

مَصْبِحَاتُ الْمُنْتَهَى

مَصْبُحُ الْمُنْهَجِ

- ✽ كتاب الرهن ✽ كتاب الحجر
- ✽ كتاب الضمان ✽ كتاب الصلح
- ✽ كتاب الإقرار ✽ كتاب الوكالة

تَأَلِيفُ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ سَعِيدِ الطَّبَّاطِبَايِ الْحَكِيمِ

دار السلام

طباعة. نشر. توزيع

الطباطبائي الحكيم، محمد سعيد، ١٩٣٥م - شارح
عنوان الكتاب واسم المؤلف: مصباح المنهاج: كتاب الرهن، كتاب الحجر، كتاب الضمان، كتاب
الصلح، كتاب الإقرار، كتاب الوكالة/ السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم (مد ظله)
الناشر: قم، دار الهلال، ١٤٣٨هـ. ق=١٣٩٦هـ. ش=٢٠١٧م
عدد الصفحات ٤٤٨ ص. الطبعة الثانية .

شابك الكتاب: ٩٧٨-٦٠٠-٦٩٩٢-٦٢-٤ ISBN:

شابك الدورة: ١-٥٤-٨٢٧٦-٩٦٤-٩٧٨

الفهرسة طبق نظام فيبا. المصادر في الهوامش.

ملاحظة: كتاب كتاب الرهن، كتاب الحجر، كتاب الضمان.. شرح لكتاب منهاج الصالحين
تأليف السيد محسن الحكيم.

الموضوع: ١ - حكيم، محسن، ١٢٦٧-١٣٤٨. منهاج الصالحين - نقد وشرح. ٢ - الفقه
الجعفري - القرن ١٤. ٣ - الفقه الجعفري - الرسالة العملية. ٤ - كتاب الرهن، كتاب الحجر،
كتاب الضمان، كتاب الصلح، كتاب الإقرار، كتاب الوكالة (فقه).

المعرفي الإضافي (للشخص): حكيم، محسن، ١٢٦٧-١٣٤٨. منهاج الصالحين. منتخب. شرح.

١٣٩٦ م ٦ ط ٢ / ٨ / Bp ١٥٩ فهرست ديوي: ٢٩٧ / ٣١٢

الإيداع في المكتبة الوطنية: ٤٧١٠٧٩٥

مُحْفَوظَةٌ
جَمِيعُ حَقُوقِ
الطبعة الثانية

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

اسم الكتاب: مصباح المنهاج / كتاب الرهن، كتاب الحجر ...

تأليف: السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم (مد ظله)

المطبعة: نينوا

العدد: ٣,٠٠٠ نسخة

الناشر: دار الهلال

ISBN: ٩٧٨-٦٠٠-٦٩٩٢-٦٢-٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الرهن

كتاب الرهن

ولا بد فيه (١)

(١) الكلام في ذلك بعد الفراغ عن مشروعية الرهن وضعاً وتكليفاً، كما يشهد به الكتاب المجيد والسنة المستفيضة أو المتواترة والسيرة القطعية. لكن في مرسل مروك عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال: من كان الرهن عنده أوثق من أخيه المسلم فالله [فانا] منه بريء»^(١). وظاهره أو صريحه الحرمة، وقد تقدم عند الكلام في اشتراط الرهن في الدين أنه يختص بما إذا كان طلب الرهن لعدم الثقة بأمانة المستدين، دون ما إذا كان لاحتمال عجزه عن الوفاء. ومع ذلك فالحرمة حينئذٍ، بل حتى الكراهة الشديدة - لو أمكن حملها عليها في نفسه - لا تناسب ما سبق، خصوصاً الآية الكريمة المتضمنة بدليته عن الكتابة التي ورد الأمر بها في الآية السابقة مع قوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾^(٢). لظهوره في أن طلب الرهن المفروض يعم صورة عدم استئمان المستدين. ومن ثم كان من المشكل الذي يرد علمه أهله عليهم السلام. وفي خبر سالم: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الذي روي أن من كان بالرهن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

من الإيجاب والقبول (١)

أوثق منه بأخيه فأنا منه بريء. قال: ذلك إذا ظهر الحق، وقام قائمنا أهل البيت...»^(١).
وفي الوسائل بعد ذكر الحديثين: «الظاهر أن المخصوص بزمان ظهور القائم عليه السلام هو التحريم لا الكراهة».

لكن حيث كان حديث سالم شارحاً للحديث الأول، فإن كان الحديث الأول وارداً لبيان التحريم - كما هو ظاهره - لم يبق على الكراهة قبل ظهور القائم عليه السلام دليل، وإن كان وارداً لبيان الكراهة كان الحديث الثاني دالاً على عدم ثبوتها قبل ظهور القائم عليه السلام. على أنه سبق أن الكراهة لا تناسب الآية الشريفة.

اللهم إلا أن يكون المراد بالأخ المؤمن أو المسلم صنفاً خاصاً من المؤمنين يمتاز عن بقية المؤمنين بمقام رفيع في الدين والسلوك والخلق، فيكون الحديث مخصصاً للآية.

إلا أنه لا مجال لاستفادة كراهة طلب الرهن منه من الحديثين بعد الجمع بينهما لما سبق. وينحصر الدليل عليها بالمرتكزات التشريعية لمن تتضح له، أو بإطلاق الحديث الأول بضميمة احتمال عدم صدق الحديث الثاني، بناء على عموم قاعدة التسامح في أدلة السنن للكراهة.

(١) حيث لا إشكال ولا خلاف ظاهراً في كونه عقداً، بل ظاهرهم المفروغية عنه. لابتنائه على الالتزام من الراهن بثبوت حق المرتهن في العين المرهونة، والالتزام المرتهن بذلك أيضاً، لأن ثبوت الحق للإنسان - كملكه - قهراً عليه مخالف لقاعدة السلطنة في حقه.

نعم يظهر منهم لزوم كون الإيجاب والقبول لفظين، كسائر العقود، خصوصاً اللازمة عندهم، والتحقيق خلافه، كما فصلنا الكلام فيه في كتاب البيع. فراجع.
هذا والظاهر الاكتفاء باشتراطه في الدين وبيع النسيئة ونحوهما بنحو شرط

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ٢.

من أهله (١). وفي اشتراط الإقباض إشكال (٢) أقواه ذلك. ويشترط فيه أن

النتيجة، كما في المبسوط والتذكرة والتحرير. لما سبق في غير مورد من صحة شرط النتيجة فيما يتمحض في الملك والحق، لابتناء الشرط على جعل الحق، والرهن متمحض في ذلك.

مضافاً إلى صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن الرهن والكفيل في بيع النسبئة. فقال: لا بأس به»^(١)، ونحوه غيره. فإنها إن لم تكن ظاهرة في أخذ الرهن في نفس البيع فلا أقل من شمولها له.

بل الظاهر قيام السيرة على ذلك، إذ كثيراً ما تدفع العين التي يراد رهنها قبل الدين من أجل أن يقع الدين عن رهن.

ودعوى: أن الرهن وثيقة للدين، فهو كالموضوع له فلا يصح قبل ثبوته. مدفوعة بأن كون الرهن وثيقة على الدين إنما يمنع من ثبوته قبل الدين، ولا يمنع من ثبوته معه، بحيث يقع الدين مبنياً عليه، كما في المقام. فما في القواعد من التردد في ذلك في غير محله

(١) لعموم دليل الحجر له. نعم حيث لا يكون التصرف من جانب المرتهن في المال، بل في نفسه، فاعتبار عدم السفه المالي في حقه موقوف على تأثير الرهن في شأنه المالي، وهو يختلف باختلاف الموارد. وتقدم ما قد ينفع في المقام في المسألة الثانية من كتاب الإجارة، كما يأتي تمام الكلام فيه في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

نعم يتعين عدم مانعية الفلوس في حقه، لاختصاص الحجر على المفلس بالمال، على كلام يأتي في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

(٢) فقد صرح باشتراطه في المقنعة والنهاية والكافي والمراسم والوسيلة والغنية ومجمع البيان والشرايع والنافع وجامع الشرايع وكشف الرموز والدروس واللمعة، وحكى عن ابن الجنيد وغيره. وفي الغنية ومجمع البيان الإجماع عليه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ٧.

وصرح بعدم اشتراطه في الخلاف والسرائر والتذكرة والتحرير والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها. وإليه يرجع ما في المبسوط وجواهر القاضي وظاهر مهذبه من وجوب التسليم بالإيجاب والقبول، لأن وجوب التسليم فرع صحة الرهن ولزومه.

وكيف كان فلا إشكال في أن الرهن متقوم مفهوماً بثبوت حق المرتهن في العين، وهو الذي يتضمنه عقده، فيكون مقتضى عموم لزوم الوفاء بالعقد نفوذه ولزومه بمجرد العقد من دون حاجة للقبض. واشتراط القبض يحتاج إلى دليل.

وقد استدل عليه في كلماتهم بأمرين. الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) بدعوى: أن التقييد بالقبض ظاهر في توقف الرهن عليه.

ويندفع بما ذكره غير واحد من أنه لم يرد لبيان اشتراط صحة الرهن بالقبض، بل لبيان اختصاص الرهن المطلوب بالمقبوض. ولعله لتوقف التوثق المطلوب بدلاً عن الكتابة عليه، لا لتوقف صحة الرهن عليه، كما هو المناسب لعدم ذكر بقية شروط صحة الرهن.

ولا سيما أن ظاهر الآية استمرار القبض للرهن ما دام رهناً لعدم وفاء الدين، والمدعى هو وجوب الإقباض آنأماً، ليتم الرهن وينعقد.

الثاني: موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: لا رهن إلا مقبوضاً»^(٢)، ونحوه ما في تفسير العياشي عن محمد بن عيسى^(٣).

بدعوى: ظهورها في عدم صحة الرهن إلا بالقبض. لكنه ظاهر في عدم إنفكاك الرهن عن القبض، وحيث لا إشكال عندهم في عدم وجوب ذلك - كما سبق - فكما يمكن حمله على اشتراط القبض آنأماً في صحة

(١) سورة البقرة: آية ٢٨٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ٢.

الرهن يمكن حمله على أن الرهن بطبعه يقتضي قبض الراهن للعين المرهونة وحبسها عنده ما بقي الدين، بحيث يجب تمكينه منها، ولا يجوز حبسها عنه، كما هو مقتضى ما تقدم من المبسوط والقاضي. ويمكن حمله أيضاً على بيان قضية خارجية غالبية، وهي عدم حصول فائدة الرهن - وهي التوثق على الدين - غالباً إلا بقبض العين المرهونة، ولعل أبعد الاحتمالات الأول بلحاظ مشابهة التعبير المذكور للتعبير في الآية الشريفة التي سبق ظهورها في استمرار القبض توثيقاً للدين.

وأما ما قد يدعى من أخذ القبض في قوام الرهن لغة، كما قد يظهر من كلام بعض اللغويين وبعض الاستعمالات العرفية. فهو لو تم يراد به الحبس، لا مجرد القبض أنا ما، وقد عرفت عدم اعتباره في المقام.

مع أن الظاهر أنه ناش عن أن التوثق الخارجي ملازم نوعاً للحبس. وبه صدق على الرهن العقدي أنه رهن، بلحاظ كونه راجعاً إلى حبس العين المرهونة والحجر عليها شرعاً من التصرف المانع من التوثق بها للدين، وإن لم تكن تحت قبضة المرتهن ولا محبوسة عنده خارجاً.

ومثله دعوى الإجماع المتقدمة من مجمع البيان والغنية. حيث لا مجال للتعويل عليها بعد ظهور الخلاف ممن سبق. وأما ما في الغنية من أنه لا يقدر في حجية الإجماع مع معرفة نسب المخالف. فهو لا يرجع إلى محصل معتد به.

إلا أن يكون الخلاف متأخراً عن انعقاد الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا طريق لإحراز ذلك في المقام.

ومن هنا لا مخرج عن عموم نفوذ العقود القاضي بكفاية العقد في صحة الرهن ولزومه بلا حاجة إلى القبض.

هذا وقد أطال بعضهم الكلام في بيان الأقوال في المسألة ومحتملاتها بما لا مجال لمتابعتهم فيه بعد ما سبق.

بقي في المقام أمران الأول: أنه صرح في المبسوط وغيره بعدم اعتبار استدانة

القبض، وفي الغنية والتذكرة الإجماع عليه. بل في الجواهر: « بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكي منهما مستفيض أو متواتر »
ولا ينبغي الاشكال في ذلك، حيث لا إشكال في عدم بطلان الرهن بضياعه أو غصبه من المرتهن. ويأتي في بعض النصوص ما يشهد بذلك.

الثاني: أنه بناء على عدم كون القبض شرطاً في صحة الرهن فقد يقال بعدم استحقاق المرتهن قبضه، فضلاً عن حبسه عنده، كما يظهر من غير واحد. لأن ذلك مقتضى سلطنة الراهن على ماله بعد عدم المخرج عنها من شرط أو غيره.

لكن سبق من المبسوط والقاضي وجوب تسليمه للمرتهن. ولا يخلو عن قوة. لأن من القريب جداً أن يكون مقتضى إطلاق الرهن عرفاً استحقاق المرتهن حبس العين عنده. لا ابتناء الرهن على ذلك نوعاً، لعدم تحقق الاستيثاق التام للدين بدونه. وهو الظاهر من نصوص الرهن، حيث تضمنت ذلك وإن لم يصرح فيها بلزومه.

بل في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « في رجل رهن جاريته قوماً أجل له أن يطأها؟ قال: فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها . قلت: أرايت إن قدر عليها خاليا؟ قال: نعم لا أرى به بأساً^(١)، ونحوه صحيح الحلبي عن أبي عبد الله. لظهورهما في أن الرهن يقتضي حبس العين المرهونة عن الرهن المرتهن. ومثلها في ذلك خبر أبي بصير عن أبي عبد الله: « في رجل استقرض من رجل مائة دينار ورهنه حلياً بائة دينار. ثم إنه أتاه الرجل، فقال: أعرفني الذهب الذي رهنتك عارية، فأعاره فهلك الرهن عنده...^(٢) ». لظهور أن من شأن العارية أن تكون عند المعير وجعلها عند المستعير حالة طارئة موقته، وقد يظهر ذلك من غيرها.

نعم لا إشكال في جواز اشتراط بقائها عند المالك، خروجاً عن مقتضى الإطلاق المذكور بعد عدم أخذ الحبس في مفهوم الرهن العقدي، ليكون الشرط المذكور مخالفاً

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ١.

يكون المرهون عيناً (١)

لمقتضى العقد. وقد ينزل ما سبق من المبسوط وغيره على صورة عدم الشرط.
(١) الظاهر المفروغية عنه بينهم في الجملة، للتصريح به في كلام جماعة كثيرة، واستفادته من مساق كلام آخرين.

ويشهد به في الجملة الآية الكريمة، لأن القبض إنما يكون في الأعيان. وكذا النصوص الكثيرة المتعرضة للأحكام والفروع المناسبة لذلك. كما أنه المتيقن عرفاً من معنى الرهن. ويظهر الحال فيه مما يأتي إن شاء الله تعالى.

ويترتب على ذلك أنه لا يصح رهن المنافع، كما صرح به غير واحد، وفي المسالك أنه موضع وفاق. نعم ظاهر المختلف وجود المخالف في ذلك. لكن في مفتاح الكرامة: «ولم نجده لأحد من الخاصة والعامة في التذكرة والخلاف».

وكيف كان فالوجه فيه: أنه بناء على اعتبار القبض لا يتحقق القبض في المنفعة، والاكتفاء بتسليم العين في الإجارة ليس لكونه قبضاً للمنفعة عرفاً، بل للاكتفاء فيها بالتمكين من المنفعة، وذلك لا يجري في المقام بعد ظهور دليل اعتبار القبض - لو تم - في الاستيلاء على نفس الرهن، بحيث يصدق قبضه عرفاً. وكذا الحال بناء على ما يأتي من بعضهم في الدين من اعتبار كونه ما يمكن قبضه.

وأما بناء على عدم اعتبار القبض ولا إمكانه فقد استدل عليه في الدروس بعدم إمكان بيعها، ولأنه لا بقاء لها فلا ينتفع بها المرتهن. لكن لو تم الأول أمكن الانتفاع بها بالاجارة بدلاً عن البيع. بل يمكن استيفاء المرتهن دينه منها بأستيفائها له بنفسه، نظير ما لو استدان دراهم فرهن مثلها. ومنه يظهر ضعف الثاني.

ومن هنا ذكر في الجواهر أن العمدة في المنع من رهن المنفعة هو الإجماع المؤيد بظهور النصوص في كون الرهن عيناً، لا منفعة.

لكن الإجماع لو تم ليس بنحو ينهض بالاستدلال، لقرب اختصاصه بعصر تدوين الفتاوى لبعض الوجوه الاجتهادية، ولم يثبت إجماع الاصحاب على الحكم

تعبداً بنحو يتصل بعصور المعصومين صلوات الله عليهم ويكشف عن رأيهم، كما تكرر منا في كثير من الموارد.

وأما النصوص، فالمتيقن منها معروفة الرهن في خصوص الأعيان، من دون أن تظهر في المنع من رهن غيرها.

نعم مقتضى جميع ما تقدم أن المتيقن من الرهن عرفاً وشرعاً ما إذا كان المرهون عيناً، ولا طريق لإحراز عمومه للمنفعة. وهو كاف في البناء على عدم ترتب أثر الرهن على الاستيثاق بها.

لكن ذلك لا يمنع من صحة الاستيثاق بها وإن لم يكن رهنًا، ولا تترتب عليه أحكام الرهن، بل مجرد ثبوت الحق للدائن في أن يستوفي دينه منها إما باستيفائها بنفسه أو ببدلها بعد المعاوضة عليها حسبما يتفقان عليه. لعموم نفوذ العقود، لأنه منها كالرهن.

كما لا مانع من اشتراط الاستيثاق بها في عقد الدين نفسه، ولا يلزم منه الربا المحرم لأن دليله وإن ورد في الرهن، إلا أن الاستفادة منه جواز سائر وجوه الاستيثاق للدين. كما يظهر بالرجوع له عند الكلام في اشتراط الرهن في الدين.

نعم لا بد من كونها بحيث يمكن استيفاء الدين منها، بأن تعم ما يقارن حلوله، فلو كانت محدودة بأمد سابق على حلول الدين، تعذر الاستيثاق للدين بها.

إلا أن يراد بجعلها وثيقة التوثق بها للدين بلحاظ عوضها السابق على حلوله، كما لو دفع له الدار على أن يؤجرها عن المدين، ويحتفظ بأجرتها له إلى حين حلول الدين. لكن ذلك في الحقيقة إذن في جعل الاجرة رهنًا. ولذا ترجع هي دون المنفعة لو وفي الدين قبل أن يحتاج المرتهن لها. فلاحظ.

هذا وقد رتب غير واحد أيضاً على اعتبار كون المرهون عيناً عدم صحة رهن الدين، وعن الكفاية أنه المشهور.

وقد يتجه بناء على اعتبار القبض، لأن القابل للقبض ليس هو الدين، بل ما

الكلام في اشتراط أن يكون المرهون عيناً ١٥

يكون به وفاؤه. والاكتفاء بذلك في الهبة جمعاً بين النص الصريح في جواز هبة الدين^(١) مع ما دل على توقف الهبة على القبض لا يقتضي الاكتفاء به هنا. نعم قد يشكل ذلك فيما إذا كان المدين هو المرتهن نفسه، حيث قد يصدق عرفاً أن الدين في قبضته.

أما بناء على عدم اعتبار القبض فقد استدل عليه في جامع المقاصد بأن مقصود الرهن لا يحصل به. قال: «لأن المراد الاستيثاق بما يرجع إلى قيمته عند الاحتياج إليه، وذلك إنما يكون في الأعيان. ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وليس من شأن الدين أن يكون مقبوضاً، إذ هو أمر كلي لا وجود له في الخارج».

لكن لم يتضح المراد بالأول، إذ لا يعتبر في الرهن أن يوفى الدين بقيمته، بل يمكن أن يوفى بعينه، كما لو اقترض منه دنانير ورهن عنده مثلها، ليستوفي منها دينه لو لم يوفه. بل قد يكون دين الرهن من غير نسخ الدين المرهون، كما لو اقترض دراهم ورهن ديناً بدنانير.

مع أن الدين مما يمكن بيعه كما سبق في المسألة السابقة من كتاب الدين. ولا أقل من بيعه بعد قبضه.

ومثله دعوى: أن الدين لا يوثق بحصوله. لاندفاعها بأنه كالعين قد يوثق بحصوله. كما قد يتعرض للضياع مثلها حتى بعد القبض، حيث قد تتعرض للتلف غير المضمن.

وأما الآية الشريفة فهي ظاهرة بل صريحة في فعالية القبض، والمفروض عدم اعتبارها، فكيف تكون دليلاً على اعتبار شأنية القبض؟!

وأما ما في مفتاح الكرامة والجواهر من أن ملاحظة أدلة الرهن توجب الظن المعتد به بأن الرهن لا يصح إلا فيما يمكن قبضه، وإن لم يكن القبض شرطاً. فهو غير ظاهر بنحو ينهض دليلاً في المقام.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الهبة الحديث: ١.

مملوكة (١) يمكن قبضه (٢) ويصح بيعه (٣)

ومن هنا ينحصر الوجه في عدم صحة رهن الدين بخروجه عن المتقين من معنى الرهن عرفاً. لكن لو تم ذلك أمكن تصحيح الاستيثاق بالدين بعموم نفوذ العقود، وإن لم يجرز بذلك أنه رهن، بحيث تترتب أحكامه. نظير ما تقدم في المنفعة، ويجري فيه ما تقدم فيها. فلاحظ.

(١) كأن المراد به بقريئة ما يأتي منه في غير المملوك هو ملك الراهن لها في مقابل ملك غيره. كما أن المراد بشرطيته شرطيته في نفوذ الرهن بمجرد العقد. وهو حينئذ ليس مورداً للخلاف ولا الإشكال، لعدم سلطته على ملك غيره، ليكون له أن يجعل للمرتهن حق استيفاء دينه منه.

لكن ذلك يجري حتى في المملوك إذا كان محقوقاً بحق ينافي الرهن، كالمرهون برهن سابق، وأم الولد. لظهور قصور سلطنة المالك على ملكه عما ينافي الحق الثابت فيه، واستيفاء دين المرتهن من الرهن ببيعه ينافي حق المرتهن السابق، كما ينافي تشبث أم الولد بالحرية المقتضي لبقائها في ملك صاحب الولد.

كما يجري ذلك فيما ليس مملوكاً أصلاً، كالوقف والأرض المفتوحة عنوة، حيث لا يمكن بيعهما واستيفاء الدين من ثمنهما.

نعم لو ملك الراهن منفعة الوقف، أمكن جعله وثيقة على الدين بلحاظ منفعته، لا بلحاظ عينه، بناء على ما سبق في رهن المنفعة.

كما أنه لو كان حق الاستثمار في الأرض المفتوحة عنوة قابلاً للمقابلة للمال، وكان للراهن فيها الحق المذكور، أمكن له الاستيثاق بها للدين بلحاظ هذا الحق، على نحو ما سبق في المنفعة، لنظير ما تقدم فيها. ويجري ذلك فيما يفرض من النظائر.

(٢) اشتراط ذلك مستغنى عنه بما سبق منه فِيهِ من اشتراط القبض. نعم تقدم

اشتراط ذلك من بعض من لم يشترط القبض، وتقدم عدم وضوح وجهه.

(٣) تقدم أن انتفاع المرتهن بالرهن لا يتوقف على إبداله بالثمن أو الأجرة أو

اعتبار كون العين المرهونة مما يمكن بيعه على حق ثابت في الذمة ١٧

نحوهما، بل يمكن استيفاء دينه به رأساً.

ومن هنا يتعين كون الشرط إمكان التعامل به، لا خصوص بيعه في مقابل ما لا يمكن التعامل به، كالخمر والميتة ونحوهما لو كان الراهن أو المرتهن مسلماً حتى لو كان الطرف الآخر كافراً.

أما الأول فلأن المرتهن إنما يبيع الرهن أو يقبله بنفسه بدلاً عن دينه بإذن الراهن أو وكالة عنه، ولا يجوز للمسلم التعامل بالأعيان المذكورة والانتفاع بها برهنها، فضلاً عن بيعها ولو من طريق الإذن للكافر أو توكيله بذلك.

وأما الثاني فلا يتناء الرهن على جعل الحق للمرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة، ولا يثبت للمسلم مثل هذا الحق في هذه الأعيان، فضلاً عن بيعها وكالة عن صاحبها أو مطالبته بذلك. وغاية ما ثبت له جواز أخذ أثمانها من الكافر أو مطلقاً عند بيعه لها بوجه محرم.

هذا وقد صرح بما ذكرنا من التعميم غير واحد من الأصحاب، بل لم ينسب الخلاف فيه إلا للخلاف والمبسوط.

قال في المبسوط: « إذا استقرض ذمي من مسلم مالاً، ورهن عنده بذلك خمرًا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتاه بثمانها جاز له أخذه، ولا يجوز أن يجبر عليه،» ونحوه في الخلاف.

لكن الحكم فيهما بعدم جواز الإيجاب لا يناسب البناء على صحة الرهن، لما هو المعلوم من أن الرهن يقتضي حقاً للمرتهن في العين يصحح له الإيجاب على وفاء دينه منها. عند عدم وفائه من غيرها. ولا سيما مع ما في الخلاف من أن له المطالبة بالوفاء من ثمن ما لا يكون من ثمن محرم، مع أنه ليس مرهوناً.

ومن هنا يقرب عدم الخلاف منه في المقام، والبناء منه تعالى على كون الرهن في ذلك صورياً راجعاً إلى تعيين الراهن الذمي العين لوفاء دينه من دون أن ينفذ في حق الدائن المسلم.

على حق (١)

غاية الأمر أن للمسلم أخذ الثمن وفاء لدينه لو باع الذمي الوسيط العين المذكور، وليس للمسلم حينئذٍ إلا المطالبة والإجبار بوفاء دينه، كما لو لم يكن عليه رهن.

بقي شيء وهو أن ما لا يصح بيعه إما لعدم القدرة على تسليمه، أو للمنع من بيعه شرعاً - كالخمر والميتة - قد يقال بصحة رهنه لو أمكن استيفاء الدين منه بلحاظ إمكان الصلح عليه بهال في مقابله أو في مقابل بذله، إما للملكية صاحبه له أو لثبوت الحق له فيه بنحو يكون له الامتناع من بذله، وقد سبق عدم اختصاص استيفاء الدين من الرهن بالبيع.

لكن ذلك لو تم يختص بما إذا لم يتبين دفع المال بإزائها على ترتب الغرض المحرم عليها، كالشرب في الخمر والأكل في الميتة. كما ذكرنا ذلك في آخر الكلام في المسألة الثانية من مقدمة كتاب التجارة. فلاحظ.

(١) وهو الدين. حيث لا إشكال في جواز الرهن عليه، وهو المتيقن من النص والفتوى في مشروعية الرهن.

وأما الأعيان فإن لم تكن مضمونة فالمعروف عدم جواز الرهن عليها بتوقع حدوث سبب الضمان، وقد يظهر من التذكرة عدم الخلاف فيه، بل في جامع المقاصد والمسالك ومحكي المفاتيح الإجماع عليه.

والكلام فيها من حيثية كونها أعياناً يظهر مما يأتي من الكلام في المضمونة ومن حيثية كونها غير مضمونة يظهر مما يأتي من الكلام في اعتبار فعلية ثبوت الحق.

وأما إذا كانت مضمونة فظاهر جمهور الأصحاب المنع، لقصرهم الحق الذي يكون عليه الرهن على الدين، بل صرح بالمنع من الرهن على العين المغصوبة في الغنية والسرائر وغيرهما.

وقد استشكل فيه في القواعد والتحرير، بل صرح بجواز الرهن عليها في

ثابت في الذمة (١). عينا كان

التذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.
وقد استدلل للمنع بوجهين الأول: أن الرهن وثيقة ليستوفي منه الأمر المرهون عليه. واستيفاء العين المضمونة فعلاً متعذر من الرهن للتباين بينهما، وبدلها عند التلف وإن أمكن استيفاؤه، إلا أنه غير ثابت حين الرهن، لفرض وجود العين، بل هو كالرهن على الدين قبل ثبوته.
وفيه: أنه لا دليل على تحديد الرهن بذلك، بل قد يكون لمجرد الاستيثاق، المتصور في المقام.

الثاني: أنه مخالف للأصل لخروجه عن المتيقن من معنى الرهن بعد النظر في الآية الكريمة والنصوص والرجوع للعرف. ودعوى: صدق الرهن في المقام حقيقة، عهدتها على مدعيها.

ومثلها الاستدلال للصحة في المقام بمثل صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام:
«سألته عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن. فقال: نعم استوثق من مالك ما استطعت...»^(١).

لاندفاعه بأنه وارد لبيان مشروعية الرهن والكفيل وسائر وجوه الاستيثاق في مورد السؤال، من دون أن ينهض بتحديد موضوع الرهن بنحو يشمل المقام، ولا بيان وجوه الاستيثاق المشروعة.
وأما الاستدلال للصحة بعموم نفوذ العقود، فهو - لو تم - لا ينهض بإثبات صدق الرهن.

ومن هنا يتعين البناء على نفوذ الاستيثاق عملاً بالعموم المذكور، من دون أن يترتب عليه أحكام الرهن، لعدم وضوح صدقه حقيقة، نظير ما تقدم في رهن المنفعة.
(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، ولم يعرف مخالف فيه، بل في التذكرة

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ٥.

وجامع المقاصد الإجماع عليه، وقد سبق من جامع المقاصد والمسالك ومحكي المفاتيح دعوى الإجماع على عدم صحة الرهن على الأعيان غير المضمونة، ولعله من فروع ما نحن فيه.

وكيف كان فلا يبعد أخذ فعلية الضمان وانشغال الذمة في مفهوم الرهن، بحيث لا يصح إنشاؤه بدونها إلا معلقاً عليها، ولو بنحو الشرط المتأخر فيبطل من جهة التعليق.

مضافاً إلى أن مقتضى التعليق عدم فعلية الرهن، مع عدم انشغال الذمة حتى متأخراً، فلا يثبت الحق للمرتبهن في العين المرهونة. ولازم ذلك أنه إذا شك في انشغال الذمة متأخراً لا يترتب أثر الرهن ظاهراً، فيجوز للراهن الاستقلال بالعين المرهونة والتصرف فيها، مع أن بناء الرهن في المقام على خلاف ذلك وعلى حجر العين بمجرد إنشاء عقد الرهن. الراجع إلى فعلية الحق المرهون عليه، وقد تقدم تقريب أخذه في مفهومه. ولا أقل من عدم وضوح صدقه حيثئذ وترتب أثره.

نعم يمكن البناء على صحة التوثيق وإن لم يكن رهناً، لعموم نفوذ العقود، كما لو خاف المعير على العارية من التفريط المضمن وعدم دفع المستعير البدل، أو أراد التاجر أن يستعين بشخص ويمكنه من ماله وخشي خيائته إلى غير ذلك مما يحتاج فيه للتوثيق على المال بطلب ما يمكن استيفاء الخسارة منه عند امتناع من يتوقع ضمانه، والخروج عن مقتضى الضمان لو حصل.

هذا وأما الإجماع المدعى ممن سبق فمن القريب ابتناؤه على ما ذكرنا من عدم صدق الرهن، لكون موضوعه الحق، مع غفلتهم أو بنائهم على عدم مشروعية التوثيق بغيره، ولو لعدم كونه من العقود المعروفة. ولا مجال للخروج بمثل هذا الإجماع عما تقتضيه القواعد المعول عليها في الاستدلال خصوصاً مع عدم ظهور الاستدلال به من قدماء الأصحاب. فلا حظ.

ومما ذكرنا يظهر جواز التوثيق على الثمن المدفوع أو الثمن كذلك عند خوف

اعتبار كون العين المرهونة مما يمكن بيعه على حق ثابت في الذمة ٢١

ظهور فساد البيع وعدم إرجاع ما أخذه البائع أو المشتري المعبر عنه عندهم بضمان العهدة أو الدرك. وقد صرح بجوازه في الدروس، وقد يظهر من التحرير. فإنه وإن لم يعلم بضمان ما أخذ، لاحتمال صحة البيع، بل هي مقتضى اليد، إلا أن احتمال الضمان كاف في تحقيق موضوع التوثق.

ودعوى: أن صحة ذلك مراعاة بثبوت الضمان واقعاً، وأنه بانكشاف عدمه ينكشف البطلان.

مدفوعة بأن مقتضى ذلك عدم ترتب الأثر على التوثق، لعدم إحراز موضوعه، وهو الضمان، بل يجرز ظاهراً عدمه، لأن مقتضى اليد صحة البيع، كما سبق، مع أن المفروض في كلام من ذكره ترتيب الأثر عليه إلى أن ينكشف الحال، أو ينتهي الأمد المحدد له نظير ما تقدم. وما ذلك إلا لأن موضوع التوثق احتمال الضمان أو وقوعه، لا الضمان الواقعي، والمفروض تحقق هذا الاحتمال حين إيقاع عقد التوثق المذكور.

بقي شيء. وهو أنه بناء على اعتبار ثبوت الحق المرهون عليه فمقتضى إطلاق غير واحد العموم لما إذا كان ثابتاً بسبب غير لازم، كالثمن في مدة الخيار، بل هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، لأن عدم اللزوم لا ينافي ثبوت الحق واستحقاق المطالبة به، والفسخ إنما يقتضي ارتفاع موضوع الرهن بعد ثبوته، كوفاء الدين، فلا ينافي في صحة الرهن قبل ارتفاعه.

هذا وقد علل في المسالك الفرق بينه وبين مال الجعالة قبل إكمال العمل بأن البيع الخياري متى أبقى على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم، والأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة، فإن العمل فيها على حاله لم يستحق بسببه شيء، والأصل عدم الإكمال.

وهو راجع إلى أن موضوع الرهن خصوص الدين اللازم ولو بنحو الشرط المتأخر، فلا يصح واقعاً إلا مع لزومه حين عقد الرهن أو بعده، وإنما يصح في زمن

أو منفعة (١).

الخيار ظاهراً الاستصحاب عدم الفسخ، ومقتضاه أنه لو تحقق الفسخ انكشف بطلانه من حين وقوعه.

كما أنه لو علم بتحقق الفسخ في وقته لم يصح من حين وقوعه لا واقعاً ولا ظاهراً.

لكن ذلك كله خلاف ظاهر الأصحاب أو صريحهم، حيث يبدو منهم الاكتفاء بانشغال الذمة بالدين. على أنه هو المنساق من أدلة الرهن بضميمة المرتكزات العرفية، وليس إمكان سقوط الدين بالفسخ إلا كما كان سقوطه بالإبراء، أو بميراث المدين من الدائن، أو بانشغال ذمة الدائن للمدين بنحو يقتضي التهاثر إلى غير ذلك مما لا يحتمل مانعيته من الرهن، ولا يحتاج البناء على صحة الرهن ظاهراً مع احتمالها، لاستصحاب عدمه. فلاحظ.

(١) كما إذ استؤجر على عمله لا بشرط المباشرة، حيث يكون الأجير مديناً للمستأجر بالعمل، فللمستأجر أخذ الرهن على العمل المذكور، إذ يمكن استيفاءه منه لو لم يف به الأجير باستئجار من يقوم به مقامه.

وهذا بخلاف ما إذا قيد العمل المستأجر عليه بالمباشرة، فإنه لا يمكن استيفاءه بالرهن، لامتناع استئجار الأجير على العمل المستأجر عليه، كما لعله ظاهر.

وقد صرح بالتفصيل المذكور في المبسوط وجماعة كثيرة، بل لم أعثر على مخالف فيه وإن لم يتعرض له بعضهم.

نعم في مفتاح الكرامة: «ولو لا ظهور الإجماع على ذلك لأمكن أن يقال: إن في إطلاق الدين المشروط في الرهن على ذلك تأملاً، فإن كان باعتبار ما في الذمة من الأجرة فالرهن في الحقيقة إنما هو عليها. ففيه: أنه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص أيضاً، فإن الشأن فيه كالشأن في الأعيان، فإنه يمكن أن يكون معنى الاستيفاء أعم من أن يكون مثلاً أو قيمة، كما نبه عليه في مجمع البرهان. فليلاحظ ذلك وليتأمل

ويقف رهن غير المملوك على الإجازة (١)

فيه».

لكن لم يتضح وجه التأمل في عموم الدين الذي هو موضوع الرهن للمنفعة، مع كونها ديناً حقيقة تترتب سائر أحكام الدين عليه. وأما ما ذكره من احتمال كونه على ما في الذمة من الأجرة، فلم يتضح المراد به، لعدم انشغال ذمة الأجير بالأجرة، بل بالعمل. وحمله على قيمة العمل عند تفويته بناء على انشغال ذمته بها وعدم بطلان الإجازة في جواز الرهن بمجرد الإجازة من دون فرض التفويت، ولا سيما مع ما سبق منهم من عدم جواز الرهن على ما لم تشغل به الذمة بتوقع انشغالها به. بل صرحوا بأن فائدة الرهن أن يستأجر منه من يقوم بالعمل بدل الأجير بعد فرض عدم أخذ المباشرة في الإجازة، حيث يتعين كون مفروض كلامهم عدم فوات وقت العمل. فلاحظ.

(١) تقدم في المسألة الخامسة من كتاب العارية جواز رهن المدين مال غيره. وحيث كان ذلك منافياً لسلطنة المالك - لما فيه من جعل حق للمرتهن في ماله - تعين عدم نفوذه إلا بإذنه قبل الرهن أو إجازته بعده، وقد دلت على عدم نفوذه بدونها بعض النصوص^(١) وإن كان وضوحه يغني عنها.

كما أن نفوذه مع الإجازة مقتضى عموم نفوذ العقود بالتقريب المتقدم في كتاب البيع. ولا أهمية مع ذلك لاختصاص نصوص عقد الفضولي بالبيع والنكاح. على أنه مقتضى التعليل في صحيح زرارة لصحة نكاح العبد بغير إذن سيده إذا أجاز بقوله عنه: «إنه لم يعص الله به وإنما عصى سيده، فإذا أجاز له فهو له جائز»^(٢)،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الرهن الحديث: ١، و باب: ٥ من أبواب كتاب العارية الحديث: ١

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب كتاب نكاح العبد والإماء الحديث: ١.

ولو ضمها لزمه في ملكه (١). ويلزم من جهة الرهن (٢)، بل المرتهن أيضاً (٣)،

وقريب منه صحيحه الآخر^(١). لظهوره في أنه مع مشروعية العقد في نفسه ومخالفته لمقتضى سلطنة الغير يكفي في نفوذه إجازة من له السلطنة.

وكان اقتصار سيدنا المصنف عليه السلام على الإجازة لكون مفروض كلامه صورة عدم الإذن، أو لكون مراده منها ما يعم الإذن السابق على الرهن. فلاحظ.

(١) يحتتمل أن يريد بذلك أحد أمرين الأول: أن الإجازة لو ضمت للرهن لزم على المالك. وذلك لما يأتي من لزوم عقد الرهن، وقد تقدم منا في كتاب العارية أن الرهن في الحقيقة هو مالك العين، والمدين لو أوقع الرهن بإذنه كالوكيل عنه. ولو فرض أن الرهن هو المدين فدليل لزوم الرهن كما يقتضي لزمه في حق المدين يقتضي لزمه في حق غيره ممن يتعلق به بعد فرض التزامه به.

