوجها معسراً ، فأبى أن يحبسها ، وقال : إن مع العسر يسراً ، ولم يأمره بالتكسب ، والنبي العامي ^(٥) : « أنه ﷺ لما حاجر على معاذ لم يزد على بيع ماله ، وفي آخر ^(٦) : « أن رجلاً أصيب في ثمارا ابتاعها فكثر دينه ، فقال النبي ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبي ﷺ : خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك . » كل ذلك مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنه لا خلاف في أنه لا يجب عليه قبول الهبة والوصية ، والاحتشاش ، والاحتطاب ، والإغتنام ، مؤيداً بالمشهور نقلاً وتحصيلاً على عدم وجوب التكسب عليه ، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات ، وعللوا به عدم قبول الهبة ونحوها مما يظهر منه المفروغية منه ، بل عن ظاهر الغنية والسرائر الإجماع على عدم جواز دفعه إلى الفرمان ليستعملوه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لا يجوز إلزامه ﴾ بالتكسب ﴿ ولا مؤاجرته ﴾ التي

(١) الوسائل الباب ٧ - من أبواب أحكام الحجر الحديث ١ - .

(٢) (٣) الوسائل الباب ٢٥ - من أبواب الدين الحديث ١ - ٢ - .

(٤) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الحجر الحديث ٢ - .

(٥) سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٨ .

(٦) سنن البيهقي ج ١ ص ٥٠ .

هي نوع تكسب أيضاً، ودعوى - أنها ليست منه ، بل هي منفعة ، وقد تقدم أن التحقيق كون المنفعة مالاً يتعلق بها حق الغرماء - يدفعها أنه لا إشكال في عدم عدّ منفعة الحرّ مالا ، ولذا لا تضمن بالفوات . وإنما تكون مالاً بالإجارة ، لا قبلها ، فلا يتعلق بها حينئذ 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 يؤاجر ، فإن امتنع جبره القاضي - واضح الضعف ، وإن احتجوا بأن النبي ﷺ^(١) « باع سرقاً في دينه ، وكان سرق رجل دخل المدينة ، وذكر أن وراء مال ، فداينته الناس فركبته الديون ، ولم يكن وراء مال ، فأتى به النبي ﷺ فسماء وباعه بخمسة أبعرة » ، والحر لا يجوز بيعه فثبت أنه باع منافعه .

بل ورد في طريق الخاصة خبر محمد بن سليمان^(٢) « عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا محمد قال : « سألت الرضا عليه السلام رجل وأنا أسمع ، فقال له : جعلت فداك إن الله عز وجل يقول : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرها الله عز وجل في كتابه لها حد يعرف ، إذا صار هذا المعسر إليه لا بد له من أن ينتظر ، وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفق على عياله ، وليس له غلة ينتظر إدراكها ولادين ينتظر محله ، ولا مال غائب ينتظر قدومه ؟ قال : نعم ينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الإمام ، فيقضى عنه ما عليه من سهم الغارمين ، إذا كان أنفق في طاعة الله عز وجل ، فإن كان أنفق في معصيته ، فلا شيء له على الإمام ، قلت : فما لهذا الرجل الذي اتهمه ، وهو لا يعلم فيما أنفق في طاعة الله أو في معصيته ، فقال : يسعى له في ماله ، فيرده عليه وهو صاغر » .

وخبر السكوني^(٣) عن الصادق عن الباقر عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يعبس في الدين ، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء ، وإن لم يكن له مال دفعه إلى

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين الحديث - ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العجز الحديث - ٣ .

الفرماء ، فيقول اصنعوا به ما شئتم ، ان شئتم واجروه ، وإن شئتم استعملوه ، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ وفيه رواية أخرى مطرحة ﴾ لكن في اللوعة ، وهو يدل على وجوب التكسب ، واختاره ابن حمزة ومنعه الشيخ وابن إدريس ، والاول أقرب ، وفي الروضة « لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة ، والمكتسب قادر ، ولهذا تحرم عليه الزكوة ، وحينئذ فهو خارج من الآية ، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه ، وعليه تحمل الرواية » .

وفي المسالك « ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا ، وفي الدروس « ويجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون ، ولو كان إجارة نفسه وعليه تحمل الرواية » وفي جامع المقاصد « وفيه قوة » وعن السيد عميد الدين يجب على المديون السعي إذا جرت عادته بالسعي ، وكذا لو لم تجر عادته إذا لم يستضر ، وفي الوسيلة ان كان المستدين معسرا صبر عليه من له الدين حتى يجد ، فإن كان مكتسبا أمر بالاكتساب والانفاق بالمعروف على نفسه وعياله ، وصرف الفاضل في وجه دينه ، وإن كان غير مكتسب تخطى ببيله حتى يجد ، وعن جامع الشرايع ومجمع البرهان الأمر بالاكتساب ، وفي المختلف قول ابن حمزة جيد ومنع من اعسار المكتسب ولهذا تحرم عليه الزكوة .

وفي السرائر « ومن كان عليه دين وجب عليه السعي في قضاؤه ، وفي القواعد « ويجب على المدين السعي في قضاء الدين » ونحوهما عن النهاية ، وربما استظهر منهم وجوب السعي حتى بالتكسب ، لكن صدورهما ممن علم من مذهبه عدم وجوب التكسب يقضي بإرادة السعي في تحصيل ماله من ديون وأموال غائبة ، ونحو ذلك ، لاما يشمل وجوب التكسب ، وربما جمع بين الكلامين بإرادة وجوب السعي الشامل للتكسب ، وإرادة نفى الزام الفرماء له به ، واستعمالهم إياه ومؤاجرتهم له ، وعن التذكرة الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وحبسه .

وكيف كان فلا نصادف ان كلمات الأصحاب في المقام لا يمكن جمعها على معنى

واحد ، بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها أربعة أقوال أو خمسة ، وأن المشهور منها عدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف ، فيكون وجوب الوفاء عندهم مشروطا باتفاق حصول اليسار ، ولا يجب عليه تحصيله وإن تمكن منه ، تمسكا بالأصل وظاهر الآية ^(١) والرواية المعتمدة بما سمعت .

لكن فيه أن الأصل يقطعه ظهور أمر قضاء الدين في كونه واجبا مطلقا ، والاية لا تدل على كونه مشروطا ، ضرورة أنه يجب الإلتفات إلى الميسرة ، وإن وجب عليه تحصيلها مع التمكن منها ، وكذا الرواية ، بل إن كانت (حتى) فيها تعليلية اشعرت بالوجوب حينئذ ، نعم هما معاً ظاهران في خلاف خبر السكولي ^(٢) الذي قال في السرائر : « أنه مخالف لأصول مذهبنا ، ومحكم التنزيل » ضرورة أن الإلتفات الذي هو بمعنى التأخير مناف لاستعماله في الدين ومؤاخرته ، وكذا تعليلية السبيل التي في الرواية فالقول حينئذ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسب وغيره لا يخلو من قوة .

نعم لا يجب عليه ما كان منه فيه نقص عليه و منته ، أرجحها لما دلّ على عدم تحمل المؤمن ذلك عليه ، مع أنه لا يخلو من إشكال فيما إذا لم يصل إلى حدّ الحرمة لكون الواجب عليه هنا حق مخلوق أيضاً يتضرر بعدم وصوله إليه ، ودعوى - عدم وجوب السعي لعدم العلم باتجاهه القضاء الواجب ، إذ قد يتخلف عنه ، والواجب من المقدمة ما كان موصلاً إلى ذي المقدمة - يدفعها أولاً : أنه يمكن العلم عادة في بعض أفراد السعي بحصول قضاء جميع الدين أو بعضه ، وثانياً : أن الأوامر المطلقة تقتضى التشاغل في مقدمات الأمور بها إلى أن يحصل العجز ، ولا يجب العلم بالتوصل ، كما أوضحنا ذلك في باب التيمم بالنسبة إلى طلب الماء فلاحظ وتأمل .

اللهم إلا أن يقال إن ذلك إن وجب فهو ليس من وجوب المقدمة لوجوب ذيلها بل هو من الفهم العرفي من إطلاق الخطاب ، ونمنع وجود خطاب هناك ، وعلى

(١) سورة البقرة الآية - ٢٨٠ - .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر - الحديث - ٣ - .

تقديره فهو معارض بالمنساق من الآية والرواية المعتضدين بكلام الاصحاب ، فتأمل جيداً . لكنهم مع أنه واضح النظر لا يحسم مادة الاشكال المتقدم القاضي بالوجوب الذي منه يعلم عدم الفرق بين المكتسب وغيره ، بل وبين اللائق به وغيره في وجهه ، كما أنه يعلم منه أنه لا تسلط للفرماء على استعماله ، ومؤاخرته المنافية للإظهار ، وتخلية السبيل ، وإن وجب عليه هو السعي في قضاء دينه ، فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿ القول الثالث ﴾ في قسمة ماله ﴿ بين غرمائه بعد بيعه ﴾ ، قال الفاضل في القواعد « ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله ، لئلا تطول مدة الحجر » وظاهر لفظ « ينبغي » فيها الاستحباب ، كما هو صريح التذكرة ، لكن قد يقال : إن الحجر على خلاف الأصل ، فيجب الاقتصاد فيه على قدر الحاجة ، فتجب المبادرة حينئذ خصوصاً بعدم مطالبة الديان ، والفرض قيام الحاكم مقام المديون ، وخصوصاً مع مصلحة المفلس في التعجيل مخافة التلف ، ويجب على الحاكم مراعاة المصلحة ، ولعله لذا قال في التحرير « على الحاكم أن يبادر إلى بيع ماله وقسمته » بل في جامع المقاصد « إن الوجوب أظهر » .

نعم لا يفرط في المبادرة بحيث يؤدي إلى فساد في المال ، بأن يطمع المشترون فيه بشمن بخس ، وفي المتن والقواعد ومحكي المبسوط والتحرير والارشاد ﴿ يستحب احضار كل متاع إلى سوقه ، لتوفر الرغبة ﴾ ومقتضاه جواز بيعه في غير سوقه ، ولو رجي الزيادة فيه ، لكن في جامع المقاصد أنه لا يبعد الوجوب ، إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه ، وفي المسالك إنما يستحب الاحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه ، والا فلا أولى الوجوب ، لأن بيعه فيه أكثر لطلبه ، وأضبط لقيمته ، ولكن أطلق الجماعة الاستحباب ، وظاهر اللوعة الوجوب ، وبه جزم في الروضة مع رجاء زيادة القيمة قلت : قد يقال : الأصل البراءة إذا باعه بشمن مثله في غيره ، ورجاء الزيادة تطلب للأصلح ، ولا يجب عليه ، إذ لا يزيد على مال الطفل الذي لا يجب فيه مراعاة القبطة ، وعلى كل حال لو شق نقله إلى سوقه ، نودي عليه .