الثاني: أن المدين لو رهن ملكه مع ملك غيره من دون إذنه نفذ في ملكه فقط، لتبعض الصفقة بعد تمامية شروط الرهن فيه، ويحتاج نفوذه في ملك غيره لإجازته، كما ذكروا ذلك في المقام وفي جميع موارد تبعض الصفقة في المعاملات. ولعل هذا هو الأظهر في مراد سيدنا المصنف عليه السلام وإن كان قد لا يناسب تأنيث الضمير. والأمر سهل.

(٢) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، بل الإجماع عليه ظاهر الغنية وصریح التذكرة ومحكي مجمع البرهان. لعموم لزوم العقود على ما تقدم توضيحه في أوائل فصل الخيار من كتاب البيع. بل لو لا ذلك لم يترتب الغرض من تشريع الرهن، وهو الاستيثاق للدين.

(٣) فإنهم وإن صرحوا بعدم لزمه من جهته، بل هو معقد الإجماعات المتقدمة، إلا أن الظاهر أن مرجع ذلك منهم إلى أن الرهن لما كان يقتضي حقاً للمرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة فله إسقاط الحق المذكور كسائر الحقوق.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب كتاب نكاح العيب والإماء الحديث: ٢.

وإن كان له إسقاط حقه منه (١). ورهن الحامل ليس رهناً للحمل (٢) وإن تجدد (٣).

لكن من الظاهر إن إسقاط الحق المذكور لا يرجع إلى فسخ الرهن وإن شاركه في الأثر، بل هو من التصرفات المترتبة عليه، نظير المصالحة على الحق المذكور، والإبراء من الدين الذي لا ينافي لزوم الدين في حق الدائن، ولا يرجع إلى فسخه. وإلا فالخيار بمعنى جواز فسخ المرتهن لعقد الرهن مناف لعموم نفوذ العقود الذي يستفاد منه لزومها، كما أوضحناه في أوائل فصل الخيار من كتاب البيع. ولا أقل من كون ترتب أثر الفسخ عليه مناف لمقتضى الأستصحاب.

(١) لما هو المعلوم - وقد سبق - من أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

(٢) كما في المقنعة والانتصار والنهاية ونكتها والمراسم والكافي والسرائر والنافع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد، وهو مقتضى إطلاق المبسوط وغيره، وقد يستفاد من الخلاف والوسيلة والشرايع والجامع وغيرها. ونسب خروجه وخروج جميع النماءات في المختلف للأكثر، وادعى في الانتصار الإجماع عليه. وكأنه لخروجه عن عنوان الأمر المرهون.

وعن ابن الجنيد دخول الجميع في الرهن. وكأنه لأن المفهوم من إطلاق الرهن دخوله تبعاً.

لكن لا مجال لذلك فيما ليس من شأنه البقاء، لتعذر استمرار رهنه بعينه، وابتناء رهنه على بيعه وحفظ ثمنه يحتاج إلى عناية لا مجال لدعوى فهمها من الإطلاق.

وأما ما من شأنه البقاء - كالحمل - فالحال فيه يختلف باختلاف القرائن المحيطة بالعقد. ومع الشك فالأصل عدم الدخول، كما تقدم من جمهور الأصحاب.

(٣) كما في المبسوط والخلاف والمهذب ونكت النهاية والتذكرة والتحرير والقواعد والمختلف والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وفي الدروس أنه منقول عن المحقق في الدرر.

لكن يظهر من الإرشاد نحو من التردد فيه، بل جزم بدخوله في الرهن في المقنعة والانتصار والنهاية والوسيلة والكافي والغنية والسرائر والشرايع والنافع وجامع الشرايع وكشف الرموز والدروس واللمعة وعن ابن الجنيد وغيره. ونسبه في الدروس والمسالك للمشهور، وفي جامع المقاصد للأكثر، وفي الانتصار الإجماع عليه في الحمل حتى جعل التفصيل المذكور من متفرقات الإمامية، وفي الغنية والسرائر الإجماع عليه في جميع النماءات وموضوع كلام بعضهم وإن كان هو بعض الأفراد كالحمل والثمر، إلا أن الظاهر أن المراد للطرفين العموم، كما هو موضوع كلام كثير منهم.

ولا ينبغي الإشكال في أن مقتضى الأصل عدم الدخول، بل هو في ذلك أولى مما كان موجوداً حين عقد الرهن، لعدم احتمال دخوله من أول الأمر، وإنما يحتمل دخوله بتجدده.

والظاهر أن منشأ البناء على دخوله عند من صرح بذلك ممن منع من دخوله ما كان موجوداً حين العقد - وهم الأكثر - هو ما صرح به بعضهم من تبعية النماء للأصل، كما يتبعه في الملك والتدبير.

لكن تبعية النماء للأصل في الملك حكم عرفي ابتدائي غير تابع لجعل المتعاقدين وغيرهما، أما تحديد موضوع الرهن فهو تابع للمتعاقدين، والمفروض تحديدهما له واقتصارهما على الأصل، وتبعية النماء ونحوه من الفوائد له تحتاج إلى دليل.

وأما التبعية في التدبير فهي للنص^(١). ولعله لتغليب جانب الحرية تعبداً، ولذا ورد جواز رجوع المولى في تدبير أمهم دون تدبيرهم^(٢).

مضافاً إلى النصوص الآتية المتضمنة أن غلة المرهون وفائدته من اللبن والظهر يكون من نفقته أو يقاص به من دين الراهن^(٣)، فإنه كالصريح في أنه لا يكون رهناً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥، ٦، ٧ من أبواب كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٧ من أبواب كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠، ١٢ من أبواب كتاب الرهن.

نعم لا مجال لما في المختلف وغيره من الاستدلال بصحيح إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام، وفيه: «قلت: فإن ارتهن داراً ولها غلة لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار»^(١).

لظهور أن الصحيح إنما يدل على ملكية الراهن للمنفعة، وليس الكلام في ذلك، بل في صيرورتها رهناً تبعاً للعين، كما نبه له في الدروس. وأما ما استظهره في الجواهر من أن السؤال لتخيل دخول المنفعة في الرهانة، وأن الجواب لنفي ذلك، لا لبيان مجرد ملكية الراهن للمنفعة، لوضوح ذلك تبعاً لوضوح ملكه للعين المرهونة. فهو غير ظاهر الوجه، لإمكان تخيل ابتناء الرهن على تسليم العين للراهن بنحو له الانتفاع بها.

بقي في المقام أمران الأول: صرح غير واحد بأن النماء المتصل - كالسمن والكبر - يدخل في الرهن، وادعى الإجماع عليه في المختلف والتذكرة والمسالك وغيرها، وفي الجواهر: «للإجماع بقسميه على تبعيتها».

ولا ينبغي الإشكال في ذلك، نظراً إلى وحدة الرهن معه عرفاً، بحيث يعد حالة فيه، لا أمراً خارجاً عنه. وفي الجواهر: «بل قد يقال بعدم صحة اشتراط خروجها. وإن كان لا يخلو من إشكال». لكن الظاهر جواز الشرط المذكور. لعموم نفوذ الشروط. غاية الأمر أنه لا بد من إمكان تحديد ثمنه عند البيع، ليظهر أثر الشرط.

الثاني: صرحوا أيضاً بجواز اشتراط دخول فوائد العين المرهونة في الرهن، وفي الدروس: «ولو شرط دخولها زال الخلاف عندنا وإن لم يصح رهن المعدوم، لأنها تابعة هنا». وهو مقتضى عموم نفوذ الشرط.

وأما عدم صحة رهن المعدوم فإنها هو من جهة التعليق، وهو عندهم إنما يبطل العقد المستقل، دون الشرط، ولذا يصح اشتراط البائع ملك الثمرة المتجددة لعام أو

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

وفوائد الرهن للمالك (١). والرهن على أحد الدينين ليس رهناً على الآخر (٢). ولو استدان آخر وجعل الرهن على الأول رهناً عليهما صح (٣).

أكثر، ولا يصح تملكها ابتداءً معلقاً على وجودها.

هذا وقد يشكل الحال في المنفعة بناء على ما ذكره من عدم صحة رهن المنافع. نعم بناء على ما سبق منا من إمكان التوثق بها وإن لم يكن رهناً فلا إشكال. بل لا يبعد رجوع الشرط المذكور مطلقاً للتوثق الراجع لتبعيتها للرهن في جريان حكمه وإن لم يكن رهناً حقيقية. فتأمل جيداً.

كما أنهم صرحوا أيضاً بأنه بناء على أن مقتضى الرهن تبعية فوائد العين المرهونة لها في صيرورتها مرهونة يصح اشتراط عدم تبعيتها. وهو المتعين، لعموم نفوذ الشروط أيضاً.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب واستفاض نفي الخلاف فيه، بل عن كشف الحق الإجماع عليه. ويظهر مفروغية الأصحاب عنه من الفروع المترتبة عليه المتقدمة وغيرها مما تعرضوا له.

ويقتضيه - مضافاً إلى ما هو المعلوم من تبعية النماء والمنفعة للأصل في الملكية - النصوص الواردة في ذلك وفي فروعه مما يأتي بعضه أن شاء الله تعالى.

(٢) كما في الشرايع والنافع، والظاهر عدم الخلاف فيه، بل المفروغية عنه، كما يظهر من بعض كلماتهم لأن الحق مقوم للرهن، فلا بد من تعيينه عند الرهن، ومع تعيينه لأحد الدينين وحده لا وجه لجعله للآخر.

نعم لو رضي الراهن بجعله له كان رهناً جديداً، ونفذ قطعاً، كما في الجواهر. ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٣) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي الجواهر: « بلا خلاف أجده بيننا بل الإجماع بقسميه عليه ». لعدم التنافي بين الرهنين، كما لو رهنه عليهما معاً ابتداءً.

ومن هنا لا ملزم بكونه تقايلاً مبطلاً للرهن الأول واستثنافاً لرهن جديد

عليها، فضلاً عن أن يكون رهناً على الثاني فقط.
وأما ما في الدروس من أنه مع الإطلاق وعدم التصريح بكونه رهناً عليها معاً
يحتمل كونه إبطالاً للرهن على الأول ورهناً على الثاني لا غير. فلا يتضح المنشأ له بعد
عدم التنافي الملزم بالحمل على إبطال الرهن الأول.

هذا ولو كان رهناً لدين سابق لشخص آخر، فإن كان بنحو لا ينافي الرهن
الأول، بأن اشترط في الرهن الثاني استيفاء دينه منه على تقدير عدم منع الدين الأول
من استيفاء دينه منه - لسقوط الدين الأول بالإبراء أو الوفاء، أو الاستيفاء من الرهن
مع بقاء شيء منه لوفاء الثاني، أو غير ذلك - فالظاهر عدم الحاجة لإجازة المرتهن
الأول، لعدم المنشأ لها بعد عدم منافاة الرهن الثاني لحقه وسلطنته.

وإن كان بنحو ينافي حق الأول فلا بد من إجازته. ومرجع إجازته إلى إسقاط
حقه من العين الراجع لإنهاء رهنه، ولا ينفذ إلا الرهن الثاني.

ولا مجال لإجازته له مع بقاء رهنه الأول بحاله، فيكون رهناً على الدينين، كما
تقدم فيما لو كان الدينان لواحد. للتنافي بين الحقين مع تعدد صاحبهما، حيث يكون
لكل منهما منع الآخر من استيفاء حقه قبله. ولا ينفع فيه التراضي بينهما على استعمال
حقهما بوجه خاص، لأنه لا يوجب تبدل كل من الحقين وتقييده بنحو لا ينافي الآخر.
وهذا بخلاف ما إذا كان الدينان لواحد، لأن إطلاق حقه لا يوجب التنافي
بينهما بعد أن كان إعمال كل منهما تابعاً له وحده.

هذا وأما إجازة الرهن الأول الرهن الثاني في محل الكلام بنحو لا ينافي رهنه،
بل مع بقاءه، إما بتنازله عن إطلاق رهنه، أو بابتناء إجازة الرهن على تقييده الرهن
الثاني بنحو لا ينافي الرهن الأول.

فلا مجال لها، لأن حق الرهن الأول بسيط لا يتضح مشروعية التبعيض في
إسقاطه، بل إما من إسقاطه رأساً، أو بقاءه كما هو. كما أنه لا يشرع إجازة الرهن الثاني
بنحو تقتضي تقييده وعدم منافاته للأول، لا بابتناء الإجازة على الالتزام بمضمون العقد

وللولي الرهن مع مصلحة المولى عليه (١). وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف (٢)

على ما وقع عليه، فهي كالقبول مع الإيجاب، حيث لا يتم العقد إلا مع تطابقهما، ولا يصدق مع اختلافهما، فضلاً عن أن ينفذ.

نعم يمكن الاتفاق مع المرتهن الأول على إسقاطه وإبطاله واستئناف رهن العين جديداً بنحو تكون رهناً على الدينين معاً، بحيث يحق لكل منهما استيفاء دينه منها بنحو الانفراد أو بنحو الاجتماع حسبما يتفقان عليه مع الراهن، وفي فرض قصورها عنهما معاً، ينتهي الاستيفاء منها على التوزيع والتقسيم، أو الترجيح والترتيب حسبما يتفقان عليه أيضاً معه.

هذا وقد اختلفت كلماتهم في المقام ولا يسعنا تعقيبها، ويظهر حالها بملاحظة ما ذكرناه بنحو يغني عن ذلك.

(١) الظاهر الاكتفاء بعدم المفسدة في تصرف الأب والجد، كما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين.

وكذا الوصي من قبلهما، لأنه بمنزلتها، كما تقدم في المسألة الخامسة والعشرين من الفصل المذكور.

وكذا الحال في ولي اليتيم غيرهم، كما تقدم في المسألة السابعة والعشرين منه. بل لا يبعد ذلك في جميع الأولياء بالنظر إلى السيرة التي أشرنا إليها في المسألة الثالثة والعشرين.

نعم في مورد ولاية الحسبة يتعين الاقتصار على ما يعلم برضا الشارع الأقدس به، كما تقدم في المسألة السابعة والعشرين منه، وهو يختلف باختلاف التصرفات والأنظار، ولا يتيسر تعيين ضابط لذلك.

(٢) كما صرح به بعضهم، بل قد يظهر من بعض كلماتهم الإجماع عليه، وأصر عليه في الجواهر.

الكلام في منع كل من الراهن والمرتهن من التصرف بغير إذن صاحبه ٣١

وقد يستدل له بالنبوي المحكي عن عوالي اللآلي: « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»^(١) الذي قد يدعى انجباره بعمل الأصحاب.

لكن لا مجال لدعوى ذلك بعد عدم روايته من طريقنا في كتب الحديث المعروفة التي هي مرجع الأصحاب وعلى أخبارها معولهم، حيث لا مجال لإحراز عملهم به واعتمادهم عليه. ومجرد موافقة فتواهم له لو تمت لا تقتضي الانجبار، كما تكرر منا في نظائر المقام.

مضافاً إلى أنه لا إشكال في جواز التصرف لكل منهما بإذن صاحبه، ومن البعيد جداً كون ذلك تخصيصاً تعديداً للعموم المذكور، بل الأقرب عرفاً الجمع بينهما بحمل العموم المذكور على كون النهي حقيقياً بلحاظ منافاة التصرف لحق الآخر، فيقصر عن صورة رضا صاحب الحق وإذنه.

وذلك يناسب انصرافه وقصوره عما إذا لم يناف حقه، كما في تصرف الراهن بما لا ينافي حق الرهن من الاستيثاق للدين، كتقبييل الجارية، والمطالعة في الكتاب المرهونين ونحو ذلك. وقد تقدم في المسألة التاسعة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب التجارة ما ينفع في المقام.

ومثله ما قد يدعى من أخذ ذلك في مفهوم الرهن، لابتناؤه على حبس الراهن عن الانتفاع بالرهن وقطع سلطنته عليه ليهتم بالأداء. أما المرتهن فمنعه من التصرف مقتضى عموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه.

إذ فيه: أنه لم يتضح ابتناء الرهن على دفع الراهن إلى الأداء، بل مجرد الاستيثاق للدين، كالكتابة والإشهاد، ولذا جعل بدلاً عنها في الآية الشريفة. مع أن منع الراهن من التصرف في العين المرهونة بما ينافي الاستيثاق به للدين قد يدفعه للاهتمام بوفاء الدين، ولا سيما مع حبسها عنه.

وأما الإجماع فلم يتضح انعقاده، فضلاً عن نهوضه بالاستدلال، لعدم تصريح

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٦.

بعضهم بالكبرى المذكورة بل اقتصر على تصرفات خاصة من أجل منافاتها للاستيثاق للدين أو لغير ذلك، وبعض من صرح بها لا يريد العموم، بل ذكرها لبيان ثبوتها في الجملة، لأنه عقبها بالكلام في تعداد التصرفات الممنوعة، وتفصيل الكلام فيها، ولا يسعنا استقصاء كلماتهم.

ومن هنا يتعين عموم منع المرتهن، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه إلا ما يقتضيه الاستيلاء على العين من حفظها وما يتبعه عرفاً، كنقلها من موضع لآخر. لما سبق عند الكلام في القبض من أن إطلاق الرهن يقتضي استيلاء المرتهن على العين المرهونة وحبسها عنده.

أما الراهن فيقتصر في منعه على ما ينافي مقتضى الرهن، وهو الاستيثاق للدين، كالتصرف المخرج لها عن أن تكون قابلة لاستيفائه منها، كالوقف والعتق، والنقل عن الملك بحيث يبطل الرهن، وإتلافها، أو المزاحم لذلك، كرهنها للغير. وكذا ما يوجب نقص قيمتها، أو صعوبة بيعها، أو ما ينافي استيلاء المرتهن عليها، بناء ما سبق من أن إطلاق الرهن يقتضي حبس الراهن لها عنده. ولا وجه لمنعه عما عدا ذلك بعد عموم السلطنة على المال.

ويناسب ذلك ما يأتي من النصوص الظاهرة في جواز التصرف في الجملة. وما تقدم في صحيحي محمد بن مسلم والحلي من جواز وطء الراهن الأمة المرهونة إذا قدر عليها خالياً^(١).

ودعوى: أنه يظهر منهم هجر الصحيحين بنحو يسقطها عن الحجية، للإجماع على حرمة وطئها عليه مطلقاً وإن لم تكن قابلة للحمل.

ممنوعة، لتعليل الحرمة في كلام بعضهم بأن الوطء ربما أحبلها فماتت في الولادة، ومن الظاهر أن التعليل بذلك لا يناسب عموم المنع.

ومن القريب أن يكون تخيل الهجر من أجل أن الوطء ربما عرضها للحمل، مع

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١، ٢.

بغير إذن صاحبه (١).

أن الصحيحين إنما تضمننا جواز الوطاء لا غير من دون نظر للحمل، فليحتمل على ما إذا أمن الحمل، جمعاً مع القاعدة القاضية بمنع ما ينافي الاستيثاق للدين. فلا حظ. وكيف كان فلا مجال للخروج عما تقتضيه القاعدة من الاقتصار في منع الرهن على التصرف المنافي للاستيثاق بالرهن للدين، والمنافي لحبس المرتهن العين واستيلائه عليها.

ويترتب على ذلك أنه لو أذن المرتهن أو اشترط الرهن بقاء العين المرهونة عنده يحل له التصرف فيها من دون إذن خاص بها لا ينافي حق الرهن، كالمطالعة في الكتاب وتقبييل الجارية وسائر وجوه الاستمتاع - عدا الاستيلاء - واستخدامها بنحو لا يضر بها ونحو ذلك.

بل يجوز ذلك حتى مع التعدي بحبس العين أو الدخول في دار المرتهن بإذنه أو بدونه، وإن حرم الحبس أو الدخول المذكور من دون إذن.

أما بناء على عموم المنع فلا يحل شيء من ذلك إلا بإذن خاص، كما هو الحال في الوديعة. وقد أطال الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم في خصوصيات التصرفات. ولا يسعنا استقصاء كلماتهم وتعقيبها، بل يغني ما سبق عن ذلك.

(١) أما مع إذنه فلا إشكال في الجواز، بل الظاهر المفروغية عنه. وتشهد به النصوص في الجملة. مضافاً إلى قاعدة السلطنة على المال في حق الرهن، وعلى الحق في حق المرتهن. وكذا مع الشرط في عقد الرهن أو غيره بناء على ما يأتي من صحة الشرط المذكور.

بقي في المقام أمران الأول: أنه قد تضمنت جملة من النصوص أن غلة الرهن يقاص بها من دين الرهن، كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة أن غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه»^(١)،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

ونحوه صحيح أبي العباس^(١)، وقريب منه صحيح أسحاق بن عمار^(٢) ومعتبر إبراهيم الكرخي^(٣).

وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٤): « أن أمير المؤمنين^(٥) قال في الأرض البور يرتنها الرجل ليس فيها ثمرة، فزرعها وأنفق عليها ماله: أنه يحتسب له نفقته وعمله خالصاً، ثم ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفي ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها^(٤)، وصحيحه الآخر عنه^(٥): « قال: إن رهن رجل أرضاً فيها ثمرة فإن ثمرتها من حساب ماله. وله حساب ما عمل فيها وأنفق منها، فإذا استوفى ماله فليدفع الرض إلى صاحبها^(٥). والظاهر أن المراد بكون الأرض ذات ثمرة أن من شأنها الإثمار لغرس ما يثمر فيها بقريئة فرض عمل المرتهن من أجل فعلية الإثمار.

هذا وقد أفتى بمضمونه في المقنع، وقد يظهر من الفقيه والنهاية. كما قد يظهر من الكافي بل التهذيب الاعتماد على صحيحه الأول. ومقتضى إطلاق هذه النصوص جواز التصرف المذكور وإن لم يأذن الراهن.

وأما حملها على ما إذا استؤذن الراهن تنزيراً على مقتضى القاعدة. فيشكل بأن حكمه من الوضوح بنحو لا يحتاج للسؤال والبيان. مع أنه لا يقتضي تعين مقاصة حصة الراهن من الحاصل لدينه، بل يكون المعيار على ما يتفقان عليه من إباحة المنفعة بحيث لا تكون مضمونة، كما تضمنته بعض النصوص^(٦)، أو إجارة الأرض بثمن معين، ومقابلة عمل المرتهن بأجر كذلك، أو العمل في الأرض بحصة من الحاصل، بنحو المضاربة كما تضمنه صحيح محمد بن قيس الأول، أو المساقاة كما تضمنه صحيحه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

الثاني. وكل منهما قد يكون مع مقاصة حصة المرتهن بدينه، كما تضمنته النصوص، أو مع دفع حصته له مع بقاء دينه، خصوصاً إذا كان الدين الذي عليه الرهن مؤجلاً. كما أن حملها على عدوان المرتهن، وحرمة عمله لعدم استئذانه من الراهن، يقتضي تعين ثبوت أجرة المثل للأرض البور عليه واستقلاله بالحصة، لا كما تضمنه صحيح محمد بن قيس الأول، وذهاب عمله هدرًا واستقلال الراهن بتمام الثمرة في الأرض ذات الثمرة، لا كما تضمنه صحيحه الثاني. ومن هنا لا مجال لتزويل النصوص، خصوصاً الصحيحين الأخيرين، على القاعدة.

كما أنه يصعب الخروج بها عن مقتضى القاعدة مع عدم ظهور تعويل الأصحاب عليها في الخروج عنها، حتى من يظهر منهم التعويل عليها، لاحتمال تنزيه لها على القاعدة غفلة عما ذكرنا. ومن ثم كان الأمر في غاية الإشكال.

الثاني: أنه قد تضمن بعض النصوص أن ركوب الظهر وشرب الدر يكون مقابلًا بالنفقة على الحيوان المرهون، كصحيح أبي ولاد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بماله، أله أن يركبه؟ قال: فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»^(١)، وموثق السكوني عنه عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه نفقته، والدر يشرب [ويشرب الدر. فقيه] إذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته»^(٢).

وفي الوسائل: «حمل بعض علمائنا الحديثين على مساواة النفقة لأجرة المثل». وكأنه لمطابقتها للقاعدة التي تشير إليها جملة من النصوص.

لكنه تكلف بعيد لا شاهد عليه. بل لو أمكن ذلك في قضية في واقعة واحدة، إلا أنه يتعذر حمل الإطلاق عليه، لاختلاف صغرياته اختلافاً فاحشاً، فحملة على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

ولو شرط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين في مدة الرهن مجاناً لم تبعده الصحة (١)،

خصوص ذلك حمل على الفرد النادر.

مع أن ظاهر الحديثين جواز انتفاع المرتهن بالركوب والدر مع إنفاقه على الحيوان، ومن الظاهر أن القاعدة لا تقتضي الاكتفاء بالإنفاق في جواز الاستيفاء، بل لابد من مراجعة الراهن والاتفاق معه، وإلا تذهب نفقته هدرًا ويضمن للراهن قيمة الدر وأجرة الركوب، ومع مراجعته يتعين الجري على ما يتفقان عليه ولو مع عدم مساواة القيمة والأجرة لمقدار النفقة.

ولا يستغنى عن مراجعة الراهن إلا مع امتناعه من الإنفاق من دون أن يشترط ذلك في عقد الرهن، وحمل الحديثين على خصوص ذلك بعيد جداً.

ولعل الأولى تنزيل الحديثين على ظهور حال الراهن والمرتهن مع عدم تصدي الراهن للإنفاق على الحيوان - الذي هو الواجب عليه بالأصل - ورضا المرتهن بالإنفاق بدله، في إباحة الركوب والدر في مقابل النفقة، كما يفعل بملكه من دون نظر لمساواتها لهما وعدمها. أما مع تصدي الراهن للإنفاق عليه فلا طريق لإحراز ذلك، بل مقتضى الأصل عدمه.

ويجري ذلك في نظير الركوب والدر من النافع والنماءات غير المعتد بها، كالنقل على الظهر ويض الدجاج ونحوه بخلاف مثل الحمل.

كما يجري أيضاً في غير الرهن مما يجعله المالك عند الغير، كالعارية والوديعة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كما في التذكرة والقواعد والدروس. وكذا في الوسيلة بشرط كون النماء معلوماً، وفي جامع الشرايع والتحرير بشرط كون النماء والرهن معلومين.

ومقتضى عموم نفوذ الشروط صحة الشرط المذكور. وبه يخرج عن أصالة

وإن قيل بالبطلان (١). وأولى منه ما لو شرط استيفاءها بالأجرة (٢). ولو اشترط استيفاءها مدة لزم العمل بالشرط إلى نهاية المدة وإن برئت ذمة

تبعية المنفعة للعين، وعمّا تضمن أن منفعة العين المرهونة للراهن^(١). فإن كونها للراهن بالأصل لا ينافي صيرورتها للمرتن أو إباحتها له بسبب الشرط.

وأما ما تقدم من بعضهم من مانعية الجهل فهو يبتني على عموم مانعية الغرر للشرط، وقد تكرر منا المنع من عموم مانعيته في جميع العقود، فضلاً عن الشروط التابعة لها. نعم تكرر منا عموم مانعية الإبهام.

(١) لم أعر عاجلاً على من أطلق البطلان. وكأن منشأ توهمه استلزامه الربا الذي هو اشتراط الزيادة في الدين.

لكنه كما ترى! لأن الممنوع منه هو الزيادة المستحقة بالدين والمشروطه فيه، دون ما كان مشروطاً في الرهن وإن قارنه.

نعم لا بد من عدم تضمن عقد الدين اشتراط الرهن المشروط بذلك، ولا كان ذلك شرطاً لتأخيره؛ كما لو اشترط في الدين مطلق الرهن، فاختر المدين رهناً يمكن الانتفاع به، فلم يقبل المرتن به إلا بشرط أن تكون منفعته له أو أن ينتفع به، أو لم يشترط الدائن الرهن في الدين، وبعد ذلك أراد المدين أن يرهن على دينه، فلم يقبل الدائن الرهن إلا بالشرط المذكور.

أما لو اشترط الدائن في الدين أو في تأخيره رهناً مشروطاً بانتفاعه به أو بأن تكون منفعته له، فلا إشكال في بطلان الشرط المذكور. لما سبق من المحذور.

(٢) كأنه لأنه أبعد عن محذور اشتراط المنفعة في الدين. لكن تقدم أن الشرط بنفسه نفع مع قطع النظر عن الأمر المشروط. وأظهر من ذلك ما إذا كانت الأجرة المشروطة دون أجرة المثل. فالعمدة ما سبق.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن.

الراهن من الدين (١). ولو شرط في عقد الرهن وكالة المرتهن أو غيره (٢).
في البيع لم ينعزل (٣).

(١) لعموم نفوذ الشرط. وأما بطلان الرهن بوفاء الدين، لارتفاع الموضوع، فهو لا يرجع إلى فسخ عقد الرهن، لينفسخ الشرط تبعاً له، بل إلى إنهائه مع نفوذه، نظير الشرط في النكاح المنقطع بعد انتهاء المدة أو بعد موت أحد الزوجين أو حدوث سبب محرميته، حيث لا وجه مع انتهاء المدة لبطلان الشرط بعد عدم رجوع ذلك لبطلان العقد الواقع فيه.

(٢) لا مجال لا اشتراط وكالة الغير في عقد الرهن بعد عدم كونه طرفاً في العقد. لما هو المعروف عندهم من أن الوكالة من العقود، فكيف يكون الغير وكياً عن الراهن بدون قبول. كما لا يكون له الحق في مباشرة البيع بعد أن لم يكن طرفاً في العقد.

إلا أن يراد وكالة المرتهن بشرط مباشرة الغير لإيقاع البيع بطلب منه، فيكون الحق للمرتهن الذي هو أحد طرفي العقد، لا للغير.

(٣) مقتضاه المفروغية عن صحة الوكالة بالشرط، كما يستفاد من النهاية، وبه صرح جمهور الأصحاب، وفي الرياض: «بلا خلاف يعرف». لرجوع اشتراطها إلى إنشائها، وهو كاف عرفاً في تحققها، كما في المسالك فتترتب آثارها من دون محذور يقتضي الخروج عن ذلك، وأما ما في الجواهر من منع كفاية ذلك في إنشاء الوكالة. فهو في غاية المنع.

مع أن الوكالة لما كانت مبنية على سلطنة الوكيل في طول سلطنة الموكل أمكن إنشاء السلطنة المذكورة بنحو شرط النتيجة، لأنها نحو من الاستحقاق الذي يتبني عليه الشرط.

وبذلك يظهر الفرق بين الوكالة والبيع، فلا يصح اشتراطه بعد أن لم يكن المقصود إيقاعه فعلاً. إذ لو رجع إلى إيقاعه معلقاً على حلول أجل الدين مثلاً بطل من

في اشتراط وكالة المرتهن أو غيره بالبيع ٣٩

أجل التعليق. ولو رجع إلى اشتراطه كون الرهن مبيعاً حين حلوله مثلاً فالشرط لا ينهض بذلك، بل هو متمحض في الاستحقاق، والبيعية كغيرها من نتائج المعاملات لا تتمحض فيه، وإن اقتضته تبعاً.

وأما عدم انزال المرتهن مع اشتراط ذلك بالعزل فقد صرحوا به أيضاً، ولم أعثر عاجلاً على مخالف فيه. وكأن المفروض في كلامهم هو اشتراط الوكالة في البيع بنحو الاستمرار إلى حين الحاجة للبيع، بحيث لا يعزل عنها قبل ذلك، لأن ذلك هو الذي يتأدى غرض المرتهن به، دون الوكالة في الجملة، ولو مع العزل. وحينئذٍ ينحصر الدليل عليه بعموم نفوذ الشروط.

هذا وفي اللمعة بعد أن ذكر ذلك تبعاً للأصحاب قال: «ويضعف بأن الشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط، لا وجوب الشرط، فحينئذٍ لو فسخ الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن إن كان».

وحاصله - كما يظهر من غير واحد - أن الشرط في العقد اللازم لا يقتضي وجوب الأمر المشروط، بل يقتضي السلطنة على فسخ العقد المشروط لو تخلف الشرط لا غير، ولا ينعف ذلك في المقام، لأن فسخ المرتهن للرهن بعزل الراهن له عن الوكالة أضر عليه. نعم لو كان شرط عدم العزل في عقد آخر غير الرهن كالبيع كان له فسخه لو عزله.

ويظهر دفعه مما تكرر منا من أن الشرط يقتضي حقاً للمشتري على المشروط عليه.

فإن كان الأمر المشروط فعلاً خارجياً كالخياطة وقصرت سلطنته عن تركه ووجب فعله تكليفاً أداء لمقتضى الحق، ولو امتنع كان له إجباره، كما يجبره على وفاء الدين.

وإن كان تركاً لفعل خارجي - كالسفر - قصرت سلطنته عن فعله، فيحرم تكليفاً، لمنافاته للحق، وكان للمشتري منعه منه حفاظاً على حقه. كما لا يترتب عليه

مادام حياً (١)

الأثر إن كان فعلاً اعتبارياً يطلب لأثره، كعدم العزل في المقام، إذ لا مجال لترتب الأثر عليه بعد قصور السلطنة عنه.

هذا وقد تردد في الشرايع في عدم جواز العزل من دون أن يشير إلى وجه ذلك. والمذكور في كلماتهم بعد ما سبق من اللمعة وجهان الأول: أن الوكالة من العقود الجائزة، واشتراطها لا يقتضي لزومها، وإلا لم تبطل بالموت.

وفيه: أن جوازها في نفسها لا ينافي لزومها بالشرط في عقد آخر، كعقد الرهن في المقام. بل ربما يكفي اشتراط لزومها في نفس عقدها، نظير ما تقدم منا من اشتراط لزوم الوديعة إلى أجل. ويأتي الكلام فيه في كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى.

وأما بطلانها بالموت - لو تم - فليس هو لجوازها، بل لارتفاع موضوعها، وهو النيابة عن الموكل، لكون الأمر الموكل فيه من شؤونه، لأن موته يوجب انتقال الرهن للوارث، ويكون بيعه من شؤونه، ولا يكفي فيه سبق الوكالة فيه عن المورث.

الثاني: أن الشرط لا يلزم في العقد الجائز، والرهن جائز من جانب المرتهن لازم من جانب الراهن، ولا وجه لترجيح جهة اللزوم.

وقد دفعه غير واحد بأنه حيث كان لازماً من جهة الراهن فالشرط لازم عليه بلحاظ ذلك. غايته أنه غير لازم من جهة المرتهن تبعاً لجواز الرهن من جهته، وهو غير ضائر، لعدم لزوم الشرط من جهة المشروط له.

هذا مضافاً إلى ما تكرر منا من أن الشرط في العقد الجائز نافذ ولازم ما دام العقد لم يفسخ، وإلى ما تقدم قريباً من أن الرهن لازم حتى من جهة المرتهن، وأن سلطنته على إسقاطه حقه من الرهن لا ينافي لزومه ولا يقتضي جوازه.

(١) يعني: ما دام الراهن حياً، فإن مات سقطت وكالة المرتهن، كما صرحوا به أيضاً، لما تقدم آنفاً من ارتفاع موضوع الوكالة بموت الموكل وانتقال العين لوارثه، بل يحتاج حينئذ للوكالة عن الوارث، والمفروض عدم اشتراط الوكالة عنه، بل لا يمكن

في اشتراط وكالة المرتهن أو غيره بالبيع ٤١

ذلك، لعدم كونه طرفاً في العقد المشروط فيه الوكالة، ولأنه قد لا يكون موجوداً أو صالحاً للوكالة حين الشرط.

أما لو مات المرتهن فلا إشكال في سقوط وكالته، كما صرحوا به أيضاً، لارتفاع الموضوع.

لكن في الشرايع والقواعد والإرشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وعن الكفاية أنه لو اشترط المرتهن انتقالها للوارث صح الشرط وانتقلت له. بل ظاهر الدروس جريان ذلك في موت الراهن مع الشرط.

وعن الأردبيلي التأمّل فيما ذكروه: وفي مفتاح الكرامة: «وكان تأمله في محله». ولعله لتقوم الوكالة بطرفيها، فلا مجال لانتقالها مع تبدل أحدهما، بل لا بد إما من عموم الوكالة للوارث من أول الأمر، أو تجدد وكالته بعد موت الراهن المورث، والمفروض عدم الأول، واختصاص الوكالة بالراهن حال حياته، بل قد لا يكون الوارث موجوداً أو صالحاً للتوكيل حين الرهن، والثاني يبتني على التعليق المبطل. مع أنه لا مجال لتوكيل الوارث قهراً عليه، لعدم كونه طرفاً في العقد.

نعم يمكن تحقق نتيجة ذلك بأن لا يكون المشروط هو الوكالة، بل حق فعلية استيفاء الدين من العين المرهونة بالبيع ونحوه، وعدم الاقتصار على ما يقتضيه الرهن من ثبوت حق الاستيفاء منها بالقوة مع توقف فعليته على إعمال سلطنة المالك أو من يقوم مقامه في ذلك، فإن الشرط يصلح لجعل الحق المذكور ويغني عن الوكالة. نظير ما لو اشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن يكون له الحق في أن يبيت في داره أو يبيع بعض ممتلكاته ويقضي حاجته مؤقتاً بثمانها مضموناً عليه.

ومع ثبوت الحق المذكور بالشرط يكون مورثاً كحق الرهانة بلا حاجة إلى جعل جديد من الراهن بعد موت المرتهن. وكان هذا هو مرجع الشرط المفروض في كلام من سبق وإن قصر تعبيرهم عنه.

لكن ذلك يقتضي بقاء الحق المذكور للمرتهن ثم لوارثه حتى مع موت الراهن،

ولو أوصى إليه لزم (١).

كما يبقى حق الرهن. ولعله الوجه فيما سبق من الدروس. ولا وجه للفرق بينهما، كما هو ظاهر الباقيين ممن سبق. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

بقي في المقام أمران الأول: أن ما تقدم منهم من نفوذ شرط وكالة المرتهن يبتني على مفروغيتهم عن جواز وكالة المرتهن عن الراهن في بيع العين المرهونة. وهو المصرح به في بعض كلماتهم، وفي المختلف أنه الأشهر من غير كراهة.

وظاهره نسبة المنع لابن الجنييد، لقوله: «ولو وكل المرتهن في بيعه لم أختر له بيع ذلك، وخاصة إذا كان الرهن مما يحتاج إلى استيفاء أو وزن، أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده أو شريكه أو من يجري مجراهما».

لكنه غير ظاهر في المنع، بل الظاهر أو المتيقن منه الكراهة، وإن لم يتضح وجهها. إلا أن يكون مراده النهي إرشاداً، لتجنب التهمة.

الثاني: قال في التذكرة: «لو رهن وشرط المرتهن أنه متى حل الحق ولم يوفه الراهن فالرهن له بالدين أو فهو بيع له بالدين فهو شرط فاسد بلا خلاف»، وصرح بفساد شرط كونه مبيعاً غير واحد.

والوجه فيه: أنه إن أريد بالشرط إنشاء البيع أو المعاوضة معلقين على حلول الدين المرهون عليه، بطل من أجل التعليق. وإن أريد اشتراط تحققهما حين الحلول. فهو من شرط النتيجة الذي لا يصح في المضامين العقدية إلا فيما يتمحض في الاستحقاق، كصيورة الثمرة أو الحل للبايع، على ما ذكرناه غير مرة.

نعم قد يصح اشتراط سقوط الدين عند حلوله وصيورة الرهن للمرتهن، من دون أخذ المعاوضة بينهما، لتمحضهما في الاستحقاق. وإن كان محتاجاً لمزيد من التأمل، لعدم خلوه عن الإشكال.

(١) أما صحة الوصية بذلك فظاهر بعض كلماتهم المفروغية عنه. لأنه ماله، والوصية بالنحو المذكور لا تتجاوز الثلث اللهم إلا أن يقال: يختص عموم نفوذ

و حق الرهانة موروث (١).

الوصية بالمال، لأنه موضوعه في الآية الشريفة. غاية الأمر أنه ثبت نفوذ الوصية بالولاية على القاصرين والوصاية بتنفيذ الوصية بالمال، وليس المقام منها.

كما لا يبعد ظهور بعض النصوص في نفوذ الوصية بوفاء الدين، والمتيقن منه أصل الوفاء، لا ما يعم تعيين المال الذي يكون به الوفاء، كما في المقام.

وأما لزوم الوصية في فرض نفوذها فلا وجه له لما هو المعلوم من أن للموصي العدول عن الوصية، فلا بد أن يكون مراده تتبع اللزوم في حق الورثة في فرض موت الراهن على وصيته وعدم عدوله عنها. أو اللزوم في حق الراهن في فرض اشتراط الوصية عليه، لأنه حيث لا يتأتى مطلوب المرتهن من الوصية إلا مع عدم العزل تعين حمل الشرط على اشتراط عدم العزل، نظير ما تقدم في الوكالة، فتقتصر سلطنة الموصي عن العزل، لمنافاته لحق المرتهن الحاصل بالشرط.

ولا تنفذ وصيته بالمال المرهون، لما فيها من التعدي على حق المشتري. غاية الأمر أنه لا ينتقل لوارث المرتهن، لخروجه عن موضوع الوصية المشروطة. إلا أن يكون موضوع الوصية المشروطة من ثبت له حق الرهانة، لا خصوص المرتهن بشخصه. لما يأتي من أن حق الرهانة موروث.

(١) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر. وظاهر بعض كلماتهم المفروغية عنه. لعموم أدلة الميراث بعد كون حق الرهانة قابلاً للانتقال، مع بقاء موضوعه، وهو الدين.

هذا وفي الشرايع: « إذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث ». وسبقه إلى ذلك في المبسوط.

وهو متجه إذا لم يكن مقتضى إطلاق الرهن كونه في حوزة الراهن، بل كان وضعه بإذن واستئمان خاص منه، لقصوره عن الوارث.

أما إذا كان مقتضى إطلاق الرهن كونه عند المرتهن - كما تقدم منا ومن المبسوط

والمرتهن أمين لا يضمن بدون التعدي (١)،

عند الكلام في القبض - فلا يفرق ارتكازاً بين المرتهن ووارثه بعد اشتراكهما في التوثق بالرهن للدين.

وبذلك يظهر الحال فيما لو مات الراهن، فإن إلزام وارثه بإبقاء الرهن في يد المرتهن يبتني على الوجهين المذكورين.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب من دون خلاف ظاهر بينهم، بل بالإجماع عليه صرح المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والتذكرة ومحكي المفاتيح وعن ظاهر غيرها. وفي الدروس أنه أشهر. وفي مفتاح الكرامة أنه غريب، لعدم العثور فيه على مخالف أصلاً، كما اعترف به جماعة. نعم ينسب الخلاف فيه للمخالفين.

والنصوص به مستفيضة، كصحيح جميل بن دراج: « قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن. قال: هو من مال الراهن، ويرجع المرتهن عليه بما له »^(١)، وصحيح إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام: « قلت: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه... »^(٢) ونحوهما غيرها.

نعم تضمنت جملة أخرى أنه يكون من مال المرتهن، كموثق ابن بكير: « سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء »^(٣)، ونحوه غيره.

لكن يتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الأولى على عدم تعدي المرتهن ولا تفریطه، والثانية على ما إذا تعدى أو فرط، بقريضة صحيح إسحاق بن عمار: « سألت

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل وضيعه...»^(١). فإن مقتضى التعليل فيه عدم كون الضمان فيه من أحكام الرهن، بل هو مسبب عن التضييع.

ومعتبر آبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام أو عمن أخبره عنه عليه السلام: «أنه قال في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه تراد الفضل بينهما»^(٢). لظهور أنه شاهد بالجمع المذكور بين الطائفتين لو لا شبهة سنده.

بل لا يبعد الاستدلال أيضاً بمعتبر سليمان بن خالد عنه عليه السلام: «قال: إذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك. وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن»^(٣)، بحمل الموت فيه على الموت حتف الأنف، وحمل هلاك الدابة وإباق الغلام على التفريط، دفعاً للتدافع بين صدره وذيله بضميمة العلم بعدم الفرق بين أسباب التلف ذاتاً، وإنما يكون الفرق بينها بالتقصير وعدمه. فتأمل.

ولا أقل من كون ذلك مقتضى القاعدة لو تعذر الجمع بين الطائفتين. بل قد يكون وضوح مقتضاها وارتكازيتها شاهداً عرفياً بالجمع المذكور بينهما. ولا سيما مع اعتضاده بفتوى الأصحاب.

نعم قد ينافيه صحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «وقال عليه السلام في رجل رهن عنده مملوكة تجدم [مملوك فجدم] أو رهن عنده متاع فلم ينشر المتاع ولم يشاهده ولم يجره فأكل [يعني: أكله السوس] هل ينقص ماله بقدر ذلك؟ قال: لا»^(٤). بدعوى: أنه مفرط في عدم تعاهد المتاع وتحريكه. لكن ذلك موقوف على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٨.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٩.

فيضمن به لمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته (١) يوم التلف (٢). والقول قوله مع يمينه في قيمته (٣)،

التفاتة لذلك وإيكال الراهن رعايته له، ولا إشارة لذلك في الصحيح.

(١) كما هو مقتضى القاعدة في الضمان، على ما تقدم في المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العقد من كتاب البيع. وعليه جرى في المقنعة والنهاية والمراسم والنافع وغيرها، ونسبه في المسالك للأكثر.

(٢) كما تقدم منه ﷺ في المسألة الثامنة عشرة من الفصل المذكور، وتقدم منا هناك أنه مع الضمان باليد بغصب ونحوه يتعين الضمان بقيمة يوم الغصب، وأما في غيره - كما في المقام - فالمتعين الضمان بقيمة يوم الأداء، ومنه مورد التهاتر، كما في بعض فروض المقام، لأنه بمنزلة الأداء ويأتي بعض ما يتعلق بذلك.

وعن ابن الجنيد أن الضمان بأعلى القيم من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة. وفيه: أنه لا دخل للحكم في الضمان المحكوم به. مع أن ضمان الأرفع في نفسه لا دليل عليه، كما تقدم هناك.

وفي الشرايع أنه يضمن بقيمته يوم قبضه. ولم يعرف لغيره. كما لم يعرف الوجه فيه بعد عدم كونه مضموناً حيثئذٍ، كما نبه له غير واحد.

وأضعف منه ما نسب للمبسوط والإيضاح من ضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف. لما أشرنا إليه من عدم الدليل على ضمان الأعلى.

(٣) كما هو ظاهر المبسوط وصريح السرائر والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة، بل جمهور المتأخرين. وكأنه لأصالة البراءة من الزائد.

وظاهر الدروس والتنقيح التوقف، بل عن ابن الجنيد تقديم قول الراهن، وعليه جرى في المقنعة والنهاية والمراسم والكافي والوسيلة والغنية، وفي الدروس أنه قول الأكثر، وفي الغنية الإجماع عليه.

وعن ابن الجنيد الاستدلال له بأن خيانة المرتهن مسقطه لعدالته وأمانته.

وفيه - مع أن إتلافه للرهن قد لا يكون متعمداً، لينافي مقتضى أمانته ويسقط عدالته - : أن تقديم قوله عند من سبق ليس لأمانته، بل لمطابقته للأصل، كما أشار إليه في السرائر.

وفي مفتاح الكرامة أن ذلك لم يكن يخفى على المتقدمين، وأن الظاهر أنه ما أفتى به في المقنعة والنهاية إلا عن خبر، كما يقضي به تتبع. لكن عهدة ذلك عليه. مع أنه لا يبلغ حد اليقين بحيث ينهض دليلاً في المقام، ليخرج به عن الأصل المذكور. ولا سيما مع احتمال نظرهما وغيرهما في المقام إلى أن المالك هو المرجع في معرفة قيمة ملكه، كما يكون مرجعاً في سائر شؤونه، كطهارته ونجاسته ونوعه مثل كونه مما يوكل لحمه أو لا يؤكل، أو حيوانياً أو غير حيواني.

وإن كان الظاهر عدم تماميته أيضاً، لاختصاصه بالأموال الحسية أو ما ينتهي للحدس القريب من الحس، دون المقام مما يكون حدسياً بعيداً عن الحس.

نعم قد يستشكل في الأصل بأنه إنما يتم بناء على ضمان قيمة يوم التلف لانشغال الذمة بالقيمة حينه، حيث يتعين الاقتصار في مقدار القيمة الذي انشغلت الذمة به على المتيقن. أما بناء على ضمان قيمة يوم الأداء، - كما سبق - فهو يبتني على انشغال الذمة بالعين إلى أن يتحقق الأداء، كما ذكرناه في محله، فلا يجرز فراغ الذمة من العين إلا بدفع الأكثر.

لكنه يندفع بأنه لا يراد بانشغال الذمة بالعين إلى حين الأداء، هو التكاليف بتفريغ الذمة منها، بحيث يكون المكلف به مسبباً عن أداء القيمة، نظير الطهارة المسببة الغسل، بل وجوب مراعاة القيمة حين الأداء، لأنها البدل حينئذ مع كون المكلف به هو أداء القيمة لا غير. ولذا يلزم التهاثر إذا كان صاحب العين مديناً لزامنها بجنس قيمتها، مع أنه كان مشغول الذمة بالعين فهي مباينة للدين، ولا مجال للتهاثر. وحينئذ يتعين مع تردد القيمة المكلف بها بين الأقل والأكثر الاقتصار على الأقل، عملاً بالأصل.

نعم الظاهر الأقتصار في الرجوع للأصل على ما إذا تعذر الرجوع لأهل الخبرة في معرفة القيمة، لاختلافهم، أو لتعذر إحاطتهم بخصوصيات العين الدخيلة في قيمتها. وإلا كان قولهم حاكماً على الأصل، لما دل على حجية قول أهل الخبرة في الأمور الحدسية.

بقي شيء. وهو أن التهاثر الذي تضمنته نصوص المقام يناسب انشغال ذمة الضامن بالقيمة حين التلف، لا بالعين مع وجوب دفع القيمة بدلاً عنها، لما هو المعلوم من أن التهاثر إنما يكون مع اتحاد جنس المضمونين لكلا الطرفين، والعين المرهونة مباينة جنساً للدين غالباً. فلو كان المضمون بالتلف هو العين، لا القيمة حين التلف، لبقيت العين في ذمة المرتهن، وبقي الدين في ذمة الراهن، ولا تفرغ ذمتها إلا باتفاقهما على وفاء ذمة المرتهن من العين بدين الراهن له، ولا يحصل التهاثر قهراً عليهما، كما تضمنته النصوص.

وبذلك قد يشكل ما سبق منا البناء عليه من انشغال ذمة الضامن بالعين، وما يترتب عليه من وجوب قيمة يوم الأداء، لأنها البدل عن العين حينئذ. اللهم إلا أن يقال: لا مجال لحمل النصوص على التهاثر المعهود، لأن الدين كثيراً ما لا يكون من الدراهم أو الدينار التي هي المعيار في التقييم عرفاً، بل يكون من جنس آخر لا يكون به التقييم، كما في السلف من الطعام وغيره. ولو كان من الدراهم أو الدينار فتقييم الرهن القيمي لا يلزم أن يكون بجنس الدين مع إمكان تقييمه بالجنس الآخر.

ولا سيما أن الدين قد يكون مؤجلاً لم يحل أجله بعد، ومع اختلاف الدينين في أصل التأجيل أو في مقدار الأجل لا مجال للتهاثر المعهود.

مضافاً إلى ما في حديث أبان المتقدم من فرض ضياع الرهن الظاهر في بقاء العين، حيث لا إشكال معه في بقائها على ملك الراهن وانشغال ذمة المرتهن بها لا ببدلها وأن البدل المدفوع هو بدل الحيلولة، الذي يكون المعيار في مقداره حال

وعدم التفريط (١)

التسليم، لا حال الضياع.

فلا بد من حمل التهاثر في النصوص المتقدمة على بيان ضمان المرتهن مع التعدي والتفريط، الذي يقتضي تراضيها في الجملة بنقص الدين أو سقوطه بتمامه، أو على التهاثر تعبدًا على خلاف مقتضى القاعدة.

وعليه لا ينفع في الخروج عن مقتضى القاعدة من الضمان بقيمة يوم الأداء. ويأتي إن شاء الله تعالى في الفرع الرابع في ذيل كتاب الرهن ما قد ينفع في المقام. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، وفي الغنية الإجماع عليه. عملاً بمقتضى الأصل. بل يظهر مما تقدم في الوديعة أنه ليس للمرتهن إحلافه مع احتمال صدقه، لما دل على النهي عن اتهام الأمين.

نعم مع العلم بكذبه يجوز استحلافه، لعموم تكليف المنكر باليمين بعد خروجه عن الاتهام موضوعاً. فراجع.

هذا ولو ادعى المرتهن تلف الرهن فقد ذكر غير واحد أنه يصدق مطلقاً، وفي المختلف أنه أشهر، وفي الغنية الإجماع عليه لأنه أمين، فيصدق في أمانته وما تحت يده. وعن ابن الجنييد أنه خصه بما إذا كانت هناك جائحة ظاهرة، أو ذهب ماله والرهنون. أما إذا ادعى تلف الرهن وحده فلا يصدق.

وقد يظهر من الصدوق في الفقيه، حيث ذكر معتبر أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته كيف يكون الرهن بما فيه إن كان حيواناً أو دابة أو فضة أو متاعاً، فأصابه حريق أو لصوص فهلك ماله أو نقص متاعه، وليس له على مصيبتة بينة؟ قال: إذا ذهب ماله كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه. قال: وإن قال: ذهب من بين مالي وله مال فلا يصدق»^(١).

(١) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٩٨ باب الرهن حديث: ١٨.

وقول الراهن في قدر الدين (١).

وقد استدل به في المختلف لابن الجنيدي، ورده بأن الحديث مرسل، وفي أبان قول.

لكن قد تضمن ذلك أيضاً موثق أبي العباس البقباق^(١) الذي هو مقارب له في التعبير، بل لعله عينه، لأن أبان يروي عن البقباق.
ومن ثم قد يظهر ذلك من الشيخ في التهذيب، لأنه روى المرسل والموثق معاً، ولم يظهر منه الرد لهما.

ويصعب مع كل ذلك إهمالهما. ولا سيما أنه قد سبق نظير ذلك في الإجارة، وقد استفاضت به النصوص، بل تقدم في نصوص العارية أيضاً ما يناسب ذلك.
غاية الأمر أنه لا يبعد تقييده بما إذا لم يكن المرتهن ثقة، كما تقدم في الإجارة والعارية، إذ من القريب بعد النظر في النصوص استفادة وحدة الحكم في الجميع.
كما أن مرجع ذلك ليس إلى الزامه بإرجاع العين، إذ قد يعلم بتعذر ذلك وفقد العين، بل يعم ضمانها الراجع إلى عدم تصديقه في الجملة في عدم التعدي.
نعم يصدق في عدم التعدي والتفريط لو ذهب ماله كله واحتمل كون ذهابه بسبب تفريطه وتسامحه بمثل عدم التحفظ عليه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب من المقنع والمبسوط والنهاية والخلاف وما بعدها، وفي كلام غير واحد أنه المشهور أو الأشهر، وفي الغنية الإجماع عليه. ويقتضيه - مضافاً إلى أصالة عدم الرهن على الزيادة - صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر^{عليه السلام}: «في رجل يرهن عند صاحبه رهناً لا بينة بينهما فيه، فادعى الذي عنده الرهن أنه بألف [درهم] فقل صاحب الرهن: إنه بمائة. قال: البينة على الذي عنده

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

وهو أحق به من باقي الغرماء إذا صار الراهن مفلساً (١).

الرهن أنه بألف، وإن لم يكن له بينة فعلى الراهن اليمين^(١)، ونحوه حديث عبيد بن زرارة المروى بطريق معتبر وآخر موثق عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢)، وموثق ابن أبي يعفور عنه عليه السلام^(٣).

وعن ابن الجنيد أن القول قول المرتهن ما لم يزد الدين على قيمة الرهن. ويشهد له موثق السكوني عنه عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام: «في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن. فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال المرتهن: هو بأكثر. قال علي عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن، لأنه أمينه»^(٤).

لكن لا مجال للخروج به عما سبق مما هو أكثر عدداً، وأشهر رواية، وأظهر بين الأصحاب عملاً. فليحمل على التقية، لموافقته لما عن بعض العامة ممن يقارب عصره النصوص، وهو الحسن البصري وقتادة ومالك.

ولا أقل من تساقط النصوص، والرجوع للأصل بالتقريب المتقدم. هذا وفي الجواهر: «بل لو أراد ابن الجنيد ما يشمل دعوى المرتهن أصل الشغل بالزائد - كما عساه يظهر من بعض، بل ظاهر الفاضل في القواعد أن نزاعه في ذلك - كان مخالفاً للضوابط الشرعية، بل يمكن دعوى الضرورة حينئذٍ على خلافه». لكن الظاهر أن كلمات الأصحاب والنصوص تشمل ذلك، ولا تختص بها إذا اتفقا على كثرة الدين واختلفا في المقدار الذي عليه الدين منه. بل صرح في التذكرة بالتعميم. والأمر سهل بعد ما سبق.

(١) كما في المبسوط والشرائع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها، وقد يستفاد مما في المقنعة والنهاية والسرائر - مدعياً في الأخير الإجماع عليه - من تقديمه فيه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٤.

على الغرماء مع موت المرتهن، لأن المقامين من باب واحد.
 بل ظاهر المسالك الإجماع في المقام، لأنه خص الخلاف بصورة الموت.
 لكن لا مجال للاستدلال بالإجماع بعد ظهور اعتمادهم على ما يأتي، بل في
 النهاية بعد أن أشار للرواية الدالة على عدم ترجيح المرتهن مع الموت استدلالاً على
 ترجيحه بأنه أحوط. وهو كما ترى ممنوع في نفسه لتزاحم الحقوق.
 وأما وما في نكت النهاية من أن المراد به الاحتياط في الحكم، لأنه لا يرفع اليد
 عن حق المرتهن إلا بدليل. فهو مخالف لما هو المعروف من معنى الاحتياط.
 وكيف كان فهو لا ينهض برد الرواية لو نهضت بالاستدلال.
 ومن هنا استدلل غير واحد بأن مقتضى الرهن أن يكون وثيقة للدين، فيكون
 مرجحاً لصاحبه على غيره. لكن لا دليل على كفاية ذلك في الترجيح بعد كون التفليس
 عندهم يوجب تعلق حق الغرماء بأموال المفلس التي منها الرهن.
 ومثل ذلك ما في المسالك من مرجحيته، لسبق تعلق حقه بالعين. إذ فيه: أن
 سبق تعلق الحق إنما يكون مرجحاً إذا كان مانعاً من تمامية موضوع الحق اللاحق،
 كتعلق حق الرهن الموجب لقصور سلطنة المالك عن نفوذ التصرف اللاحق المنافي
 له. أما في المقام فحيث كان السبب الطارئ هو تزاحم الحقوق فلا أثر لسبق تعلق حق
 المرتهن بالعين.

اللهم إلا أن يقال: المناسبات الارتكازية قاضية بأن تحاص الغرماء مع قصور
 المال ليس تعبدياً، ليكون مقتضى إطلاقه الشمول للمقام، بل يبتني على الجمع بين
 الحقوق بالمقدار الممكن، لعدم المرجح بينها، فلا يشمل صورة ترجيح بعضها، كما
 في المقام، حيث لا يعلم معه بسقوط حق الراهن، بل مقتضى عموم نفوذ عقد الرهن
 عدم سقوطه.

نعم في معتبر سليمان بن حفص المروزي: « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل
 مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم، فلا [ولا. فقيه] يبلغ ثمنه

أكثر من مال المرتهن. يأخذ بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء. فكتب عليه السلام: جميع الديان في ذلك سواء يتوزعون بينهم بالحصص^(١)، وفي خبر عبد الله بن الحكم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم، فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين. قال: يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أبواب الدين بالحصص^(٢)».

وقد يستشكل في الحديثين - كما في نكت النهاية وغيره - بضعف السند. وهو متجه في الثاني دون الأول، لأن سليمان بن حفص من رجال كتاب كامل الزيارات. ومحمد بن عيسى بن عبيد الراوي عنده وإن وقع الكلام فيه من بعضهم، إلا أن جمهور الأصحاب على إهمال ذلك والبناء وثاقته والعمل بروايته.

وأما سقوط الروايتين بهجر الأصحاب، فهو غير ظاهر بعد تعاضدهما وظهور حال الصدوق في الفقيه في العمل بهما. كما أن ذكر الشيخ لهما في التهذيب من دون تنبيه على وهنهما ظاهر في صلوحهما للاستدلال.

ولا سيما مع ظهور ما تقدم من النهاية في أن الفتوى على خلاف الرواية لأجل الاحتياط من دون إشارة لوهنها في نفسها، حيث يقوى معه احتمال ابتناء فتوى الشيخين على بعض الوجوه الاعتبارية، لتخيل تقديمها على الروايتين، لا لوهنها في أنفسهما، وتابعهما من بعدهما لذلك، أو لتخيل وهن الروايتين في أنفسهما أو بالإعراض. ولا سيما المتأخرين الذين للشهرة ونقل الإجماع أهمية خاصة في نفوسهم. ومن هنا يصعب جداً إهمال الروايتين، ويقرب البناء على العمل بهما، كما في الحدائق، وحكاه عن بعض متأخري المتأخرين، وسبقه إلى ذلك في الوسائل.

ثم إن الروايتين وإن وردتا في المفلس في الميت دون الحي، إلا أن من القريب جداً فهم العموم منهما، وأن حق الرهن لا يتقدم على حق الغرماء عند قصور مال

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

ولو فضل من الدين شيء شارك في الفاضل (١). ولو فضل من الرهن وله دين بغير رهن تساوي الغرماء فيه (٢). ولو تصرف المرتهن بدون إذن الراهن ضمن (٣)

الغريم.

وأما ما عن السلطان من الفرق بينها بأن حق الغرماء مع الموت يتعلق بالتركة، ولا وفاء له من غيرها. أما مع حياة الغريم فهو متعلق بذمته، وربما يتحقق منه الوفاء بتجدد مال له.

فهو وإن كان مسلماً في الجملة، إلا أن حق المرتهن يتعلق بعين الرهن أيضاً. ومجرد الفرق بينهما بتعذر أصل الوفاء وتعذر تعجيله يغفل عنه عرفاً. على أن دين الميت قد يتيسر وفاؤه من غير تركته، كسهم المغارمين والتبرع بالوفاء من أهله أو أهل الخير من المؤمنين. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرحوا به. ووجهه ظاهر، فإنه كسائر الديون التي لا رهن عليها، ولا منشأ لاحتمال تقديمه على غيره.

(٢) كما صرحوا به أيضاً. لعين الوجه المتقدم. ومجرد وجود بقية الرهن عنده لا يوجب ترجيحه بعد عدم تعلق حق الدين المذكور به.

(٣) كما صرح به جمهور الأصحاب، ويظهر من غير واحد الإجماع عليه، كما يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه. حيث لا إشكال في ملك الراهن للمنفعة، لما هو المعلوم تبعيتها بطبعها للعين. وتشهد به في خصوص الرهن النصوص، كصحيح إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام: «قلت: فارتهن داراً لها غلة لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار»^(١)، وموثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: وقضى في كل رهن له غلة أن غلته تحسب لصاحبه عليه»^(٢)، ونحوها غيرها. وحينئذ يتعين ضمها

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٤.

وعليه الأجرة (١). ولو أذن الراهن في البيع قبل الأجل فباع لم يتصرف في الثمن إلا بإذن الراهن (٢) حتى بعد الأجل (٣). وإذا لم يأذن في الاستيفاء حينئذ جاز للمرتهن الاستيفاء بلا إذن (٤). كما أنه لو لم يأذن في البيع حينئذ وامتنع من وفاء الدين جاز للمرتهن البيع والاستيفاء بلا إذن (٥) والأحوط

بالاستيفاء مع عدم إذن المالك. كما هو ظاهر.

هذا وقد تقدم أن مقتضى القاعدة منع المرتهن من التصرف في العين المرهونة بغير إذن الراهن، كما تقدم الكلام في بعض النصوص التي قد تظهر في خلاف ذلك فراجع.

(١) يعني: أجرة المثل، لأنها مقتضى الأصل في الضمان، والمفروض عدم اتفاق مع المالك مخرج عنه.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لكونه ملكاً للراهن، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، ومجرد الإذن في البيع لا يقتضي ذلك.

(٣) لعين ما سبق. واستحقاقه وفاء الدين لا يستلزم استحقاقه الوفاء بالثمن، بل للمدين الوفاء من غيره. وبذلك يظهر العموم لما إذن له في البيع بعد الأجل. إلا أن استفاد بقرينة الحال الإذن في الاستيفاء تبعاً للإذن في البيع.

(٤) لا ببناء الرهن على استحقاق المرتهن استيفاء دينه منه عند عدم وفاء دينه مع حلول أجله، وامتناعه من الإذن مسقط لحرمة، لمنافاتها لحق المرتهن، فيكون معتدياً بذلك.

نعم يختص ذلك بما إذا لم يكن المدين في مقام المبادرة بالوفاء من مال آخر بالنحو الذي يقتضيه حلول الدين، وإلا تعين قبوله ذلك، جمعاً بين حقه في وفاء الدين وسلطنة الراهن على ماله.

(٥) إعمالاً لحقه في وفاء دينه من الرهن بعد عدم قيام المدين بالوفاء وسقوط

استحباباً مراجعة الحاكم الشرعي (١)، ولو خاف المرتهن جحود الوارث

حرمته بامتناعه من الإذن في البيع، لمنافاتها لحق المرتهن، نظير ما سبق.

نعم يجب استئذانه في البيع، لأن حق المرتهن لا ينافي سلطنة الراهن على الرهن، بحيث له وفاء دينه من غيره، أو اختيار كيفية البيع بالنحو الذي لا ينافي حق المرتهن. ولا يسقط اعتبار إذنه إلا بعد امتناعه من الوفاء والإذن في البيع معاً.

وبذلك يظهر الحال لو لم يكن الدين مؤجلاً وكان المرتهن يستحق وفاء دينه متى طالب به، حيث يكون له الحق في استيفاء دينه من الرهن متى طالب بالوفاء فلم يستجب له المدين بماطلة أو عجزاً، لعين ما سبق.

(١) وجزم بوجوب مراجعته في الشرايع والتذكرة والتحرير والقواعد والإرشاد والدروس وغيرها، وفي الجواهر: « بلا خلاف أجده ». وذلك لدعوى ولايته على الممتنع، فيقوم مقامه في إعمال نظره في البيع.

لكن شيوع الابتلاء بالمسألة ونحوها - كغيبية الراهن والجهل به - من عصور المعصومين صلوات الله عليهم والغفلة عن مراجعة المرتهن لمن يقوم مقام الراهن في ذلك ملزم بالتنبيه منهم عليه السلام على ذلك لو كان لازماً، ولو صدر ذلك لظهر، وحيث لم يظهر شيء من ذلك، كشف عن عدم وجوبه.

بل يعلم بعدم الرجوع إليهم في ذلك، ولا إلى الحاكم في عصورهم عليهم السلام وعدم بناء شيعتهم على ذلك، وإلا لظهر ذلك وشاع.

كما أن النصوص الآتية في صورة غيبية المالك شاهدة بعدم وجوب مراجعة الحاكم في المقام، لأنها من باب واحد، كما يظهر من الجواهر المفروغية عنه. وكذا ما يأتي في صورة خوف جحود الوارث.

بقي أمران الأول: أنه لا بد في المقام من مراعاة مصلحة مالك الرهن - الذي هو الراهن غالباً - عند البيع بأختيار أعلى ثمن وإن زاد على قيمة المثل مع إمكانه، وإلا فلا بد من الحفاظ على قيمة المثل.

ولو تعذر البيع بها لعدم الراغب فإن استلزم ذلك نقص قيمته عرفاً حال التعذر، لطول مدة عدم الراغب تعين جواز البيع بقيمته الفعلية، وإن لم يستلزم نقص قيمته فإن رضي المرتهن بالانتظار فلا إشكال، وإلا فهل يبادر بالبيع مراعاة لحقه، أو يجب الانتظار مراعاة لمصلحة المالك؟ قد يدعى الأول، عملاً بمقتضى الرهن في ثبوت حق المرتهن في استيفاء دينه من الرهن.

لكنه يشكل بأن فيه إضراراً في حق المالك. وإقدامه على الرهن لا يقتضي إقدامه على تحمل الضرر المذكور. وليس تحمله للضرر المذكور بأولى من تحمل المرتهن لضرر تأخير استيفاء دينه بانتظار وجود الراغب في الشراء بقيمة المثل.

ولا أقل من أصالة عدم نفوذ البيع مع عدم رضا المالك، لعدم وضوح سقوط سلطنته بامتناعه بعد كونه معذوراً فيه عرفاً. فلاحظ.

الثاني: لو تعذر الرجوع للراهن لغيبه ونحوها فقد يظهر من بعض النصوص وجوب انتظاره، كحديث عبيد بن زرارة الذي رواه في الكافي والتهديب بطريق موثق وفي الفقيه بطريق معتبر عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل رهن رهناً إلى [غير. في يب] وقت [مسمى. في] ثم غاب هل له وقت يباع غير رهنه؟ قال: لا حتى يجيء»^(١)، وموثق ابن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن رهناً ثم انطلق فلا يقدر عليه أبيع الرهن؟ قال: لا حتى يجيء صاحبه»^(٢)، وصحيح إسحاق بن عمار الذي رواه المشايخ الثلاثة: «سألت أبا إبراهيم عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس [قال: لا أحب أن يبيعه حتى يجيء صاحبه. فقلت: لا يدري لمن هو من الناس. في. يب] فقال: فيه فضل أو نقصان؟ قلت: فإن كان فيه فضل أو نقصان [ما يصنع؟. فقيه] قال: إن كان فيه نقصان فهو أهون، يبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله. وإن كان فيه فضل فهو أشدهما عليه يبيعه ويمسك فضله حتى يجيء صاحبه»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٣.

قال في النهاية: «وإذا كان عند الإنسان رهن ولا يدري لمن هو صبر حتى يجيء صاحبه، فإن لم يجيء باعه وأخذ ماله وتصدق بالباقي». وظاهره وجوب الانتظار حتى يئأس من مجيء صاحبه، ولذا حكم بوجوب الصدقة بالباقي، لوضوح توقف التصديق بهال الغائب على اليأس من الوصول لصاحبه، وهو الذي صرح به في الفقيه، جميعاً بين صحيح حديث إسحاق بن عمار وعبيد بن زرارة.

لكن لا مجال لحمل صحيح إسحاق على صورة اليأس من مجيء صاحبه، لتضمنه الانتظار بالباقي من قيمة الرهن بعد وفاء دينه منه إلى أن يجيء صاحبه.

ومن ثم يتعين حمل ما تضمنه صدره من الانتظار حتى يجيء صاحبه على الاستحباب - كما يأتي من الكافي والسرائر - أو وجوب الانتظار مدة معتداً بها، بحيث يلزم تعطيل وفاء الدين بنحو يصعب تحمله. وحينئذ يكون شاهداً على حمل الانتظار في حديثي عبيد بن زرارة وابن بكير على أحد الوجهين.

وأما الفرق بين معرفة صاحبه - كما في حديثي عبيد وابن بكير - والجهل به - كما في صحيح إسحاق - فمن القريب إلغاؤه عرفاً في مثل الرهن مما كان من شأن صاحبه طلبه.

وبعبارة أخرى: لا أثر لمعرفة المالك والجهل به في اهتمام الشارع الأقدس بوصول المال إليه. غاية الأمر أنه قد يكون معرفته دخل في إمكان إيصال المال إليه، لتيسر الفحص عنه لو لم يفحص هو عن المال، لجهله بفقدته أو ليأسه من العثور عليه، بخلاف ما إذا كان المالك مجهولاً حيث لا يتيسر ذلك، وذلك لا يجري غالباً في مثل الرهن مما كان المالك يعلم بمن هو عنده.

ولذا تضمن الأمر بانتظار صاحبه في الزائد إذا كان فيه فضل، ولو كان ميؤوساً منه بسبب الجهل به لكانت الوظيفة في الزائد التصديق به.

هذا وفي الكافي والسرائر أن الأولى له الصبر، وفي السرائر أنه إن لم يصبر كان عليه مراجعة الحاكم وإقامة البينة عنده على الرهن، ليتولى بيعه والحفاظ على الزائد

عند موت الراهن ولا بينة جاز أن يستوفي من الرهن مما في يده (١).

على الدين من ثمن الرهن للمالك.

ويظهر المنع من وجوب مراجعة الحاكم من النصوص السابقة، ومما سبق في صورة امتناع المالك، لأنها من باب واحد. مع أن مقتضى القاعدة في حق الحاكم تصديق المرتهن بلا حاجة إلى البينة، لقبول قول الإنسان فيما تحت يده.

ولو غرض النظر عن ذلك أمكن للحاكم الإذن للمرتهن معلقاً على تحقق الرهن في البيع والاحتفاظ بالباقي لصاحبه من دون أن يتولى ذلك.

أما في الكافي فقد ذكر أن له البيع، فإن نقصت قيمته عن الدين لم يكن له غيرها، أما لو كان البيع بإذن المالك فعليه وفاء ما بقي من الدين. وكأنه لقوله عليه السلام في صحيح إسحاق: «فيؤجر فيما نقص من ماله».

لكن أجره لعدم تيسر وفاء دينه لا يستلزم عدم استحقاقه له. بل قد يكون ظاهراً في استحقاقه له، لأن الاجر إنما يكون مع استحقاق ما يؤجر عليه، ولذا لا يحسن عرفاً في حق من باع ما قيمته عشرة بثمانية إنه أن يقال: يؤجر في النقص. ولا أقل من أن مقتضى الأصل عدم سقوط حقه، فيجب الوفاء على المالك لو تيسر الرجوع عليه بعد ذلك. كما لعله ظاهر.

(١) كما صرح به في الشرايع والنافع والتحرير والإرشاد والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وقد يظهر من الفقيه، بل من التهذيب أيضاً. وفي الرياض أن الأصحاب قد صرحوا به من غير خلاف يعرف، وعن الكفاية أنه المعروف من مذهبهم، وعن مجمع البرهان الإجماع عليه.

ويشهد به معتبر سليمان بن حفص المروزي: «أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة، فجاء رجل فادعى عليه مالا وأن عنده رهنا. فكتب: إن كان له على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله بما في يده، وليرد الباقي على ورثته. ومتى أقر بما عنده أخذ به، وطولب بالبينة على دعواه، وأوفى حقه بعد اليمين. ومتى لم

وقيل: القول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الآخر الرهن (١).

يقم البينة، والورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون أن له على مיתهم حقاً^(١).

وهو كما ترى يختص بها إذا لم يكن عنده بينة، فلا يشمل ما لو كان له بينة فأراد الفرار من اليمين على عدم وفاء الميت للدين وإن كان هو مقتضى إطلاق غير واحد ممن سبق، بل صريح مفتاح الكرامة ومحكي مجمع البرهان. ومنه يظهر منه الإشكال فيما في القواعد من جعل موضوع الحكم العلم بجحود الوارث حيث لا شاهد عليه في الحديث، بل المنصرف منه ما فهمه الأصحاب من الخوف من جحوده.

نعم لو علم بتصديق الوارث له وعدم جحوده، بحيث لا يحتاج للبينة فالظاهر انصراف الحديث عنه، فليس له الاستيفاء من دون إذنه.

كما أنه لو علم بعدم كفاية البينة واليمين في تحصيل حقه ولو لعصيان الوارث تعين جواز الاستيفاء من دون استئذان من الوارث. لقضاء المناسبات الإرتكازية بأن ذكر البينة ليس إلا من أجل كونها سبباً لتحصيل الحق، ولا أثر لها بدون ذلك، إما للاستغناء عنها بتصديق الوارث، أو لعدم تأثيرها لعصيانه.

هذا وقد ألحق بذلك خوف جحود الراهن مع حياته في الإرشاد والدروس والروضة والمسالك. وكأنه لفهم العموم من النص، لإلغاء خصوصية مورده عرفاً. لكنه لا يخلو عن إشكال. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما في النهاية والكافي والمهذب والسرائر والشرايع والنافع ونكت النهاية وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح والدروس واللمعتين والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وهو المشهور كما في الدروس، ونسبه غير واحد للاكثر.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

ويقتضيه الأصل، فإن كلتا الدعويين وإن تضمنت امرأً وجودياً مخالفاً للأصل، إلا أن دعوى الرهن ترجع إلى دعوى ثبوت حق للمرتهن مخالف للأصل، ودعوى الوديعة، لا ترجع إلى ثبوت حق لأحد، والمعيار في تعيين المدعي والمنكر على نتيجة الدعوى، لا على صورتها.

ويظهر من القواعد التردد، بل جزم في المقنع بتقديم قول مدعي الرهن، ويأتي من غيره ما يناسب ذلك.

ويشهد له موثق عباد بن صهيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتكاه [استودعتكه] والآخر يقول: هو رهن. قال: القول قول الذي يقول: إنه رهن، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود»^(١).

وموثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا اختلفا في الرهن، فقال أحدهما: رهنته بألف درهم، وقال الآخر: بمائة. قال: يسأل صاحب الألف البينة، فإن لم يكن له بينة حلف صاحب المائة. وإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر واختلفا، فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو عندك وديعة. فقال: يسأل صاحب الوديعة البينة، فإن لم يكن له بينة حلف صاحب الرهن»^(٢). ورواه في الفقيه بطريقه عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣).

وقد استشكل فيها غير واحد بضعف السند، لأن راوي الأول عباد بن صهيب وهو بترى، وفي طريق الثاني الحسن بن محمد بن ساعة وهو واقفي، ولأن في أبان كلام، بل في نكت النهاية أنه ضعيف.

لكن الأولين موثقان. مع أن طريق الصدوق إلى أبان صحيح. ولا مجال للكلام

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٢) الكافي ج: ٥ ص: ٢٣٧ باب الاختلاف في الرهن حديث: ١، تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ١٧٤ أخرج ذيله باختلاف سير في الاستبصار ج: ٣ ص: ١٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٩٩ في باب الرهن وقد أخرج وسائل الشيعة صدره في ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١، وذيله في باب: ١٦ من الأبواب المذكورة حديث: ١.