﴿ و ﴾ كذا يستحب ﴿ حضور الغرماء تعرضا ﴾ طلب ﴿ الزيادة ﴾ فانه ربما يرغبون في بعض المتاع فيزيدون قيمته ، ولا يجب عليه ذلك ، لما عرفت ، لكن في المسالك « يمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم » بل وفي جامع المقاصد « لو رعى بحضورهم زيادة نفع وجب » وفيه ما تقدم ، وكذا يستحب حضور المفلس أو وكيله ، فانه أخبر بقيمة متاعه ، وأعرف بجيئته من غيره ، وبثمنه وبالمعيب من غيره ولأنه تكثر الرغبة بحضوره ، فإن شراء المال من مالكه أحب إلى المشتري ، ولأنه أبعد من التهمة ، وأطيب لقلب المفلس ، وإطلاع المشتري على العيب ، فيبيعه على وجه لا يرد ، وغير ذلك ، بل يأتي وجوب حضوره مع رجاء الزيادة به بناء على ما تقدم . وفيه ما عرفت .

﴿ و ﴾ يستحب أيضاً ﴿ أن يبدء ببيع ما يخشى تلفه ﴾ كما في القواعد ومحكي المبسوط ، والتحرير ، لما فيه من مراعاة الأصلح للمفلس ، لكن عن ظاهر الإرشاد والتذكرة ، الوجوب ، بل في جامع المقاصد لا ريب في وجوب ذلك ، لوجوب الاحتياط على الأمناء والوكلاء ، فالحاكم أولى فإين تصرفه قهري ، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه التلف ، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما ، وتبعه في المسالك فقال : « جعل هذا من المستحب ليس بواضح ، بل الأجود وجوبه ، لئلا يضيع على المفلس وعلى الغرماء ، ولوجوب الاحتياط على الوكلاء والأمناء في أموال مستأمنينهم ، فهذا أولى . لأن ولاية الحاكم قهرية ، وهي أبعد من مسامحة المالك ، وحيثئذ يبدء بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهة ثم بالحيوان ثم ساير المنقولات ثم بالعقار ، وهذا هو الغالب ، وقد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقدم لوجه » قلت : لعل المراد خوف التلف في نفسه ، لكونه مما شأنه ذلك ، لا تخوف التلف إن لم يبدء به وفرق واضح بين المقامين ، فتأمل جيدا .

﴿ و ﴾ يستحب أن يبدء ﴿ بعده بالرهن لانفراد المرتهن به ﴾ ولأنه ربما زادت قيمته عن الدين ، فيضم الباقي إلى مال المفلس ، وربما نقصت فيضرب المرتهن

يبقى دينه مع الغرماء ، وكذا العبد الجاني ، وإن فارقه بأنه لو قصر عنها لم يستحق المجنى عليه الزائد ، لأن حقه لم يتعلق بالذمة ، بل بالعين ، بخلاف الرهن ، لكن لولا التسامح في السنن لأمكن المناقشة ، في اقتضاء ذلك تدبيرة البداءة به قبل غيره ، فمن الغريب ما عن ظاهر الارشاد ، وصريح جامع المقاصد ، من الوجوب لذلك ، الذي يمكن حصوله وإن تأخر بيعهما ، ضرورة معرفة النقصان والزيادة قبل القسمة ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ يستحب أيضاً ﴿ أن يعول على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس دفعا للثمة ﴾ عنه ولا يجب للأصل ، ولأنه بالحجر على المفلس سقط اعتباره ، وكان كوكيله ، والغرماء إنما لهم حق الاستيفاء من القيمة . والحاكم أمين شرعي لا تنطرق إليه التهمة ، ﴿ ف ﴾ من هنا ﴿ إن تعاسر وعين الحاكم ﴾ وسقط استحباب مراعاتهما معا ، هذا . ولكن عن جامع المقاصد هذا الحكم ينبغي أن يكون على طريق الوجوب فإن الحق في ذلك للمفلس ، فإنه ماله والغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم ، وتبعه في المسالك ، وفيه ما عرفت ، خصوصاً بعد ما حكى عن جامع المقاصد من أنه يفوض إليهم التعيين ، فإن كان مرضياً أي ثقة أعضاء الحاكم ، وإلا رده وعين غيره ، وهو في الحقيقة غير خارج عن تعيين الحاكم ، بل عنه أيضاً والتذكرة التصريح بأن المقام ليس كالراهن والمرتهن . إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن جاز ، إذ لا نظر للمحاكم معهما هناك ، بخلاف ما هنا ، فإن للمحاكم نظراً في مال المفلس ، إذ الحجر بحكمه ، وربما ظهر غريم فيتعلق حقه .

هذا كله إذا كان مختار كل منهم متطوعاً ، أو بأجرة متحدة ، والاقدم المتبرع وقليل الأجرة مع صلاحيته لذلك ، ولكن الانصاف 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 ، وذو الحق على المال ، بل قد يقال باعتبار تقدم اختيار المفلس مع عدم الضرر على الغرماء ، لأنه المالك ، وحقهم إنما تعلق من حيث الاستيفاء لا غيره ، بل لا يعتبر رضاهم بعد تعيينه ، كما هو واضح . فتأمل جيداً .

ومن ذلك يعلم ما في المحكمي عن المبسوط من أنهم إن اختلفوا فاختر المفلس رجلاً ، والغرماء آخر ، نظر الحاكم فإن كان أحدهما ثقة ، والآخر غير ثقة مضى الثقة ، وإن كانا ثقتين إلا أن أحدهما بغير أجره أمضاء ، وإن كانوا جميعاً بأجرة قبل أو تقهما وأصلحهما للبيع ، وعن التذكرة أنه زاد وإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر ، لأنه أحوط ، وفي جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك قال : ومن هنا يعلم أن عبارة القواعد التي هي كمباراة الكتاب تحتاج إلى تنقيح .

قلت : الأمر في ذلك سهل ، ضرورة معلومية تتبع الحاكم التراجيح التي لا يسع للفقهاء حصرها ، وإنما المهم تنقيح ما قدمناه ، فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿ 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 ، أولاًهمية صرفه في غيره ، ولأن تبرع بها ﴿ وجب أخذها من مال المفلس ﴾ ، لأن البيع واجب عليه ﴿ بل الأقوى عدم وجوب أخذها من بيت المال ﴾ ، بل أطلق في القواعد كون الأجرة عليه ، كما أنه أطلق تقدم أجرة الكيال والوزان والعمال ، وما يتعلق بمصلحة الحجر على سائر الديون ، اللهم إلا أن يريد ما في محكمي التذكرة من أن مؤنة الأموال كالأجرة الوزان والناقد والكيال والعمال والمنادى وأجرة البيت الذي فيه الممتع مقدمة 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 ، 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 محمد بن سليمان ^(١) وقد تقدم في آخر باب القرض ما يدل من النصوص ^(٢) على وجوب

ذلك على الامام ، وأنه إن لم يقضه عنه كان عليه وزره ، لقوله تعالى ^(١) : « إنما الصدقات » الى آخره فلاحظ و تأمل ، لكن ذلك غير ما نحن فيه ، إنما الكلام في اعطائه هذه المئون من بيت المال ، وإن لم تحتسب على المديون ، وهو لا يخلو من إشكال ، والله أعلم .
 ﴿ ولا يجوز تسليم مال المفلس ﴾ لمن اشتراه ﴿ إلا مع قبض الثمن ﴾ منه سابقا لمنافاته الاحتياط اللازم مراعاته في المقام ، بل لو رضى المفلس والغرماء أمكن للمحاكم المنع في وجهه ، لأن له نظرا في المال ، ولجواز ظهور غريم ، وإن كان الوجه خلافه ، لأصالة عدم غريم آخر ، ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ إن تعاسرا تفاضلا ﴾ كما في كل بايع ومشتري ، ولا وجه لجبر المشتري على التسليم سابقا خلافا لما عن المبسوط في أول كلامه ، ولا يبيع الا ثمن المثل فصاعدا ، إن أمكن حالا ، بل صرح الفاضل بأنه لا يبيع إلا بنقد البلد ، لأنه أوفر ، ولأن التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف .

قلت : هو كذلك إذا لم يتفق المفلس والغرماء على البيع بغير نقد البلد ، وإلا اتجه الجواز ، وخصوصا إذا كان أعود لهم وموافقا لجنس الدين ، بل قد يقال بجواز البيع بدون ثمن المثل مع رضاهم ، لأصالة عدم غريم آخر ، ولو لم يوجد باذل لثمن المثل ، لم يجز تأخيره طلبا لمصلحة المفلس ، مع عدم رضا الغرماء ، ولعل المراد بثمن المثل في كلام الأصحاب ما يبذل في مقابلته في ذلك المكان والزمان .

نعم في محكي التذكرة لو كان بقرب بلد ملك المفلس ببلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس أنفذ المحاكم إليهم ليتوفروا الثمن على المفلس ، وفي جامع المقاصد ولا وجه لتخصيص العقار ، وكذا غيره ، ولا بأس به ولو كانت المصلحة للمفلس في البيع بغير نقد البلد لم يجب إليه إذا كان مخالفا لجنس حق الغرماء ، بل بيع بالنقد وإن خالف حقهم ، ثم يصرف إليه إذا لم يرضوا به عوضا عن حقهم ، وعن التحرير أنه إذا بيع بغير جنس الحق من النقد دفع إلى الغرماء بالقيمة ، ولعله يريد مع التراضي .

و كيف كان فما يقبضه الحاكم من الاثمان على التدريج ، فان كان الغريم واحدا سلم اليه من غير تأخير ، وكذا إن امكنت قسمته بسرعة ، وإن كان يعسر قسمته لقلته وكثرتهم جازله التأخير ، إلا إذا امتنعوا ، فإنه يقسم عليهم حينئذ ، ولا يكلفوا حجة على انتفاء غيرهم لصرها ، بل يكفي باشاعة حاله ، بحيث لو كان لظهر ، و تكليف الورثة الحجة على انتفاء غيرهم باعتبار كونهم أضبط من الغرماء لا يستلزمه هنا . والله أعلم .

﴿ ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة قيل ﴾ والفاضل الشيخ في المحكي عن مبسوطه والفاضل في قواعد ﴿ يجعل ﴾ المال ﴿ في ذمة ملي ﴾ بقرض ونحوه ﴿ احتياطاً ﴾ لحفظ المال ، إذ هو أولى من الايداع المحتمل للتلف بلا ضمان ﴿ وإلا ﴾ يوجد ملي يجعله في ذمته ﴿ جعل ﴾ ودبعة لأنه موضع ضرورة ﴿ حينئذ ﴾ ، وظاهرهما وجوب الأول مع التمكن عنه ، وإن لم يكن في غيره مفسدة ونوقش في ذلك بأن فرض الحاكم في الاموال التي يليها الاستيداع ، كما في أموال اليتامى وغيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس ، والفرق بأن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له ، من شراء تجارة أو عقار ونحوهما ، وقرضه قدينا في ذلك ، بخلاف مال المفلس المعد للغرماء خاصة كما ترى ، ولعله لذا نسب المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه ، بل في التذكرة ، القطع بجواز الايداع ، مع التمكن من القرض ، وإن كان هو أولى واستحسنه في المسالك .