في أبان بعد أن كان من أصحاب الإجماع وهو من رجال كامل الزيارات، وقد روى عنه صفوان وابن أبي عمير، وهما لا يرويان إلا عن ثقة.

غاية الأمر أن مقتضى رواية الفقيه رواية أبان له عن أبي عبد الله عليه السلام بلا واسطة، وصریح رواية الكليني والشيخ روايته عنه بواسطة ابن أبي يعفور، مع استبعاد رواية أبان له بالوجهين، ومثل هذا الاضطراب في السند لو تم لا يقدح بعد وثاقة كليهما. والمتحصل: أنه لا مجال للإشكال في الحديثين بضعف السند.

ومثله دعوى معارضتهما بصحيح إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم. فقال الرجل: لا، ولكنها ودیعة. فقال أبو عبد الله عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه»^(١)، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال في رجل رهن عند صاحبه رهنا، فقال الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك ودیعة. فقال: البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذي له الرهن اليمين»^(٢).

فقد استدل في الرياض بالأول للقول المشهور، كما استدل بالثاني له غير واحد. وكأن الوجه في الأول أنه بإطلاقه يدل على عموم قبول قول صاحب المال في ماله، وخصوص المورد لا يخصص الوارد.

لكنه كما ترى، ظاهر في بيان حكم الواقعة المسؤول عنها، ولعله لأصالة الضمان في المال. وبعبارة أخرى: المضاف في قوله عليه السلام: «القول قول صاحب المال» لا مجال لحملة على الجنس، بل الظاهر أو المتيقن منه العهد بعد تضمن السؤال قولاً خاصاً للمالك. ولذا لم يستدل عليه السلام لقبول قول المالك في قيمة الرهن.

ولا سيما مع ما في صحيحه الآخر: «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال له الرجل: إنما كانت عليه قرضاً، وقال الآخر: إنما

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

القول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الآخر الرهن ٦٣

كانت وديعة. فقال: المال لازم له إلا أن يقيم البينة إنما كانت وديعة^(١). لقرب وحدة الواقعة في الحديثين والاختلاف بسبب النقل بالمعنى.

على أنه لو تم الإطلاق المدعى تعين والخروج عنه وتقييده بالحديثين المتقدمين، لأنها أخص، لا معارضته لهما.

أما الثاني فيشكل بأن ظاهره كون النزاع ليس في مجرد الرهن والوديعة، بل في الرهن على مقدار من الدين في مقابل دعوى الوديعة من دون دين، وأن البينة المطلوبة منه إنما هي على تصديقه في مقداره، كما نبه لذلك في الاستبصار. وما في مفتاح الكرامة والجواهر من عدم الشاهد على ذلك غريب جداً.

وهذا بخلاف حديث أبان، لظهوره في المفروغية عن ثبوت الدين، والنزاع إنما يكون في كون ما في يد الدائن رهناً عليه أو وديعة، وهو المتيقن من موثق صهيب، حيث لم يتضمن استتباع دعوى الرهن لدعوى الدين وإنكار المالك للدعويين معاً، بل إنكاره لدعوى الرهن لا غير، فكأن ثبوت الدين الذي هو موضوع الرهن مفروغ عنه، وإلا كان المناسب التعرض له أيضاً. ولا أقل من لزوم حمله على ذلك بقريته صحيح محمد بن مسلم.

وإلى هذا يرجع ما في الوسيلة، حيث قال: «فإن ادعى صاحب المتاع كونه وديعة عنده وخصمه كونه رهناً، فإن اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه، وإن لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع»، وفي التنقيح أنه قد استحسنته بعضهم.

بل من القريب كون ذلك هو مراد الصدوق في المقنع والشيخ في الاستبصار، وإلا فمن البعيد التزامهما بتقديم قول مدعي الرهن حتى لو كان راجعاً إلى دعوى الدين تبعاً على مدعي الوديعة ولو مع إنكاره للدين. ولا سبباً مع ذكرهما - كغيرهما - ما سبق من قبول دعوى الراهن قلة الدين.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الوديعة ذيل حديث: ١.

بل من القريب ذهاب الكليني والصدوق له، وحتى الشيخ في التهذيب، لظهور ذكرهم للنصوص المذكورة في الباب المناسب من دون طعن فيها في تعويلهم عليها وجمعهم بينها بالوجه المذكور. ويبدو من غير واحد الاعتراف بدلالته الحديتين، وأن عدم العمل بهما لو هنتهما بما يأتي، ويأتي الكلام فيه.

نعم قد يدعى وهن الروايتين بإعراض الأصحاب، كما في الرياض ومفتاح الكرامة والجواهر، بل في مفتاح الكرامة أن ما في النافع من أن الرواية بتقديم قول مدعي الرهن متروكة بمنزلة دعوى الإجماع.

لكن لا مجال لذلك بعد التصريح في السرائر بأن منشأ إهمالها كونها أخبار آحاد لا توجب علماً ولا عملاً، كما صرح بأن منشأ إهمالها ضعفها سنداً في نكت النهاية وكشف الرموز والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة، ويحتمل أن يكون ذلك هو الوجه في إهمالها من آخرين، لظهور أن مثل هذا الإعراض لا يكون موهناً للنصوص بعد ظهور خطأ منشئه.

ومن هنا يتعين ما سبق من الوسيلة من التفصيل الذي عرفت ظهور حال من سبق في الجري عليه، كما جرى عليه بعض مشايخنا عليه السلام.

هذا وعن الجنيد التفصيل بين ما إذا ادعى المرتهن أنه لم يقبض بالمتاع إلا على وجه الرهن، وما إذا اعترف أنه قبضه أولاً على أنه ودیعة، ثم صار في يده رهناً، فيقبل قوله ويكلف المالك بالبينة في الأول دون الثاني.

والوجه في التفصيل المذكور موثق عباد حيث تضمن أن المدعى لصاحب الوديعة أنه أودعه، لا أنه ودیعة حين التخاصم، وقد تضمن الجواب فيه الاكتفاء بقيام البينة بالذي ادعاه لا بأمر آخر وإذا كفت البينة بذلك كفلا الإقرار به قطعاً. وبه يخرج عن إطلاق حديث أبان.

بل لا يبعد انصراف حديث أبان لذلك، لأن الميسور للبينة غالباً الشهادة بحدوث الوديعة، دون بقاء العين تحت يد الودعي على ذلك وعدم تبدلها بوجه آخر

القول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الآخر الرهن ٦٥

من رهن أو هبة أو غيرهما. بل لا يبعد لأجل ذلك كون ذلك هو مراد من سبق. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

هذا تمام ما ذكره سيدنا المصنف رحمته في كتاب الرهن. وقد أهمل كثيراً من الفروع التي ذكرها كثير من الأصحاب في المقام. ولا يسعنا استقصاؤها، لعدم كون كثير منها مورداً للابتلاء، وظهور الحال في بعضها بملاحظة ما سبق.

وربما يحسن بنا التعرض لبعضها الأول: صرح في غير موضع من المبسوط بعدم صحة رهن المجهول، وهو ظاهر الخلاف وصريح القواعد.

وقال في التذكرة فيما لو رهن الظرف بما فيه وكان ما فيه مجهولاً: «لم يصح الرهن قطعاً في المظروف خاصة، للجهالة، على إشكال». ولا يخلو عن تدافع. بل هو لا يناسب ما ذكره في كتاب البيع من جواز هبة الغائب غير المرئي والموصوف ورهنه، لأنها ليسا من عقود المغابنات.

كما صرح في المبسوط والخلاف والتذكرة بأنه إذا رهن الظرف وما فيه وكان ما فيه مجهولاً صح الرهن في الظرف وتتبع الصفقة.

وهو لا يخلو عن غرابة، لوحدة الرهن، وجهالة بعضه تستلزم جهالة مجموعه. كيف! ولازمه صحة رهن المجهول مقداره في المقدار المتيقن منه، وبطلانه في المشكوك، وهو لا يناسب مساق كلامهم، بل لا يظن بهم البناء عليه في الرهن ولا في غيره مما يعتبر فيه العلم عندهم.

وكيف كان فيظهر مما تقدم منا غير مرة أن الجهالة إن رجعت للإبهام منعت من صحة الرهن وغيره من العقود، وإلا لم تمنع. وكأنه إلى هذا يرجع في الجملة ما في الحاشية النجارية للشهيد وجامع المقاصد.

الثاني: قال في المبسوط: «ويجوز أخذ الرهن في مدة الخيار المتفق عليه». وعليه جرى في التذکر والقواعد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

ويظهر من التذكرة أن الوجه في ذلك كون المعيار في صحة الرهن هو لزوم

الحق المرهون عليه فعلاً أو قوة قريبة من الفعل، وأن الثمن في مدة الخيار من الثاني. ولم يتضح المراد بذلك بعد فرض ثبوت الخيار وعدم لزوم العقد الموجب لثبوت الحق. فالعمدة في وجهه أنه يكفي في الرهن ثبوت الحق، لا لزومه، والفسخ مع الخيار كالتقابل مع لزوم العقد مبطل للرهن - بعد صحته في نفسه - لارتفاع موضوعه، كوفاء الدين والإبراء منه، كما لعله ظاهر.

الثالث: لما كان الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمونة عليه فظاهرهم عدم صحة اشتراط ضمانه، كما هو الحال عندهم في سائر الأمانات. بل هو المصرح به في الرهن من بعضهم، بل يظهر منهم المفروغية عنه. قال في التذكرة: «لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتهن فسد الرهن والشرط، لما بينا من فساد العقد بفساد الشرط». لكن تقدم منا في كتاب الإجارة وغيره أن عدم ضمان الأمانة في نفسها شرعاً لا ينافي ضمانها بالشرط، لعموم نفوذ الشروط، وهو يجري في المقام.

هذا ولو فرض بطلان الشرط المذكور فحيث كان الوجه فيه دعوى مخالفته لحكم الأمانة شرعاً، فهو راجع لمخالفة الشرط للكتاب، وقد تقدم في مباحث الشروط من كتاب البيع أن الشرط المخالف للكتاب لا يبطل العقد.

ودعوى: أن تخلف الشرط، موجب للخيار في العقد، وهو مخالف لمقتضى عقد الرهن. مدفوعة بأن ذلك مختص بتخلف الشرط اللازم، أما الشرط الباطل فدليل عدم مبطليته للعقد دال بنفسه على عدم تبعية الخيار لبطلانه، كما يظهر مما تقدم هناك. الرابع: قال في الشرايع: «لو أتلف الرهن متلف أُلزم بقيمته، وتكون رهناً»، ونحوه في القواعد وسبقها إليه في الجملة في المبسوط، وفي مفتاح الكرامة: «وكان الحكم إجماعياً». وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه».

وكان الوجه فيه: أن حق الرهانة قائم بالعين، فينتقل لعوضها لقيامه مقامها، كما لو أتلف النصاب الزكوي متلف، حيث يتعلق حق الزكاة بالبدل، ولذا لو بيع الرهن من أجل استيفاء الدين كان الثمن موقوفاً كالثمن.

وبذلك يظهر أن البيع بنفسه ولو لم يكن من أجل وفاء الدين لا يقتضي بطلان الرهن، بل يقتضي انتقال حق الرهن للثمن. إلا أن يبتني الإذن فيه من المرتهن على إسقاطه حقه من الرهن أو الإذن للمأذون في البيع في إسقاطه حق المرتهن في الرهن عند البيع.

ومثله ما إذا وقع البيع بغير إذنه فأجازته، فإن الإجازة بنفسها لا تقتضي سقوط حق الرهن وعدم انتقاله للثمن، إلا أن يقصد بها المرتهن ذلك. ومن ثم يكون مقتضى الأصل عدم سقوط حقه من الثمن، إلا أن يثبت ابتناء الإذن في البيع أو إجازته على ذلك. وقد تقدم في المسألة التاسعة من فصل شروط العوضين بعض ما يتعلق بالمقام.

بقي في المقام أمران أحدهما: أنه لو تعذر أخذ البديل من المتلف، أو كان التلف بسبب غير مضمن، فلا إشكال ظاهراً في بطلان الرهن، وعدم وجوب تعويض الرهن على الراهن، ليكون بدلاً عن التالف، لكون موضوع الرهن العين بشخصها أو بما يعم ماليتها فيرتفع موضوعه بتلفها وتعذر حفظ ماليتها، ولا دليل على وجوب دفع البديل على الراهن، بل لا يظن بأحد البناء عليه.

ثانيهما: أنه لو كان الضامن للرهن هو المرتهن، لإتلافه له أو تفريطه به ففي الشرائع أن قيمته تكون رهناً، كما لو كان المتلف غيره، وقد يظهر من الجواهر عدم الخلاف في المسألة، لعدم إشارته له، بل اقتصر في الاستدلال عليه على قوله: « 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 ذلك لا يناسب النصوص الكثيرة المتضمنة مقاصد النقص من دين المرتهن، وأنها يترادان الفضل بينهما^(١)، وهي محمولة - كما سبق - على صورة تفريط

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الرهن.

المرتهن، جمعاً مع النصوص المتضمنة عدم ضمانه^(١)، بل هو صريح بعضها^(٢). فإن مقتضاها بطلان الرهن باستيعاب المضمون لمقدار الدين، لارتفاع موضوعه. ومثلها النصوص المتضمنة مقاصة الدين بغلة الرهن إذا استوفاهما المرتهن، كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة أن غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه»^(٣) وغيره، ويأتي بعضه في الفرع السادس.

ولا مجال لإهمالها بعد كثرتها واعتبار أسانيد جملة منها، وظهور تعويل الأصحاب عليها في ضمان الرهن مع التفريط وعدمه مع عدمه، وضمن الغلة مع استيفاء المرتهن لها.

كما أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الرهن من سنخ الدين وعدمه، ولا بين حلول الدين وعدمه. بل لعل الثاني من كل منهما متيقن من الإطلاق. هذا وقد سبق من الجواهر أن إتلاف الراهن لا يسقط حق المرتهن وإن كان المالك لا يضمن ماله. ومقتضاه أنه يجب على المالك دفع قيمة التالف لتكون رهناً بدلها حفاظاً على حق المرتهن في الرهن، وهو الظاهر منهم، بل المصرح به من بعضهم في بعض فروض صور وطء الراهن لجارية المرهونة، وقد يظهر المفروغية عنه من بعضهم.

لكن الرهن إنما يقتضي ثبوت حق المرتهن في العين المرهونة، فمع تلفها يبطل، لارتفاع موضوعه بعد المفروغية عن عدم ضمان المالك لماله، كما لو تلفت العين بوجه غير مضمن، كما أشار إليه في الجملة في مفتاح الكرامة. وهذا بخلاف ما لو أتلّفها الأجنبي، لأنه بضمانه لها يقوم بدلها مقامها في تعلق الرهن، كما سبق.

نعم لو كان حق المرتهن على الراهن هو وجود رهن على دينه - من دون أن

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥، ٦ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

يتعلق بالعين المرهونة، أو مع تعلقه بها بنحو تعدد المطلوب - تعين عليه رهن شيء آخر بدلها. لكن ذلك خارج عن محل الكلام. ولذا تقدم عدم وجوب دفع البديل على الراهن لو تلف الرهن بوجه غير مضمن.

اللهم إلا أن يقال: عدم ضمان المالك ماله لنفسه بعينه لو فرط به واحتمل إمكان تحصيله، أو ببدله لو تعذر تحصيله، لا ينافي ضمانه للمرتهن بلحاظ ثبوت حق الرهن فيه. ولذا لا يظن بأحد البناء على أنه لو فرط به مع بقاء عينه لا يجب عليه السعي لتحصيله مع احتمال قدرته على ذلك حفاظاً على حق المرتهن. فلاحظ.

الخامس: صرح الأصحاب بأنه لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل حلول الأجل، فإن شرط بيعه قبل الأجل يبقى الثمن رهناً بدله إلى حين الأجل صح، وفي الجواهر: « بلا خلاف ولا إشكال، لحصول المقصود بالرهن بهذا الشرط ».

لكن حصول المقصود وحده لا يكفي في صحة الرهن، ولذا تقدم منهم عدم صحة رهن الدين والمنفعة، بل لا بد من إحراز صدق عنوان الرهن بذلك. وهو لا يخلو في المقام عن إشكال، لقرب ابتناء الرهن عرفاً على حبس العين لوفاء الدين. ولا يقاس بذلك ما إذا كان الرهن قابلاً للبقاء، وبيع لسبب طارئ أو تلف بوجه مضمن حيث تقدم في الفرع السابق انتقال حق الرهن للثمن والبديل.

للفرق بينهما بتحقيق القصد لحبس العين لوفاء الدين في ذلك، بخلاف المقام. نعم تقدم عند الكلام في رهن الدين والمنفعة أن عدم صدق الرهن عليه عرفاً لا يمنع من صحة التوثق به، على أنه عقد يؤدي مؤدى الرهن وإن لم يكن منه، لعموم نفوذ العقود. وذلك يجري في المقام ويجري ذلك أيضاً فيما لو كان المرهون صالحاً للبقاء، واشترط بيعه قبل حلول الأجل لغرض آخر غير وفاء الدين به.

وأما إذا ابتنى رهن ما يسرع إليه الفساد على المنع من بيعه، فالظاهر بطلان الرهن، لعدم تحقق المقصود به منه. بل الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد، وهو التوثق للدين، وقد ذكرنا في محله ان الشرط المنافي لمقتضى العقد مبطل له.

وأما ما في المسالك من احتمال الصحة، لوجوب بيعه شرعاً صيانة للمال. فيشكل بأن الحكم شرعاً بوجوب البيع لا يكفي في صحة الرهن بعد عدم تحقق قصد التوثق بالمال للدين به، الذي هو المقوم لمفهوم الرهن، لرجوع ذلك إلى عدم قصد الرهن.

مع أن وجوب حفظ المال شرعاً - لو تم - لا يقتضي وجوب البيع، بل عدم تضييع المال بالانتفاع به قبل تلفه بالأكل ونحوه، ولا ملزم بالبيع بعد الإقدام حين العقد على عدمه، لرجوع ذلك إلى عدم ثبوت حق التوثق للدين بالمال للمرتهن، ليكون له المطالبة بالبيع حفاظاً على الحق المذكور.

هذا وقد وقع الكلام بينهم فيما لو أطلق ولم يشترط أحد الأمرين من البيع أو عدمه. لكن الظاهر أنه مع الإلتفات لحال الرهن، وأنه يسرع إليه الفساد، لا بد من أن يبتني الإطلاق على أحد الوجهين حسب اختلاف القرائن المحيطة بالعقد، ولا يمكن بقاء الإطلاق على عمومه، لتوقف قصد التوثق بالرهن للدين على فرض بقاء ماليته ولو بتبديله المستلزم لقصد ذلك، تبعاً لقصد التوثق حين العقد، ومع البناء على عدمه يتعذر قصد التوثق المستلزم لعدم صحة الرهن، كما سبق.

نعم مع الغفلة أو الجهل بحال الرهن يمكن بقاء الإطلاق وعدم القصد لأحد الأمرين. وحينئذ يمكن قصد التوثق للدين حين العقد، ويصح عقد الرهن، ويثبت به حق التوثق للدين بالرهن للمرتهن، فيكون له البيع بمقتضى الحق المذكور، كما لو طرأ السبب الملزم بالبيع فيما من شأنه البقاء. فلاحظ.

السادس: لا ينفك الرهن إلا براءة الذمة من جميع الدين، ولو برئت من بعضه لم يتبعض الرهن، بحيث ينفك بعضه، كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها، وفي المبسوط دعوى الإجماع عليه. ولعل عدم تعرض غير واحد له لوضوحه، لظهور إطلاق العقد له في رهن العين بمجموعها بنحو الارتباطية.

ويشهد به النصوص الواردة في ضمان المرتهن لغلة الرهن إذا انتفع به، كقوله **الغلة**

الكلام في جواز ابتياع المرتهن الرهن وفاء لدينه ٧١

في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في قضاء أمير المؤمنين في الأرض المرهونة: « ثم ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفي ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»^(١)، ونحوه صحيحه عن أبي جعفر عليه السلام^(٢).

فما في القواعد من الإشكال في ذلك إلا مع اشتراط كون الرهن على الدين وعلى كل جزء منه. في غير محله، بل الظاهر عدم الحاجة للشرط المذكور. نعم مع ابتناء الرهن على الانحلال يتعين التبعض، لرجوعه إلى رهون متعددة.

ويترتب على ذلك أمران أحدهما: أنه مع تعدد المدين والراهن إن رجع رهنهما إلى وحدة الرهن، كما هو الظاهر من حال الشركات لا يكون وفاء بعضهم فكاً لحصته من الرهن، بل يبقى المجموع رهناً إلى أن يتم الوفاء من الكل. وإن رجع إلى تعدد الرهن بحيث يرهن كل من المدينين حصته من العين على حصته من الدين يتعين انفكاك حصة كل منهم من الرهن بوفاء حصته من الدين.

ثانيهما: أنه لو مات الراهن فوفاء بعض ورثته لما يقابل حصته من الدين لا يقتضي فك حصته من الرهن، لأن الراهن قد رهن المجموع على مجموع الدين بنحو الارتباطية، وانقسام الدين - في الجملة - والرهن بموته بين الورثة لا يوجب تبدل حال الرهن وانقلابه عما وقع عليه. وكذا الحال لو أحال بالدين على أكثر من واحد، أو ضمنه كذلك.

السابع: صرح الفاضلان والشهيدان وغيرهم بجواز ابتياع المرتهن الرهن وفاء لدينه. وهو في الجملة مما لا إشكال فيه. ويشهد به - مضافاً إلى عموم صحة البيع - صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل ومعه الرهن، أيشترى الرهن منه؟ قال: نعم»^(٣). وقريب منه صحيح الحلبي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

عنه عليه السلام (١).

وحكي عن ابن الجنيد المنع أو الكراهة. وتقدم منا في ذيل الكلام في اشتراط وكالة المرتهن نقل كلامه، وهو ظاهر في كراهة توكله في البيع، لا في شرائه لنفسه. فراجع.

ولا إشكال فيه مع الشراء من نفس الراهن أو وكيله أو وليه. وكذا مع وكالته عن الراهن بتولي طرفي العقد مع التصريح في الوكالة بالعموم لشرائه لنفسه. وأما مع الإطلاق فالمصرح في كلام غير واحد الجواز، لتتحقق الغرض من البيع به، كبيعه على غيره. ومنع منه في جامع المقاصد. وكأنه لانصراف الإطلاق عنه. لكنه - لو تم - بدوي، كما أشار إليه في الجواهر.

وأظهر من ذلك ما إذا كان الرهن من سنخ الدين، بحيث يصلح لأن يكون وفاء له بنفسه من دون حاجة لبيعه، حيث لا يحتمل وجوب إبداله بمثله ثم الوفاء بالبدل، كما لعله ظاهر.

الثامن: روى المشايخ الثلاثة بطريق صحيح عن محمد بن رباح القلا قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات أخوه وترك صندوقاً فيه رهون بعضها عليه اسم صاحبه، وبكم هو، وبعضها لا يدري لمن هو، ولا بكم هو رهن، فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه؟ قال: هو كما له» (٢). وظاهره جواز معاملته ظاهراً معاملة الملك، للبناء على مساواته لدينه فيكون وفاء عن الدين وبدلاً عنه، ويقسم على الورثة كبقية أمواله.

ونسب في مفتاح الكرامة الحديث لعمر بن رباح القلا، وكأنه لأنه المذكور في كتب الرجال، في أسانيد بعض النصوص دون محمد. لكن يبعد جداً خطأ نسخ الكتب الثلاثة، ولا سيما مع روايته في الوسائل عن محمد لا عن عمر.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٤ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

لو اختلط المال المرهون بهال الميت وجواز معاملته معاملة الملك ٧٣

وعلى كلا الوجهين فالرجل معتبر، لرواية صفوان عنه، وقد ذكروا أنه لا يروي إلا عن ثقة، كما تكرر منا غير مرة.

ومن أجل ذلك يتعين التعويل عليه والفتوى بمضمونه. ولا سيما مع ظهور اعتماد مشايخ الحديث الثلاثة عليه.

ويتعدى منه للمرتهن نفسه لو ابتلى بنظير ذلك، لإلغاء احتمال خصوصية الموت عرفاً، بل المنسبق منه كون الحكم بذلك في الوارث متفرعاً على الحكم به في حق المورث، وأن ذلك من أجل الجهل بحال الرهن وعدم تيسر معرفته لا من طريق الراهن ولا من طريق المرتهن.

هذا وقد ذكر في السرائر وجملة ممن بعده أنه لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن فهو كسبيل ماله. وهو بدوياً متردد بين وجهين الأول: أنه لم يعلم وجود الرهن في جملة ماله الذي تركه. الثاني: أن يعلم بوجوده ولا يعرف بعينه.

والوجه فيما ذكروه على الأول ظاهر، لأن مقتضى يد الميراث على التركة ملكه لها بتامها ظاهراً. أما على الثاني فيشكل بعدم الدليل على ذلك، بل يجري حكم ما لو علم إجمالاً بوجود ملك الغير في ضمن التركة.

وقد أطالوا في الكلام في ذلك بما لا يسعنا متابعتهم فيه وتعقيبه. فراجع. وكيف كان فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه قد نعمل بالخبر وننزل عليه كلمات الأصحاب المذكورة، ويكون هو المخرج عن مقتضى القاعدة لو خالفوها.

لكن كلماتهم المتقدمة بعيدة عن مفاد الخبر، فلا مجال لجعله دليلاً لهم، بل هو دليل على ما تضمنه لا غير.

هذا تمام ما تيسر لنا من الكلام في كتاب الرهن، وكان الفراغ منه ضحى الإثنين الواحد والعشرين من شهر ربيع الثاني سنة ألف وأربعمائة وأربع وثلاثين لهجرة سيد المرسلين عليه وآله أفضل الصلوات وأزكى التحيات.

بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه، حامداً ومصلياً مسلماً.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الحجر

كتاب الحجر

وأساببه أمور (١):

الأول: الصغر فالصغير ممنوع من التصرف (٢)

(١) قد وقع الكلام بينهم في تعريف الحجر بنحو يطابق أسبابه المذكورة في كلماتهم والظاهر أنه لا تعريف له يطابقها، ولا يخرج عنها، فإن من أسباب الحجر لمنافاة حق الغير الفليس، والرهن وتعلق حق الغرماء بالتركة، وغير ذلك مما هو كثير جداً، ولكنهم لم يذكروا منها في المقام غير الفليس.

والولاية على زواج البالغة البكر مشتركة بينها وبين أبيها - على كلام طويل - الولاية على طلاق العبد لزوجته مشتركة بينه وبين سيده، مع أنهم ذكروا من أسباب الحجر الرق، ولم يذكروا البكارة.

كما أنه يستثنى من الحجر على الصبي الصدقة والوصية إذا بلغ عشر سنين، بل يحتمل في الوصية الاكتفاء بالسبع.

ومن أجل ذلك فالظاهر أن موضوع كتاب الحجر مصطلح صرف لا تعريف له حقيقي.

غايته أنه يبتني على ملاحظة سببية أسبابه المذكورة نوعاً، بنحو تكون مانعة من نفوذ التصرف ولو غالباً.

كما أنه قد يظهر من بعض كلماتهم اختصاصه بالمال دون النفس، مع أن غالب أسبابه تعم النفس، كما يظهر مما يأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا في الجملة لا ريب فيه، وفي التذكرة: «وهو محجور عليه بالنص

والإجماع»، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»، وعن مجمع البرهان أن عليه إجماع الأمة.

وموضوع كلام الأكثر هنا المال، كما هو مورد قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) وكذلك مورد أكثر النصوص.

لكن قد يستفاد منها العموم للنفس في التصرفات المعرضة للإضرار بها، بحيث يحتاج الاختيار فيها للحكمة. لظهور أن المناسبات الارتكازية قاضية بأن مانعية الصغر لقصور الصغير نوعاً، وذلك يقتضي عدم الفرق بين النفس والمال، بل لا يبعد أهمية النفس ارتكازاً.

على أن بعض النصوص يعم بإطلاقه النفس، كصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام المروي في الخصال: «سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه. قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم. قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء [ونبت عليه الشعر. ظ] جاز عليه أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^(٢). ونحوه حديثه الآخران الآتيان في تحديد البلوغ بالسن.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث. فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمره»^(٣)، ونحوه صحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام^(٤). فإن إطلاق عدم جواز الأمر وولاية الوالد له يشملان جميع

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٥. لكنه حذف من السند عبد الله بن سنان مع أن مصدره الخصال.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: ٥.

الإامع البلوغ (١) والرشد (٢).

التصرفات الاعبارةفة الفف من شأنها النفوذ، سواءً كانت عقداً أم إيقاعاً. كما أنه تقدم في المسألة الأولى من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع أن ما تضمن رفع القلم عن الصبي ينهض بإثبات عدم نفوذ ما يكون نفوذه من سنخ تبعه عمله وإلزامه بما ألزم نفسه، كالعقود والإيقاعات والإقرار. نعم قد يقصر هو والنصوص المقدمة عن مثل ملكه بالحيازة، لأن المملك له ليس هو إنشاء الملك بالحيازة، ليكون ترتب الملك من سنخ نفوذ التصرف الاعبارةفي، وإلزامه بما التزم به، بل الحيازة بنية التملك وترتب الملك عليها من سنخ ترتبه على السبب الخارجى عرفاً. كما أن كون قصد التملك شرطاً في ترتب الملك على الحيازة لا يرجع إلى كون سبب التملك هو القصد المذكور، بحيث يكون التملك بالحيازة أمراً إنشائياً يرجع إلى نفوذ القصد المذكور، كالبيع والهبة.

وكيف كان فلا إشكال عندهم في عموم حجر الصبي لغير المال من التصرفات الاعبارةفة ولو بضميمة الأدلة الخاصة الواردة في الموارد المتفرقة، حيث قد يستفاد منها العموم.

(١) وبه يرتفع الصغر والطفولة والصبا ونحوها من العناوين الحاكية عن واقع واحد، وقد تضمنتها بعض أدلة الحجر.

(٢) حيث لا إشكال ولا خلاف ظاهر في عدم رفع الحجر عن الصبي بدونه، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه».

ويقتضيه - مع ذلك - الآية الشريفة المقدمة، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيهًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(١)، وغير واحد من النصوص، كصحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، وهو أشده. وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

ويعلم الأول بإنبات الشعر الخشن على العانة (١)،

فليمسك عنه وليه ماله»^(١) وغيره.

وهي وإن وردت في المال إلا أنه يستفاد منها الحجر على التصرف في النفس بالتقريب المتقدم. مضافاً إلى إطلاق النصوص المتقدمة.

هذا والظاهر أن السفه والضعف المقابلين للرشد كما يكونان سبباً في بقاء الحجر على الصبي يكونان سبباً لحدوث الحجر لو تجددا في البالغ بعد رشده. لقضاء المناسبات الارتكازية بتوقف الاستقلال في السلطنة على الرشد، وأن اشتراط الرشد في ارتفاع الحجر عن الصبي في الآية الشريفة والنصوص، لكثرة تأخره عن البلوغ، من دون خصوصية لاستمرار الضعف وعدم الرشد من زمان الصبا.

مضافاً إلى إطلاق الآية الشريفة الثانية الواردة في كتابة الدين. وإلى ظهور المفروغية عن ذلك بين المسلمين، بل العقلاء عامة. ويأتي إن شاء الله تعالى عند الكلام في بقية أسباب الرشد ما يشهد بذلك.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب على اختلاف بينهم في كونه بلوغاً أو علامة عليه، وقد ادعى الإجماع عليه في التذكرة وظاهر المبسوط والسرائر وكشف الرموز ومحكي كنز العرفان وهو المتيقن من الإجماع على البلوغ بالإنبات في الخلاف والغنية وظاهر مجمع البيان والمسالك وغيرها. بل الظاهر أنه في مصطلحهم مختص بشعر العانة، خصوصاً مع مقابلته بالإشعار.

ويشهد له خبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال في حديث: «والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليتيم، حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^(٢)، وخبر الكناسي عنه عليه السلام قال في حديث: «يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الحجر حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث: ١.

الكلام في علامات البلوغ... انبات الشعر الخشن على العانة..... ٨١

أو ينبت في عانته قبل ذلك»^(١)، وخبر أبي البخري عن جعفر عن أبيه في قضية بني قريظة «قال: قال: إن رسول الله ﷺ عرضهم يومئذ على العانات فمن وجده أنبت قتله، ومن لم يجده أنبت أحقه بالذراري»^(٢).

وهذه النصوص وإن لم تخل أسانيدھا عن إشكال، إلا أن ظهور عمل الأصحاب بها واعتمادهم عليها كاف في التعويل عليها. ولا سيما مع شيوع الابتلاء بذلك، حيث يمتنع عادة خفاء الحكم فيه عليهم.

هذا وأما الخلاف بينهم في كونه بلوغاً أو دليلاً على البلوغ فلا أثر له عملي، وإن كان مقتضى الجمود على مفاد النصوص الأول.

وإنما المهم الكلام في أمور الأول: من المعلوم أن المراد في المقام خصوص الشعر الخشن، كما صرح بذلك غير واحد. لأنه الذي يخرج عند البلوغ، وإلا فالشعر الخفيف - كالزغب ونحوه - كثيراً ما يحصل قبل البلوغ بل، مع الطفولة في أوائل مراحلها. ومن ثم كان هو منصرف النصوص في المقام.

الثاني: أن المتيقن - بملاحظة كلام الأصحاب - ترتب الأثر على شعر العانة، وعليه اقتصر بعضهم. وفي كتاب الحجر من المسوط: «ولا خلاف أن إنبات اللحية لا يحكم بمجردة بالبلوغ وكذا سائر الشعور. وفي الناس من قال: إنه علم على البلوغ. وهو الأولى. لأنه لم تجر العادة بخروج لحيته من غير بلوغ». وقريب منه في التذكرة والمسالك. بل صرح في صوم المسوط والتهذيب بأن حدّ البلوغ أمور، منها: الإنبات أو الإشعار. وقد تقدم أن المراد بالأول شعر العانة، والظاهر أن المراد بالثاني اللحية، أو هي مع الشارب، واستقرب في التحرير أن اللحية دليل على البلوغ، وقواه في الروضة مع إضافة اخضرار الشارب، وهو مقتضى ما في وصايا النهاية والمهذب من الاقتصار على الإشعار.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٧ من أبواب كتاب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ٩.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ١٥ من أبواب كتاب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ٢.

هذا وقد تقدم الاستدلال بالعادة من المبسوط والتذكرة والمسالك. وضعفه ظاهر، سواء أريد بذلك كونه دليلاً على البلوغ في عرض بقية العلامات المنصوصة، بحيث يعول عليه ولو مع العلم بعدم تحقق شيء منها، أم أريد به كونه دليلاً على تحقق البلوغ مع الشك في تحقق بعضها لا مع العلم بعدمه. لما هو المعلوم من عدم نهوض العادة بالاستدلال.

نعم استدل في الرياض بإطلاق بعض المعتبرة، كمعقد إجماع الغنية، والتصريح في بعضها بإلحاق شعر الوجه بالعانة.

لكن معقد إجماع الغنية - كإجماع الخلاف - الإنبات، والظاهر منه - كما سبق - خصوص شعر العانة. ولا أقل من كونه المتيقن منه الذي يجب الاقتصار عليه بعد العلم بعدم إرادة الإطلاق، إذ لا إشكال في عدم شمول مثل شعر الرأس.

وإما إطلاق بعض المعتبرة فكأن المراد به خبر حمران المتقدم، حيث تضمن الإشعار، الذي لا إشكال في شموله لشعر الوجه، بل هو الظاهر منه أو المتيقن. لكن في طريقه عبدالعزيز العبدى، ولم يثبت توثيقه، بل ضعفه النجاشي.

وأما التصريح بإلحاق شعر الوجه في بعضها، فكأن المراد به خبر الكناسي. لكن لم يروه إلا الشيخ في كتابيه، وقد رواه عن يزيد الكناسي، وهو يزيد أبو خالد الكناسي، ذكره الشيخ قده في رجاله، ولم يوثقه هو ولا غيره.

نعم ذكر النجاشي يزيد أبا خالد القماط، ووثقه وذكر أن له كتاباً، وروى الكشي له مناظرة مع زيدي أعجبت الإمام الصادق عليه السلام. ومع ذلك لم يذكره الشيخ في كتابه، واقتصر على الكناسي، حيث يناسب ذلك اتحادهما. ولا سيما أن الأول كوفي على ما ذكره البرقي والكناسة محلة في الكوفة.

إلا أن البرقي اقتصر على الكناسي في أصحاب الإمام أبي جعفر الباقر عليه السلام، وعلى القماط في أصحاب الإمام أبي عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام. وهو قد يشعر بالتعدد، كما نبه لذلك كله بعض مشايخنا قدهم.

عدم الفرق في ذلك بين الذكر والأنثى ٨٣

إلا أن يستظهر منه الاتحاد أيضاً، لعدّ الشيخ رحمته الكناسي من أصحابهما عليهما معاً، فاقترار البرقي في أصحاب الصادق عليه على القاط يناسب الاتحاد. وإن كان الأمر مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

ولعل الأولى في وجه التعويل على الحديثين المذكورين هو ظهور انجبارهما بعمل الأصحاب، لأنها عمدة الدليل على البلوغ بالسن في الرجل - كما يأتي - وبظهور الشعر. وإلا فمن البعيد تعويلهم في الثاني على خصوص خبر أبي البخري. ولا سيما مع اقتصار الكليني رحمته على الأول في الباب المناسب، وهو حد البلوغ الذي يجب معه الحدود التامة، واقتصار الشيخ رحمته على الثاني في الباب المناسب أيضاً، وهو حد البلوغ الذي يلزم به النكاح. ولم يذكر خبر أبي البخري إلا في باب النوادر من كتاب الجهاد من التهذيب.

ولعل اقتصار بعضهم على شعر العانة، لأنه الأسبق غالباً، فيغني ذكره عن شعر الوجه، لا لعدم التعويل على شعر الوجه لو كان أسبق. كما أن الاقتصار على الإنبات في كلام غير واحد قد لا يراد به خصوص شعر العانة، بل إنبات مطلق الشعر الذي يتجدد بتجاوز مرحلة الطفولة كالاقتصار على الإشعار في كلام من سبق، فلا يتحقق الخلاف من هؤلاء كلهم. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

الثالث: مقتضى إطلاق غير واحد وتصريح آخرين عدم الفرق في البلوغ بذلك بين الذكر والأنثى، بل هو مقتضى إطلاق جملة من الإجماعات المتقدمة وفي الجواهر أنه قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها بالذكر وإن لم يعرف نقل الخلاف في العموم للأنثى.

وكيف فالنصوص - كما سبق - مختصة بالذكر. والتعدي للأنثى يبتني على فهم العموم منها، لإلغاء خصوصية مواردها عرفاً، أو على الأولوية، لأنه فيها أخرى أن يتأخر عن سن البلوغ. وكلاهما لا يخلو عن إشكال.