لكن قد يقال : إن الموافق لما تقدم من المسالك وغيرها وجوب مراعاة الاصلح للأمين الشرعي الذي في الحقيقة نائب عن الشارع في ذلك ، و معلوم أن الأصلح واجب المراعاة على الشارع ، لقبح ترجيح المرجوح بالنسبة اليه ، ولعل ذلك هو مبنى ما تقدم سابقا ، وإن كان هو متخلفاً في بعض أفراد ، ضرورة الفرق بين مراعاة الأصلح من الافراد الموجودة ، و بين تطلب الفرد الاصلح وإن لم يعلم بوجوده ، فإنه يمكن منع وجوب الثاني بخلاف الاول ، بل قد يمنع وجوب تطلب ذي المصلحة فضلاً عن الاصلح . و على كل حال يكون ذلك هو المدار في المسألة و أفراد مختلفة لا يسع الفقيه ضبطها ، وينبغي حينئذ اعتبار الامانة مع الملازمة ، بل لعل الأولى أخذ الرهن مع

التمكن منه ، وربما أغنى هو عن الملاءة بل والأمانة ، ولا يؤجل القرض بعقد بيع ونحوه ، لأن الديون حالة ، ألكم إلا أن لا يوجد مقترض بدونه ، وكان هو مع الاجل أرجح من الوديعة ، فان المتجه القرض ، وبالجمله المدار في المسألة بالنسبة إلى التطلب على عدم المفسدة ، ولا يجب عليه تطلب المصلحة ، فضلاً عن الاصلح .

نعم لو وجد اعتبر مراعاتهما ، بل لا يجوز له ترك الأصلح حينئذ ، بناء على ما عرفت فتأمل وينبغي أيضاً اعتبار العدالة في الودعي ، بل في المسالك ، و مراعاة من يرتضيه الغرماء والمفلس ، ومع الاختلاف يعين الحاكم ، لكن اقتصر في التذكرة على الغرماء ، فقال : وينبغي أن يودع ممن يرتضيه الغرماء ، فإن اختلفوا وعينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم ، و عين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس بعدل ، ولا ريب في أنه ينبغي مراعاته ايضاً فيودع حينئذ 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 حينئذ في المفلس والغرماء ، بل ومع احتمال أيضاً لاصالة عدمه أما لو كان بعض الغرماء غائباً أو ناقصاً اعتبر الحاكم حينئذ ، وتكليفه حينئذ في الحفاظ ما عرفت ، والله أعلم .

﴿ ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها ﴾ اجماعاً محكياً عن المبسوط ، وفي الغنية والتذكرة لقول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي أو صحيحه ^(١) « لا تباع الدار ولا الجارية في الدين ، لأنه لا بد للرجل من ظل يسكنه ، و خادم يخدمه ، و في صحيح ذريح المحاربي « لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين » وهو الذي ذكره ابن أبي عمير على ما رواه ابراهيم بن هاشم ^(٢) قال : « إن محمد بن أبي عمير كان رجلاً بزازاً فذهب ماله وافتقر ، و كان 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 : ورثته ؟ قال : لا ، قال : وهب لك ؟

قال ، لا ، قال : فهل هو ثمن ضيعة بعثها ؟ قال : لا ، قال : فما هو ؟ قال : بعث داري التي اسكنها لأقضي ديني ، فقال محمد بن أبي عمير : حدثني ذريح المعاري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين ، إرفمها لأحاجة لي فيها ، والله إني لمحتاج في وقتي هذا إلى درهم واحد ، وما يدخل ملكي منها درهم ، وكان ذلك من ابن أبي عمير لكمال ورعه ، وعلو همته ، وإلا فليس مراد الصادق عليه السلام عدم بيع المالك برضاه ، واختياره لو فاء دينه ، إذ لا ريب في جوازه ، بل لأجد خلافا فيه ، ويمكن دعوى الاجماع أو الضرورة على خلافه ، بل المراد أنه لا يلزم بيعها ويجبر عليه ، إذ لا يجب عليه شرعا الوفاء بها .

نعم قد يفهم من خبر عثمان بن زياد ^(١) أنه لا ينبغي لذي الدين أن يكون سبياً 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 : أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه » .

وعلى كل حال فلا تباع الدار في الدين ، لكن في خبر سلمة بن كهيل ^(٢) « سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح : أنظر إلى أهل المعلن والمطل في دفع حقوق الناس من أهل القدرة واليسار ، ممن يدلي بأموال المسلمين إلى الحكام ، فتخذل الناس بحقوقهم وبيع فيه العقار والديار ، فأبى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : معلن المسلم المؤسر ظلم للمسلمين ، ومن لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه » وينبغي حمله على المؤسر المماطل ، أو على الزايد عن قدر الحاجة ، أو على النقية ، أو غير ذلك ، وقد يلحق بالدار بيوت الأعراب ، وبالجارية خدمة الأحرار ، إذا كان من أهل ذلك ، فيعزل من ماله حينئذ مقدار أجاراتهم ، وستعرف في آخر المبحث أن مدار ذلك كله العسر والخرج ، الشاملان لذلك وغيره مما يضطر إليه لمعايشه أو رفع النقص عنه .

وكيف كان فلو فرض كون الدار زائدة عما يحتاجه سكن ما احتججه ببيع

منها ما يفضل عن حاجته ﴿ لو فاء دينه الواجب عليه ، كما صرح به الفاضل في القواعد وثاني الشهيدين ، و يحيى ابن سعيد في المحكى عن جامعه ، وغيره ، بل لأجد فيه خلافا ، ويرشد إليه التعليل في صحيح الحلبي ^(١) المتقدم ، وقال الصدوق كان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه يروي ^(٢) : إن كانت الدار واسعة يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه ، و يقضى ببقيتها دينه ، و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها ، واشترى بثمنها دارا يسكنها ، ويقضى أيضا بالثمن دينه .

وفي موثق مسعدة بن صدقة ^(٣) : سمعت جعفر بن محمد عليه السلام وسئل عن رجل عليه دين ، وله نصيب في دار ، وهي ثقل غلة فرما بلغت غلتها قوته ، وربما لم تبلغ حتى يستدين ، فإن هو باع الدار ، وقضى دينه بقي لادار له ، فقال : إن كان في داره ما يقضى به دينه ، ويفضل منها ما يكفيه وعياله ، فليبع الدار ، وإلا فلا ، كل ذلك مضافا إلى أصالة لزوم الوفاء ، مع التمكن الذي يجب الإقتصار في الخروج منه على المتيقن ، وهو غير ذلك ، بل هو المنساق من دليل الاستثناء و منه و بعض ما تقدم يعلم أنه لو فرض زيادة قيمتها عليه ، وجب بيعها ، وشراء اللائقة بحاله ، وأخذ الزائد . لكن عن التذكرة المنع من بيعها ، وكذا الخادم ، شراء أدون منهما 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 ، و شراء أدون إذا كانت داره بقدر كفايته ، وكذا لا يكلف بيع خادمه وشراء أدون ، ولا بيع فرسه و شراء أدون ، للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الأشياء ، وهو غير صريح في الخلاف فتأمل . ولو كان له دور متعددة وفرض احتياجه إلى سكنها لم يبيع شيء منها ، كما صرح به ثاني الشهيدين للتعليل السابق ، و ارادة الجنس من الدار .

﴿ وكذا ﴾ البحث في ﴿ أمته التي تخدمه ﴾ المحتاج إليها الذي حكى الاجماع عن المبسوط ، وفي الغنية و ظاهر التذكرة على عدم بيعها في الدين ، مضافا إلى صحيح

الحلبى^(١) المتقدم ، المحمول لفظ الجارية فيه على المثال للخادم ، ولو عبداً ، بل المتعدد كالمشدد مع الحاجة ، نحو ماسمته في المسكن . نعم قديتوقف في عدم جواز بيع ذلك إذا كانت الحاجة من حيث الشرف ، لامن حيث الاضطرار ، حتى بالنسبة إلى الدار الواحدة ، والخادم الواحد ، لاصالة لزوم وفاء الدين ، وظهور التعليل في أن المدار على الاضطرار ، بل منه قد ينقذ بيع داره المملوكة لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكنائها ، وكذا الخادم .

و في المسالك سابقاً أنه لو كانت له أم ولد تحصل خدمته بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكته ، لصدق المملوكة ، وان تثبتت بالحرية فيباع ماسواها مع احتمال عدمه ، وفيه نوع إيماء إلى ما ذكرنا ، لكن قديقال : إن ما احتاج اليه من حيث الشرف أشق على النفوس من الضروريات ، و المدار في المسألة كما سمعته على العسر و الحرج ، فتأمل جيداً .

وكيف كان فقد ظهر لك مما قدعنا ضعف المحكى عن ابن الجنيدي من جواز الاكزام ببيع الدار والخادم في الدين ، وإن كان الأولى تركه ، قال : « ويستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا يحوجه إلى بيع مسكنه و خادمه الذي لا يجد غناء عنهما ، لا وثوبه الذي يتجمل به ، و أن 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 رهنا في يد غريمه ، فإن أبى إلا استيفاء حقه أمره الحاكم بالبيع ، وتوفية أهل الدين حقوقهم ، فإن امتنع حبسه إلى أن يفعل ذلك ، فإن دافع باع عليه الحاكم ، إذ هو كما ترى اجتهد في مقابلة النص والفتوى ، بل الاجماع ، بل كما عرفت .

وخبر سلمة بن كهيل^(٢) المتقدم محمول على ماسمت ، هذا ولم نعر فيما وصل إلينا من النصوص على استثناء غير الدار ، والجارية ، والكفن ، لكن في الغنية « ولا

دأبته التي يجاهد عليها بدليل اجماع الطائفة . و في المسالك بعد ذكر الدار والجارية اللاتين بحاله قال: « وفي حكمها دابة ركوبة، ولو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتمتع، وكذا الروضة، وفي الارشاد « ولا فرس ركوبه إذا كان من أهلها » و نحوه التذكرة من دون شرط، وكذا جامع المقاصد .