أو الاحتلام (١)،

(١) الظاهر عدم الخلاف فيه، بل الإجماع عليه، بل المفروغية عنه، وإن اختلفوا بين من عبر بخروج المنى ومن عبر بالاحتلام. وإن كان الظاهر رجوع الثاني للأول، لإلغاء، خصوصية الاحتلام في بعض النصوص، وفهم أن ذكره فيها لبيان تكامل المزاج بحيث يصل حد بلوغ النكاح الذي تضمنته الآية الشريفة^(١)، وأن ذكر الاحتلام الغلبة سبق خروج المنى فيه على خروجه في اليقظة.

ولا يبعد كون ذلك هو المراد من بلوغ الحلم في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾^(٢) وفي بعض النصوص، بأن يراد به أن يصير من شأنهم الاحتلام. قال في التذكرة: «الحلم هو خروج المنى من الذكر أو قبل المرأة مطلقاً، سواء كان بشهوة أو غير شهوة، وسواء كان بجماع أو غير جماع، وسواء كان في نوم أو يقظة. ولا يختص بالاحتلام، بل هو منوط بمطلق الخروج مع إمكانه باستكمال تسع سنين مطلقاً عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصة».

هذا وعن مجمع البرهان: «تحقق البلوغ ببلوغ النكاح بمعنى الحد الذي يتمكن معه من الجماع والإنزال، جامع أم لم يجامع، أنزل أم لم ينزل». ومقتضاه الاكتفاء بقابلية الإنزال لا فعليته. وكأنه لتفسيره الآية الشريفة في سورة النور بذلك.

لكن من القريب انصراف الآية الشريفة إلى صورة نزول المنى، لأنه المتيسر للتشخيص نوعاً. وأما هيجان الغريزة فهو كثيراً ما يكون في دور المراهقة من دون أن يصل إلى إمكان خروج المنى. مع أنه مقتضى الجمع مع النصوص المتضمنة للاحتلام الذي لا إشكال في كون المراد به ما يصاحب الإنزال. وهو المناسب لاقتصار جماعه على خروج المنى. ومن هنا لا ينبغي الإشكال في كون المعيار في البلوغ هو خروج المنى فعلاً، لا قوة.

(١) سورة النساء: الآية ٦

(٢) سورة النور: الآية ٥٩

هذا وظاهر النهاية والمهذب وصوم المسوط وخمس الوسيلة ونوادر قضاء السرائر اختصاص أمارية الاحتلام على البلوغ بالذكر، بل هو كالصريح منها، وظاهر الأخير إجماع أصحابنا على ذلك. لكن صريح حجر المسوط العموم للأنثى، وهو ظاهر أو صريح غير واحد، بل قد صرح في كلام بعضهم بالإجماع عليه، كما هو ظاهر ما تقدم من التذكرة.

لكن ما في التذكرة من أن الحد في إمكانه في المرأة بلوغ تسع سنين - لو تم -، مسقط له عن ذلك، لتحقق بلوغها عندهم - كما يأتي - ببلوغ تسع سنين، ومع إحراز ذلك فيها لا أثر لاحتلامها في إحراز بلوغها، كما هو ظاهر. كما أنه لو فرض ملازمته للحيض جرى فيه ما يأتي في الحيض إن شاء الله تعالى.

هذا ومن الظاهر اختصاص أكثر نصوص الاحتلام بالذكر. نعم بعضها وارد في الصبي، كنصوص رفع القلم، حيث يمكن حملها على الجنس بحيث يشمل الأنثى. وكذا الآيتان الشريفتان الواردتان في اليتيم والطفل ونحوهما.

إلا أن من القريب انصرافها للذكر لغلبة بلوغ الأنثى بالسن قبل الاحتلام بمدة طويلة، بحيث يستغنى في بلوغها عنه، ولا يصلح الاحتلام فيها لأن يكون غاية لليتيم والطفولة ورفع القلم، كما هو ظاهر الآيتين الشريفتين والنصوص المذكورة فإن وضوح الغلبة المذكورة قد يكون سبباً في الانصراف المذكور.

ومن ثم يشكل الاستدلال بإطلاقها لو تم لها إطلاق بدوي بلحاظ ما ذكرناه من حمل العناوين التي تضمنتها على الجنس.

نعم قد يدعي استفادة عموم الحكم للأنثى منها بإلغاء خصوصية الذكر، أو تنقيح المناط، لفهم أن التحديد بذلك لكونه حد التكامل الغريزي المشترك بين الصنفين وإن لم يخل عن إشكال. فلاحظ.

ثم إنه قال في الشرائع: «وخروج المنى الذي يكون من الولد من الموضع المعتاد» ونحوه في القواعد. وقد يحمل على التقييد، بل في المسالك أنه الظاهر منه والذي فهمه

أو الحيض (١)،

منه جماعة. وحينئذ يدل على أن من المنى ما قد لا يتكون منه الولد. ويشكل بأن المراد إن كان هو تكون الولد منه بشخصه، فهو - مع منافاته لإطلاق الأدلة - غير صالح للتشخيص عند الخروج، فلا يصلح علامة على البلوغ. وإن كان هو تكون الولد نوعاً، بأن يكون المنى قسماً: ما يتكون منه الولد وما لا يتكون، كما قيل من أن الأول يرسب في الماء والثاني يطفو عليه. ففيه - مع منافاته لإطلاق الأدلة أيضاً -: أن ذلك غير ثابت في نفسه، والعلامة المذكورة غير معهودة عرفاً، ولا سيرة على الرجوع إليها.

ومن هنا كان الظاهر حمل كلامهما على التوصيف لبيان واقع المنى. في مقابل الرطوبات الأخرى الخارجة من الإنسان، كالودي وغيره مما هو معروف للعرف ويسهل تشخيصه عليهم، كما ذكر ذلك في الجملة في المسالك. ويأتي عند الكلام في أمارية الحمل على البلوغ ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

(١) اختلفت كلماتهم في كون الحيض بنفسه بلوغاً أو كونه دليلاً عليه وكاشفاً عنه من دون أن يكون بلوغاً في نفسه. والاختلاف المذكور قد يبلغ حد التدافع، ففي الغنية وظاهر قضاء السرائر الإجماع على الأول، وعن مجمع البرهان عند الكلام فيه وفي الحمل: «الظاهر أنها دليلان بالإجماع»، وفي المسالك: «لا خلاف في كونها دليلين على سبق البلوغ».

هذا ويأتي عند الكلام في التحديد بالسن قوله عليه السلام في موثق عمار: «والجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم»، وفي حديث أبي بصير: «وعلى الجارية إذا حاضت الصيام والخمار...» وقوله عليه السلام في موثق عبدالله بن سنان: «وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، وذلك أنها تحيض لتسع» وفي حديث الكناسي قوله عليه السلام: «وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبي، وجاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن

أدرت مدرك النساء. قلت: أفتقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال، وإنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال: نعم».

ومقتضى ذلك كله تحقق البلوغ مع الحيض، كما هو صريح الأولين، ومقتضى التعليل في الثالث، ومقتضى فرض أن إدراك مدرك النساء به في الرابع، فإن إدراك مدرك النساء لا يناسب الصبا والطفولة.

مضافاً إلى صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: لا يصلح للجارية إذا حاضت إلا أن تحتمر، إلا أن لا تجده»^(١)

وصحيح عبدالرحمن بن الحجاج: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي أن تغطي رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم؟ ومتى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاة؟ قال: لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة»^(٢) فإن المراد بحرمة الصلاة عليها حيضها، إلى غير ذلك مما يظهر منه أن الحيض لا يجتمع مع الصبا وعدم البلوغ.

لكن يأتي أيضاً تحقق البلوغ بإكمال تسع سنين، كما ذكروا من دون خلاف منهم أن الحيض لا يكون إلا بعد إكمالها. ومقتضى ذلك أن البلوغ لا يكون بالحيض فعلاً، بل بإمكانه بإكمال تسع سنين، وهو كالصريح من موثق عبدالله بن سنان المتقدم.

ولذا قال في صوم السرائر بعد ذكر الحيض والحمل في جملة علامات بلوغ المرأة: «هكذا يذكر في الكتب. والمحصل من هذا بلوغ التسع سنين، لأنها لا تحيض قبل ذلك ولا تحمل قبل ذلك، فعاد الأمر إلى بلوغ تسع سنين. وإنما أوردنا ما أورده غيرنا من المصنفين».

وقد حاول غير واحد تقريب أماريته على البلوغ في فرض الشك في استكمال الصبية تسع سنين، حيث يعلم بالحيض استكمالها لها، لكشف اللازم عن الملزوم،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٢٦ من أبواب كتاب مقدمات النكاح وآدابه حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٢٦ من أبواب كتاب مقدمات النكاح حديث: ٢.

وإلى هذا قد يرجع قوله في الشرايع: «أما الحمل والحيض فليسا بلوغاً في حق النساء، بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ».

لكن مقتضى تحديد سن الحيض إكمال التسع سنين عدم الحكم بالحيض إلا بعد إحراز إكمالها لها، وإلا فمقتضى استصحاب عدم إكمالها لها عدم كونه حيضاً وإن كان بصفاته أو غيرها من علاماته الشرعية، فلا يكون كاشفاً عن لازم الحيض، وهو إكمال التسع، بحيث يكون دليلاً عليه شرعاً.

نعم يقدر يقطع بسبب الحيض ببلوغها تسع سنين، كما قد يقطع بسبب غيره من لوازم البلوغ الخارجية أو غيرها ويكون العمل على القطع المذكور، لا على الحيض بنفسه كعلامة شرعية عليه.

هذا وقد يدعى العلم بكون الدم حيضاً قبل استكمال التسع سنين، كما تقدم في بحث الحيض من كتاب الطهارة ذكره كقضية فرضية، وادعي تحققه خارجاً في أيامنا هذه - بحيث يترتب عليه لوازمه الخارجية من الحمل ونحوه - بسبب اختلاف بعض الأغذية كيميائياً عما كانت عليه، وتبدل نسب الهرمونات فيها.

وحينئذٍ هل يحكم ببلوغ الصبية بذلك، بحيث تترتب آثاره من ثبوت التكليف والحدود التامة وارتفاع الحجر، أو لا بل يتوقف بلوغها معه على استكمال تسع سنين؟ قد يدعى أن الأول مقتضى إطلاق موثق عمار وحديث أبي بصير وصحیح محمد بن مسلم وعبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة.

لكن موثق عمار وحديث أبي بصير كالصريحين في عدم تحقق البلوغ باستكمال التسع، لغلبة تأخر الحيض عنه، ولا يكون علامة على البلوغ مع سبق البلوغ وحملها على خصوص صورة تقدم الحيض على التسع حمل على الفرد النارد. بل لعله غير موجود في عصر صدورهما. ومن ثم يأتي أنه يتعين الإعراض عنهما ورد علمهما لقاتلها عليه السلام.

وأما صحيح محمد بن مسلم فاللازم حملة على عدم وجوب الخمار بالتسع ولو

بحمله على الخمار في الصلاة، كما هو مورد معتبر يونس^(١) وخبر أبي البخترى^(٢)، من دون أن يكون مسوقاً لبيان حد البلوغ.

ويجري ذلك في صحيح عبدالرحمن بن الحجاج، وإن كان صريحاً في العموم للخمار من أجل التستر من المحارم.

بل لعل التعبير فيه عن الحيض بحرمة الصلاة ظاهر أو مشعر بأن من شأنها أن تصلي قبل ذلك لبلوغها بنحو يستتبع التكليف بالصلاة باستكمال التسع، فلا يشمل الحيض السابق على ذلك.

ومثله الاستدلال بما تقدم في موثق عبدالله بن سنان من تعليل بلوغها بالتسع سنين بأنها تحيض لتسع. لاندفاعه بأنه حيث لا يراد به حصول الحيض لها فعلاً، بل بدء إمكانه، ففرض وقوع الحيض لها قبل ذلك مستلزم لحمله على أن العلة غلبة إمكانه بمقتضى الوضع الطبيعي الغالب في المرأة، فلا يدل على تحقق البلوغ بإمكانه أو فعليته على وجه الشذوذ والخروج عن طبيعتها الأولية.

ومن هنا أنه لا مجال للاستدلال بالنصوص المذكورة على تحقق البلوغ بالحيض قبل استكمال التسع.

هذا كله بناء على ما هو الظاهر وتقدم في محله، من أن تحديد الشارع الأقدس للحيض بالسن واقعي، ولو بنحو القضية الغالبية، وأنه لو تم إطلاقاً لدليل بعض أحكامه لكان ثابتاً لما علم بحيضيته مما خرج عن الحد.

وأظهر من ذلك بناء على ما ذكره سيدنا المصنف عليه السلام من أن التحديد المذكور وإن كان ظاهراً بدواً في التحديد الواقعي، إلا أنه بعد العلم بمخالفته للواقع، لفرض العلم بحيضية الخارج عن الحد، لا بد من حمله على التحديد الشرعي الراجع لعدم ترتب أحكام الحيض الشرعية على ما خرج عن الحد وإن كان حيضاً واقعاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ٣ باب: ٢٨ من أبواب كتاب لباس المصلي حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٣ باب: ٢٨ من أبواب كتاب لباس المصلي حديث: ١٣.

لظهور أنه على ذلك لا ينفع إطلاق دليل سببية الحيض للبلوغ - لو تم - في البناء على تحقق البلوغ بالحيض المذكور، بل لا بد فيه من دليل خاص وهو مفقود قطعاً.

وقد تحصل من جميع ما سبق: أنه لا مجال لعد الحيض من أسباب البلوغ ولا من علاماته بناء على ما يأتي من تحقق البلوغ باستكمال تسع سنين.

هذا وأما الحمل فالظاهر ملازمته لإمكان الحيض من حيثة السن، فمهما كان الحيض دليلاً على استكمال التسع فالحمل كذلك.

نعم لو احتمل عدم ملازمته للسن للخروج عن مقتضى الطبيعة العامة - كما سبق من دعوى حصول ذلك في هذه الأيام - فلا مجال للبناء على كونه دليلاً على استكمال التسع وحصول البلوغ، بل مقتضى الاستصحاب عدمه. كما لا مجال للبناء على كونه بنفسه بلوغاً، لعين ما سبق في الحيض، بل هو أولى منه، لعدم ورود النصوص فيه.

نعم يظهر من بعض كلماتهم أن المنى في المرأة - كالمنى من الرجل - هو الذي يتكون منه الولد، فيكون الحمل كاشفاً عنه كشف الأثر عن المؤثر. ويكون الدليل على حصول البلوغ به ليس هو ملازمته لإمكان الحيض، ليجري فيه ما سبق، بل عموم حصول البلوغ بالاحتلام بعد ما سبق من كون المراد به خروج المنى، بضميمة عموم سببية الاحتلام للبلوغ للأثني وعدم اختصاصه بالذكر

لكن سبق الإشكال في عموم سببية الاحتلام للبلوغ للأثني. مضافاً إلى أمرين الأول: أن ما يتكون منه الولد لا يخرج مع الحمل، بل يتحول قبل خروجه فيصير ولداً، والخارج هو الولد، لا ما يتحول منه، وشمول العموم لذلك لا يخلو عن إشكال.

الثاني: أن الظاهر أن المراد من منى المرأة ليس هو ما يتكون منه الولد، بل ما يخرج منها بدق عند بلوغ الشهوة الذرورة، كما ذكرناه عند الكلام في سببية الاحتلام

أو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر (١)،

للجنابة.

أما ما يتكون منه الولد فهو الملازم لنضوح المرأة بحيث تفرز البويضة التي تحتضن حيمن الرجل الذي يتكون في منيه، وهي التي يكون من شأنها أن تحيض وتحمل. وذلك لا يكون ملازماً للشهوة، بل قد تحمل من دون أن تعلم أو تحس بشيء، ولا تعلم بحملها إلا بعد زمن ليس باليسير بسبب ظهور مضاعفاته.

ومن هنا كان الحمل من شؤون الحيض، ويجري فيه ما سبق، لا من لوازم الاحتلام. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي المختلف وعن غيره أنه المشهور، وفي المسالك أنه المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً، بل ادعي عليه الإجماع في الخلاف والغنية وظاهر مجمع البيان والسرائر والتذكرة وعن غيرها.

ويقتضيه حديثان حمران والكناسي المتقدمان. ويظهر الوجه في حجيتها مما تقدم عند الكلام في تحقق البلوغ بظهور الشعر في الوجه.

مضافاً إلى صحيح معاوية بن وهب قال في حديث: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: ما بينه وبين خمس عشرة سنة و[أو. يب صا] أربع عشرة سنة...»^(١). فإنه وإن لم يدل على تحديد البلوغ، لامتناع التوسع في الحد، إلا أنه يدل على عدم وجوب الصوم عليه قبل الخمس عشرة سنة. ووجوبه بعدها يكاد يكون متيقناً بملاحظة النصوص وكلام الأصحاب.

ويؤيد ذلك النبوي المروي في الخلاف والغنية وجملة من كتب أصحابنا: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود»، والآخر المروي عن ابن عمر.

هذا وقد اقتصر في المختلف في نقل الخلاف على ابن الجنيد، حيث نسب له

(١) وسائل الشيعة ج: ٧ باب: ٢٩ من أبواب كتاب من أبواب من يجب منه الصوم حديث: ١.

حصول البلوغ بأربع عشرة سنة، مستدلاً بمعتبر أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت: في كم تجري الأحكام على الصبيان؟ قال في ثلاث عشرة وأربع عشرة. قلت: فإنه لم يحتلم فيها. قال: وإن كان لم يحتلم، فإن الأحكام تجري عليه»^(١). وقد يظهر من ذكره في باب جامع من القضايا والأحكام من النهاية عمله به.

لكن عطف الأربع عشرة على الثلاث عشرة مانع من حمله على التحديد، إذ لا مجال للتوسع في الحد، والمتعين حمله على الاستحباب في الأحكام غير المنافية للاحتياط.

ودعوى: أن امتناع الترديد من الإمام عليه السلام ملزم بحمله على الترديد من الراوي، فيتعين الاختصار على الأربع عشرة، لأنه المتيقن في الخروج عن الأصل. مدفوعة بأن الحديث لم يشتمل على الترديد، بل التوسع، وهو لا يناسب التحديد، بل الاستحباب، كما سبق.

نعم يمكن حمله على استحباب التقديم للثلاثة عشرة مع تمامية الحد بالأربع عشر. لكنه موقوف على ثبوت التحديد بالأربع عشرة من دليل آخر، ليكون ذلك مقتضى الجمع العرفي بينه وبين هذا الحديث، ولا ينهض به هذا الحديث وحده بعد امتناع حمله على التحديد. ولا سيما بملاحظة النصوص السابقة.

وبذلك يظهر أن ذلك هو المتعين حتى لو فرض ظهوره في الترديد. لأن حمله على الترديد من الراوي مخالف لظاهره جداً.

هذا وقد تضمن غير واحد من النصوص بلوغ الصبي بإكمال ثلاث عشرة سنة، كموثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة. فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم. والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٣.

قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم»^(١).

وموثق عبدالله بن سنان أو معتبره عن أبي عبدالله عليه السلام: «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾ قال: الاحتلام. قال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها. فقال: لا. إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئات وجاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً. قال: وما السفيه؟ فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله»^(٢). وفي موثقه عنه عليه السلام: «قال: إذا بلغ الغلام ثلاثة عشرة سنة كتب له الحسنات، وكتبت عليه السيئة وعوقب. وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك. وذلك أمها تحيض لتسع سنين»^(٣).

وإليها يرجع ما في صحيحه عنه عليه السلام: «قال: إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتملين احتلم أو لم يحتلم، وكتب عليه السيئات، وكتبت له الحسنات، وجاز له كل شيء، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^(٤).

وذكر الدخول في الأربع عشرة قد لا يكون لا شتراطه في البلوغ، بل لدفع توهم الاكتفاء في بلوغ الثلاث عشرة بالدخول فيها، وبيان أنه لا بد في ترتب الآثار المذكورة من إكمالها، الذي لا فاصل بينه وبين الدخول في الأربع عشر. ولا أقل من لزوم حمله على ذلك أو نحوه جمعاً مع النصوص السابقة ولا سيما مع مشاركته لبعضها في الراوي.

وكيف كان فقد نسب في مفتاح الكرامة لظاهر الصدوق في باب انقطاع يتم اليتم القول بمضمون الصحيح.

(١) وسائل الشيعة ج: ١ باب: ٤ من أبواب كتاب مقدمة العبادات حديث: ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب مقدمة الوصايا حديث: ٨.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب مقدمة الوصايا حديث: ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب مقدمة الوصايا حديث: ١١.

لكنه في الباب المذكور اقتصر على ذكر بعض النصوص الظاهرة في أن المدار على الاحتلام وعلى هذا الصحيح، من دون تعرض لكيفية الجمع بينها. بل مقتضى ما ذكره في كتاب الصوم - مما يأتي التعرض له - عدم التعويل عليه، بل على نصوص الاحتلام.

ومثله دعوى ظهور كلام الشيخ في الاستبصار في ذلك، لأنه ذكر صحيح علي بن جعفر المتضمن وجوب الصوم عليه إذا راهق الحلم وعرف الصلاة والصوم وموثق عمار المتقدم، ثم ذكر نصوصاً آخر بمضامين آخر، ثم قال: «فالوجه في هذه الأخبار أن نحملها على ضرب من الاستحباب والندب والتأديب، والأولة على الوجوب، لثلاث تناقض الأخبار».

لاندفاعها بأن في جملة الأخبار الأخيرة ما يتضمن أخذ الصبيان بالصيام فيما بين خمس عشرة سنة أو أربع عشرة، وكيف يمكن حمله على الاستحباب مع العمل بموثق عمار وحمله على الوجوب؟!.

وذلك يشهد باضطراب كلامه. وكان ذلك منه ناش من اهتمامه في الاستبصار بالجمع بين الأخبار، لدفع توهم تناقض أحكام الأئمة صلوات الله عليهم، بنحو قد يغفل معه عن اضطراب النتائج، من دون أن يكشف عن رأيه الفقهي وفتواه التي عليها العمل، كما ذكره في الجملة غير واحد.

وأظهر من ذلك ما في صلاة التهذيب، حيث ذكر نصوصاً كثيرة، منها موثق عمار المتقدم، وصحيح معاوية بن وهب المتقدم المتضمن أخذه بالصيام فيما بين خمس عشرة أو أربع عشرة، ثم ذكر أن الفرض يتعلق وجوبه بحال الكمال، من دون أن يتعرض لتحديد الحال المذكور.

ومن ثم لم يثبت القول بذلك من قدماء الأصحاب، وإنما ذكره في المدارك قولاً ولم يعين قائله، وفي مفتاح الكرامة: «وكأنه صار إليه بعض متأخري المتأخرين، كالأردبيلي وصاحب المدارك وصاحب الكفاية» ولا يحضرنى من ذلك إلا المدارك،

ولا ظهور لكلامه في ذلك.

وكيف كان فلا مجال للتعويل على النصوص المذكورة مع عدم ظهور العامل بها من قدماء الأصحاب ومع معارضتها بحديثي الخمس عشرة المتقدمين. وحديثي معاوية والثمالي المتقدمين سواءً حملاً على الاستحباب أم الوجوب، إذ لا مجال للتوسع في الحد لو كان يتم بالثلاث عشرة. وكذا تعارض بمرسل العباس بن عامر الآتي إن شاء الله تعالى.

وفي المقنع: «وروي أن الغلام يؤخذ بالصوم ما بين أربع عشرة سنة إلى خمسة عشرة سنة إلى ستة عشر سنة، إلا أن يقوى قبل ذلك».

وكأنه جمع بين مضمون صحيح معاوية بن وهب المتقدم وما عن الخصال مسنداً إلى العباس بن عامر عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمسة عشرة سنة إلى ستة عشرة سنة»^(١). ومقتضاه عدم وجوب الصوم بالسن قبل ست عشرة سنة، لأن المفروض فيه أن ذلك كله صوم التأديب.

فإن كان المراد بالست عشرة سنة في المرسل الطعن فيها قارب المشهور. وإن المراد إكمالها - كما هو الظاهر بدواً - خالفهم. إلا أنه لا مجال للخروج به عما سبق مع ضعفه، وعدم ظهور تعويل الأصحاب عليه، وقرب حملة على الطعن فيها جمعاً مع أدلة المشهور.

وفي الفقيه في باب الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بالصوم، ذكر جملة من النصوص المختلفة المضامين، ومنها صحيح معاوية بن وهب المتقدم، ثم قال: «وهذه الأخبار كلها متفقة المعاني يؤخذ الصبي بالصيام إذا بلغ تسع سنين إلى أربع عشرة سنة أو خمس عشرة سنة وإلى الاحتلام، وكذلك المرأة إلى الحيض. ووجوب الصوم عليها بعد الاحتلام والحيض وما قبل ذلك تأديب». ومقتضاه حصر البلوغ في الذكر والأنثى بالاحتلام والحيض وإهمال جميع نصوص التحديد بالسن.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب ما يصح منه الصوم حديث: ١٣.

كما يظهر إهمالها أيضاً من وصايا النهاية، حيث قال: «وحد بلوغ الصبي أن يجتلم أو يشعر أو يكمل عقله، فمتى حصل فيه شيء من هذه الأوصاف فقد دخل في حد الكمال، ووجب على وليه تسليم ماله إليه وتمكينه من التصرف فيه، إلا أن يكون سفيهاً ضعيف العقل، فإنه لا يمكن من التصرف على حال».

نعم ما ذكره من كمال العقل لا يخلو عن إجمال، ولا سيما مع ما سبق منه من نفوذ وصية الصبي في المعروف من وجوه البر إذا بلغ عشر سنين ولم يكن قد كمل عقله غير أنه لا يضع الشيء إلا في موضعه، وما في ذيل كلامه المتقدم من استثناء ما إذا كان سفيهاً ضعيف العقل في فرض بلوغ بأحد العلامات الثلاث المذكورة.

وكيف كان. فلا مجال لإهمال النصوص التحديد بالسن. (أولاً): لنهوض النصوص في الجملة بالتحديد به ولو بضميمة الأصل القاضي بعدم تحقق البلوغ وترتيب آثاره بالأقل.

(وثانياً): للقطع بعدم قصر التحديد على الاحتلام والحيض، حيث قد يتأخران أو لا يتحققان أصلاً لنقص في المزاج مع عدم الريب في عدم بقاء الصبا والطفولة حينئذ.

بقي في المقام نصوص أخر بمضامين مختلفة

(منها): معتبر سليمان بن حفص المروزي عن الرجل عليه السلام: «قال: إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره وقد وجبت عليه الفرائض والحدود، وإذا تم للجارية تسع سنين فكذلك»^(١).

ومعتبر^(٢) الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٨ من أبواب كتاب السرقة حديث: ١٣.

(٢) رواه في التهذيب بسنده عن علي بن الحسن بن فضال عن العبيدي عن الحسن بن راشد. وحيث كان العبيدي مجهولاً يتعين ضعف الحديث لكن قال بعض مشايخنا عليه السلام في معجمه: «الظاهر أن في العبارة تحريفاً، والصحيح علي بن الحسن عن العبيدي عن الحسن بن راشد، كما في بعض النسخ، لكثرة رواية علي بن الحسين عن العبيدي وروايته عن الحسن بن راشد على أنه لا وجود للعبيدي في هذه الطبقة» وما ذكره قريب جداً، وحيث كان العبيدي ثقة كان الحديث معتبراً. منه عفي عنه.

فجائز أمره في ماله، وقد وجبت عليه الفرائض والحدود. وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك»^(١). وهما مخالفان للنصوص السابقة، وحتى الآتية في الجملة، ولا يظهر منهم العمل بها، بل الظاهر منهم هجرها.

(ومنها): ما أرسله في النافع، فإنه بعد اختياره لقول المشهور قال: «وفي رواية أخرى بلوغ عشرة». وقد صرح غير واحد بعدم العثور على الرواية المذكورة.

نعم في صحيح أبي أيوب الخزاز: «قال: سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين. قلت: ويجوز أمره؟ فقال: إن رسول الله ﷺ دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة. فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته»^(٢). ومن الظاهر عدم حجية قول إسماعيل. ومن البعيد إرادة المحقق له. ولعله يشير إلى ما ورد في خصوص بعض الأحكام مما تأتي الإشارة إليه. وكيف كان فالرواية المذكورة مخالفة للنصوص السابقة، ولصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنا بامرأة محصنة. قال: لا ترجم، لأن الذي زنا بها ليس بمدرك، ولو كان مدركاً رجمت»^(٣).

(ومنها): ما ورد في موارد خاصة كالصدقة والطلاق والشهادات والحدود والقصاص. والكلام فيها موكل لمخالها ولا تنفع في إثبات البلوغ بنحو يترتب عليه جميع أحكامه ومنها عموم رفع الحجر.

ومن هنا لا يخرج عما عليه المشهور من بلوغ الصبي بخمس عشرة سنة. ولا سيما امتناع خطأ المشهور عادة في مثل هذا الحكم الشائع الابتلاء في جميع العصور من دون استثناء.

هذا وفي التذكرة والمسالك أنه لا يكفي الطعن في الخمس عشرة سنة، بل لا بد

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الشهادات حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١ باب: ٤ من أبواب كتاب مقدمة العبادات حديث: ٤.

وتسع في الأئشي (١).

من إكمالها، عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب. وظاهرهما الإجماع على ذلك. غير أنه لا وجه للاستدلال بالاستصحاب، إذ هو إنما يكون في فرض إجمال دليل التحديد، مع أن ذلك هو الظاهر من بلوغ الخمس عشرة الذي تضمنه الحديثان المتقدمان. بل تقدم في النبوي المروي في جملة من كتب أصحابنا: «إذا استكمل المولود خمس عشرة...».

قال في مفتاح الكرامة: «فمناقشته في مجمع البرهان في ذلك، واكتفاؤه بالطعن فيها لم تصادف محزها». فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. (١) كما صرح به جمهور الأصحاب. وهو المشهور، كما في المختلف والمهذب البارع والمسالك والروضة وغيرها، بل ادعي الإجماع عليه في الخلاف والغنية وظاهر السرائر والتذكرة ومحكي كنز العرفان وغيره.

ويقتضيه معتبر سليمان بن حفص المروي وموثق عبدالله بن سنان المتقدمان، وصحيح ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: حد بلوغ المرأة تسع سنين»^(١) وصحيحه الآخر عن رجل عنه عليه السلام: «قلت الجارية ابنة كم لا تستصبا؟ ابنت ست أو سبع؟ قال: لا ابنة تسع لا تستصبا. وأجمعوا كلهم على أن ابنة تسع لا تستصبا، إلا أن يكون في عقلها ضعف، وإلا فإذا بلغت تسعاً فقد بلغت»^(٢) والظاهر أن ذيله من كلام الراوي.

وخبر محمد بن هاشم [هشام] عن أبي الحسن الأول عليه السلام: «قال: إذا تزوجت البكر بنت تسع سنين فليست مخدوعة»^(٣). لظهوره في صحة زواجها بدون إذن الولي، إذ مع اعتبار إذنه لا موضوع لانخداعها ولا محذور فيه، ليجتاز لنفيه، وذلك يدل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٤٥ من أبواب كتاب مقدمات النكاح وآدابه حديث: ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٢ من أبواب كتاب المتعة حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٢ من أبواب كتاب المتعة حديث: ٣.

على بلوغها.

وما في حديث حمران المتقدم «قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها وتؤخذ لها: قال: إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها وبها»^(١).

وما في حديث الكناسي المتقدم أيضاً، قال عليه السلام فيما لو زوج الأب ابنته قبل أن تبلغ تسع سنين: «ليس يجوز عليها رضاء في نفسها، ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين، وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبي. وجاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن أدركت مدرك النساء. قلت: أفتقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال، وإنها لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال: نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وأقيمت الحدود التامة عليها ولها...»^(٢).

ومرسل الصدوق: قال أبو عبدالله عليه السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها وأقيمت الحدود التامة لها وعليها»^(٣).
هذا وقد ذهب إلى تحديد البلوغ بالعشر في صوم المبسوط وجامع الشرايع وخمس الوسيلة.

لكن وافق المشهور في حجر المبسوط ونكاح الوسيلة، وكذا في حجر الجامع في بعض نسخه، وفي نسخة أخرى: «وبلوغ تسع سنين إلى عشرة».
وكيف كان فقد ذكر في حجر المبسوط والمختلف أن في بلوغها بالعشر رواية. وفي الجواهر: «ولم أجد به رواية مسندة».

وقد يستدل له بحديث محمد بن مسلم: «سألته عن الجارية يتمتع بها [منها]

(١) وسائل الشيعة ج: ١ باب: ٤ من أبواب كتاب مقدمة العبادات حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٦ من أبواب كتاب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ٩.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٣.

الرجل؟ قال: نعم، إلا أن تكون صبية تخدع قال: قلت أصلحك الله، وكم الحد الذي إذا بلغته لم تخدع؟ قال: بنت عشر سنين^(١) لكنه - مع معارضته بخبر محمد المتقدم - ظاهر في عدم صحة زواجها لأجل الانخداع، لا لأجل عدم البلوغ، أو محمول على الدخول في العاشرة لا على إكمالها، جمعاً مع ما سبق.

وأضعف عن ذلك الاستدلال بمعتبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي بن أبي طالب: «قال: لا توطأ الجارية لأقل من عشر سنين. فإن فعل فعبيت فهو ضامن»^(٢).

لكنه - مع مخالفته للنصوص الكثير المعول عليها، المتضمنة لجواز الوطاء بإكمال التسع - أجنبي عن المدعى، ولعدم ثبوت التلازم بين جواز الوطاء والبلوغ. ومثله الاستدلال بما تقدم عن إسماعيل بن موسى، لما تقدم من عدم حجتيه في نفسه.

كما أن ما في النسخ الأخرى للجامع لا يصلح للتحديد، إلا أن يراد به الأقل، فيوافق المشهور.

هذا وقد تقدم من الصدوق في الفقيه، حصر البلوغ في الأنثى بالحيض، وإهمال جميع نصوص التحديد بالسن فيها وفي الذكر. وقد تقدم الإشكال فيه بما يغني عن الإعادة.

كما أن ما تقدم من أن المعيار في الذكر على إكمال الخمس عشرة سنة، ولا يكفي الدخول فيها، يجري نظيره هنا، فلا بد من إكمال التسع. ولا سيما بلحاظ غير واحد من نصوص المسألة.

بقي في المقام أمور الأول: قال في المختلف: «قال ابن الجنيد: الصبية إذا تزوجت ولها تسع سنين لم يحجر عليها، وكان زوجها الرشيد قيباً على مالها، ومن أؤتمن على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٢ من أبواب كتاب المتعة حديث: ٤.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٤٥ من أبواب كتاب مقدمات النكاح وآدابه.

فرجها أو تمن على مالها».

فإن كان مراد ابن الجنيد تقييد البلوغ بالتسع في المرأة بزواجها فقد يستدل له بحديثي حمران والكناسي المتقدمين.

لكن لا بد من رفع اليد عنهما ببقية النصوص المتقدمة. ولا سيما مع عدم ظهور قائل بذلك منا، بل في الخلاف الإجماع على ارتفاع الحجر عنها مع رشدها وإن لم تتزوج. ومع ما في صدر حديث الكناسي من أنه يجوز لها الرضا والتأي في أمر الزواج إذا بلغت تسع سنين، ومع ما هو معلوم من إنها قد لا تتزوج أبداً مع عدم احتمال عدم خروجها عن اليتيم لو لم تخص مهما بلغت من السن، نظير ما تقدم في الذكر.

وإن كان مراده أنها إذا كانت رشيدة في نفسها سفية في مالها ارتفع الحجر عنها بالإضافة إلى الزواج، وبقي الحجر عليها بالإضافة إلى المال، لكن تنتقل الولاية على المال لزوجها. فقد يشهد له ما ورد من أن الزوج أولى بزوجه حتى يضعها في قبرها^(١).

أما إذا كان مراده قيمومة الزوج على مالها مطلقاً وإن لم تكن سفية، نظير ما يقال من عدم جواز التصرف للزوجة في مالها إلا بإذن زوجها. فهو مخالف لقاعدة سلطنة الإنسان على ماله، ولخصوص حديثي حمران والكناسي المتقدمين. وتام الكلام في ذلك في محله.

الثاني: ورد في المقام نصوص لم يعرف القول بمضمونها

(منها): موثق الحسن بن راشد المتقدم المتضمن ارتفاع الحجر عن الجارية ببلوغها سبع سنين. وهو مخالف في ذلك لجميع النصوص السابقة، نظير ما تقدم فيما تضمنه من بلوغ الغلام بثمان سنين. فهو من المشكل الذي يرد علمه لقائله صلوات عليه.

(ومنها): موثق عمار المتقدم المتضمن بلوغ الغلام والجارية معاً بثلاث عشرة

(١) وسائل الشيعة ج: ٤ باب: ٢٤ من أبواب كتاب صلاة الجنازة حديث: ٣.

سنة. وقد يناسبه حديث أبي بصير أو معتبره عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: على الصبي إذا احتلم الصيام وعلى الجارية إذا حاضت الصيام والخمار، إلا أن تكون مملوكة، فإنه ليس عليها خمار إلا أن تحب أن تحتمر. وعليها الصيام»^(١) فإن غلبة تأخر الحيض عن التسع سنين قد يوجب ظهوره في عدم بلوغها بالتسع. ويكون مقتضى الجمع بينه وبين موثق عمار حملة على ما إذا حاضت قبل الثلاث عشرة سنة، كاحتلام الغلام.

لكن لم ينسب لأحد القول بذلك. كما أنها مخالفة للنصوص الكثيرة المتقدمة في الجارية والمعول عليه عند الأصحاب، كما سبق نظير ذلك في الغلام. ودعوى: أن مقتضى الجمع بينهما وبينها حملها على استحباب ترتيب آثار البلوغ لها بالتسع. مدفوعة بأن ذلك لا يناسب التصريح في تلك النصوص بالبلوغ، والخروج عن اليتيم، وثبوت الحدود لها وعليها.

وحينئذ يكونان من المشكل الذي يجب رد علمه لقائله عليه السلام.

ولاسيما مع ما سبق في بلوغ الصبي من أن شيوع الابتلاء بالحكم في جميع العصور بما في ذلك عصور المعصومين صلوات الله عليهم ما نع من خفاء حكمه على المشهور.

خصوصاً أن التحديد المذكور مخالف لجميع العامة - فيما حكى عنهم - بفارق كثير، وعدم خلوه، في نفسه عن الغرابة بدواً، لما هو المعلوم من ضعف المرأة، كما قد يشير إليه خبر الكناسي المتقدم، فلا يناسب بلوغها بهذا السن المبكر، لولا كون الحكم المذكور تعبيراً مأخوذاً عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته عليهم السلام بوجه قاطع لا مجال للتشكيك فيه، بنسخ له أهل الحق تبعاً لهم، وإن خالفهم الجمهور، لعدم استنادهم لركن وثيق.

الثالث: الاستفادة من جميع نصوص تحديد البلوغ بالسن ظهوراً أو تصريحاً حصول البلوغ به بنحو العموم لجميع أحكامه، من فعلية التكليف، والسلطنة على

(١) وسائل الشيعة ج: ٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب لباس المصلي وآدابه حديث: ٣.

والثاني بإصلاح ماله عند اختباره (١)، بحيث يسلم من المغابنات وتقع أفعاله على الوجه الملائم (٢).

المال والنفس، وثبوت الحدود على البالغ له وغير ذلك، كما هو الحال في حصول البلوغ ببقية أسبابه، كالاختلام وغيره، وأن البلوغ لا يختلف باختلاف تلك الأحكام بحيث يكون البلوغ أمراً إضافياً، ولكل حكم بلوغ يختص به. وهو الظاهر بل المقطوع به من الأصحاب، بل من المسلمين. ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من الكاشاني، كما حكاه عنه في الجواهر، وأطال في الإنكار عليه ووضح ذلك يعني عن إطالة الكلام فيه.

نعم ربما تثبت للصبي بعض أحكام البلوغ، تخصيصاً لما دل على عموم رفع القلم عنه وثبوت الحجر عليه. وهو أمر آخر غير كون البلوغ أمراً إضافياً يختلف باختلاف الأحكام. والنظر في ذلك موكول لأبواب الفقه المختلفة، ولا يسعنا فعلاً استقصاؤها.

(١) إشارة إلى الابتلاء في قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى...﴾^(١) فإن الابتلاء هو الاختبار. والمهم هو ظهور رشده ولو بإدراك ذلك منه من تصرفاته من دون اختبار. لقضاء المناسبات الارتكازية بأن ذكر الاختبار لمقدميته للعلم بحاله. ولا أقل من كونه مقتضى الجمع بينه وبين النصوص المتضمنة لاعتبار الرشد، أو عدم السفر أو نحوهما.

(٢) يعني بنظر العقلاء، كما هو المستفاد من مجموع كلماتهم على اختلاف عباراتهم، وإن اختلفوا بين من جعل المعيار على ذلك، ومن جعل المعيار على الملكة المؤدية له. لأنه حيث لا يراد به العمل على الوجه العقلاني مرة أو أكثر صدفة، فلا بد من كون المراد الملكة التي تعرف بالاستمرار على العمل بالوجه المذكور.

وهو المناسب لأخذ الرشد في الآية الشريفة موضوعاً للابتلاء والاختبار،

(١) سورة النساء: الآية ٦.

لوضوح أن الرشد من سنخ الملكة المبنية على الثبوت والاستمرار.

كما هو المناسب لما في حديث عبد الله بن سنان المتقدم في تحديد سن البلوغ في الذكر: «قلت وما السفية؟ قال: الذي يشتري درهم بأضعافه». فإن مقتضى اشتراط عدم السفه في جواز أمر اليتيم أن لا يكون ممن يشتري الدرهم بأضعافه، ومقتضى النفي الاستمرار على ترك ذلك، وهو ملازم عرفاً للملكة.

هذا والظاهر أن مرجع الملكة المذكورة إلى تكامل إدراك الإنسان بنحو يدرك أهمية المال، بحيث يسعى - ولو بالتعلم - لحفظه وإصلاحه، ولا يعرضه للنقص والتلف، بالأسباب الخارجية أو المعاملات الغيبية أو البذل المجاني أو نحو ذلك. ويناسب ذلك مقابله للسفه والبله الذين هما عرفاً نقص في الإدراك والعقل، بحيث لا يدرك مواضع التصرف المقبولة عقلاً.

أما إذا لم يكن إقدامه على ذلك لقصور في الإدراك، بل لدواع بل لدواع طارئة - وإن لم تناسب الحكمة - فالظاهر عدم صدق السفه به، وعدم منافاته للرشد في المقام، كبذل المال لمحسوب مشغوف به، أو لإيذاء شخص يكرهه، أو إغراقاً في مفاخرة أو ترف أو شهوة محللة أو محرمة أو غير ذلك من الدواعي المقبولة شرعاً أو عرفاً أو المستهجنة.

نعم قد يصدق بذلك السرف أو التبذير بمرتبة محللة أو محرمة. إلا أنه أمر آخر غير السفه الموجب للحجر. وبذلك يظهر الإشكال في كثير من كلماتهم، حيث يظهر منها صدق السفه بذلك. فلاحظ.

بقي في المقام أمران الأول: قال في المبسوط: «وإناس الرشد منه أن يكون مصلحاً لما له عدلاً في دينه. فأما إذا كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلح لماله فإنه لا يدفع إليه ماله»، ونحوه في الخلاف والغنية وعن فقه القرآن للراوندي وشرح الإرشاد للفخر، بل في الغنية الإجماع عليه.

وتردد في الشرايع والنافع في اعتبار العدالة. وجزم بعدم اعتبارها في التبيان

ومجمع البيان، والقواعد والمختلف واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وهو مقتضى الاقتصار على إصلاح المال في جامع الشرايع وكشف الرموز والإرشاد وعن ابن الجنيد. وفي التذكرة والمسالك أنه قول أكثر أهل العلم، وفي الروضة أنه المشهور.

ويقتضيه انصراف الرشد في الآية الشريفة وغيرها للرشد في المال، لأنه موضوع التحجير، لقضاء المناسبات الارتكازية - التي هي من سنخ القرينة المتصلة في الأدلة اللفظية - بأن التحجير إنما هو لتدارك نقص إدراك المحجر عليه في الإدارة، وذلك يناسب كون سببه إضافياً بالإضافة إلى الجهة التي يكون الحجر فيها، وحيث كان الكلام في الحجر على المال انصرف الرشد المعتبر في ارتفاع الحجر فيه إلى الرشد فيه بكون صاحبه مصلحاً له.

ومنه يظهر الإشكال فيما في التذكرة من الاستدلال للمشهور بأن الرشد في الآية الشريفة نكرة مثبتة يصدق في صورة ما. ولا ريب في ثبوت الرشد للمصلح لماله وإن كان فاسقاً قد وجد منه رشد.

وجه الإشكال: أن ذلك إنما يتم في المفاهيم الحقيقية كالاختلام، دون المفاهيم الإضافية. كيف ولازم ذلك ارتفاع الحجر عن المال بالرشد في الدين بالحفاظ على الموازين الشرعية والاهتمام بمراعاتها ولو مع عدم إصلاح المال، لتحقق مسمى الرشد حينئذٍ مع عدم الإشكال في عدم كفايته في رفع الحجر عنه وتوقفه على إصلاح المال. فالعمدة ما ذكرنا.

ويعضد ما ذكرنا في معيار ارتفاع السفه موثق عبدالله بن سنان المتقدم في تحديد البلوغ بالسن، وفيه: «قال: وما السفه؟ قال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله»^(١).

ولا يمنع من الاستدلال به ما تضمنه من تحديد البلوغ بالسن في الذكر بثلاث

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٨.

عشرة سنة. لأن الخروج عن الحديث في بعض مضمونه لدليل أقوى لا يقتضي الخروج عنه في بقية مضمونه مما لا ملزم بالخروج عنه فيه، كما هو المعلوم من طريقة أهل الاستدلال.

وصحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع....»^(١) كما يؤيده قوله عليه السلام في مرسل يونس بن يعقوب الذي رواه العياشي في تفسير الآية الشريفة: «حفظ ماله». مضافاً إلى ما يأتي في سببية حدوث السفه بعد البلوغ في تحدد الحجر، وأن المعيار في حدوثه عدم إصلاح المال والخروج به عن الطرق العقلانية المتعارفة، من دون دخل لحدوث الفسق، حيث يناسب ذلك عدم مانعية الفسق من ارتفاع السفه الموجب لارتفاع الحجر، كما استدل بذلك في التبيان. لوحدة الدليل في المقامين. هذا وقد استدل لاعتبار العدالة في الخلاف والغنية وغيرهما - مضافاً إلى الإجماع المتقدم من الغنية - بوجوه.

الأول: أن الفسق غي، ولا يصدق معه الرشد المعتبر في رفع الحجر. ويظهر ضعفه مما تقدم من قضاء المناسبات الارتكازية بأن المراد من الرشد في رفع الحجر على المال هو الرشد في المال بإصلاحه.

وأما الرشد المقابل للغي فهو الرشد في الدين بالتزام دين الحق في مقابل الضلال، ولا يظن بأحد البناء على اعتباره في المقام، بحيث يلزم الحجر على الكافر الذمي والمخالف، فضلاً عن التعميم للعاصي بجوارحه الذي هو محل الكلام. الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾^(٢) والفاسق سفیه، ولا سيما بملاحظة ما في صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في دفع اسماعيل بن الإمام الصادق لشارب الخمر مالاً ليشتري له بضاعة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٣.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

من اليمن، حيث قال عليه السلام: «ولا تأتمن شارب الخمر، إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فأبي سفيه أسفه من شارب الخمر؟! إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة. فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»^(١). ونحوه في ذلك صحيح أبي بصير المروي في تفسير القمي في تفسير الآية الشريفة ومرسل حماد المروي في تفسير العياشي في تفسيرها. بضميمة عدم الفرق بين شرب الخمر وغيره من أسباب الفسق.

ومنه يظهر وهن ما في المختلف من أن السفيه الذي في الحديث ليس السفيه الذي هو في الآية الشريفة. حيث لا مجال له بعد الاستدلال في النصوص السابقة بالآية نفسها.

فالعمدة في الجواب عن ذلك - بعد تسليم عدم الفرق بين شرب الخمر وغيره من أسباب الفسق، وغض النظر عن ظهور النصوص في خصوصية شرب الخمر - أن الآية الشريفة ظاهرة بدوياً في النهي عن دفع الإنسان ماله للسفيه، لا دفع مال السفيه له، الذي هو محل الكلام، وقد جرت النصوص المتقدمة على ذلك، ولا مانع من كون ملاك ذلك يناسب تفسير السفه بعدم مراعاة الميزان الشرعي في العمل، لعدم صلوح الإنسان معه للاستئمان، أو لحسن مباينته ردعاً له وإنكاراً عليه، بخلاف النهي عن دفع مال السفيه له، فإن ملاكه قصور صاحب المال عن السلطنة عليه، المناسب لكون المراد بالسفه فيه قصوره عن إدارته، كما سبق.

هذا وقد تحمل الآية الشريفة على أموال الأيتام ونحوهم ممن يكونون هم وأموالهم تحت رعاية المكلفين المخاطبين وولايتهم، بأن تكون إضافة الأموال للمكلفين المخاطبين ليس بلحاظ ملكهم لها، بل بلحاظ قيامهم عليها ورعايتهم لها، فيكون قوله: (قياماً) تمييزاً لبيان نحو نسبة المال ومنشئها. وقد يؤيد ذلك بلحاظ

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الودعة حديث: ١.

ذيل الآية، وهو قوله: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(١)،
لاختصاص من يجب عليه الإنفاق من تلك الأموال بهم.

وفي مرسل علي بن أبي عبدالله عليه السلام المروي في تفسير العياشي أن مصحح نسبة
الأموال لمن هي تحت أيديهم كونهم الوارثين للأيتام. لكن ذلك - لوتم - لا يقتضي
حمل السفه في الآية على السفه بلحاظ عدم مراعاة الميزان الشرعي.
بل المناسبات الارتكازية تقضي بحمله على عدم مراعاة الموازين العقلائية في
رعاية المال، نظير ما سبق في الرشد.

وحيث يكون وجه الاستشهاد في النصوص السابقة بالآية خفياً مبنياً على
التفسير بالباطن أو نحوه مما يصعب معه الخروج عن ظاهر الآية الشريفة في معيار
السفه.

وأما حمل الآية بقريئة هذه النصوص على الأعم من مال الإنسان نفسه ومال
غيره ممن له الولاية عليه، لتكون النصوص شاهدة على أن المراد بالسفه في الآية ما يعم
الخروج عن الميزان الشرعي.

فهو لا يخلو عن تكلف. بل قد لا يصح عرفاً، لأن قوله: (قياماً) مع الحمل
على الملك الحقيقي يكون منصوباً بنزع الخافض لبيان أن فائدة المال المملوك قيام حياة
الإنسان به بسد حاجته وصلاح شأنه. أما مع الحمل على مال اليتيم ونحوه فقد سبق
أن قوله: (قياماً) تمييز لبيان مصحح نسبة المال للشخص وإضافته له، ولا جامع بينهما
عرفاً. على أنه لا يناسب ذيلها المتضمن وجوب الإنفاق على السفه من تلك الأموال.
ومن هنا لا مجال للاستدلال بالآية الشريفة، ولا بالنصوص السابقة، للقول
المذكور.

الثالث: عدم الدليل على جواز دفع المال للمولى عليه مع فسقه. وبذلك يظهر
الفرق بين المقام وما إذا عرض الفسق بعد البلوغ حيث يكون مقتضى الأصل عدم

(١) سورة النساء: الآية ٥.

الحجر عليه حينئذ.

وفيه: أنه يكفي في الدليل عليه قاعدة السلطنة على المال في حق صاحبه. مضافاً إلى ما سبق في وجه حمل الرشد في الآية الشريفة على خصوص حسن رعاية المال وإدارته، معتضداً بالنصوص السابقة. فلم يبق في المقام إلا إجماع الغنية، ومن الظاهر عدم نهوضه بالاستدلال. ولا سيما بعد ثبوت الخلاف من سبق. ومن هنا لا مخرج عما سبق في الاستدلال للقول المشهور.

هذا وفي التذكرة بعد أن وافق المشهور قال: «إذا عرفت هذا فإن الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي - كشرء الخمر وآلات اللهو والقمار - أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لا تدفع إليه أمواله إجماعاً، لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة». وفي الجواهر: «بل قيل: الظاهر أنه إجماع الأمة». وعلى ذلك جرى في التحرير. ويشكل بأن ذلك بمجرد لا يخرج عن الرشد وإصلاح المال عرفاً، لأن ترتب اللذة فائدة عرفية مخرجة عن السفه، كما سبق. ومجرد استحقاق العقاب بذلك لا يقتضيه، كترتب بعض الأضرار البدنية غير المحرمة في مثل التدخين وكثير من المأكولات والمشروبات.

نعم قد يتجه ما ذكره إذا بلغ حدّ الإغراق في ذلك، بحيث يستلزم إنهك المال، والخروج عن الحد المتعارف. ويجري ذلك في غير المحرمات، ولا يختص الأمر بها.

الثاني: أن الرشد الذي يتوقف عليه ارتفاع الحجر لا يكفي فيه إصلاح المال، بل لابد فيه مع ذلك من كمال العقل، لا بمعنى عدم فقده عرفاً، الراجع إلى الجنون الذي يأتي أنه سبب مستقل للحجر، بل بمعنى نضوج الإنسان بحيث يجري في جميع أموره على الموازين العقلانية، في مقابل الضعف الذي تضمنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلِّهُوَ...﴾^(١)، وتضمنه كثير من النصوص التي تقدم بعضها عند الكلام في اعتبار

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

ولا يزول الحجر مع فقد أحدهما وإن طعن في السن (١). ويثبت الرشد في الرجال بشهادة أمثالهم (٢)، وفي النساء بشهادتهن (٣)

الرشد في رفع الحجر، ومنها موثق عبدالله بن سنان المتقدم في تفسير السفه، والذي تضمن تفسير الضعيف بالأبله. وهو المفهوم من الضعف عرفاً. فإن الأبله قد يكون حريصاً على المال محافظاً عليه مغرماً في إمساكه، بحيث لا ينفقه حتى في موارد الحاجة الملزمة عرفاً.

(١) كما صرح به غير واحد. والظاهر عدم الخلاف فيه، بل في المسالك الإجماع عليه، وإليه يرجع ما في الروضة من الإجماع على عدم ارتفاع الحجر عنه ببلوغ خمس وعشرين سنة. لأنهم ذكروا ذلك رداً على أبي حنيفة، حيث حكى عنه أنه ألزم بدفع ماله إليه إذا بلغها، لوجوه لا ترجع إلى محصل ينهض بالخروج عن إطلاق الأدلة، ولا ينبغي إطالة الكلام بذكرها.

هذا والأنسب ما في الشرايع من أنه لا يرتفع الحجر مع عدم الرشد وإن طعن في السن، كما لعله ظاهر.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، بل الظاهر الإجماع عليه، كما ادعاه غير واحد. لعموم حجية البيئة المعول عليه في سائر الموارد إلا ما استثني، وليس منه المقام. (٣) كما صرح به الفاضلان والشيهد وغير واحد ممن تأخر عنهم من شراح كلامهم وغيرهم، وفي مفتاح الكرامة أنه لم يظهر منهم المناقشة والتأمل في ذلك، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده»، وعن مجمع البرهان لعل دليله الإجماع، وفي الرياض: «بلا خلاف في الظاهر، بل عليه الإجماع في كثير من العبارات. وهو الحجة». وفي مفتاح الكرامة أنه لم يعثر على شيء من ذلك بعد مزيد من التتبع.

وكيف كان فلا مجال للاستدلال بالإجماع بعد عدم تحرير القدماء للمسألة. ولا سيما مع ظهور عدم تعويل القائلين بذلك عليه. ففي التذكرة: «لأنه مما تطلع عليه النساء ولا يطلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة

يثبت الرشد في الرجال بشهادة الرجال والنساء بشهادة النساء على اشكال فيها..... ١١١

الرجال لزم الحرج والضيق، وهو منفي بالإجماع». وهو راجع لقوله في الشرايع: «والنساء في النساء دفعا لمشقة الاقتصار».

وأما الوجه المذكور فيشكل بأن قاعدة نفي الحرج لا تنهض بإثبات حجية شهادة النساء، لأن مفادها رفع الحكم الذي يلزم منه الحرج. ولا تنهض بتشريع حكم يتدارك به الحرج مع أن الحرج غير مطرد في المقام.

نعم لو لزم من الاقتصار على شهادة الرجال الحرج نوعاً فقد يستكشف بذلك قبول شهادة النساء بضميمة ما دل على سهولة الشريعة وعدم ابتناء التشريع فيها على ما يلزم منه الحرج غالباً.

لكن لا مجال لدعوى ذلك في المقام، إذ كثيراً يتضح الرشد في المرأة من مخالطتها للرجال والنساء، بحيث لا يحتاج للشهادة، وكثيراً ما يتيسر الشهادة برشدها للرجال ممن يخالطها من محارمها وغيرهم، وكثيراً ما لا يحتاج للشهادة لعدم التنازع، حيث يأتي أنه لا يحتاج للشهادة حينئذ.

ومن هنا يشكل قبول شهادة النساء في المقام. بل هو خلاف معتبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^(١). وثبوت قبول شهادتهن في غير ذلك في الجملة يكون من سنخ المخصص لا يمنع من حجيته في بقية الموارد، ومنها المقام.

وأما ما في الجواهر من إلحاق المقام بها يعسر اطلاع الرجال عليه ولو بضميمة ظهور اتفاق الأصحاب على الحكم. فهو كما ترى، إذ لا ريب في خروجه عن ذلك، كما سبق. والاتفاق المدعى لو نهض بالحجية أغنى عن الإلحاق المدعى، وإن لم ينهض بها - كما سبق - لم ينفع في الإلحاق المذكور في المقام.

والحاصل: أنه لا دليل على قبول شهادتهن في المقام لو لم يكن الدليل على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات حديث: ٤٢.

خلافه.

هذا وعلى القول بقبول شهادتهن فالظاهر منهم عدّ شهادة امرأتين بمنزلة شهادة رجل واحد، فلا بد من شهادة أربع نساء أو رجل وامرأتين، جمعاً بين ما دل على اعتبار البينة في الشهادة وما دل على قيام شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد. ونصوص قبول شهادة النساء وإن كانت مختلفة باختلاف الموارد، بل قد تتعارض مضموناً في المورد الواحد، إلا أن الذي يظهر مما سبق أن دليلهم في المقام ليس هو تلك النصوص، ولا سيما مع عدم ورود شيء فيها في المقام، بل دليلهم هو عموم حجية البينة بضميمة التعميم للنساء دفعاً لمشقة الاقتصار على الرجال. بقي شيء، وهو أن الحاجة للبينة إنما تكون مع التنازع والخصومة. أما بدون ذلك فالولي هو المرجع في تشخيص رشد المولى عليه وعدمه، لأنه مستأمن عليه شرعاً، ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) فإن الأمر بدفع المال عند الاختبار كالصريح في أن المخاطب به هو الولي الذي يكون المال تحت يده، وأن المعيار في ترتيب أثر الرشد هو تشخيصه له.

ومقتضى ذلك أنه لو شك المولى عليه في حصول الرشد له يلزمه الرجوع للولي وتصديقه.

نعم لو علم من نفسه الرشد كان له المطالبة بالمال وعدم الحجر عليه، فإن لم يصدقه وتنازعاً تعين الترافع للحاكم الشرعي، واحتيج للبينة وغيرها من طرق الإثبات عند الخصومة.

هذا وقد صرح جمهور الأصحاب بأن الاختبار يكون قبل البلوغ، بحيث لو ظهر الرشد دفع إليه المال بعد البلوغ بلا فصل، ونفى الخلاف فيه في المسالك ومحكي المفاتيح، وقد يظهر من التذكرة، حيث اقتصر في بيان الخلاف على بعض العامة.

(١) سورة النساء: الآية ٦.

على إشكال، أو بشهادة الرجال. الثاني: الجنون (١). ولا يصح تصرف

وهو ظاهر الآية الشريفة، حيث نسب الاختبار فيها لليتيم الذي لا يصدق بعد البلوغ، كما تضمن دفع المال إليه حين البلوغ بشرط إيناس الرشد. وما عن الأردبيلي رحمته من التشكيك فيه في غير محله، وظهور ضعف شبهته يغني عن إطالة الكلام فيها.

نعم لو تأخر عن البلوغ لم يجز دفع المال بدونه. لعدم إحراز سلطنته على ماله. غاية الأمر أن وضع الولي يده على المال محتمل الحرمة احتمالاً منجزاً، لأنه وإن كان مقتضى استصحاب عدم الرشد، إلا أن دليل وجوب الاختبار قبل البلوغ يقتضي عدم معذرية الاستصحاب المذكور.

وحينئذ إن أمكن استرضاء المولى عليه في عدم استقلاله في التصرف بالمال لزم خروجاً عن احتمال الحرمة المذكور. وإلا فالظاهر أهمية احتمال التكليف بالحفاظ على المال بعد تسليمه من دون اختبار من احتمال حرمة حبسه عن مالكه، المقتضية لترجيح الأول عملاً. نظير ما إذا طالب الغاصب بالعين المغصوبة من يحتمل ملكه لها. غايته أنه يستحق العقاب على حرمة الحبس لو صادف رشده واقعاً، لتفريطه في الاختبار، نظير ما إذا أوقع المكلف نفسه بتفريط منه في التزام بين التكليفين المختلفي الأهمية، حيث يتعين عليه عقلاً امتثال الأهم، وإن كان يستحق العقاب لترك المهم.

نعم يختص ذلك بما إذا كان مفروضاً في تأخير الفحص، كما لعله ظاهر. (١) بلا ريب، وظاهرهم المفروغية عنه، وفي التذكرة: «ولا خلاف بين العلماء كافة في الحجر على المجنون».

ويقتضيه ما أشرنا إليه في الحجر على الصبي وما يأتي إن شاء الله تعالى عند الكلام في السفه من اعتبار الرشد في نفوذ التصرف، لأن الجنون أخص من فقد الرشد، كما يقتضيه في الجملة حديث رفع القلم بالتقريب الذي أشرنا إليه عند الكلام

المجنون إلا في أوقات أفاقته (١). الثالث: السفه (٢)

في الحجر على الصبي.

(١) فيصح منه التصرف حينئذٍ بلا إشكال ولا خلاف، كما في التذكرة.

نعم لا بد من ثبوت الرشد له، كما يظهر منه نفي الخلاف فيه أيضاً. ويظهر

الوجه فيه مما سبق ويأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف ويظهر من جملة من كلماتهم المفروغية عنه. وصرح

بإجماع علمائنا عليه أجمع في التذكرة، وقد تقدم منا عند الكلام في اشتراط الرشد في

رفع الحجر عن الصغير أنه كما يكون ثبوته شرطاً في ارتفاع الحجر يكون ارتفاعه سبباً

لتجدد الحجر، وحيث سبق أن السفه مناف للرشد، تعين كون حدوثه سبباً في تجدد

الحجر.

بقي في المقام أمران الأول أنه سبق الخلاف في تحديد الرشد الراجع للسفه في

الصبي، وأنه هل يتوقف على العدالة أو لا، بل يكفي فيه إصلاح المال؟ كما تقدم منا

تقريبه، ولعله المشهور وذلك يجري في المقام، حتى الإجماع المدعى في الغنية على مانعية

الفسق من الرشد.

نعم اقتصر في الخلاف على أن الأحوط التحجير عليه من دون جزم بذلك

كما جزم به هناك، كما أن عبارة المبسوط هنا تختلف عما عليه هناك، حيث جزم هناك

بالتوقف على العدالة، وقال هناك: «فالظاهر أنه يحجر عليه». إذ يظهر منهما أن التوقف

على العدالة هنا أخفى.

وكأنه بملاحظة السيرة على عدم التحجير هنا. لكن الإنصاف كفاية ذلك في

وضوح عدم سببية الفسق للحجر، ولشيوع الابتلاء بالتعامل مع الفساق، فضلاً عن

من لم تحرز عدالته في عصور المعصومين صلوات الله عليهم، وعدم ظهور التوقف فيه

أو السؤال عن حكمه.

ولعله لذا ادعى الإجماع على عدم سببية حدوث الفسق للحجر في التبيان

ويحجر على السفية في ماله خاصة (١) على المشهور.

ومجمع البيان والتذكرة. ويؤكد ذلك أنه يظهر منهم البناء، على عدم نفوذ إقرار السفية بالمال، ويصعب جداً عدم نفوذ إقرار الفاسق به. ولا سيما بلحاظ معتبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: لا أقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه»^(١). إذ حملة على ما عدا المال بعيد جداً.

هذا وقد جعل في التبيان ومجمع البيان عدم توقف الرشد على العدالة في الكبير شاهداً على عدم توقفه عليها مطلقاً حتى في دفع المال للصبي بعد بلوغه، كما سبق منا نحوه. فلاحظ.

الثاني: أنه سبق أن موضوع الحجر عدم الرشد، وعدم الرشد كما يكون بالسفه الذي يكون بتضييع المال وعدم إصلاحه يكون بالضعف وعدم استكمال العقل ونضوجه، المعبر عنه بالضعف في الآية الشريفة وجملة من النصوص المتقدمة وهو الذي فسر في موثق عبد الله بن سنان بالبله، وسبق أنه المفهوم منه عرفاً، فكان اللازم ذكره، ولم يتضح الوجه في عدم ذكرهم لذلك، مع أن الظاهر مفروغيتهم عنه.

(١) كما يظهر من مساق كلماتهم في الفروع المختلفة بنحو يظهر منهم المفروغية عنه. وفي الجواهر: «والضابط المنع من التصرفات المالية بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل عن البرهان دعواه، وهو الحجة». فما قد يظهر من سيدنا المصنف عليه السلام من وجود المخالف في ذلك لم نتحققه.

هذا وقد سبق منا في المسألة الثانية من كتاب الإجارة أن السفية محجور عليه في النفس أيضاً.

وهو يبني هناك على أن السفه يقابل الرشد ومرجعه إلى القصور عن المحافظة على الميزان العقلائي من دون اختصاص بالمال، الذي هو قد يطابق البله مفهوماً أو خارجاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦ من أبواب كتاب الإقرار حديث: ١.

وحينئذ يتجه عمومه لغير المال، لوجهين الأول: قضاء المناسبات الارتكازية بإلغاء خصوصية المال عرفاً في مثل الآية الشريفة المتضمنة لاختبار اليتيم ونحوها من النصوص، لعموم منشأ الحجر حينئذ، وهو القصور في الإدارة والإصلاح.

الثاني: النصوص كمعتبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم: قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء [نبت عليه الشعر. ظ] جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً»^(١) وغيره من أحاديث عبدالله بن سنان المتقدمة في تحديد سن البلوغ، المتضمنة اشتراط عدم السفه والضعف في جواز أمر الصبي.

لكن لا مجال للوجه الأول بعد أن ظهر أن مرادهم بالسفه قصور الشخص عن إصلاح المال لا غير، وأن الرشد الذي يرتفع به الحجر لا بد فيه أيضاً من عدم الضعف الذي فسر في حديث عبدالله بن سنان بالبله. فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي اختصاص الحجر على السفه بالمال، لا اختصاص قصوره عن الإدارة والإصلاح به. وعموم الحجر إنما يناسب الضعف الراجع لعدم تكامل العقل ونضوجه المطابق للبله مفهوماً أو خارجاً، لرجوعه لعموم القصور عن الإدارة والإصلاح لكل شيء.

وأما الثاني فالنصوص وإن أطلق فيها عدم جواز الأمر مع السفه والضعف، إلا أن مناسبة الحكم والموضوع حيث كانت قاضية بأن منشأ عدم جواز أمره قصوره وضعف إدراكه عن إدارة أموره فهي تقتضي اختصاص الحجر بالجهة التي يقصر عن إدارة أموره بها، وحيث كان السفه مختصاً بالقصور في أمر المال تعين اختصاص الحجر المسبب عنه به، كما جرى عليه الأصحاب رضوان الله عنهم بطبعهم من دون ظهور إشكال لهم فيه، وإنما يتجه عموم الحجر في الضعف الذي فسر في حديث عبدالله بن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٥. وقد رواه عن الخصال. وأسقط من

السند عبدالله بن سنان وهو موجود في الخصال

سنان بالبله، لرجوعه لقصور الإدراك في كل شيء. فلاحظ.

نعم تقدم في المسألة الرابعة من كتاب الإجارة أن مقتضى البناء على اختصاص الحجر على السفه بالمال جواز إجارة السفه لنفسه، لعدم حجره على نفسه، واستلزام الإجارة لاستحقاق الأجرة ليس تصرفاً في ماله، بل تحصيل مال جديد، كاستساب المال بالحيازة. ولو تم ذلك جرى في مثل خلع السفه لزوجته، وتزوج السفهية، فإنهما لا يقتضيان تصرفاً في مالهما، بل تحصيلهما مال جديد.

لكن الظاهر عدم تمامية ذلك، لأن قصوره عن إصلاح المال راجع إلى قصوره عن إدراك أهمية المال، وذلك كما يقتضي منعه عن التصرف المتضمن لبذل المال يقتضي منعه عن التصرف المتضمن لتحصيل المال، لأنه قد يبذل في سبيل تحصيله أكثر مما ينبغي بذله خروجاً عن الموازين العقلائية وعلى ذلك جرى الأصحاب أيضاً. وأما التملك بالحيازة ونحوها فقد سبق عند الكلام في الحجر على الصبي خروجه عن موضوع الحجر، لعدم كونه من سنخ التصرف الاعتباري، كي لا ينفد مع الحجر. نعم لو أدرك الولي أن ما يصرفه السفه من الطاقة أو المال في سبيل الحيازة لا يتناسب مع ما يكسبه بها كان له منعه منها خارجاً، كما يمنعه من إتلاف ماله. وهو أمر آخر غير الحجر الذي هو محل الكلام.

بقي في المقام أمور الأول: لا ينبغي الإشكال في أنه لا حاجة لحكم الحاكم في ثبوت السفه وزواله في حق الصبي، بل المعيار فيهما تشخيص الولي. وبه صرح غير واحد، بل ظاهر بعضهم وصريح آخرين المفروغية عن ذلك.

وهو كالصريح من الآية الشريفة الواردة في ابتلاء اليتامى واختبارهم.

قال في المبسوط: «فأما حجر الصبي فإنه يزول عنه ببلوغه رشيداً، ولا يحتاج إلى حكم الحاكم. وفي الناس من قال: لا بد فيه من حكم الحاكم. وهو خلاف الإجماع، لأنه يقتضي أن يكون الناس كلهم محجوراً عليهم، لأن أحداً لا يحكم الحاكم بفك الحجر عنه إذا بلغ».

والظاهر أنه يشير لخلاف بعض العامة في خصوص زوال الحجر، ومرجع الإجماع الذي ادعاه إلى السيرة. أما إذا تجدد السفه بعد الرشد في الكبير ففي المبسوط أن الحجر عليه لا يكون إلا بحكم الحاكم، كما لا يزول إلا بحكمه، وعليه جرى المحقق في الشرايع والعلامة في التذكرة والقواعد وإن توقف في التحرير في توقف زواله على حكمه مع جزمه بتوقف ثبوته عليه، وعكس في الإرشاد كما جرى على ما في المبسوط الفخر في الإيضاح ومحكي شرح الإرشاد وقد يظهر من الغنية وعن شرح الإرشاد للمحقق الثاني أنه المشهور.

وقد استدل عليه في التذكرة باحتياجه للاجتهاد وهو كما ترى! لعدم الدليل على التوقف على حكم الحاكم في الاجتهاديات، بل مقتضى القاعدة اكتفاء كل أحد باجتهاده في تشخيصها، كما في العدالة والاجتهاد وغيرها، ومع جهله به فالمرجع الأصل أو الطرق المحرزة له شرعاً، كالبينة وغيرها. فإذا أدرك شخصاً سفه آخر لم يصح له التعامل معه، بل عليه مراجعة وليه.

نعم لو حصل التنازع توقف حله على حكم الحاكم، كما لو ادعى ولي الشخص سفهه فوضع يده على ماله، ومنع من التعامل معه، فنازعه صاحبه منكرًا عليه اجتهاده المذكور، حيث يتعين حينئذ الرجوع للحاكم في حل النزاع، كما هو الحال في الصبي إذا بلغ وطالب الولي بتسليم ماله له فامتنع لدعوى سفهه.

وأما ما في مفتاح الكرامة من أنه لولا ذلك لأشكل الأمر، إذ قل من يجرز عدم سفهه بعد كثرة المبذرين من الناس، لتوسعهم في صرف المال بما يزيد عن مقدار الحاجة، وصرفهم له في المعاصي وبذلهم له في وجه الحرام، فلو لم يتوقف الحجر على حكم الحاكم لعظمت البلية.

فيظهر اندفاعه مما سبق منا في تحديد السفه الذي هو محل الكلام، وأنه لا يصدق بما ذكره، بل هو نحو من النقص في الإدراك. ومن الظاهر أنه خلاف أصل السلامة المعول عليه عند العقلاء، خصوصاً مع ظهور حال من بيده المال وتعامله به في سلطته

عليه. بل الإنصاف أن ما ذكره شاهد على ما ذكرنا في معنى السفه، وبطلان ما ذكره. ومن هنا اختار عدم الحاجة لحكم الحاكم في ثبوت الحجر ولا في ارتفاعه في جامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض غيرها.

مضافاً إلى أن حكم الحاكم بالحجر إنما يشرع مع تحقق موضوعه، فإن كان السفه بذاته موضوعاً للحجر شرعاً تعين ترتب الحجر عليه ثبوتاً بتحقيقه واقعاً، وإثباتاً بوصوله للمكلف بالعلم الذي هو حجة ذاتية، أو بما يصلح للإثبات والتعبد شرعاً من الطرق والأصول حتى لو لم يحكم الحاكم. وإن لم يكن السفه بذاته موضوعاً للحجر شرعاً لم يكن للحاكم الحكم بالحجر بسببه، لعدم كونه مشرعاً.

ويجري ذلك في سببية ارتفاع السفه لارتفاع الحجر، حيث لا يجوز حكم الحاكم بارتفاع الحجر عند ارتفاع السفه إلا إذا كان ارتفاعه موضوعاً لارتفاع الحجر ثبوتاً، ومع كونه موضوعاً له يكفي في ترتيبه عليه وصوله للمكلف بالعلم أو التعبد به شرعاً.

نعم بناءً على ولاية الحاكم المطلقة، بحيث يكون أولى بالمؤمنين من أنفسهم، يكون له الحكم بالحجر على السفية وغيره إذا رأى صلاحاً في ذلك. وهو خارج عن محل الكلام.

وبذلك يظهر ضعف ما في اللمعة من توقف ارتفاع الحجر على حكم الحاكم وعدم توقف ثبوته عليه. وما حكاه في الإيضاح عن ابن البراج من القول بالعكس. ومما ذكرنا يظهر الحال في الحجر على الضعيف الذي سبق تفسيره بالأبله، وأنه كالسفيه موضوع للحجر، لمنافاة السفه والضعف للرشد الذي هو الشرط في كمال السلطنة. حيث لا مجال للبناء على توقف حدوث الحجر بحدوثه وارتفاعه بارتفاعه على حكم الحاكم. لعين ما سبق.

الثاني: الذي يظهر من المبسوط وغيره أن السفية كما يحجر عليه في المال، فلا يجوز فيه أمره وكل تصرف اعتباري منه، كذلك لا ينفذ إقراره فيه، ويظهر من بعض

كلماتهم المفروغية عن ذلك.

وهو يتجه بناء على ما سبق منا من تفسير السفه بقصور إدراك الإنسان لأهمية المال لوضوح أن اعتداد العقلاء بإقرار الشخص على نفسه موقوف على كمال إدراكه ونسوج عقله في الجهة التي أقر بها.

ودعوى: أن كذب الإقرار وإن رجع إلى المسؤولية بالمال المفروض عدم تكامل إدراكه لأهميته، إلا أنه يرجع أيضاً إلى إقدامه على الكذب الذي قد يدرك قبحه، لاختصاص قصور إدراكه بالمال.

مدفوعة بأن قبول الإقرار ليس بملاك قبول خبر الثقة أو العادل أو المتحلي بمكارم الأخلاق أو نحو ذلك مما قد يتحقق مع السفه المالي، بل بملاك تحمیل الإنسان ما حمل نفسه، نظير إلزامه بالعقد الملزم له. وهو يختص بما إذا تكامل إدراكه في الجهة التي يتعلق بها إلزامه لنفسه. ويأتي في أوائل كتاب الإقرار عند الكلام في شروط نفوذه ما ينفع في المقام.

أما بناء على ما يظهر من جملة من كلماتهم من الاكتفاء في صدق السفه بالخروج في الانفاق عن مقتضى الحكمة بالتبذير أو الصرف في المعاصي أو نحو ذلك، فيشكل الوجه في عدم قبول الإقرار، لأن الحجر شرعاً يكون حينئذٍ تعبدياً، والمتيقن من أدلته الحجر في التصرف في المال، لأن ذلك هو الظاهر من عدم تسليم المال في الآية الشريفة وعدم جواز الأمر في النصوص، ولو بضميمة مناسبة الحكم الموضوع التي سبق التعرض لها والتعميم لعدم قبول الإقرار يحتاج إلى دليل آخر مخرج عما تقتضيه المرتكزات العقلية، ويستفاد من النصوص الكثيرة، من عموم نفوذ الإقرار من العقلاء ولا سيما معتبر جراح المدائني المتقدم المتضمن قبول إقرار الفاسق.

ونظير ذلك يجري في اليمين والنذر والعهد، الذي يظهر من بعض كلماتهم كونها مورداً للحجر أيضاً. فلا حظ.

الثالث: تضمنت كثير من كلماتهم أن السفه ينفذ تصرفه وإقراره في غير المال

الكلام في السفه الذي يكون غير مميز ١٢١

إذا لم يترتب عليه استحقاق المال أو إنفاقه، كالطلاق وبعض العبادات والأيمان والنذور وغيرها، أما إذا استلزم إنفاق المال فلا ينفذ التصرف ولا الإقرار، إلا أن يمكن التخلص بغير إنفاق المال، فيتعين اختياره.