قلت: لعل المدار في ذلك وغيره مما سمعه من ثياب التجمل ونحوها عدم الحرج في الدين، و إرادة الله بنا اليسردون العسر، و نحو ذلك مما دل على هذا الاصل، و ربما كان في دين التذكرة إشارة اليه فلاحظ وتأمل . و لعل في قوله ^(١) « و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » نوع ايماء اليه، كالتعليل في صحيح المحلى ^(٢) ضرورة حصول العسر والحرج والمشقة التي لا تتحمل في بيع الضروريات، ولو بحسب الشرف الذي يكون في عدمه نقص و إذلال لا ترضى به النفس العزيزة، بل ربما كان عليها أشد مراعاة من الضروريات للمعاش، بل قد يهون عليهم في مقابلة إزهاقها، ومن هنا أسقط الشارع التكليف في باب الوضوء والغسل واستطاعة الحج وغير ذلك، ودعوى أن ذلك لا يتم في حقوق المخلوقين كما عن بعض الشافعية 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 بذى العسرة الشدة والضيق عليه، لو أراد الوفاء، وعكسه الميسرة، ولا ريب في تحقق الشدة والضيق عليه لو كلف بيع ضرورياته، ولعله لذا استدل بها الفاضل في المختلف على استثناء الدار والجارية، وحكى عن الاردبيلي أنهم قد يستثنون بعض الامور المحتاج اليها، مثل الكتب العلمية لأهلها، لكن في التذكرة « ولا يترك له الفرش والبسط، بل يسامح باللبد والمصر

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الدين الحديث - ١ -

القليل القيمة ويمكن منعه عليه بناء على الأصل الذي قد ذكرنا ، على ما يظهر من بعضهم من الاقتصار على بعض الضروريات ، أللهم إلا يريد المثال ، بل ستسمع ما في موضع آخر من التذكرة من شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه ، وبالجمل فالمقدار في المسألة على ما ذكرنا .

نعم قد يشك في تحقق العسر بالنسبة إلى بعض الأمور ، فتباع حينئذ في الدين لأصالة وجوب وفائه حينئذ فتأمل جيدا . هذا وفي المسالك «لا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا» قلت : قد استشكل فيه الفاضل في المحكي عن تحريره ، والشهيد في الحواشي ، لتعارض العمومين ، بل قد يقال بظهور نصوص المقام في غير الغرض ، فيكون دليل الفسخ بالمعارض ، بل لعل مثله ليس بيعا في الدين ، لكن قد يشعر قوله في المسالك عندنا بالاجماع ، وربما ظهر ذلك أيضا من التذكرة حيث لم يحك الخلاف فيه ، إلا عن أحمد لقوله ^(١) «من أدرك متاعه» إلى آخره وأجاب عنه بأنه ليس على إطلاقه ، لأنه مشروط إجماعا بشرائط تخرجه عن الاحتجاج به في صورة النزاع ، لأن شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه .

﴿ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس ، ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد﴾ إذا لم يكن ذلك بختيار ونحوه ، بخلاف أجده فيه ، للأصل السالم عن المعارض ، ﴿ولو التمس من المشتري الفسخ لم يجب عليه الإجابة﴾ للأصل أيضا ، ﴿لكن يستحب﴾ قطعاً في كل طالب للأقالة ، فضلا عن المقام ، ولو كان البيع بختيار فسخ بل في جامع المقاصد «لا ريب في الوجوب» وفي المسالك «في الوجوب نظر» أقربه ذلك ، وإن كان قد بيع بثمن المثل ، للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ ، فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع ، قلت : ينبغي الجزم بذلك ، مراعاة للأصل مع تيسره ، و الفرق واضح بينه وبين ما إذا لم يكن خيار ، وإن بذل المشتري الأقالة لعدم حق للمفلس ينبغي مراعاته ، فلا يجب على الحاكم الإجابة لو بذلها المشتري فضلا عن وجوب الالتماس عليه ، وإن علم إجابة المشتري له .

نعم يستحب للحاكم الفسخ مع رضا المشتري كما نص عليه في القواعد وغيرها ، بل قد يقال : باستحباب التماس الحاكم للمشتري عليها ، بل عليه يحمل ما عن المبسوط إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ، ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع وانقطاع الخيار ، سئل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة ، ويستحب للمشتري الإجابة إلى ذلك ، لأن فيه مصلحة المفلس ، وإن لم يجبه إلى ذلك لم يجبر عليه ، لأن البيع الأول قد لازم ، إذ احتمال إرادة وجوب السؤال مخالف للأصل ، بلا مقتضى .

ومن الغريب ما في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد عند قول الفاضل ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ ، قال : وهذا إن كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو غبن ، وإلا فلا ، نعم يستحب للمشتري الإقالة ، ويحتمل في الأول الوجوب ، وقد استشكله في باب الوكالة خصوصاً على قول الشيخ أن المبيع لا يملك إلا بعد انقضاء الخيار ، قلت : المتجه أيضاً وجوب الفسخ على الوكيل مع الخيار ، وعموم وكالاته 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 الأصح الخيار ، وفيه أن المراد استحباب الفسخ مع رضى المشتري بالإقالة ، كما ذكرناه سابقاً والله أعلم .

ويجوز عليه نفقته وكسوته ولفقة من تجب عليه وكسوته ، ويتبع في ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمة ماله ، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم **﴿**بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، وفي محكي المبسوط لاختلاف في أنه يجب أن ينفق عليه ، وعلى من تجب عليه نفقته من أقاربه وزوجته ومعايكة من المال الذي في يده ، ولا يسقط عنه نفقة أحد منهم . وفيه أيضاً يجب أن يكسى ويكسى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته وأقاربه أجمعاً ، وقدرها ما جرت به عادته من غير سرف ، وقد حدد ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله ، وإن كان من عادته أن يتطلس دفع إليه طيلسان ، وإن كان برداشديداً زيد في ثيابه محشوة ، وأما جنسها فإنه يرجع أيضاً فيها إلى عادة مثله مع الاقتصاد ، وفي التذكرة يجب على الحاكم أن يترك له دست ثوب يليق بحاله ، وقميص وسراويل ومنديل ومكعب ويزيد في الشتاء جبّة ، ويترك له العمامة

والطيلسان والخف ، و دراعة يلبسها فوق القميص إن كان لبسها يليق بحاله ، لأن حطها عنه يزرى بحاله ، وفي الطيلسان والخف نظر ، (إلى أن قال) : ويجوز أن يترك له نفقة يوم القسمة ، وكذا نفقة من عليه نفقته ، إلى غير ذلك من كلماتهم ، وإن اقتصر بعضهم على ثياب التجميل ، إلا أن المدرك في الجميع واحد ، وهو ما ذكرنا سابقاً .

مضافاً الى ما سمعنا مما ورد في الكفن الذي هو كسوة الميت ، فإن الحي أعظم حرمة منه ، و إلى ما يشعر به في الجملة خبر على بن اسمعيل ^(١) ، عن رجل من أهل الشام أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه وهو يخالط الناس ، وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب ، فهل يحل له أم لا؟ وهل يحل أن يتطلع من الطعام ، أم لا يحل له إلا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه؟ قال : لا بأس بما أكل ، والنبوى ^(٢) «أبدء بنفسك ثم بمن تعول» والى ما دل على وجوب الاتفاق الذي يرجح على ما دل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الأصحاب ، واختص نفقة ذلك اليوم لعدم انضباط غيره ، ولاحتمال تعلق وجوب نفقة اليوم الشامل لليل عليه بأول اليوم ، دون غيره من الأيام ، وإن قلنا بارتجاع نفقة من يموت من عيلته في أثناء النهار ، بناء على أنه يملكه المنفق عليه ، بشرط اجتماع الشرائط لا مطلقاً ، وإن احتمله في المسالك .

وعلى كل حال بذلك يفترق عن الكسوة التي لا معنى لاعتبارها يوماً فيوماً ، ومن هنا لاحظوا فيها المعتاد فيها كما و كيفاً وزماناً ، ولو اتفقت القسمة في طريق سفره ، ففي القواعد ، وجامع المقاصد ، ومحكي الإيضاح أن الأقرب اجراء النفقة الى يوم وصوله ، بل في الثاني ان احتمال عدم ضعيف جداً ، إذا لم يكن دون منزله بلد آخر للاضرار المؤدى إلى الهلاك أو المشقة العظيمة ، قال : ولو كان بلد دون منزله ففي الاجراء إلى وطنه المألوف اشكال ، هذا وفي التذكرة أن كلما يترك له

(١) الوسائل الباب ٢٧ - من ابواب الدين الحديث - ١

(٢) الجامع الصغير ج ١ ص ٥ طبع عبدالحميد احمد حنفى الوسائل الباب ٢٨ - من

ابواب الصدقة الحديث - ٨ - وفيه أبدء بمن تعول الأدنى فالأدنى .

إننا لم يوجد في ماله اشترى له ، وهو جيّد بالنسبة إلى النفقة دون الدار والخادم والفرس ونحو ذلك مما لم يكن متخذاً لها ، وإن كان محتاجاً إليها 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 وكأنه مناف لاطلاق الأصحاب الذي قد عرفت أن منشؤه تقديم مادل على وجوب الاتفاق ، والقدرة على التكسب لاتنافيه . 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 ، ردّ إلى اللائق . وإن كان يلبس دون اللائق تفتيراً لم يزد عليه في الإفلاس ، ويترك لعياله من الثياب ما يترك له ، قلت : قد يقال : إن المدار على اللائق بحاله في حد ذاته ، مع قطع النظر عن حاله إفلاسه و ثروته . نعم لو كان مقترراً على نفسه لم يزد على ذلك كما ذكره .

ولو مات قدم كفيه على حقوق الغرماء ، ويقتصر على الواجب منه ^(١) بلا خلاف أجده ، وقال زرارة ^(٢) : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفيه قال : يكفن بما ترك ، إلا أن يتجر انسان فيكفنه ، ويقضى بما ترك دينه ، وخبر اسمعيل بن أبي زياد ^(٣) : عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : إن أول ما يبدى به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ، ثم الميراث ، وهما الحجة مضافاً إلى محكي الاجماع في جامع المقاصد ، وإلى مادل على التكفين من أصل المال ^(٤) ، المرجح على مادل 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

(٢٥١) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب الدين الحديث - ١ - ٢ -

(٣) الوسائل الباب ٢٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١ - ٢ -

(٤) الوسائل الباب - ٤ - ٨٥ من ابواب الدين .

فيها إلى عادة أمثاله ، كما يؤمى إليه إلحاق باقي مؤن تجهيزه من الصدر والكافور وماء الغسل ونحو ذلك ، بالكفن في التقديم ، بل و مؤن تجهيز كل من وجب عليه تجهيزه ، ضرورة عدم المدرك لذلك إلا كونه من الاتفاق الذي قد عرفت تقديمه على وفاء الدين . فالوجه في ذلك كله الرجوع إلى المتعارف ، وإن زاد على الواجب ، مالم يقيم إجماع على خلافه ، اللهم إلا أن يقال : إنا نمنع كون المنشأ في وجوب الكفن الاتفاق ، ولذا لم يجب تكفين من وجبت نفقته عليه من أقاربه ، بل المنشأ الخبران ، وتقديم مادل على التكفين من أصل المال على مادل على وفاء الدين ، ومثله باقي مؤن التجهيز فينبغي حينئذ الإقتصار على الواجب منه ، دون المندوب الذي قد ورد فيه أنه ليس من الكفن . نعم لا بأس بالرجوع في جنس الواجب إلى الوسط ، مع أن المحكي عن البيان الإقتصار على الأدون ، واحتمله غيره أيضاً ، وقد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الطهارة فلاحظ وتأمل .