فلو أحرم بحجة أو عمرة مندوبتين تزيد نفقتهما عن نفقة الحضر، فإن أمكنه التكسب في الطريق بما يفي بالزيادة لزمه ذلك، وإلا ألزمه الولي بالإحلال من الإحرام بالصوم. ولو أقر بنسب يستلزم النفقة لم ينفق عليه من ماله، بل من بيت المال، لأنه معد للمصالح العامة. ولو حلف في غير المال أو نذر ثم حنث وجب عليه التكفير بالصوم دون التصدق، على كلام بينهم في بعض خصوصيات ذلك. ولا يسعنا استقصاء كلماتهم في المقام.

والذي ينبغي أن يقال: إن كان الشخص رشيداً في الجهة غير المالية التي تكون موضوعاً للتصرف أو الإقرار أو الحلف أو نحوها تعين نفوذها منه، ومع نفوذها تترتب آثارها ولو كانت متعلقة بالمال، كما لو تجدد له ولد أو رحم يجب الإنفاق عليه. غاية الأمر أن الأثر إذا كان صالحاً لأن يكون بالمال وغيره - ككفارة الحنث - كان اختيار المال تابعاً لنظر الولي، لكن ليس المفروض بالولي التقصير عليه، بل اختيار الأصلح له بلحاظ شؤونه المالية والنفسية والصحية والاجتماعية وغيرها.

وأما إذا لم يكن رشيداً في الجهة التي تكون موضوعاً للتصرف أو الإقرار أو غيرهما، لعدم اختصاص نقص إدراكه بالماليات - كالضعيف الأبله - فالمتعين عدم نفوذ التصرف رأساً، فلا موضوع لما يترتب عليه من الأحكام المالية وغيرها، ليقع الكلام في كيفية التعامل بالإضافة إليها.

الرابع: إن السفه والبله في الشخص إن كانا من الشدة بحيث لا يكون مميزاً، ولا يعتد بعبارته عرفاً، تعين بطلان التصرف رأساً، وعدم صحته وإن وقع بإذن الولي أو تعقبته أجازته. كما لا يصلح الشخص حينئذٍ لأن يكون وكيل عن الغير في إيقاعه وإن كان التصرف قابلاً للنياحة والتوكيل.

الرابع: الملك، فلا ينعقد تصرف للمملوك (١)

وإن لم يبلغا ذلك، بل كان الشخص مميزاً يعتد بعبارة عرفاً، صح تصرفه لنفسه ونفذ بإذن الولي، كما يصح توكيل الغير له فيه ونفوذه عليه بعد التوكيل.

وإن تصرف لنفسه بدون إذن الولي تعين جريان حكم الفضيولي عليه مع مشروعية التصرف ذاتاً وقابليته للنفوذ، لرجوع الحجر إلى قصور السلطنة فنفذ بإجازة من له السلطنة، وهو الولي إذا كان عقداً لعموم نفوذ العقود، على ما فصل الكلام فيه في محله. ولا مجال لنفوذه إذا كان إيقاعاً إلا بدليل خاص، لعدم عموم نفوذ الإيقاع على ما ذكرناه غير مرة. نظير ما ذكرناه في مبحث معاملة الصبي من فصل شروط المتعاقدين من كتاب التجارة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، بل يظهر من كلماتهم في الموارد المختلفة الإجماع وعليه المفروغية عنه، بل كونه ضرورياً. ويقتضيه قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾^(١) بضميمة صحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ أفشيء الطلاق؟!»،^(٢) لظهوره في أن الآية الشريفة مسوقة لبيان عموم عدم قدرة العبد، وأن قوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ وصف عام للعبد، لا قيد احترازي يختص ببعض أفراد. كما أن موضوع سلب القدرة يختص أو يعم التصرف الاعتباري. وأن سلب القدرة عليه راجع إلى عدم نفوذه منه، كما يقتضيه أيضاً معتبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام: «سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة. قال: وما للمملوك واللقطة والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً؟!»^(٣)

(١) سورة النحل: الآية ٧٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٤٥ من أبواب كتاب مقدمات الطلاق وشرطه حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٢.

بدون إذن مولاه (١)

مضافاً إلى النصوص الكثيرة الواردة في الموارد المتفرقة، حيث يفهم منها العموم عرفاً. ولا سيما بلحاظ قاعدة السلطنة في حق المالك، التي تنهض أيضاً بإثبات العموم المذكور لو كان التصرف متعلقاً بنفسه، بل بماله أيضاً بناء على أنه ملك السيد أو دل على قصور سلطنة العبد عليه.

(١) وينعقد بإذنه من غير إشكال ولا خلاف. وقد تضافرت بذلك النصوص، ومنها صحيح زرارة المتقدم.

وهو المناسب لما هو المرتكز من كون عدم نفوذ تصرفه لقصور سلطنته، فمع إعمال صاحب السلطنة سلطنته بإذنه في التصرف يتعين نفوذه.

كما يتعين نفوذه بإجازته للتصرف بعد وقوعه من العبد بغير إذن مولاه إذا كان من شأن التصرف النفوذ بإعمال السلطنة بعد وقوعه، كما هو الحال في العقد، لأن ذلك مقتضى عموم نفوذ العقد، على ما ذكرناه في مبحث الفصولي من كتاب البيع.

ويشهد به - مضافاً إلى ذلك - صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده. قال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عيينه وإبراهيم النخعي يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحل إجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز»^(١). وقريب منه معتبره عنه عليه السلام^(٢).

فإن مقتضى عموم التعليل فيها أن قصور التصرف إذا كان لمنافاته لسلطنة الغير والخروج عن مقتضاها كفى في نفوذه إجازته.

نعم لا مجال لذلك في الإيقاع إلا بدليل خاص، لعدم عموم يقتضي نفوذ الإيقاع كما تكرر منا التعرض لذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب كتاب نكاح العبيد والإماء حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب كتاب نكاح العبيد والإماء حديث: ٢.

ولو ملكه مولاه شيئاً يملكه (١) على الأصح. وكذا غيره إذا كان بإذن المولى (٢).

(الخامس): الفلاس. ويحجر على الفلاس (٣)

ومنه يظهر إمكان إيقاع العبد التصرف عن غير مالكة مع توكيله له أو إذنه فيه، ونفوذه بإجازته لو وقع بغير إذنه، ولا يتوقف على إذن سيده أو إجازته، لعدم منافاة التصرف الذي باشره لسلطنة السيد.

غاية الأمر أن مباشرة العبد للتصرف قد تحرم تكليفاً بدون إذن السيد، لكونها تصرفاً خارجياً في ملكه وهو العبد، فيجب تكليفاً على العبد استئذانه فيها. لكن لو لم يستأذنه يصح التصرف نفسه ولا يتوقف على إجازته بعد ما ذكرنا من عدم منافاته لسلطته.

كما لا مجال لبطلانه رأساً بناء على التحقيق من أن النهي تكليفاً عن المعاملة لا يقتضي الفساد، خصوصاً إذا كان متعلقاً بالسبب، كما في المقام.

(١) بناء على ما هو الظاهر بدواً من قابلية العبد للتملك شرعاً، لأن مقتضى الجمع بين النصوص الظاهرة في تملكه والنصوص الظاهرة في ملكية المولى لماله هو ملكية العبد وسلطنة المولى عليه وعلى ماله.

وقد وقع الخلاف في ذلك بين الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم واختلفوا على قولين. بل أقوال. ولا نرى صرف الوقت في تحقيق المسألة وبحثها بتفصيل واستيعاب بعد عدم الأثر العملي المعتد به لذلك، لعدم الإشكال في سلطنة المولى على العبد وعلى ماله، وعدم الابتلاء بالمسألة في عصورنا، بل نكتفي بهذه الإشارة العابرة. ومن الله سبحانه وتعالى نستمد العون والتسديد.

(٢) إذ بعد فرض قابليته للتملك فمقتضى إطلاق أدلة الأسباب المملكة جواز تملك الغير له. غاية الأمر أنه لا بد من إذن المولى، لما سبق من الحجر عليه.

(٣) كما في المبسوط والخلاف والغنية والشرايع والنافع والجامع وجملة من

كتب العلامة واللمعة وشروحها وفي الخلاف دعوى الإجماع عليه، وقد نسب للغنية، لكن الظاهر أن معقد الإجماع فيها حكم آخر يأتي الكلام فيه.

وفي الجواهر بعد أن أشار لما في الحدائق من التشكيك في الحجر لخلو النصوص عنه قال: «وفيه - مع عدم انحصار الحجية فيها، بل الإجماع بقسميه هنا كاف في ذلك. على أن الموجود منها هنا غير خال عن الإشعار بل الظهور...».

لكن لم يتضح نهوض الإجماع بالاستدلال، لقرب اعتقاد الأصحاب على النصوص، ولو لاستفادتهم منها الحجر، كما فهمه العامة من نظائرها من دون أن يكون هناك إجماع تعبدى ينهض بالاستدلال مع قطع النظر عنها.

ولا سيما مع ظهور ما في الخلاف في تطابق مفاد النصوص والإجماع، بل هو كالصريح منه بلحاظ استدلاله بالنصوص على بعض أحكام الحجر، ومع ما تكرر منا من عدم وضوح التعويل على الإجماع الحاصل في عهد تدوين الفتاوى إذا لم يكن مضمونه مورداً للنصوص ولا للسيرة المتصلة بعصور المعصومين صلوات الله عليهم. ومن الظاهر عدم تصدي الأئمة صلوات الله عليهم ولا فقهاء شيعتهم لمثل ذلك مما يبتني على الإلزام والقهر. غاية الأمر أنهم كانوا يتصدون للقضاء بصورة خفية لبيان وظيفة المتخاصمين وفض خصومتها إن كانا متلزمين دينياً.

كما أنه لا يبعد من الكليني والصدوق ومن سبقهما ممن كانت فتاواه تعرف من طريق النصوص التي يظهر منه الاعتماد عليها الاقتصار على مفادها. وهو مقتضى اقتصار النهاية على رواية النصوص الآتية، واقتصار الكافي في الفقه على الفتوى بمضمونها، وعدم التعرض في الوسيلة إلا لأن حكم الممتنع بيع ماله في وفاء دينه من دون تعرض للمفلس.

ومن هنا ينحصر الأمر بالنصوص ويتعين الأخذ بمفادها - ولو بعد الجمع بينها - والوقوف عنده. ففي موثق غياث بن إبراهيم أو صحيحه عن جعفر عن أبيه: «ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم

بالخصص. فإن أبى باعه فقسم بينهم. يعني: ماله»^(١). ونحوه موثق إسحاق بن عمار عنه عليه السلام^(٢). وكذا موثق عمار عنه عليه السلام، إلا أنه قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجبس الرجل ...»^(٣) ومعتبر الأصبع بن نباته في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام إلا أنه ترك قوله: «يعني ماله»^(٤).

ثم إن هذه النصوص قد اتفقت في بيان سيرة أمير المؤمنين عليه السلام فيمن يلتوي على غرمائه، وهو الذي يبطئ في وفاء ديونهم ويتثاقل ويمطلبهم. واختلفت في شيء واحد، ففي الأولين أنه يفلسه، وفي الأخيرين أنه يجبسه.

والثاني هو الأنسب بالمطل والتثاقل عن الوفاء، كما تضمنته نصوص أخرى. وذلك من أجل استكشاف حاله، وأنه قادر مماطل أو عاجز معذور.

وأما احتمال صحة الأمرين فبعيد جداً، لظهور النصوص في بيان تمام ما كان يفعله عليه السلام بمن يلتوي على غرمائه، ولذا تطابقت في بقية الأحكام.

على أن التفليس فسر بحكم الحاكم بإفلاس الشخص في القاموس، وفسر بالنداء عليه بالإفلاس في أساس البلاغة ومختار الصحاح ولسان العرب والمظنون أن كلا المعنيين حادث بسبب سيرة قضاة العامة.

وكيف كان فالثاني أجنبي عما نحن فيه، لرجوعه إلى تحذير الناس من التعامل معه. وأما الأول فالحكم بالإفلاس في الحديثين كما يمكن أن يكون للتحجير على ماله يمكن أن يكون لحمل الغرماء على الرضا بالتحاوص.

ومن هنا لا مجال لاستفادة التحجير من هذه النصوص. وغاية ما يستفاد منها سلطنة الحاكم على مال المفلس، بحيث يلزمه بوفاء ديونه منه بالتحاوص، أو يتولى

(١) التهذيب ج: ٢ ص ٢٩٩.

(٢) التهذيب ج: ٢ ص ٢٩٩.

(٣) الكافي ج: ٥ ص ١٠٢، التهذيب ١٩١.

(٤) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ١١٩ وقد روى هذه النصوص كلها في الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الحجر حديث: ١ وذيله.

هو ذلك عنه مع امتناعه، وهو مستلزم عرفاً لسلب سلطنة المفلس عن التصرف المنافي لذلك، كإتلافه أو هبته أو بيعه بأقل من قيمة المثل، أو الحيلولة خارجاً بين الحاكم وبينه، بحيث لا يقدر على وفاء الدين به.

أما التصرفات غير المنافية فلا وجه لمنعه عنها، كما لو تيسر له بيعه بقيمة المثل أو بأكثر منها أو الحفاظ عليه من التلف أو النقص، أو بخدمته بما يوجب زيادة قيمته. كل ذلك مقدمة للوفاء بها.

بل تضمنته النصوص من قيام الحاكم بالبيع إذا امتنع المدين من قسمة المال بالتخصص ظاهر في وجوب مباشرة المدين لذلك بنفسه، كما يجب عليه قبل رفع الأمر للحاكم.

وأما ما يظهر من بعضهم من استفادة الحجر من الحكم بالتخصص فلم يتضح وجهه، لأن ذلك من شؤون الوفاء.

ومثله كونه حقاً لجميع الغرماء في مال المفلس، بحيث لا مجال لانفراد بعضهم بوفاء دينه بتمامه، ولا سلطنة للمدين على إنفاق ماله بنحو يفوت عليهم وفاء ديونهم لظهور أنه لا يستلزم الحجر، بل هو كحق المرتهن في العين المرهونة لا ينافي سلطنة الرهن عليها، ولذا يلزم استئذانه في وفاء الدين منها.

ثم إن هذه النصوص، وإن أخذ فيها التواء المدين على الغرماء وعدم وفائه لهم. إلا أن ما تضمنته من التخصص يبتني ارتكازاً على مقتضى الانصاف بينهم في عدم الترجيح، وهو لا يختص بصورة امتناع المدين من الوفاء، بل يجري حتى مع حضوره له مع قصور ماله عن استيفاء جميع الديون، فللحاكم إجبارهم على الرضا به.

نعم إذا أراد المديون وفاء جميع الديون المطالب بها ولو بالاستقراض مع تيسره له فلا موجب لإلزامهم بالتخصص، وكذا إذا رضي بعضهم بتأخير دينه. لعدم التزامهم بين الديون في الوفاء ليحتاج للتخصص.

كما أن هذه النصوص وإن اختلفت بمن لا يفي ماله بديونه، بقريته اشتغالها على التحاوص، إلا أن إلزام الحاكم للمدين بالوفاء لا يختص به، بل هو مقتضى القاعدة في كل مدين، بل في كل محقوق، وفي موثق السكوني عن جعفر عن أبيه: «أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين، ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه للغرماء، وقال: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه، وإن شئتم استعملوه...»^(١). فإنه إن لم ينصرف لمن يفي ماله بدينه فلا إشكال في أنه متيقن منه. على أن ما ذكره الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم من التحجير بالشروط الآتية مما لا يظن منهم الالتزام به على عمومه. وإلا فما أكثر من يتجر ويعمل بأكثر مما يملك اعتماداً على الاستدانة من دون أن يمتنع من وفاء الدين عند مطالبة صاحبه به، ولو بالاستدانة من غيره. وليس البناء عملاً على استحقاق الغرماء طلب الحجر عليه، بل هو مستنكر جداً بعد عدم امتناعه من الوفاء.

وإنما يرفع الأمر للحاكم مع امتناعه منه. وهو يجري حتى مع كثرة أمواله، ولو كانت عقاراً ونحوه مما لا يمكن الوفاء به مباشرة.

والشيء الذي يتميز به من قل ماله عن ديونه هو إلزام الغرماء بالتحاوص بالنسبة كما دلت عليه النصوص السابقة، والمتيقن منها - كما سبق - ما إذا لم يستجب لوفاء ديونهم كاملة ولو بالاقتراض من غيرهم. ولعل هذا هو الذي التبس على الأصحاب وفهموا من النصوص التحجير على أمواله.

وكيف كان فلا مجال للخروج عما تضمنته النصوص، وهو الذي ينبغي العمل عليه في المقام. وقد سبق للتنبيه لذلك في الجملة في الحدايق، كما أشرنا إليه آنفاً.

ولنجار هنا سيدنا المصنف عليه السلام فيما ذكره تبعاً لجمهور الأصحاب، ولنعقب كلماته وكلماتهم في المقام.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٣.

بشروط أربعة: (١) ثبوت ديونه عند الحاكم (٢)، وحلولها (٣)، وقصور أمواله عنها (٤)،

(١) كما عليه المشهور وزاد في التذكرة والقواعد شرطاً خامساً. وهو كونه مديوناً.

لكن المراد بذلك إن كان هو تحقق الدين واقعاً فلا إشكال في عدم اعتباره بعد فرض أن وظيفة الحاكم الحجر على المفلس ثبوتاً، وأنه يجري في مقام الإثبات على الطرق المعتبرة. وإن كان المراد هو ثبوت الدين بالطرق المعتبرة رجوع إلى الشرط الثاني في كلامه والأول في كلام المشهور.

والذي ينبغي أن يقال: بناء على مشروعية التحجير فشروطه أربعة لا غير، وهي كونه مديوناً، والشروط الثلاثة الأخيرة. ووظيفة الحاكم التحجير عند ثبوتها بتمامها عنده بالطرق المعتبرة. فإذا حكم اعتماداً عليها نفذ حكمه عملاً، وإن لم يتغير الواقع عما هو عليه، بل يتنجز في حق من يعلم بعدم تحقق الشروط أو بعضها، فيكون معاقباً على تجاوز الواقع، كما هو الحال في سائر موارد خطأ حكم الحاكم.

(٢) كما ذكره جمهور الأصحاب. ويظهر حاله مما تقدم.

(٣) كما ذكره جمهور الأصحاب، وهو داخل في معتد إجماع الخلاف، ولا ينبغي الإشكال فيه، لعدم استحقاق الغرماء المطالبة بدون ذلك، لنتجه رفع الأمر للحاكم. هذا وقد حكى في المختلف عن ابن الجنيد أن الدين يجل بالتفليس، قياساً على الموت. ومقتضاه أنه يشارك الغرماء.

لكن القياس مع الفارق، لعدم رجاء تجدد مال للميت، بخلاف المفلس، فمشاركة من لم يجل دينه فيه إضرار بمن حل دينه. على أن القياس لا يعول عليه في الأحكام الشرعية والنص مختص بالموت.

(٤) كما ذكره جمهور الأصحاب، وظاهر الخلاف الإجماع عليه، بل هو صريح التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة. ويقتضيه - مضافاً إلى ذلك -

الأصل لمخالفة الحجر له، فيقتصر فيه على المتيقن، وهو صورة وجود الشرط المذكور. لعدم الإطلاق لدليله لو تم.

هذا ولو تجدد له مال بعد الحجر قبل وفاء الديون ولم يف بالديون فلا إشكال في وجوب الوفاء به، لكن هل يشمل الحجر أو لا؟ جزم بالأول في التذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد والروضة. قال في التذكرة: «لأن مقصود الحجر إيصال حقوق المستحقين إليهم، وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر».

وفيه: أن الفائدة المذكورة حكمة، وليست علة يدور الحكم معها سعةً وضيقاً، وإلا لزم الحجر مع وفاء أمواله بالديون، كما يلزم عدم توقف الحجر على حكم الحاكم. ومثله ما في جامع المقاصد من أن الحاكم قد حكم بتعلق الديون بأمواله.

إذ فيه: أنه موقوف على أن وظيفة الحاكم الحجر على أمواله بنحو القضية الحقيقية بنحو تشمل الأموال المتجددة، وهو غير ثابت، والمتيقن من الإجماع المدعى - لو نهض بالاستدلال - أن وظيفته الحجر على أمواله الموجودة بنحو القضية الخارجية. فالمتجدد خارج عن موضوع الحجر. وإلحاق المتجدد به يحتاج إلى دليل.

ولعله لذا استشكل في الإلحاق المذكور في الإرشاد، ويظهر التوقف فيه من الشهيد في غاية المراد وعن بعض حواشيه. بل عن الفخر في شرح الإرشاد أن الأولى عدم الإلحاق. وهو المتعين.

هذا ولو كان المتجدد يفي بتمام الديون أو يزيد عليها فلا إشكال أيضاً في وجوب الوفاء به، ولا يشمل الحجر، كما في التحرير.

لكن هل يرتفع الحجر بذلك، لارتفاع شرطه، أو يبقى بالإضافة إلى الأموال السابقة حتى يتحقق الوفاء بها؟ لا يتضح لنا حكمهم في المقام، لعدم وضوح مبني الحجر عندهم.

وكذا الحال لو برئت ذمة المفلس من بعض الديون بإبراء صاحبه منه أو بوفاء متبرع له أو غير ذلك، وكان الباقي من الديون دون الأموال المحجور عليها.

ومطالبة أربابها الحجر (١). وإذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في

(١) كما صرحوا بذلك وإن لم تشر له النصوص المتقدمة لو تم الاستدلال بها. لأن الحجر حق لهم وليس للحاكم تنفيذ الحق إلا مع مطالبة صاحبه به. لكن استحقاق الغرماء لديونهم إنما يقتضي استحقاقهم المطالبة بوفائها بها، لا بالحجر على المدين. فلو ثبتت مشروعية الحجر فكما يمكن أن يكون لاستحقاقهم له زائداً على الوفاء، فلا يحجر الحاكم عليه إلا بعد مطالبتهم به، يمكن أن يكون وظيفة للحاكم عند مطالبتهم بالوفاء وظهور قصور أموال المدين عن وفاء ديونهم، من أجل حفظ المال ومنعاً للمدين من التفريط به.

إلا أن يدعى أن دليل استحقاقهم للحجر هو الإجماع. ففي مفتاح الكرامة أنه لم يعثر على مخالف في عدم جواز تبرع الحاكم بالحجر عند ظهور أمارات الفلاس له من دون مطالبة، وأن الظاهر أنه محل وفاق لكن لا مجال لإثبات الإجماع، فضلاً عن حججته، بمثل ذلك.

فالعمدة في المقام أن الحجر لما كان على خلاف مقتضى الأصل - كما سبق - فاللازم الاقتصار فيه - لو تمت مشروعيته - على المتيقن، وهو صورة مطالبة الغرماء به. فلاحظ.

نعم لو كان في الغرماء من للحاكم الولاية عليه من السفهاء والمجانين وغيرهم كان له ذلك حفظاً لحقهم، لقيامه مقامهم في استحقاق المطالبة بالحجر.

ثم إنه صرح غير واحد بأنه لو التمس الفلاس من الحاكم أن يحجر عليه لم يشرع الحجر عليه إلا أن يلتزمه الغرماء، بل لا يعرف الخلاف في ذلك إلا من التذكرة.

قال: «لأن في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء، وكما أجبنا الغرماء إلى تحصيل ملتزمهم حفظاً لحقوقهم، كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه، وهو حفظ أموال الغرماء، ليسلم من المطالبة والإثم. وإذا تحقق ثبوت غرض للمفلس صحيح في الحجر عليه أجيب له. وقد روي أن حجر النبي ﷺ

على معاذ كان بالتماس من معاذ، دون طلب الغرماء»
ومقتضى ذيل كلامه جواز الحجر عليه متى طلبه لغرض صحيح وإن لم يكن
مدينةً فضلاً عن أن يكون مفلساً، كما لو كان كثير البذل فخشي التبذير أو الإفلاس،
أو كان معرضاً للوافدين المسترفدين فخشي الإحراج. وكيف كان فما ذكره أولاً من
الوجه الاعتباري لا ينهض بالاستدلال، والثاني يحتاج إلى إثبات.

وقضية معاذ لم ترو من طرفنا، وإنما رواها العامة، واختلفت رواياتهم
لها، ففي عدة روايات مسندة أن الغرماء شكوه للنبي ﷺ فباع أموالهم وقسمها
بينهم^(١). ولم أعر عاجلاً على الحجر عليه بالتماس منه إلا في رواية مرسلة^(٢).
والكل غير حجة ولا ينهض بالاستدلال.

مع أن حجر النبي ﷺ بمقتضى ولايته العامة لا يصحح حجر الحاكم إلا بناء
على ثبوت الولاية المذكورة له، وهو خلاف التحقيق، والثابت ولايته عند التخاصم
ومطالبة ذوي الحقوق بها من أجل فض الخصومة وإيصال الحقوق لأهلها، وذلك لا
يكون بمطالبة صاحب الحق.

هذا وقد أطلق الاكتفاء بمطالبة بعض الغرماء في الشرايع والنافع والتحرير.
وقيده بما إذا لم يف مال المفلس بدين ذلك البعض في القواعد والمسالك والروضة
وغيرها، مع التصريح فيها بأن الحجر حينئذ يعم الجميع.

وقرب في التذكرة العموم لما إذا وفي به، لئلا يضيع على الملتمس ماله، وفي
جامع المقاصد: «وفي هذا الوجه قرب».

لكن حيث سبق أن الدين لا يقتضي إلا المطالبة بالوفاء، وإلزام الحاكم بتنفيذ
الطلب، وهو يكفي في عدم ضياع مال الملتمس، وأن دليل استحقاق المطالبة بالحجر
ينحصر بالإجماع المدعى، فالمتيقن من الإجماع ما إذا لم يف مال المدين بدين الملتمس.

(١) سنن البيهقي: ج ٦ ص ٤٨، ٤٩

(٢) فتح العزيز في شرح الوجيز: ج ٥ ص ٦٠٠؟؟

إذا حجر الحاكم على المفلس بطل تصرفه مع عدم إجازة الديان ١٣٣

ماله مع عدم إجازة الديان (١) مادام الحجر باقياً (٢). فلو اقترض بعده أو اشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبائع الغرماء (٣).

وكان ما في الجواهر راجع إلى ذلك.

بقي شيء. وهو أنهم صرحوا بأنه لو حجر عليه بسبب قصور ديون الملتزمين من الغرماء شاركهم بقية الغرماء في أموال المفلس، وصار التحاوص بين الجميع بنحو يظهر منهم المفروغية عن ذلك. ولذا صرحوا بأنه لو ظهر غريم بعد القسمة انتقضت القسمة ووجب استئنافها، ويظهر منهم عموم الإجماع المدعى الذي هو الدليل على الحجر - لو تم - لذلك.

(١) كما صرح به غير واحد. وهو مقتضى الحجر وتعلق حق الغرماء بعين ماله. أما بناء على ما سبق منا من عدم الحجر على ماله، وأن إلزام الحاكم له بوفاء دينه بالمال موجب لقصور سلطنته عما ينافي ذلك فالمتعين نفوذ تصرفه في ماله إذا لم يكن بنظر الحاكم منافياً لوفاء الدين به.

(٢) ويأتي منه تتبع في آخر أحكام الحجر أنه يزول بالأداء من دون حاجة لحكم

حاكم

(٣) أما صحة التصرف فهو المصرح به. في كلام غير واحد بنحو يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه، ونفى وجدان الخلاف فيه منافي مفتاح الكرامة. لعدم المانع منه حتى بناء على الحجر، لأن موضوعه عندهم المال الموجود. وأما عدم مشاركة المقرض والبايع عند الغرماء فالظاهر عدم الإشكال فيه بينهم. وهو المتعين بناءً على مشروعية الحجر، لثبوت حق الغرماء الأولين به، ومشاركة غيرهم تنافي الحق المذكور.

هذا وصريح التذكرة والقواعد وجامع المقاصد أن الحجر يتعلق بالمال المقترض والمبيع في المقام، بناء على ما سبق منها من تعلقه بالمال المتجدد.

وهو لا يخلو عن إشكال حتى على المبني المذكور، لأن المتيقن منه المال غير

ولو أئلف مال غيره ففي مشاركة صاحبه للغرماء إشكال قوي (١).

المضمون، كالمملوك بالهبة والحيازة ونحوهما.

أما المضمون فلا يبعد قصور دليل الحجر عنه لو تم، إذ بعد استحقاق البدل على المديون لا يصدق عرفاً زيادة ملكه به أو تجدد الملك له.

نعم لو كان البيع في المقام بأقل من ثمن المثل لم يبعد دخول الفرق في الحجر على المبنى المذكور. وإن كان الأولى عدم إطالة الكلام في ذلك بعد ما سبق من عدم تمامية أصل المبنى.

هذا كله بناء على مشروعية الحجر على المفلس أما بناء على ما سبق منا من عدم مشروعيته، بل يلزمه وفاء الديون ولو بنحو التحاصص، بنحو يقتضى عدم سلطنته على ما ينافي ذلك، فافتراض المال أو الشراء في الذمة إن كان لتعجيل الوفاء أو تسهيله تعين استحقاق الدائن وفاء تمام دينه من أموال المدين. كما إذا لم يتيسر التعجيل ببيع أموال المدين لوفاء الغرماء، فحضر شخص أن يقرضه بقدر أمواله ليعجل بوفائهم بنحو التحاصص، ثم يفيه بعد أن يبيع تلك الأموال من ثمنها، أو اشترى في الذمة بأقل من قيمة المثل من أجل أن تزيد قيمة أمواله، لتكثير حصص الغرماء.

وإن لم يكن لتعجيل الوفاء أو تسهيله تعين عدم استحقاق الدائن وفاء دينه من أموال المدين السابقة، وعدم محاصصته مع الغرماء، كما لو رضي شخص أن يقرضه مالاً ليشتري داراً يسكنها أو باعه داراً لسكنه بثمن في الذمة، أو نحو ذلك.

وربما خرجت بعض الصور عن كلا الوجهين تبعاً للقرائن والخصوصيات المحيطة بالمعاملة لا يسعنا استقصاؤها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) فقد ذهب إلى مشاركته للغرماء في المبسوط والشرايع والجامع والقواعد والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك. ونحوه في الغنية في نظيره، وهو الجناية التي ذكرها أكثر من سبق مع الإلتلاف.

وعلله فيها وفي جامع المقاصد والمسالك بما قد يرجع إلى أن حق المضمون له

وكذا لو أقر بدين سابق (١)

ثبت قهراً، لا بسبب تصرف اعتباري، ليكون الحجر مانعاً من نفوذه.
لكن قد يستشكل في ذلك بأنه بعد تعلق حق الغرماء بالمال قبل الإلتلاف فوفاء
ضمان المتلف من ذلك المال مناف لحقهم.

وقد يدعى لزوم الخروج عن ذلك بإطلاق النص. لكن سبق عدم دلالة
النصوص المتقدمة على الحجر. مع أنها لو دلت عليه فهي قد تضمنت قسمة ماله بين
الغرماء الذين التوى عليهم، وهم الذين حلت ديونهم قبل رفع الأمر إلى الحاكم.
ولعله لذا يظهر من التذكرة التوقف وعن الأردبيلي التأمل في مشاركته
للغرماء، وقد يظهر من مفتاح الكرامة والجواهر الميل لعدم مشاركته، بل جزم بذلك
بعض مشايخنا رحمهم الله.

لكن الإنصاف أن الدليل على الحجر وأحكامه حيث ينحصر بالإجماع فالظاهر
عمومه لذلك.

ثم إن ذلك يجري في كل سبب مضمن بعد الحجر، كالجناية وغيرها. بل يجري
ذلك في الدين المؤجل لو حل بعد الحجر قبل الوفاء. هذا كله بناء على مشروعيته
الحجر على المفلس.

أما بناء على عدم مشروعيته فالظاهر المشاركة في الجميع، لاشتراكهم في حلول
الدين واستحقاق المطالبة مع قصور المال عن الوفاء، ولا أثر لسبق الاستحقاق، وإلا
لزم تقديم الأسبق فالأسبق، وعدم التحاصص، وهو مخالف للنصوص السابقة.

(١) أما نفوذ الإقرار عليه في الجملة فالظاهر عدم الإشكال فيه، ويظهر من
كلماتهم الآتية المفروغية عنه. وفي جامع المقاصد: «قولاً واحداً»، ونفى الإشكال فيه
في المسالك. لعموم نفوذ الإقرار.

وفي مفتاح الكرامة: «ولا أجد فيه مخالفاً ولا حكاية خلاف، سوى ما حكاه
فخر الإسلام في شرح الإرشاد عن بعض الأصحاب أنه لا يصح إقراره كالسفيه».

وضعه ظاهر، للفرق بقصور السفية، وعدم القصور في المقام. والمانع الآتي - لو تم - لا يقتضي لغوية الإقرار رأساً، كما هو ظاهر.

هذا وقد صرح بمشاركة المقر له الغرماء في المبسوط والخلاف والغنية والشرايع والجامع والتذكرة، وحكاه في غاية المراد عن أبي منصور الطبرسي، وهو مقتضى إطلاق أبي الصلاح في الكافي قبول إقراره، واختاره في التحرير على إشكال في تكليفه باليمين. وكذا عن حواشي الشهيد لكن بشرط أن يكون عدلاً.

وحجة القائلين بالمشاركة أن ذلك مقتضى الإقرار، مع انتفاء التهمة، لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء. ولأن الإقرار أقوى من البينة التي لا إشكال في مشاركة صاحبها للغرماء.

ومنه يظهر الإشكال في احتمال اعتبار اليمين أو العدالة، إذ لا وجه لهما مع نفوذ الإقرار، ولا ينفعان بأنفسهما عدم نفوذه.

واستشكل في مشاركته لهم في القواعد، بل اختار عدمها في السرائر والمختلف والإرشاد وغاية المراد والدمعتين وجامع المقاصد والمسالك وحكي عن شرح الإرشاد للفخر، وقد يظهر من الإيضاح. لأن حق الغرماء حيث تعلق بالعين بسبب الحجر تعين عدم نفوذ الإقرار بالإضافة إليها، لمزاحمتهم، ولا ينفذ الإقرار في حق غير المقر. وبذلك يظهر الفرق بين الإقرار والبينة، لعموم حجية البينة، واختصاص حجية الإقرار بالمقر وعدم نفوذه إلا عليه.

كما يجري ذلك أيضاً بناء على ما سبق منا من عدم الحجر على مال المفلس. لأن عدم الحجر عليه لا ينافي ثبوت حق الغرماء فيه بحيث يجب وفاء ديونهم منه، والإقرار يزاحمهم في ذلك.

هذا ولو كان الإقرار قبل ظهور الفلاس ومطالبة الغرماء بوفاء ديونهم من ماله، لنفذ بنحو الإطلاق، لعدم حصول المانع بعد. وحينئذ يصير المقر له كسائر الغرماء يثبت حقه في العين بالمطالبة بالوفاء أو بالحجر.

أو بعين (١)،

وبذلك يظهر التعويل على دفاتر المدين المتضمنة لحساباته وديونه في تعيين الغرماء ومقادير بديونهم، لأنها تتضمن إقرار المدين بديونهم. غاية الأمر أنه لا بد من ثبوت تدوينها قبل التحجير عليه، بل قبل ظهور فلسه ومطالبة الغرماء بوفاء ديونهم منه.

هذا وفي الجواهر: «لكن قد يشك في كيفية تعلق حق الغرماء بالعين على وجه يمنع الإقرار، والأصل يقتضي عدمه. وسلب الأهلية في إنشاء التصرف أو عدم النفوذ لا يقتضي ذلك، إذ هو من الحاكم في تحجيره، لا من تعلق حق الغرماء بالعين. وعلى تقديره لا يقتضي مثله في الإقرار. فتأمل جيداً، فإنه قد يدفع ذلك كله صدق كون الإقرار في حق الغير، فيكون ممنوعاً».

وما ذكره لا يرجع إلى محصل ظاهر. بل هو لا يناسب ما ذكره من أن الحجر من الحاكم لا يشرع إلا بطلب من الغرماء لأن الحق لهم، وما سبق منه بأنه من الميل لعدم مشاركة المضمون له الغرماء لو حدث سبب الضمان بعد الحجر، لمنافاته لحقهم، إذ ليس حقهم إلا استيفاء ديونهم من أموال المدين، ولا إشكال في منافاة الإقرار لذلك، لاقتضائه مشاركة المقر له معهم، وفيها نحو من المزاحمة لهم.

نعم قد يدعى أن مقتضى السيرة هو المشاركة، لعدم تيسر معرفة غرماء الشخص نوعاً إلا من طريق تصادق الدائن والمدين على الدين، خصوصاً في المعاملات التجارية اليومية الراضجة في مختلف العصور غير المبنية على الضبط والتسجيل، بل على التوثق الشخصي بين الطرفين.

لكن في بلوغ ذلك حداً ينهض بالاستدلال إشكال. والأمر محتاج لمزيد من التأمل.

(١) فقد ذهب لنفوذ الإقرار بها في المبسوط والجامع والتحرير والتذكرة، وهو مقتضى إطلاق الكافي المتقدم وقد يظهر الميل إليه من الفخر في الإيضاح، ونسب

لظاهره في شرح الإرشاد. لعين ما سبق منهم في الدين، ولأن العين لم يثبت أنها له ليتعلق بها حق الغرماء.

ويظهر حال الأول مما سبق ومنه دعوى أن القبول مقتضى السيرة. ويندفع الثاني بأن مقتضى اليد أنها له. وربما كان لهم بعض الوجوه الأخر ظاهرة الضعف. نعم قد يدعى أن قبول قوله لا يتوقف على نفوذ الإقرار المبني على كون الأمر المقر به في غير صالح المقر، بل يقبل قول صاحب اليد فيما تحت يده وإن لم يكن له ظاهراً، ليصدق الإقرار، كما لو عين الغاصب مالك العين المغصوبة.

لكن المتيقن من ذلك ما إذا لم يكن هناك ظاهر أو أصل يتشبه به طرف آخر، كما في المقام، لأن يد المخير في المقام أمانة على ملكيته للعين المقتضية لثبوت حق الغرماء فيها واختصاصهم بها من أجل وفاء ديونهم. وكما لو أقر الغاصب بالعين لشخص وكان مقتضى الاستصحاب أنها لغيره.

بقي في المقام أمران الأول: أنه لو تم عدم نفوذ الإقرار في المقام بحيث يترتب عليه ملكية المقر له للعين وحرمان الغرماء منها، لزم سقوط الإقرار رأساً، وعدم ترتب الأثر عليه، وليس هو كالإقرار بالدين يترتب الأثر عليه بلحاظ انشغال ذمة المقر، بحيث يلزم بوفائه لو قدر عليه بعد ارتفاع الحجر. لعدم الموجب لضمانه قيمتها للمقر له، لعدم تفريطه بها.

نعم لو رجع الإقرار إلى ضمان العين، كما لو أقر بغصبه لها، أو كان مفراطاً في عدم إرجاعها أو الإقرار بها لصاحبها قبل الحجر، تعين ترتب الأثر على الإقرار بالإضافة إلى الضمان، نظير ما لو أقر بالدين.

الثاني: أنه يجري هنا ما سبق في الدين من نفوذ الإقرار إذا كان قبل الحجر، وقبل ظهور الفلس ومطالبة الغرماء بوفاء ديونهم من أمواله الموجودة. لعين ما سبق هناك فراجع.