ثم إن الظاهر عن النص والفتوى عدم الفرق في هذه المستثنيات بين كون الدين لطاعة أو مباح أو معصية ، وبين كونه مؤن غصب و سرقة وإتلاف محرّم وغيرها ، وبين كونه لمعيّن وغيره ، كالزكاة والكفارة والخمس والنذور ونحوها .

أما تارك الحج عمداً حتى ذهب ماله ، فالمتجه وجوب بيعها في أدائه للمقدمة ، ولعدم شمول أدلة المقام له حتى نفى الحرج ، ضرورة كونه هو الذي أدخله على نفسه على أنه معارض بمادل على وجوب حجه على كل حال ، لكن عن فقه الرضا عليه السلام ^(١) « إن كان غريمك معسراً وكان أنفق ما أخذ منك في طاعة الله فانظره إلى ميسرة ، وهو أن يبلغ خبره الإمام عليه السلام ، فيقضي عنه ، أو يجد الرجل طولا فيقضي دينه ، وإن كان أنفق ما أخذ منك في معصية الله فطالبه بحقوقك ، فليس من أهل هذه الآية » .

وفي خبر محمد بن سليمان ^(٢) عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا نجاد قال سئل الرضا عليه السلام عن رجل وأنا اسمع فقال له : جعلت فداك إن الله عز وجل يقول :

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الدين الحديث - ٣ .

(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) أخبرني عن هذه النظرة التي ذكر الله تعالى في كتابه ، لها حدّ يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بدّ من أن ينظر ، وقد أخذ مال هذا الرجل ، وأنفق على عياله ، وليس له غلة فينظر إدراكها ، وليس له دين ينظر محله ولا مال غائب ينظر قدومه ؟ قال : نعم ، فينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الامام ، فيقضي ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله عز وجل ، وإن كان أنفق في معصية الله فلا شيء على الامام له ، قلت : فما لهذا الرجل الذي ائتمنه ، وهو لا يعلم فيما أنفق ، في طاعة الله أم في معصيته ، قال : يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر .

وعن الصدوق الفتوى بمضمونها ، فجوز المطالبة للمعسر إذا كان قد أنفق في معصية ، ولعل الدين إذا كان معصية في نفسه ، كالسرقة والنصب أولى من ذلك عنده ، وربما استحسن بعض متأخري المتأخرين الجمع بين خبر السكوني ^(١) الدال على تسليم المديون إلى غرمائه ليستعملوه ، وغيره مما دلّ على العدم بذلك أيضاً ، إلا أن الجميع كما ترى بعد عدم ثبوت حجية الكتاب المزبور عندنا ، وضعف خبر أبي نجاد واضطراب متنه ، بدلالة أوله على الاتفاق على العيال ، وذيله على أنه لم يعلم ، بل ما فيه من عدم وفاء الامام عنه مع الجهل بحاله مخالف لأصالة صحة فعل المسلم .

كل ذلك مضافاً إلى ما قيل : من أولوية الاظهار بالمنفق في المعصية من المنفق بالطاعة ، باعتبار عدم حجية الزكاة للأول دون الثاني ، فلا ريب حينئذ في أن الاطلاق المزبور الذي قلنا أنه الظاهر من النص والفتوى أولى ، كما أن الظاهر منهما أيضاً عدم التسامح في الزائد على المستثنيات ، ضرورة وجوب وفاء الدين الذي يمكن دعوى استقلال العقل فيه ، فضلاً عما ورد فيه من الشرع .

وربما وسوس فيه بعض متأخرين المتأخرين مدعياً أن الظاهر من النصوص التوسعة في ذلك ، فإن عمر بن يزيد ^(٢) قال : قد أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه

(١) الوسائل الباب ٧- من أبواب الحجر الحديث ٣- .

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

وأنا حاضر ، فقال له : ليس عندنا شيء . ولكن يأتمنا خضرو قسمة فتباع ونعطيك إنشاء الله ، فقال له الرجل : عدني ، فقال له عليه السلام : كيف أعدك وأنا لما أرجو أرجى مني لما أرجو ، وهو دال على التوسعة ، وعدم ما ذكره من التضيق ، فانه يبعد كل البعد أن لا يكون له مال بالكلية سوى المستثنيات المذكورة ، إذ المستفاد من الاخبار أنه كان ذا ثروة وأملاك ، وإن تعذر عليه النقد في ذلك الوقت .

وهو من غرائب الكلام فإنه ليس في الخبر دلالة على مضايقة الديان له هذه المضايقة ، وإنما تقاضاه بتخييل وجود شيء عنده ، فأرضاه بالكلام حتى أراد منه الوعد على ما ذكره ، فأجابه بما سمعت . نعم ربما يستفاد من خبر يزيد بن معاوية ^(١) نوع سعة فقال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن علي ديننا يعوزني وأظنه قال ولا يتم ، وأخاف إن بعث ضيعتي بقيت وما لي شيء ؟ فقال : لا تبع ضيعتك ، ولكن اعط بعضا ، وامسك بعضا ، لكن يمكن أيضا أن لا يكون مقتضى لتعجيل دينهم ، وأنهم محتاجون إلى الاتفاق الذي يحصل بالدفع تدريجا ، بل ربما أذن عليه السلام له في ذلك ، باعتبار ولايته عليه السلام عليهم ، وكل ذلك مع عدم دلالة في الخبر على الزام الولي له بذلك ، وأنه إنما سأل الامام عن أصل وجود الدين عليه لهم ، وأنه يريد وفاءه وإن لم يكن ملتزما بذلك . بل هو الظاهر من الخبر والله أعلم .

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الدين - الحديث - ٢ - لكن من يريد

﴿مسائل ثلاث﴾

﴿الاولى : 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﴾ كما في الارشاد ، والتحرير ، والمسالك ، ومحكي المبسوط ، والتذكرة ، 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 الحجز مثلاً لم تخرج حصته من الاشاعة إلى التعيين ، لحصولها في كل حصة دفعت إلى كل غريم فتبطل القسمة التي من مقوماتها وصول نصيب كل إلى صاحبه ، فلا يتحقق صدقها إلا بدفع الحصة الأخيرة إلى صاحبها لو فرض وقوعها على التدريج .

ومن هنا ظهر لك أنه لا فرق بعد الامر بالقسمة التي عرفت توقف صدقها على ما سمعت ، بين اشتراك عين المال وعدمه ، كما في المقام ، فإن المال وإن كان ملكاً للمفلس بل لا يتوقف تعيين نصيب كل منهم على التراضي ، إلا أنه علق الشارع فيه ديون الغرماء على الاشاعة ، على معنى استحقاق كل منهم الوفاء منه بحصة مشاعة على نسبته إلى باقى 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 نصفين مثلاً ، وتراضى اثنان منهما على ان يكون نصيب كل منهما في أحد النصفين 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 الاشاعة ، إلا أن القسمة لا يتحقق صدقها مع بقاء الحصة المشاعة للثالث ، بل قد يشكل الصحة مع التراضي من

الجميع ، ما لم يكن بمقدور 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 بالأقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقص ، لأنه يقتضي إبطال الملك السابق ، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر ، فإنها غير مملوكة فتستعاد ، وحاصله أنه قبض نصيبه وغيره ، فهو صحيح في نصيبه ، باطل في غيره ، لوجود المقتضى في الأول ، إذ هو الدفع من المالك على جهة القضاء ، وقبض الديان له على هذا الوجه بخلاف الزائد فإنه ليس له دفعه وفاء ، فيختص المانع به ، وبقاءه مشاعاً غير قاذع ، لأنه مال الدافع ، إذ هو كما لو دفع المديون خمسة عشر إلى الديان اشتباهاً ، فإنه يصح الدفع والقبض في خمسة فقط ، وإن بقيت مشاعة في العشرة المشتركة بينهما ، وبذلك افترق المقام عن الأموال المشتركة بين ملاك متعدده .

لكنك خير بما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ، مضافاً إلى أن مقتضاء 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 ، لا أظن أحداً يلتزمه ، فإنه لا يتصور القسمة المأمور بها في بعض أفرادها كما لو خص أحدهم بجميع المال ، أو خرج حصة أحدهم مستحقة للغير ، ولم يكن للمفلس الاغريمان ، 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

بالرهن ، أو الجناية 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 ، وهو كما ترى خصوصاً الشق الثاني ، إذ لا يلزم من كون تعلقه بها تعلقاً كتعلق أرض الجناية بثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية ، لأن المجنى عليه ، لا يملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرد الجناية ، وإن استحق ذلك مطلقاً ، أو في صورة العمد ، وأما الشق الأول ففيه مالا يخفى أيضاً بناء على ما ذكرنا .

ثم إنه لا يخفى ثمرة القولين بأدنى تدبر في كون النماء للمفلس على النقص ، فيحسب حينئذ له من ديونه ، لظهور بطلان القسمة من الأصل لآحين ظهور الغريم ، وللغرماء ، على تقدير عدم النقص عدائهم الحصة الباقية للغريم ، فإنه يكون حينئذ للمفلس ، فيقسم بين غرمائه ، ولا يختص به صاحب الحصة ، لعدم ملكه إياها قبل القبض ، كما هو واضح . لكن في القواعد بعد أن ذكر عدم النقص أولاً ثم احتتمل النقص قال : « ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال » ولعله للإشكال في أصل المسألة وما عن الإيضاح من أنه تفريع على النقص وعدمه ، فإن قلنا بالنقص شارك ، وإلا فلا ومنشأ الإشكال هل هو رفع القسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى ، وكذا احتمال أنه تفريع على النقص ، وإن قيل : إنه المبادر من العبارة ، إلا أنه واضح الفساد ومنها تحقق الزكاة على القابض ، إذا بلغ نصيبه النصاب على عدم النقص ، ولا زكاة على النقص ، ومنها مضي التصرف فيه على عدم النقص ، وعدمه على الآخر ، إلى غير ذلك مما هو واضح بأدنى تأمل .

ولو كان قد تلف المال في يد الغرماء ، فالظاهر احتسابه عليهم على كل حال أما على عدم النقص فواضح ، وأما على النقص فلأنه قبضوه استيفاء ، والقبض يضمن بفاسده ، كما يضمن بصحيحه ، ولعموم^(١) « على اليد » هذا كله في ظهور الغريم المطالب بدين .

أما إذا كان غريم له عين قائمة في أموال المفلس ، ففي المسالك : أما إن 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 يتوجه إلا نقض القسمة لان العين إذا انتزعت من أحدهم بقي بغير حق ، وفي الأخيرة الخلاف السابق .

قلت : مبنى هذا الكلام على عدم بطلان الخيار بالبيع ، أو بالدفع إلى أحد الغرماء وهو أحد الاحتمالين أو الثلاثة أو الأربعة في المسألة كما أوضحناه في محله ، وعلى تقديره فظاهره انحصار الخلاف في الصورة المتأخرة ، مع أنه يمكن جريانه في الصورة الأولى ، بناء على ما سمعته من جامع المقاصد مما لا فرق فيه بين ظهور الغريم وحضوره ، وكذا الثانية إذا فرض اختصاص أحد الغرماء بالثمن ، أو لو فرض توزيعه فالمتجه 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 ، فإنه مع انتزاعها منهم أجمع له 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 بخير بينها ، وبين انتزاع العين ، فالنقض حينئذ لذلك بناء على أن النقض بمثله ، ولو على جهة التخيير كان أولى ، لكن عليه ينبغي أن لا يتفاوت الحال في الصور الثلاثة بل يتجه النقض حينئذ لو وجد العين على ملك المفلس وقد قسم ماعداها فانتزعاها . هذا . وربما توهم من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما احتياج نقض القسمة إلى حكم الحاكم بذلك ، وهو واضح الفساد ، كما نص عليه في جامع المقاصد ، وإنما أسند النقض إليه باعتبار فرض كونه القاسم ، وإلا فهي منتقضة بنفسها ، بناء على النقض كما هو ظاهر .

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 ضامنا له ، فيضرب صاحبه مع الفرءاء إن كان قد أتلفه المفلس ، بناء على ضرب مثله وإن كان بعد الحجر ، كما تقدم سابقا ، اللهم إلا أن يفرق بينهما بأن ما نحن فيه قد وقع باختيار من المالك و رضى منه ، وإن كان على جهة الضمان فلا يضرب به ، بخلاف السابق المفروض إتلاف المفلس قهراً على مالكه بسرقة أو غصب أو خطأ ونحوها .

لكن خيرة الفاضل و المحكى عن الشيخ وفخر المحققين أنه يقدم على الفرءاء ولو كان التلف بأفة سماوية ، بعد أن احتمل الضرب معهم ، واستجوده في جامع المقاصد معللين له بأنه من مصالح الحجر ، لئلا يرغب عن شراء مال المفلس ، و هو كما ترى لا يصلح مثله أن يكون مدركا لذلك ، وإنما وقع من بعض العامة بناء منهم على حجية الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وكذا لو تلف في يد الفرءاء واختار هو الرجوع على المفلس ، فيقدم عليهم عند الفاضل ، واحتمل الضرب ، وعلى ما ذكرنا يتجه البقاء في قسمة المفلس ، أما لو رجع عليهم اتجه تفريم كل منهم مقدارا ما قبض من ماله ، ولا يرجع به على المفلس ، لانه قبض مضمون عليهم ، وإنما لهم الرجوع بدينهم ، لأنه باق ، وإن رجع على المفلس رجح هو على الفرءاء ، لأن قرار الضمان على من تلف في يده المال - والله أعلم .

المسئلة الثانية إذا كان عليه ديون حالة و ديون مؤجلة و قد فلس لقصور ما عنده عن الحالة **قسمت** أمواله على الحالة خاصة و لا يدخر منها شيء للمؤجلة بلا خلاف ولا إشكال ، لعدم استحقاقها قبل الأجل ، كما تقدم سابقا في أول كتاب الفلاس . نعم لو حلت قبل قسمة الكل ففي التذكرة والمسالك والروضة شاركت بل فيها جميعها أنه لو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي وضرب بجميع المال ، و ضرب باقي الفرءاء ببقية ديونهم ، ولعل الوجه في ذلك بعد كونه أولى من المتجدد ، كأرض الجنابة وعوض الأتلاف أن المقتضى للمشاركة موجود ، وهو كونه ديننا سابقا على الحجر ، وكان الأجل مانعا ، فإذا ارتفع عمل المقتضى عمله ، فهو كما لو أسلم الوارث قبل القسمة ، وتعلق حقوق الفرءاء 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 فنمنع تعلق غيره به ، إذ هو حينئذ كالمرهون ، وإن كانت هي لا تغلو من وجه ، خصوصاً بناء على ما تقدم سابقاً من عدم الرجوع لصاحب العين لو كان دينه مؤجلاً وقد حل قبل القسمة ، ونحوه مما هو مبنى على سبق تعلق الحق المانع من تعلق حق الغير .

و على كل حال فالظاهر عدم الفرق في حلول المؤجل بين إنتهاء المدة ، وبين إسقاطه بالصلح على الانقضاء 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 يشاركهم صاحبه ، لصدق حلول المؤجل قبل القسمة ، ودعوى المنع من مثل هذا الصلح على وجه يلحق الغريم به ، لأنه يؤل 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 بحقيقته كما في علوم الدين

المسئلة : إذا جنى عبدالمفلس ، كان المجنى عليه أولى به * من الغرماء الذين لا يزيد تعلق حقهم بالمال على الرهانة التي قد عرفت تقدم الجناية عليها للوجوه السابقة الآتية هنا منضمة إلى عدم الخلاف في ذلك في المقامين ، ومنه يعلم أن تعلق حق الغرماء هنا ليس كتعلق أرض الجناية ، وإلا أمكن القول بالاشتراك بينهما ، كما لو جنى العبد الجاني قبل انتهاء حال الجناية الأولى ، وبالجملية يتجه فيه ذلك الحكم لعدم الخلاف في التقديم هنا مما يؤمى إلى عدم كون التعلق كأرض الجناية ، وإن احتمله الفخر سابقاً فيستوفى منه حق الجناية حينئذ ، فإن زاد فهو للغرماء .

* وعلى كل حال فـ * لو أراد مولا فكه * بما تعلق به الحق من الأموال * كان للغرماء منعه * لأنه تصرف مالي وقد حجر عليه في ذلك ؛ لكن



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بين غرمائه * لأنه ولي الممتنع ، وإن كان لا يتعين عليه ذلك ، بل يخير بينه وبين الفرد الاول ، وقد تقدم نظير ذلك في الرهن ، كما أنه تقدم التأمل فيه ، والمحكي في النصوص ^(١) هنا من فعل امير المؤمنين عليه السلام «أنه كان يحبس بالالتواء ثم يأمر بقسمة ماله بين الغرماء ، فإن أبى باعه وقسمه بينهم » بل وفي خبر السكوني ^(٢) منها «أنه كان يحبس في الدين ، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء ، وعلى كل حال هو غير التخيير المزبور ، اللهم إلا أن يقال : إنه لادلالة في فعله عليه السلام على عدم جواز غير هذا الفرد ، وفيه أن نقل الائمة عليهم السلام لهم بهذا اللفظ ظاهر في أن الحكم ذلك ، فتأمل جيداً . والأمر سهل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ * لمو لم يكن له مال ظاهر وادعى الإيسار ، فإن وجد البينة قضى * المحاكم * بها * بالشرط الآتي * وإن عدمها ، وكان له أصل مال * معهود * أو كان أصل الدعوى مالا * كالقرض و نحوه وقد اثبتها الغريم * حبس حتى يثبت اعساره * لاصالة بقاء المال ، ولاشترائط الاظهار بالاعسار ولم يثبت ، ولأن امير المؤمنين عليه السلام كان يحبس بمجرد الالتواء ، نعم في التذكرة * إنه اذا لم يكن له بينة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف ، فإذا حلفوا حبس ، ولعله مراد غيره مع احتمال عدم ، لما عرفت من عدم اشتراط الحبس بالإيسار مع المماطلة ، كي يحتاجوا إلى اثباته ، بل يكفي فيه عدم ثبوت اليسار ، وهو حاصل وإن لم يحلفوا . هذا .

وقد صرح الفاضل في التذكرة والقواعد * أنه لا يمنع الحبس تعلق حق الغير في عينه باجارة و نحوه ، وهو كذلك مع امكان الجمع ، أما مع عدمه ففيه اشكال ، من تعارض الأدلة ولا ترجيح ، واحتمال ترجيح الاجارة بالسبق معارض بصورة سبق الدين وإن تأخرت المطالبة . نعم قديم في صورة سبق الاجارة عليه ، كما أنه يتم ترجيح الدين عليها في صورة سبقه ، بل قد يقال بترجيحه مطلقاً ، باعتبار انجبار المستأجر بالخيار بخلافه ، إلا أن الجميع محل للنظر ، كما أن ما في القواعد من

(١) الوسائل الباب ٦- من أبواب أحكام الحجر .

(٢) الوسائل الباب ٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث ٣- .

أنه يجوز الحبس في دين الولد لا يخلو من اشكال ، لخبر الحسين بن ابي العلاء ^(١) وللنصوص الدالة على أن الولد وماله لأبيه وعلى عظم حق الوالدين ونحو ذلك ، ولعله لذا جزم في التذكرة بالعدم ، وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوة ، وهو كذلك ، والله أعلم .

﴿و﴾ على كل حال فإذا تصدى لاثبات إعساره فـ ﴿ان شهدت البينة بتلف﴾ جميع ﴿أمواله قضى بها ، و لم يكلف اليمين ، ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره﴾ بالصحة المتأكدة ، لأنها بينة اثبات ، فيشملها جميع ما دلّ على قبول البينة ، ولا يقدح نفيها النفي ، لأن كل بينة اثبات تتضمن ذلك ، حتى بينة ملك العين مثلاً لزيد ، المتضمنة لعدم بيعه خفية وعدم هبته وغير ذلك من الاحتمالات التي لا تقدح ، بعد أن كان شهادة البينة أمراً إيجابياً يمكن علمها به ، وأنه هو المستند لها فيما هو مخالف للأصل ، فيلزمه حينئذ ثبوت الاعسار ، ضرورة اقتضاء تلف جميع الأموال ذلك ولا يحتاج إلى اليمين معها ، للأصل ، وظهور قوله ^(٢) «البينة على المدعى» إلى آخره في عدم الشراكة بينهما ، مضافاً إلى أنها كسائر البينات المعلوم عدم توقف ثبوت ما شهدت به على اليمين ، لمعلومية عدم اشتراط قبولها بالاطلاع على باطن أمره بالصحة المتأكدة اذ هي بعد ما سمعت كباقي بينات الاثبات التي لا ينحصر طريق علمها بما تشهد به لذلك .

﴿أما لو شهدت بالاعسار مطلقاً﴾ أي من دون تعرض لتلف المال المعلوم أصله وغيره ﴿لم تقبل حتى تكون مطلعة على﴾ باطن ﴿أمره بالصحة المؤكدة﴾ لأنها حينئذ بينة نفي ، ضرورة رجوعها إلى عدم الملك الذي يمكن أن يكون مستنداً فيه الأصل المعلوم نقضه عند غيرها ، ويمكن أن يكون اطلاعها على التلف ، إلا أنها مع فرض الصحة المؤكدة يحصل الظن القوي بل المتأخّم أن يكون مستنداً الثاني ، فيقوى حينئذ بها جانب مدعى الاعسار ، بل ظاهر الأكثر تقديمه حينئذ على خصمه

(١) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب ما يكتسب به الحديث -٧- .

(٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث -١- -٢- .



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

له أصل مال ولو يكون الدعوى كذلك ، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهراً من أمر يدفعه ،
فإن شاهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي
في المال ، وإن أمكن بقاء بعضه ، إلا أنه غير معلوم ، والتكليف إنما هو بالظاهر ، بخلاف
ما إذا شهدوا باعساره ، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله ، وهذا لا يدفع ذلك الأصل
الذي هو بقاء المال السابق بوجه ، فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة
ليحصل الظن بتلف ذلك المال ، وإنما يحصل بذلك .

فظهر الفرق بين الحالين ، و توجه 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 والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه
من يكون بيده مال عادة ، يفيد الظن الغالب بعدم المال ، فلا يتجه مع ذلك انضمامه
اليمين إلى البينة .

نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون ، و اعترف بعدم غيره فشهد
الشهود بتلفه لم يجب اليمين في الأول أيضاً ، ولم يعتبر اطلاع 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 اطلاعهم على حاله في أنفسهم
ولا عند الحاكم ، بخلاف شهود الإعسار ، و وجهه ما بيناه .

لكن المحقق الشيخ على رحمه الله قرّر كلامهم على ما نقلنا من الوجه ، و هو
أن المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر ، فحصل الالتباس في
الفرق على تقريره ، ونفى اليمين في الأول و اثباتها في الثاني على تقريرهم ، فإن
الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبراً فيها فإما أن يقال باشتراط علم الحاكم به
أيضاً أو نفيه عنهما اتكالا على العدالة ، فالفرق ليس بجيّد ، و إذا لم يطلعوا على
باطن أمره في التلف على ما ذكره ، يكون اثبات اليمين فيه أوجه من الآخر كما
ذكره في التذكرة دون العكس ، لأن الخبرة الباطنة أفادت ظناً قوياً ، مضافاً إلى البينة
بعدم المال ، ومختار التذكرة في اثبات اليمين في الأول دون الثاني أجود ، و نقلناه

بطوله ليظهر لك مواقع النظر فيه من غير ما ذكرناه أيضاً خصوصاً فيما ذكره من التوجيه لكلام الجماعة الذي جعل نتيجة ما لا يقولون به ، من اثبات اليمين لبينة التلف دون بينة الاعسار .

ومن الغريب قوله بعدم احتياج الثانية اليه ، مع اعترافه بانها إنما تفيد الظن القوي بسبب الصحة بأن مستندها التلف ، و معلوم أن مثل ذلك لا يخرجها عن كونها بينة نفي ، وعن احتمال كون مستندها الأصل المعلوم قطعه كما أوضحناه سابقاً وأغرب منه عدم ذكره الوجه الظاهر من كلماتهم في تشقيقه عدم اعتبار الاطلاع في بينة التلف من أن مرادهم جميع الاموال المستلزم لثبوت الاعسار ، وأن مثله لا يعتبر فيه الاطلاع بالصحة ولا اليمين ، لانها فرد من بينة الأثبات ، ولا ينحصر طريق علمها بذلك في الصحة ، ولو فرض ان بينة الاعسار كذلك ، استغنت عن اليمين أيضاً ، إلا أنك قد عرفت احتمالها وأنها ظاهرة مع الصحة في أن مستندها الاطلاع على التلف ، كما أنه لو فرض كون بينة التلف على تلف مال مخصوص ، اتجه اعتبار اليمين من المدايون في نفي دعوى غيره ، وما حكام عن التذكيرة من عكس الأمر إنما ذكره احتمالاً ، مع أن الظاهر خروجه عن موضوع البحث كما اعترف به في جامع المقاصد ، لأن ظاهر كلامه فرض شهادة البينة على تلف المال الذي في يده ظاهراً لجميع الاموال ، واليمين حينئذ مع عدم اعتراف الخصم بعدم غيره متوجه كما ذكرناه ، بل لعل ما حكام عنها أيضاً من عدم احتياج اليمين في البينتين خارج أيضاً ، اظهر كلامه في عدم اليمين مع بينة الاعسار التي تؤل إلى بينة التلف في معلومية كون مستندها العلم بتلف جميع أمواله ، وأنها غير محتملة لان يكون مستندها الأصل ، فإنه جعلها كالبيننة على عدم الوارث فلا حظ وتأمل .

و بالجملة كلامه في المقام لا يخلو من نظر من وجوه ، ثم قال : د و اعلم أن الخبرة المعتبرة في شهود الاعسار إن اطلع الحاكم عليها فلا كلام ، وإلا ففي الاكتفاء بقولهم له أنهم بهذه الصفة وجه قوي ، و قطع به في التذكيرة ، قلت لا ريب في ضعفه ،

ضرورة عدم الدليل على ثبوته بقولهم الذي مرجعه إلى دعوى لا يثبت بها مثله بعد اعتبار انصافهم به كالعدالة ، فلا بد من العلم به ولو ببيينة شرعية كما هو واضح ، وأوماً اليه في جامع المقاصد .

و قد تلخص مما ذكرناه أن بيينة الاعسار عندهم ، لم يعلم رجوعها إلى اثبات حتى يتوجه الاستغناء عن اليمين ، للخبر القاطع للشركة ، بل هي بسبب الصحبة المؤكدة أفادت كون الظاهر مع دعوى الاعسار ، فقدموه على الأصل بيمين المعسر كما أوضحناه سابقاً ، ولو فرض العلم برجوعها إلى اثبات ، اغنت عن اليمين قطعاً وكانت كبيينة التلف حينئذ ، بناء على المعلوم من مذهب الاصحاب من قبول بيينة النفي إذا رجعت إلى اثبات ، خلافاً لبعض العامة ، ضرورة شمول ما دل على حجية البيينة حينئذ لها ، بخلاف ما إذا لم يعلم رجوعها إلى اثبات ، لاحتمال كون مستندها أصل عدم ، المعلوم انتقاضه ، كما في المقام ، أولاً تزيد على إنكار المنكر والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فان لم يعلم له أصل مال ﴾ ولا كانت الدعوى الثابتة عليه مالا ﴿ وادعى الاعسار قبلت دعواه ولا يكلف البيينة ﴾ ، وللقراء مطالبته باليمين ﴿ لانه بموافقته للأصل كان منكراً و قد قال ^(١) ﴾ البيينة على المدعي واليمين على من انكره ، بل منه ينقدح الإشكال في قبول البيينة منه لو أقامها على وجه يعلم رجوعها إلى اثبات ، بناء على عدم قبولها من المنكر ، لكن جزم في التذكرة بقبولها واسقاط اليمين عنه حينئذ ، ولا يخلو من بحث كما يأتي انشاء الله .

و من الغريب من بعض العامة منع قبوله هنا إلا بالبيينة ، بناء على أن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً قل أو كثر ، وفيه منع اعتبار هذه الظاهر بدون دليل بحيث يقطع الأصل . نعم لو فرض العلم بذلك اتجه ما ذكره ، بل لعله متجه أيضاً فيما لو حصل العلم بائلافه مالا أيضاً ، لانقطاع أصل عدم فيه قطعاً ، وحصول المثال في الجملة معارض بالعلم بائلافه كذلك ، فلا يستصحب شيء منهما ، لرجوعه إلى استصحاب الجنس ،

(١) الوسائل الباب ٣ - من ابواب كيفية الحكم لكن فيه : واليمين على المدعي عليه .

فيكون قول كل منهما خالياً عن الأصل ، إلا أن الواجب على المديون الوفاء ، حتى يثبت اعساره الذي هو الشرط في الاظهار ، لا أن اليسار شرط في صحة المطالبة ، فيتجه حينئذ حبسه إلى ثبوت اعساره فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ فإذا قسم المال ﴾ الذي عنده ﴿ بين الغرماء وجب اطلاقه ﴾ ولا يجوز ابقاؤه في الحبس الذي هو اذية حينئذ بلا حق ، ولو فرض كونه مفلساً ﴿ فهل يزول الحجز عنه بمجرد الاداء ﴾ والاقسام ، لأنه إنما حجز عليه بالنسبة إلى الموجود من ذلك المال وقد فرض قسمته ﴿ أو يفتقر إلى حكم الحاكم ﴾ لأنه قد حصل بحكمه فلايرتفع إلا بحكمه للاستصحاب كالفقيه ﴿ الأولى ﴾ عند المصنف والفاضل و غيرهما ﴿ أنه يزول بالأداء لزوال سببه ﴾ ولا بأس به مع فرض كون الحجز بالنسبة إلى المال الموجود ، لا إذا كان فيه وفي المتجدد ، ولا في الاطلاق إذا فرض شموله لهما كما هو واضح والله أعلم .

إلى هنا تم الجزء الخامس والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله ومنه وقد بذلنا غاية جهدنا في تصحيحه ومقابلته للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه ويتلوه الجزء السادس والعشرون في احكام الحجر انشاء الله تعالى
على الاخوندي

فهرس

ما فى هذا الجزء من المطالب

- ١ - ٢ المقصد الخامس فى القرض وحقيقته وتعريفه وبيان مبعه
- ٣ - ٤ ثواب القرض وشرايطه وأنه لو شرط النفع حرم
- ٥ - ٧ إذا تبرع المقرض بزيادة فى العين أو الصفة
- إذا جرّ القرض منفعة حكمية كما لو شرط الدّراهم الصّحاح عوض
- ١٠ - ١٣ المكسرة
- ١٤ - ١٦ فيما يصحّ إقراضه وهو كل ما يضبط وصفه وقدره
- ١٧ - ٢٠ وجوب الضبط فى المقرض لمعرفة العوض
- ٢١ - ٢٢ جواز اقراض الجوارى والعبيد والكلام فى اقراض اللّثالى
- ٢٣ - ٢٧ متى يملك المقرض القرض : بالقبض أو التصرف ؟
- ٢٨ - ٢٩ هل للمقرض ارتجاع القرض بعد القبض ولو كره المقرض ؟
- ٣٠ - ٣٥ إذا شرط التأجيل فى القرض هل يلزم الوفاء به ؟
- ٣٦ - ٤٠ يصحّ تعجيل القرض لو كان مؤجّلا باسقاط بعضه مع التراضى
- ٤١ - ٤٣ وجوبية الاداء فى القرض إذا غاب صاحبه غيبة منقطعة
- ٤٤ - ٤٨ إذا لم يقدر على صاحب المال يجب عليه أن يوصى به ويعزله من ماله
- ٤٩ هل يصح المضاربة بالدين قبل قبضه
- ٥٠ - ٥٣ إذا باع الذمى مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير
- ٥٤ - ٥٩ إذا كان لاثنين مال فى ذمة ثم تقاسما بما فى الذمة

إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر

٦٠ مما بذله

٦١ - ٦٥ حرمة القرض بشرط البيع محاباة أو الاجارة أو غيرها من العقود

٦٦ إذا اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها

٦٧ يجوز الاقتراض وإن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء

المقصد السادس في دين المملوك

لا يجوز للمملوك أن يتصرف في نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك

٦٩ من العقود

٧٣ إذا أذن له المولى في الاستدانة كان الدين لازماً له

٧٣ - ٧٦ إذا أذن له في التجارة أو الابتياح

٨٦ إذا اقترض العبد بغير إذن فهل تستعاد العين وإن تلفت يتبع به ؟

٨٧ إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف في يديه

٨٨ خاتمة في اجرة الكيال والوزان والسمسار والدلال وفيها فروع

كتاب الرهن

٩٤ تعريف الرهن وأنه يفتقر إلى ايجاب وقبول وبيان صيغتهما

٩٩ هل القبض شرط في صحة الرهن أو في لزومه وبيان الاختلاف في ذلك

١٠٦ إذا أذن في قبضه ثم رجع قبل قبضه ، أو لطق بالعقد ثم جن

١٠٨ هل تكون استدامة القبض شرطاً في صحة الرهن أو لزومه

١١٣ لو أقر الراهن بالاقباض ثم رجع عن اقراره

الفصل الثاني في شرائط الرهن :

١١٦ من شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه ويصح بيعه

١١٩ إذا أدهنه منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد

- ١٢٠ إذا رهن المدير هل يكون رهن رقبته ابطالا لتدييره ؟
 ١٢٥ إذا رهن مالا يملك هل يمضى او يتوقف على اجازة المالك ؟
 ١٢٧ إذا رهن المسلم خمراً عند نعى او رهنها النعى عند مسلم
 ١٢٩ إذا رهن مالا يصح ولا يمكن اقباضه كالطير في الهواء والسماك في الماء
 ١٣٢ هل يصح الرهن في زمن الخيار
 ١٣٤ يصح رهن العبد المرتد و رهن الجاني خطأ وفيه مسائل
 ١٣٨ إذا رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل

الفصل الثالث فى الحق

- يجوز أخذ الرهن فى كل دين ثابت فى الذمة ولا يصح فيما لم يحصل سبب وجوبه ١٣٣
 لا يجوز أخذ الرهن على الدية قبل استقرار الجناية ولا على قسط كل
 ١٥٠ حول قبل حلوله
 ١٥٢ لا يصح الرهن على الجعالة ولا على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر
 ١٥٤ إذا رهن على مال رهناً ثم استدان آخر وجعل ذلك الرهن عليهما

الفصل الرابع فى الراهن

- ١٥٩ يشترط فى الراهن كمال العقل وجواز التصرف

الفصل الخامس فى المرتهن

- ١٦٠ يشترط فى المرتهن ما يشترط فى الراهن ولو كان ولياً لیتيم جازله أخذ الرهن له
 ١٦٣ إذا كان المرتهن ولي يقيم يجوز له أخذ الرهن لمال الیتيم مع شرائط
 ١٦٥ إذا اشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه أو وضع الرهن فى يد عدل
 ١٦٧ إذا مات الرهن تبطل وكالته دون الرهانة
 ١٦٩ إذا مات المرتهن ولم يعلم الرهن فهو كسبيل ماله
 ١٧٣ المرتهن أحسن باستيفاء دينه من غيره من الغرماء بشرائط
 ١٧٤ الرهن أمانة فى يد المرتهن لا يضمه لو تلف ، وفيه فروع

- ١٧٩ فروع في الاتفاق على الرهن
١٨٢ يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث
١٨٥ في وضع الرهن في يد عدل والاختلاف في ذلك
١٨٩ إذا باع الرهن وظهر فيه عيب أو أنه مستحق
١٩٣ إدامات المرتهن وامتنع الراهن من تسليمه إلى الوارث

الفصل السادس في اللواحق

- ١٩٧ لا يجوز للراهن التصرف في الرهن مطلقاً
وكذلك لا يجوز للمرتهن أيضاً التصرف في الرهن بانتفاع ونحوه وفيه فروع ٢٠٧
٢١٢ لو أذن المرتهن في بيع الرهن قبل حلول الاجل
المقصد الثاني في احكام متعلقة بالرهن

- ٢٢٢ الرهن لازم من جهة الراهن وليس له اقتزاعه من المرتهن
٢٢٩ ما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن
٢٣٠ إذا كان في يده رهنان بدينين ثم أدّى الراهن أحدهما
٢٣١ إذا رهن مال غيره باذنه ، فيه صور وفروع
٢٤١ إذا رهن لقطعة مما يلقط هل يصح الرهانة
٢٤٢ إذا جنى العبد المرهون عمداً أو خطأ
٢٤٨ إذا أتلّف الرهن متلف أو أتلّفه المرتهن
٢٤٩ إذا رهن عصيراً فصار خمراً ثم عاد خلاً
٢٥٤ إذا رهن بيضة فأحضرها فصارت في يده فرخاً
٢٥٥ إذا رهن اثنان عبداً بينهما بدين عليهما

المقصد الثالث

- ٢٥٦ إذا رهن مشاعاً ونشاح الشريك والمرتهن في إمساكه
٢٥٨ مسئلة فيما إذا مات المرتهن وأخرى فيما إذا فرط في الرهن و تلف

- ٢٦٠ لو اختلفا فيما على الرهن قلّة وكثرة مع اتحاد الدين
 ٢٦٢ لو اختلفا في متاع فقال أحدهما وديعة والممسك انه رهن
 ٢٦٤ إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع واختلفا في ذلك
 ٢٧٠ إذا اتفقا على البيع واختلفا فيما يباع به الرهن
 ٢٧٣ إذا ادّعى رهانة شيء فأبكر الراهن وذكر أن الرهن غيره
 ٢٧٤ إذا كان له دينان أحدهما برهن والاخر بلا رهن فدفع إليه مالا واختلفا
 ٢٧٦ إذا اختلفا في ردّ الرهن ولم يكن له بينة

كتاب المفلس

- ٢٧٧ معنى التفليس و الافلاس و المفلس
 ٢٧٩ لا يتحقق الحجر على المفلس إلا بشروط أربعة
 ٢٨١ إذا ظهرت أمارات الفليس هل يتبرع الحاكم بالحجر
 القول الاول في منع التصرف
 ٢٨٢ اول ما يبده الحاكم هو منع التصرف للمفلس احتياطاً للفرماء .
 ٢٨٤ إذا تصرف المفلس في امواله بالبيع و الاجارة او بغير عوض كالهبة
 ٢٨٧ إذا أقرّ المالك بعين أو بدين سابق هل يصح و يشارك الفرماء ؟
 ٢٨٩ إذا ادّعى المفلس أن هذا المال مضاربة لغائب
 ٢٩٠ إذا كان قد اشترى بخيار ثم فليس هل يجوز له اجازة البيع و فسخه ؟
 ٢٩٢ إذا كان للمفلس حق فقبض دون حقه
 ٢٩٣ فرعان فيما إذا أقرضه انسان مالا بعد الحجر او باعه بضمن في ذمته أو أئلف مالا
 ٢٩٣ إذا أقرّ المفلس بمال مطلقاً و جهل السبب
 ٢٩٥ الديون المؤجلة بالحجر لا تحل و انما تحل بالموت
 ٢٩٥ القول الثاني في اختصاص التبريم بعين ماله
 ٢٩٥ من وجد من الفرماء عين ماله هل يتعين عليه أخذ ماله ؟

- ٢٩٦ هل الميت فى ذلك سبيله سبيل الحى او يكون غرماؤه سواء فى التركة
- ٢٩٨ هل يكون خيار صاحب المال فورياً فان أخذ و الاكان اسوة مع الغرماء ؟
- ٣٠١ إذا وجد بعض المبيع سليماً أو معيباً بعيب قد استحق أرشه
- ٣٠٤ إذا وجد المبيع وقد حصل له ثماء منفصل كالولد واللبن
- ٣٠٦ إذا اشترى حباً فزرعه وأحصده أو بيضة فأحضرها و صار فرخاً
- ٣٠٨ إذا باع شقصاً وفلس المشتري هل يكون للشريك الشفعة
- ٣٠٩ إذا فلس المستأجر يجوز المؤجر فسخ الاجارة ؟
- ٣١١ إذا اشترى أرضاً ففارس ثم أفلس هل يكون صاحب الارض أحق بها
- ٣١٣ إذا اشترى زيتاً فخلطه بمثله أو بأجود منه هل يبطل حق البائع من العين ؟
- ٣١٥ إذا اشترى غزلاً فنسجه أو ثوباً فقصره أو صبغه ثم أفلس
- ٣١٨ إذا أسلم فى متاع ثم أفلس المسلم إليه فوجد رأس ماله
- ٣٢٠ إذا أولد الجارية ثم فلس هل يجوز لصاحبها انتزاعها و بيعها
- ٣٢١ إذا جنى على المفلس أو على عبده خطأ تعلق حق الغرماء بالدية
- ٣٢٢ إذا شهد للمفلس شاهد بمال وحلف أو حلف الغرماء
- ٣٢٣ إذا مات المفلس حل ما عليه ولا يحل ماله
- ٣٢٥ ينظر المعسر ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته

القول الثالث قسمة ماله

- ٣٢٨ يستحب احضار كل متاع إلى سوقه و حضور الغرماء تعرضاً للزيادة
- ٣٣٠ و من ذلك أن يعول على مناد يرتضى به الغرماء و إن تعاسروا عين الحاكم
- ٣٣٢ لا يجوز تسليم مال المفلس لمن اشتراه إلا مع قبض الثمن
- ٣٣٣ إذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة
- ٣٣٤ لا يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها و فيه صور ومساكن
- ٣٣٩ إذا باع الحاكم مال المفلس ثم طلب بزيادة هل يفسخ العقد ؟

- ٣٤٠ يجرى على المفلس و على عياله نفقتهم إلى يوم القسمة
- ٣٤٦ إذا قسم الحاكم ثم ظهر غريم هل ينقض القسمة و يشارك الغرماء
- ٣٥٠ إذا كان عليه ديون حالة و ديون مؤجلة قسمت على الحالة خاصة
- ٣٥١ إذا جنى عبدالمفلس كان المجنى عليه اولى به من الغرماء وفيه كلام.
- ٢٥٣-٣٦١ فروع و ابحاث في إنظار المعسر و حبسه و إطلاقه بعد الاداء أو القسمة