وله إجازة بيع الخيار وفسخه (١).

(١) كما في الشرايع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة.
وقد علله في الشرايع بأنه ليس بابتداء تصرف. وهو يرجع إلى أن الخيار ثابت قبل الحجر، فلا يكون الحجر مانعاً منه.
وفيه: أن ثبوت الخيار قبل الحجر إنما يقتضي بقاءه بعده، وذلك لا ينافي قصور السلطنة عن أعماله بغير إذن الغرماء المفروض ثبوت حقهم في الأعيان المملوكة للمدين، بحيث تقصر سلطنته عن التصرف فيها بغير إذنه كما هو الحال في كل محجور عليه إذا ثبت له الخيار، ومن الظاهر أن الفسخ تصرف في العين المملوكة بسبب خياره، فيتوقف على إذنه.
نعم الإمضاء ليس تصرفاً فيها، بل هو ترك تصرف، وليس هو كإجازة عقد الفضولي تصرفاً مبتدئاً إلا أن يراد بالإمضاء إلزام العقد بنحو يرجع إلى سقوط الخيار، فإنه تصرف أيضاً ويجري فيه ما سبق. لكن بقاء العقد لا يتوقف عليه، بل يكفي فيه عدم الفسخ، كما هو ظاهر.
وكانه إلى ذلك يرجع ما في المبسوط من أن له إجازة البيع في شرط خيار ثلاثة أيام، لأن ذلك ليس بابتداء ملك، والمملك قد سبق بالعقد المتقدم، حيث لم يتعرض للفسخ، بل اقتصر على الإجازة، وهو المناسب للتعليل الذي ذكره.
هذا ومقتضى إطلاق بعض من سبق وصريح بعضهم عدم التقيد في جواز الفسخ والإجازة بالغبطة. وهو المتعين بناء على خروج المورد عن موضوع الحجر. كما أنه بناء على شمول الحجر له فالمتعين عدم الفرق أيضاً بناء على ما ذكره من عموم الحجر للوجهين.
غاية الأمر أن الخيار يبقى كما سبق، ويكون أعماله بنظر الغرماء أو الحاكم بناء على الرجوع له عند اختلافهم في أنفسهم أو مع المفلس.
لكن خص جواز الفسخ بالعيب بالغبطة في التذكرة والقواعد والإرشاد.

ومن وجد عين ماله كان له أخذها (١)

وفرق في التذكرة بين خيار العيب وغيره من الخيارات بأن العقد في زمن الخيار متزلزل فلا يتعلق حق الغرماء بالمال أو يضعف، بخلاف العيب.

ولم يتضح وجه الفرق. مع أنه لو تم لم ينفع في جواز الفسخ مع الغبطة في العيب بناء على ما ذكره من أن تعلق حق الغرماء يمنع المدين من التصرف حتى الأصلح.

وعن الشهيد في حواشيه الفرق بين خيار العيب وغيره بأن خيار العيب ثابت من أجل مصلحة المشتري، بخلاف بقية الخيارات.

وفيه - كما ذكره غير واحد - : بأن المصلحة في خيار العيب حكمة لا علة يدور الخيار مدارها وجوداً أو عدماً، فيجوز الفسخ معه ولو مع عدم المصلحة. مع أن المصلحة في خيار العيب هي المصلحة حين العقد، والمصلحة التي اعتبرها فِيهَا هنا هي المصلحة حين الفسخ.

والحاصل: أنه لا يتضح الوجه في جواز الفسخ بناء ثبوت حق الغرماء في أعيان أموال المدين وحجره فيها.

أما بناء على ما سبق منا من إنكار ذلك، وأنه لا يثبت في المقام إلا وجوب وفائه الدين بأمواله، فإن قلنا بوجوب سعيه لتحصيل ما يفي به دينه أو عدم تفويته على نفسه ما يفيه به، فاللازم اختيار الأصلح من الفسخ أو عدمه، وإلا فلا يجب عليه شيء، بل له اختيار ما شاء.

ويأتي إن شاء الله تعالى تحقيق الحق من المبنيين المذكورين في المسألة الثانية من لواحق مبحث الحجر.

(١) كما في الخلاف والكافي والغنية والسرائر والشرايع والتذكرة والإرشاد والتحرير والقواعد واللمعتين وغيرها، وحكاها في المختلف عن ابن الجنيد والبراج واختاره، وإن ذكر في آخر كلامه أن القول الآخر لا يخلو عن قوة. وقد يظهر من

الخلاف الإجماع عليه، كما هو صريح الغنية وجامع المقاصد.
لصحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده بعينه. قال: لا يحاصه الغرماء»^(١).
وظاهر النهاية والمبسوط أن ذلك يختص بها إذا وفّت أموال المدين بديونه، وأنه إذا لم تف بها فليس للغريم أخذ عين ماله، بل يحاص بقية الغرماء بالثمن - وإن قال في الثاني في آخر كلامه: «وهذا هو الأحوط». بل هو صريح الاستبصار. ونسب للتهذيب، وليس فيه ما يدل على ذلك.

ومن الغريب ما في الخلاف من أنه ذكر في كتاب الأخبار الوجه في الرواية المنافية لمختاره فيه، حيث يظهر منه اتفاق فتواه فيهما مع ما في الخلاف. كما أن ما في المبسوط لا يناسب ما ذكره في صدر كلامه من جعل اختصاص صاحب العين بها من أحكام المفلس، مع تفسيره فيه للمفلس، بأنه من تقصر أمواله عن ديونه. ومن هنا لم يخل كلامه عليه السلام في كتبه عن اضطراب.

وكيف كان فقد استدل في الاستبصار للتفصيل المذكور بصحيح أبي ولاد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يخل ما له، وأصاب المشتري المتاع بعينه له أن يأخذه إذا خفي [حق] [حقوق]. يب. صا [له؟ قال: فقال: إن كان له دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن أخفى [حق] [حقوق]. يب. صا] له. فإن ذلك حلال له. ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته، ولا سبيل له على المتاع»^(٢).

لكنه كما ترى - مختص بالميت، وصحيح عمر بن يزيد في الحي. ولو فرض عمومه لصورة الموت فلا مجال لحملة على ما إذا وفي مال المدين بالديون. بعد قوله عليه السلام فيه: «لا يحاصه الغرماء» لأن المحاصة إنما تكون مع قصور المال. ومن هنا لا ينبغي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٣.

الإشكال فيما ذكره المشهور.

هذا كله في المفلس أما الميت فكما ورد فيه صحيح أبي ولاد ورد فيه صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه. فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع. وقال: ليس للغرماء أن يخاصوه [يخاصموه. في. فقيه]» ومع غض النظر عن اشتياله على الإرسال - كما يظهر منهم - فظاهر الفقيه والتهديب العمل به على إطلاقه، وصريح الاستبصار حملة على ما إذا كان الميت قد ترك ما يفي بجميع ديونه جمعاً مع صحيح أبي ولاد وعليه جرى غير واحد ممن تأخر عنه، بل في الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً إلا ما يحكى عن ابن الجنيد».

لكنه لا يناسب ما تضمنه حديث جميل من المنع عن محاصة الغرماء أو خاصمتهم فيه، لأن التشاح بين الغرماء إنما يكون مع قصور التركة. أما مع عدمه فلا يستحق الغرماء إلا وفاء ديونهم ولو من غير التركة، وغاية ما يمكن معه التشاح في العين مع الورثة، كما لعله ظاهر. مع أن صحيح أبي داود مختص بالبيع المؤجل وموت المشتري قبل حلول الأجل واستحقاق قبض الثمن، فلا وجه لاستفادة عموم حكم الميت منه.

ولعل الأولى العمل بصحيح أبي ولاد في مورده، وهو ما إذا لم يكن عدم قبض الثمن موجباً للخيار، لأخذ التأجيل في البيع، وموت المشتري قبل حلول الأجل، وبحديث جميل فيما إذا كان عدم قبضه موجباً للخيار، لا ببناء البيع على التقابض، لأن المنصرف أو المتيقن منه أن من شأن البيع إقباض الثمن وإن لم يفعل المشتري ولو لرضا البائع بالتأخير مؤقتاً.

وتبقى صورة ما إذا كان الثمن حالاً، لكن رضي البائع بتأخيره تسامحاً منه مع المشتري، بحيث لا يكون تأخيره موجباً للخيار إما داخله في إطلاق حديث جميل فيعمها الحكم بأخذ الغريم متاعه بعينه، أو خارجه عنه فيكون المرجع فيها عموم

عدم الفرق بين ما ذكره الأصحاب وما ذكرناه ١٤٣

التحاص بين الغرماء.

وأما ما عن ابن الجنيد من إطلاق أن الغريم أحق بعين ماله وإن لم تف التركة بالديون حملاً للमित على المفلس. فهو كما ترى أشبه بالقياس في مقابل النص، وهو صحيح أبي ولاد.

هذا وفي التذكرة والمسالك أن التفصيل المذكور يشمل المفلس إذا مات قبل وفاء ديونه بنحو التحاص. وكأنه لإطلاق صحيح أبي ولاد.

لكن الصحيح لا يشمل المفلس الذي ثبت في حياته حق الغريم في عين ماله، لما تضمنه من فرض موت المدين قبل حلول الدين.

نعم استدل في التذكرة بالنبوي: «أيما رجل باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البايع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه، فهو أحق به. وإن مات فهو أسوة الغرماء»^(١) لكنه - مع عدم روايته من طرقنا - إنما يدل على المدعى إذا كان قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «وإن مات...» جملة مستأنفة لبيان حكم المفلس لو مات بعد الفس. أما إذا كان جملة معطوفة على قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «فأفلس الذي ابتاعه» لبيان حكم الموت في مقابل الفس، فيكون أجنياً عما نحن فيه، ودالاً على إطلاق كونه كسائر الغرماء مع الموت، ويمكن تخصيصه بحديث جميل. والثاني إن لم يكن أظهر فلا أقل من الإجمال المانع من الاستدلال.

وكيف كان فلا مخرج عن إطلاق صحيح عمر بن يزيد القاضي ببقاء الاختصاص بالعين مع تأخر موت المفلس، كما مال إليه في الجواهر. لكنه قال: «إن لم يكن إجماع على خلافه».

ولم يتضح منشأ احتمال الإجماع المذكور بعد عدم العثور على التعرض له في غير التذكرة والمسالك، فضلاً عن حجيته، بحيث يخرج به عما يقتضيه النص.

بقي في المقام الأمور الأول: أنه لا يفرق في ما سبق في المفلس بين ما ذكره

(١) سنن أبي داوود: ج ٣ ص ٢٨٦.

الأصحاب من التحجير عليهم وما سبق منا من عدم التحجير عليه، لأن التحاص بين الغرماء لازم على كل حال مع مطالبة الغرماء، وكذلك استثناء من وجد عين ماله منه.

الثاني: الظاهر أن اختصاص الغريم بعين ماله حق له من دون أن يكون ملزماً به، فله أن يدع عين ماله للمدين مورداً للتحاص مع الغرماء ويكون كأحدهم في الثمن الذي يستحقه على المدين، كما يظهر منهم، بل هو صريح غير واحد. لأن ذلك هو المنصرف من الصحيح سؤالاً وجواباً، فهو وارد لدفع توهم الحظر بلحاظ خصوصية الفليس المقتضية للتحاص وتنازل جميع الغرماء عن استلام قبض بعض حقوقهم.

الثالث: ذكر الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أو بعضهم لاختصاص الغريم بعين ماله شروطاً أولها: أن يكون تعذر استيفاء الثمن للإفلاس، فلو امتنع الموسر من دفع الثمن فلا رجوع، بل يلزمه الحاكم بالدفع. وقد تقدم الكلام في ذلك في خيار التأخير من كتاب البيع، وذكرنا أن مقتضى القاعدة مع إطلاق البيع ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري بعدم دفع المشتري للثمن وعدم دفع البائع للمبيع، لا ابتداء البيع بطبعه على التسليم والتسلم، وإن اشترط الخيار للبائع بتأخير المشتري دفع الثمن ثلاثة أيام خروج عن القاعدة يقتصر فيه على مورده. فراجع.

ثانيها: حلول الثمن. وفي مفتاح الكرامة: «كأنه مما لا خلاف فيه». لأنه لا مطالبة له في الحال، فيكف يفسخ البيع اللازم بغير موجب؟!!

والعمدة فيه: انصراف صحيح عمر بن يزيد إلى أن أخذ البائع العين لجبر حقه في تسلم الثمن، ويقصر عما إذا لم يستحق تسلم الثمن. وإن شئت قلت: الصحيح وارد لبيان تميزه عن غيره من الغرماء بأخذه عين ماله بعد الفراغ عن استحقاقه المطالبة بالوفاء، لا لبيان استحقاقه الوفاء، ليكون مقتضى إطلاق العموم لما إذا لم يحل الأجل.

هذا وفي القواعد: «ولو حل الأجل قبل فك الحجر ففي الرجوع إشكال». وذهب لعدم جواز الرجوع في التذكرة وجامع المقاصد، معللاً في الثاني بأن مقتضى عموم النص تعلق حق الغرماء الذين سبق حلول ديونهم بالعين، فيمتنع ثبوت الحق لمن حل دينه بها، ويتعين قصور دليله عنه.

لكن سبق عدم ثبوت حق الغرماء في أعيان أموال الغريم، غاية الأمر وجوب وفاء ديونهم منها عليه، فلا مانع من وجوب وفاء دين من حل دينه منها أيضاً. فتأمل. على أنه لو فرض ثبوت حقوقهم أمكن مزاحمة حقه في استرجاع العين لحقوقهم، وتقديمه عليها عملاً بإطلاق الصحيح، لابتناء الصحيح على تخصيص عموم التحاص بين الغرماء وإطلاق الخاص يقدم على إطلاق العام.

ولاسيما أن مقتضى النصوص الواردة في المقام وفي الميت اشتراط جواز أخذ العين بمعرفتها بعينها. وما في التحرير من ثبوته مع وجودها وإن لم تعرف. خروج عن ظاهر النص بلا وجه. وحينئذٍ لازم ذلك أنها لو لم تعرف بعينها تكون مورداً للتحاص مع ثبوت حق الغرماء أو بدونه، على الكلام المتقدم. ولو تجدد العلم بها بعد العدم كان له أخذها نقضاً لذلك بعد ثبوته، لا أنه ينكشف عدم ثبوته من أول الأمر. ولذا لو علم إجمالاً بوجودها ضمن الأعيان الموجودة كانت مورداً للتحاص، ولا يجب التوقف في إعمال ذلك.

ومرجع ذلك إلى أن ثبوت حق الغرماء لا يمنع من عموم جواز اختصاص الغريم بعين ماله، بل ينقض حق الغرماء - لو تم - به، فيتعين العمل بإطلاق دليله إذا تمت شروطه، ومنها حلول الدين الذي هو محل الكلام.

ولعله لذا صرح في التحرير بجواز أخذه العين ما لم تبع. وكأن استثناء ذلك لما يأتي في الشرط الخامس. فلا حظ.

(ثالثها): أن يكون استحقاق الثمن بسبب سابق على الحجر، فلو كان بعده لم يكن له استرجاع العين، كما صرح به في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها.

وهو ظاهر مع العلم بالحجر أو الفليس، لأنه أقدم على عدم تسليم الثمن، وقد سبق قصور دليل اختصاص الغريم بعين ماله عن صورة عدم استحقاقه. أما مع الجهل فلا يتضح الوجه في عدم استحقاق الاسترجاع، لأن حق الغرماء - بناء على ثبوته - لا يمنع من استرجاع البايع العين، لما سبق من تخصيص دليله لدليل ثبوت حقهم.

ودعوى: أن فرط بإقدامه على البيع على من لم يعلم حاله، فكان كالراضي بعسره ويسره.

لا تخلو نم غرابة، إذ ليس بناء الناس على الفحص عن حال من يتعاملون معه، بل ابتناء المعاوضة على التسليم والتسلم يقتضي ثبوت الخيار مع قطع النظر عن دليل الاختصاص في المقام. وقد أطالوا الكلام في ذلك بما لا مجال لتعقيب كلماتهم فيه. (رابعها): أن يكون ما يستحق الغريم من استرجاعه أموال الدين من الأعيان، ولا يشمل المنافع، فضلاً عن الحقوق، لأن ذلك هو ظاهر التعبير في نصوص المقام ونصوص الموت.

غاية الأمر أن ابتناء المعاوضة على التسليم والتسلم يقتضي الخيار بتعذر التسليم في الكل. ووضوح ذلك يغني عن إطالة الكلام فيه

(خامسها): بقاؤه في ملك المدين، فلو كان خارجاً عن ملكه فلا إشكال في عدم الاختصاص، بحيث له إبطال السبب المخرج له عن ملكه، أو المطالبة بفسخه حتى لو كان جائزاً، كالهبة لغير الرحم. لخروجه بذلك عن موضوع النص، لعدم كونه مورداً لحق الغرماء والتخاص بينهم.

نعم لو رجع إلى ملكه قبل الحجر أو قبل القسمة فهل يكون مورداً للاختصاص؟ لا يبعد ذلك فيما إذا كان بفسخ السبب الناقل إذ بفسخه يرجع للمدين - كما إذا لم يقع العقد المفسوخ - مملوكاً بسبب العقد الأول الذي بين الغريم والمدين المفلس، فشمله إطلاق صحيح عمر بن يزيد.

دون نائها المنفصل (١). أما المتصل فإن كان كالطول والسمن وبلوغ الثمرة ونحوها مما لا يصح للانفصال تبعها (٢)،

أما إذا كان بسبب مملك جديد، فالمتعين قصور الصحيح عنه بناء على ما يظهر من غير واحد من رجوع اختصاص الغريم بعين ماله إلى جواز فسخ العقد السابق المقتضي للملكية الثمن بدل العين، ورجوع العين إلى ما كانت عليه قبل العقد، فكأنه لم يقع، حيث لا مجال لذلك في المقام بعد فرض توسط السبب الناقل للعين من المدين المفلس، ثم السبب المقتضي لرجوعه له، لترتبهما على صحة العقد الناقل للعين من الغريم للمدين المذكور لكن يأتي إن شاء الله تعالى أن اختصاص الغريم بعين ماله لا يبتني على فسخ العقد الموجب لانقالها منه للمفلس. بل هو تعبد محض .

نعم لا يبعد انصرافه عن المقام .

ولا سيما إذا كان السبب المقتضي لرجوع العين للمدين معاوضة تقتضي كون صاحبها غريباً للمدين حين الحجر أيضاً، حيث يكون مقتضى الصحيح اختصاصه بالعين من أجل دينه. والالتزام بشمول الصحيح لها معاً المقتضي للتزام بينهما، وجريان حكمه لا يخلو عن تكلف.

وكأنه لذا ذهب للتفصيل بين الوجهين في التحرير وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل . فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم .

(١) بلا خلاف بيننا ولا إشكال. كذا في الجواهر. وفي التذكرة: «ولا نعلم فيه خلافاً إلا من مالك»، وفي المسالك أنه موضع وفاق. لاختصاص الصحيح بالأصل. ويبقى الناء للمدين، لأنه حصل حال ملكه للأصل، فتبعه في الملك.

(٢) كما في المبسوط وجامع الشرايع والقواعد، وغيرها، وحكاها في المختلف عن ابن البراج وعليه جرى في الجملة في جامع الشرايع. لصدق أنه عين ماله عرفاً، كما التزموا بذلك في فسخ العقد.

وتردد فيه في الشرايع، كما ننظر فيه في التحرير. بل جزم بمنعه من الرجوع

بالعين في التذكرة والإرشاد وظاهر اللمعتين وجامع المقاصد. وكأنه للإضرار بالفلس، لأنها زيادة حصلت في ملكه، فملكها تبعاً لزيادة للأصل.

وحكى في المختلف عن ابن الجنيد أن للغريم الزيادة مع العين لكن مع ضمان قيمة الزيادة، ووافقه في ذلك. قال: «جمعاً بين المصالح، وهو أخذ عينه، الذي لا يتم إلا بأخذها، واستعادة قيمة الزيادة للفلس والغرماء، إذ لا فرق بين أخذ عين الشيء وقيمته في المالية، ولا اعتبار في نظر الشارع بالخصوصيات». لكنه كما ترى أشبه بالاستحسان منه بالاستدلال. بل لا بد من النظر في دليل المقام.

من القريب قصور الصحيح ونحوه مما ورد في الموت عن ذلك.

إما لاختصاص المتاع - الذي هو الموضوع في النصوص - بالأموال الجامدة، كالثياب والأواني ونحوهما مما يتمتع به مع بقاءه، لأن المتاع يستعمل باستعمالات مختلفة قد يختص بعضها بذلك.

وإلحاق غيره به لفهم عدم الخصوصية عرفاً وإن كان متعيناً، إلا أنه يختص بما إذا لم يتغير عن حاله بنحو معتد به.

ولا سيما مع احتمال أن يكون قوله عنه في الصحيح: «بعينه»، وفي مرسل جميل المتقدم في الموت: «إذا كان المتاع قائماً بعينه» كفاية عن عدم التغير، كما ورد في خيار العيب في مرسل جميل عن أحدهما عليه: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد فيه عيباً. فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن. وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان المعيب»^(١).

وإما لأن العموم لصورة الزيادة يبتني على عناية تحتاج للتنبيه، لما فيه من الإجحاف بالمشتري عرفاً، خصوصاً إذا كانت الزيادة مستندة إليه، ببذل جهد أو مال، كسقي الشجرة وإطعام الحيوان.

ودعوى: أن قصور النصوص لو تم ليس بنحو يجعلها ظاهرة في الحصر،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٣.

وما لا يصح لذلك كالصوف والثمرة ونحوهما ففيه إشكال، والأظهر عدم التبعية (١).

بحيث تدل على انحصار اختصاص الغريم بعين ماله بما سبق. بل غايته الإجمال، وحينئذ يكون مقتضى ابتناء البيع على التسليم والتسلم ثبوت الخيار للمشتري المقتضي لسلطنة المشتري على الفسخ واسترجاع العين، وقد ذكروا تبعية النماء المتصل للعين مع الفسخ.

مدفوعة بأنه سبق منا - عند الكلام في خيار الغبن من كتاب البيع - الإشكال في ثبوت الخيارات العرفية الناشئة من تخلف الشروط الارتكازية ونحوه مع تغير العين. كما ذكر هناك الإشكال في تبعية النماء المتصل للعين مع الفسخ، وأنه لو تم شمول الخيار لصورة التغير فاللازم البناء على الشركة، خصوصاً إذا كان حصول النماء المذكور مستنداً عرفاً لمن ملك العين بالعقد وخرجت منه بالفسخ. فراجع.

(١) أما بناء على عدم التبعية في الزيادة غير المتميزة فظاهر، لأولويتها منها عرفاً. وأما بناء على التبعية فلأن منشأها عندهم هو صدق عين ماله على المجموع عرفاً، وذلك غير حاصل في المقام بعد فرض امتياز الزيادة عن الأصل. وكأنه لذا صرح بعدم التبعية في المبسوط والشرايع وجامع الشرايع والقواعد والتحرير، ونفى في المسالك الخلاف فيه.

هذا ولو كان صالحاً للفصل حين الرجوع - كالصوف والثمرة البالغة - فلا إشكال. أما لو لم يصلح لذلك - كالحمل والثمرة غير البالغة - فليس له فصله، كما صرح به غير واحد، بل الظاهر عدم الخلاف فيه. لما فيه من الإضرار بالمدين المشتري المفروض احترام ماله، لعدم عدوانه.

بل صرح بعدم استحقاقه الأجرة في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وقد علل بما قد يرجع إلى أن المشتري قد أحدثه في ملكه بوجه مشروع، ولما كانه من شأنه البقاء استحق إبقائه تبعاً لسبق استحقاق إحداثه، فلا أجرة، لأنه قد

استوفى منفعة الإبقاء بإحداثه.

لكنه كما ترى، فإن الاستيفاء تدريجي، وعدم الضمان يختص بما وقع في زمان ملك العين. أما ما وقع بعده فلا وجه لعدم ضمانه. وعدم جواز الإزالة دفعاً لضرر المشتري لا يقتضي استحقاقه المنفعة بعد خروج العين عن ملكه، بل يقتضي تخيره بين الإزالة والإبقاء بالأجرة، كما تقدم ذلك في فسخ المغبون إذا شغلت العين بمثل الزرع. نعم قد يتعذر إزالته - كالحمل - فلا يكون بقاءه استيفاءً مضمناً للمنفعة، وقد لا يكون لإبقائه أجرة عرفاً لتكون مضمونة بالاستيفاء.

غاية الأمر أنه لو تم توقف بقاءه وعدم تلفه على مؤنة - كسقي الشجرة خدمة للثمرة - لم يجب على مالك الشجرة القيام بذلك، لعدم الدليل عليه، بل عليه تمكين مالك الثمرة من القيام بذلك ولو باستجاره له.

هذا كله بناء على عموم الصحيح ونحوه مما ورد في الموت لصورة ما إذا تغيرت العين بهذا الوجه.

بقي في المقام أمران الأول: أنه لو وجد الغريم متاعه ناقصاً عما دفعه. فالنقص على وجهين (أحدهما): ما يتوسط عليه الثمن عرفاً كعبد من عبيد، ورطل من رطلين، وعشرة أمتار من قماش بقي منها خمسة. والمعروف أن لصاحب العين أخذ الناقص بحصته من الثمن ويحاصص الغرماء في الباقي منه، وفي المسالك: «ولا خلاف في حكمه عندنا مطلقاً».

والوجه فيه: عموم الصحيح له عرفاً، لصدق المتاع على البعض. ولا أقل من إلغاء خصوصية التهامية عرفاً.

وأما تبعض الثمن، فمن المعلوم أن الصحيح لم يتعرض للثمن صريحاً، وإنما يفهم منه تبعاً، وذلك كما يقتضي بدلية تمام المبيع عن جميع الثمن يقتضي بدلية بعضه عن بعضه في فرض التسيط عرفاً.

واستشكل فيه في جامع المقاصد بأن أخذ الباقي بحصته من الثمن إن ابتنى

على المعاوضة توقف على رضا المستحقين وصدور العقد بالوجه المعبر، ولا قائل بذلك. وإن ابتنى على الفسخ لزم تبعض الصفقة في الفسخ، وهو غير جائز، ثم أطال في ذلك لما لا يرجع إلى محصل ظاهر بعد ظهور ضعفه.

لأن الصحيح كالصريح في أن أخذ الغريم لعين ماله لا يتوقف على عقد جديد، بل هو تعبد محض يرجع إلى أخذه بدلاً عن ثمنه الذي يستحقه، والتوزيع يبتني - كما سبق - على التقسيط المفروض في المقام.

وبذلك يظهر أن التبعض لا يبتني على الفسخ، ليشكل بامتناع التبعض في فسخ العقد الواحد على التحقيق، كما ذكرناه في المسألة الرابعة عشرة من فصل الخيار من كتاب البيع، أو بما ذكره من لزوم تبعض الصفقة من الفسخ. فلاحظ.

ومثل ذلك في الإشكال أنه قوّى - كالمختلف - ما عن ابن الجنيد من أن الغريم يأخذ البعض بقيمته يوم يسترده، ويحاصص الغرماء بما بقي من الثمن.

إذ فيه: أن ذلك إن ابتنى على حمل الصحيح على أخذ العين التامة بقيمتها حين يستردها، ليناسب أخذ الناقص بقيمته أيضاً، فمقتضاه أن قيمتها إن زادت على الثمن يرجع الفرق للمدين، ويكون كسائر أمواله مورداً للتحاصص بين الغرماء، وإن نقصت عنه يبقى له الفرق على المدين ويحاصص به مع الغرماء، وليس بناؤهم على ذلك.

كما أنه خلاف المنصرف من الصحيح وغيره بل المنصرف منه حل مشكلة الغريم وتمييزه عن بقية الغرماء بدفع متاعه له.

وإن لم يبتن على ذلك بل يحمل على أخذ العين بتمامها بالثمن - كما فهمه الأصحاب - والأخذ بالقيمة يختص بالبعض، فهو خال عن الدليل، لأن الصحيح إن اختص بتمام العين المبيعة يبقى البعض خالياً عن النص، فيكون المرجع فيه عموم التحاصص بين الغرماء. وإن عمم للبعض كان مقتضاه أخذه بنسبته من الثمن، كأخذ التام بتمام الثمن لا بنسبته من القيمة.

(ثانيهما): ما لا يتوسط عليه الثمن عرفاً، كقطع يد العبد. وقد فصل فيه في المبسوط بين ما إذا الأرش مضموناً، بأن كان النقص بفعل غير المالك المدين، وما إذا لم يكن مضموناً، كما إذا كان من الله تعالى أو بفعل المالك، ففي المضمون للغريم أن يأخذ العين ويحاصص الغرماء في نسبة النقص للثمن، وفي غير المضمون ليس له إلا أخذ العين.

وعليه جرى في الجامع والقواعد التحرير وقد يرجع إليه ما في الشرايع من أنه يضرب مع الغرماء بأرش النقصان، بأن لا يريد به الأرش بنفسه، بل نسبته إلى الثمن. ونسبه في جامع المقاصد لأكثر الأصحاب.

وظاهر التذكرة التوقف فيما إذا كان النقص بسبب المشتري المدين.

هذا ويظهر من جامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها الإشكال في أصل التفصيل المذكور بأن أخذ العين يبتني على فسخ عقد بيعها، وهو يقتضي رجوعها كما وقع عليها العقد أو رجوع البدل، لأن المبيع مضمون بضمان المعاوضة، وذلك يقتضي ضمان النقص مطلقاً وإن لم يحصل يوجه مضمن، كما في سائر موارد الفسخ. ومجرد استحقاق المشتري الدين عوض النقص إذا كان بفعل أجنبي وعدم استحقاقه إذا كان النقص بأفة سهاوية أو بفعله لا يصلح فارقاً بعد كون العين مضمونة بضمان المعاوضة، ومقتضى الفسخ رجوع العين بتمامها ومع تلفها أو نقصها يتعين البدل.

ومنه يظهر حال ما في التذكرة من أن البائع لا يستحقه حين طرء النقص، ليكون مضموناً له، وإنما يستحقه حين رضاه بأخذه بدلاً عن دينه، فإذا كان حين أخذه ناقصاً نقصاً غير مضمون لم يستحق شيئاً غير العين.

إذ فيه: أن استحقاقه إن رجع إلى الفسخ استحق تمام ما وقع عليه العقد أو البدل وإن لم يكن التلف مضموناً حين وقوعه، لما سبق من المحقق والشهيد الثانيين من أن العقد يقتضي ضمان التام بضمان المعاوضة المستلزم إرجاعه بالفسخ، وجبر

نقصه بالبدل.

وإلا لم يكن وجه لإرجاع الأرش حتى مع ضمان الجناية، لأن الجناية تقتضي الضمان للمالك حين وقوعها وهو المشتري المدين، والبايع يستحق إرجاع العين وحدها ومجرد كسب المشتري المدين أرش النقص وبقائه له وتضييعه على البايع ليس محذوراً بعد أن لم يكن مستحقاً له، لعدم طروء النقص حال ملكيته للعين.

فالعقدة في المقام: أنه لا يتضح من الصحيح ابتناء الرجوع بالعين على فسخ العقد، بل مجرد أخذ العين بدلاً عن الدين كما سبق في فرض نقص ما يتقسط عليه الثمن، لأن بدلية الثمن عن العين تابعة للعقد فمع فرض فسخه وحله تكون البدلية بلحاظ القيمة السوقية، كما لعله ظاهر.

ومثل ذلك في الإشكال ما عن ابن الجنيد وقواه في المختلف من إطلاق ضمان النقص، لكن مع أخذ العين بقيمتها والضرب مع الغرماء في بقية دينه. حيث يظهر ضعفه مما سبق فيما إذا كان النقص مما يتقسط عليه الثمن.

هذا كله مع غض النظر عما هو سبق عند الكلام في الزيادة غير القابلة للفصل من انصراف الصحيح إلى ما إذا بقيت العين بحالها دون ما إذا تغيرت بما يوجب زيادتها أو نقصها.

غايته أن جواز أخذها مع النقص بدلاً عن الثمن يستفاد بالأولية العرفية، أما أخذها عن بعض الثمن ومحاصه الغرماء في الأرش فلا مجال لاستفادته من الصحيح. بل هو لا يناسب عرفاً ما سبق من غير واحد منهم من تبعية النماء غير القابل للفصل - كالسمن والطول للعين - إذ كما يلزم من الاكتفاء بالعين الناقصة الحيف في الجملة على الغريم يلزم من أخذها مع النماء الحيف على المدين. والفرق بينهما مما تأباه المرتكزات العرفية جداً.

ومن ذلك يظهر الحال في زيادة الصفة ونقصها من دون زيادة ولا نقص في العين، كشفاء الحيوان المريض، ومرض الصحيح، وصبغ الثوب الموجب لارتفاع

وإن خلطه بالأجود (١).

قيمته أو نقصها. لجريان جميع ما سبق فيه، كما يظهر بالتأمل. وقد أطلوا الكلام فيه من دون حاجة لذلك بعد ما سبق.. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

الثاني: لو كان الغريم قد دفع بعض ثمن العين فالظاهر قصور الصحيح عنه. لما سبق من ظهور الصحيح في أخذ العين بتمامها بدلاً عن الثمن، فلا يشترك في الغريم العين بنسبة ما بقي له من الثمن وإن ذكر ذلك في المبسوط وغيره.

نعم لو نقصت العين نقصاً يتقسط عليه الثمن، أو لا يتقسط، وكان نسبة الباقي من مجموعها كنسبة الباقي على الغريم من مجموع الثمن، فعن ابن الجنيد أن للغريم أخذه بتمامه بدلاً عما بقي من الثمن. وكأنه لوفائه بهاله من الدين. لكنه لا يخلو عن إشكال، لقرب انصراف الصحيح عن ذلك أيضاً.

وهناك بعض الفروع المناسبة للمقام ذكرت في كلمات بعضهم لا يسعنا التعرض لها. وربما يظهر حالها أو حال بعضها مما سبق.

(١) الظاهر أن (إن) في المقام وصلية وهي لا تكون إلا مع سبق الحكم بشيء. وذلك يكشف عن أن في الكلام نقصاً. ومقتضى التعرض فيما يأتي للخلط بجنسه كون الكلام هنا في الخلط بغير الجنس.

نعم العبارة المتقدمة غير موجودة في الطبقات السابقة على الطبعة الأخيرة التي اعتمدنا عليها في هذا الشرح.

ومن القريب أن يكون بَلَدٌ قد ألحقها تأكيداً للإطلاق الآتي، وأن العبارة هكذا: «ولو خلطه بجنسه فله عين ماله مطلقاً وإن خلطه بالأجود».

غاية الأمر أن يكون كلامه غير مستوف لفروض المسألة، كما كان في الطبقات السابقة، وكما هو الحال في كلام بعضهم، على ما يأتي.

وكيف كان فيأتي إن شاء الله تعالى بعد إكمال الكلام في الخلط بالجنس حكم الخلط بغير الجنس.

ولو خلطها بجنسه فله عين ماله (١)

(١) كما في المبسوط وغيره مما تأخر عنه. بل كأنه مفروغ عنه عندهم. ولعله إليه يرجع ما عن ابن الجنيد من أن له ثمن متاعه، بأن يحمل على ثمنه عند بيعه في ضمن تمام المزوج، بأن يوزع الثمن على نسبة قيمتي المزوجين الذي هو لا زم اختصاصه بعين ماله، كما يظهر من المختلف واختاره. لا على ثمنه حين بيعه على المدين المفلس، والذي بقي ديناً عليه. لعدم الوجه له بعد كون مقتضى عموم النصوص الواردة في المفلس التحاص بين الغرماء في الديون، ومقتضى صحيح عمر بن يزيد اختصاص من وجد عين ماله بها، لا بثمنها الذي باعها به.

وكيف كان فالوجه فيما سبق من المبسوط وغيره هو إطلاق وجدان المتاع، والمزج لا يوجب تلفه، لظهور أن مجموع المزوج عين الأمور المزوجة. لكن ذلك إنما يتم بناء عدم انصراف إطلاق الصحيح عما إذا تغيرت العين عما كانت عليه حين البيع، وقد تقدم الكلام في ذلك عند الكلام في الزيادة غير الصالحة للانفصال.

كما لا يتم ذلك أيضاً بناء حصول الشركة الحقيقية بالمزج، كما يظهر منهم. بل صرح به سيدنا المصنف رحمته في فرض اتحاد المزوجين في الجنس والصفة، على ما تقدم في كتاب الشركة. للتنافي بين الشركة والاختصاص بعين المال.

ودعوى أنه لا موضوع للشركة حين المزج، لأن المالكين كليهما حينئذ ملك للمدين، وإنما يتحقق موضوعها حين اختيار صاحب المتاع متاعه وملكه له، فالشركة حينئذ في مرتبة متأخرة عن تملكه لعين ماله، ولا تنافي بينهما.

مدفوعة بظهور نصوص المقام في المفلس والميت بعد ضم بعضها إلى بعض أن لصاحب العين الأفرادها، وهو لا يناسب الشركة.

ودعوى: أن الشركة الحقيقية بالمزج لو تمت ليست مقتضى عموم دليل غير قابل للتخصيص، بل دليلها الإجماع، أو بناء العقلاء، وكلاهما قاصر عن المقام بعد

مطلقاً (١)،

كون المعروف بين الأصحاب هو اختصاص الغريم معه بعين ماله. وبعد إطلاق الصحيح الشامل لصورة المزج والصالح للردع عن بناء العقلاء.

مدفوعة بأن الجهة الارتكازية المقتضية للشركة الحقيقية مع المزج لو تمت ترجع إلى امتناع انفراد كل من المالكين بعين ماله مع المزج عرفاً، وإلا فلو أمكن ذلك في مورد أمكن في جميع الموارد، ولا ملزم بالبناء على الشركة الحقيقية في مورد. فتأمل جيداً.

نعم تقدم منا في كتاب الشركة المنع من الحقيقية بالامتزاج. فلم يبق إلا الوجه الأول.

(١) أما مع التساوي في الصفة من حيثية الجودة والرداء فالظاهر الاتفاق عليه بين من ذكره، وظاهرهم بل صريح بعضهم - كالمبسوط والتحرير وغيرهما - جريان حكم الشركة عليه من حيثية المطالبة بالقسمة بالنسبة لمقدار المالكين أو البيع واقتسام الثمن على النسبة بينهما.

نعم قد يظهر مما سبق عن ابن الجنيد واختاره في المختلف من أن له ثمن ماله - بناء على ما سبق من حملة على ما يخصه من ثمن بيع تمام الممزوج - هو تعيين البيع وعدم الشركة في العين بحيث له المطالبة بالقسمة، وهو الذي حكاه في المبسوط قولاً في المسألة. وكأنه لعدم الدليل على حصول الشركة بالمزج في المقام.

لكن لا دليل أيضاً على إلزام الطرف الآخر بالبيع. فلا بد في اختيار أحد الأمرين من التراضي بين الطرفين. ولعله مراد ابن الجنيد والمختلف.

وأما إذا كان المزج بالأردأ فالظاهر الاتفاق عليه بينهم أيضاً.

لكن ظاهر المبسوط والشرايع وغيرهما أنه إذا اختار عين ماله كان شريكاً بنسبة قدر المالكين، لا بنسبة قيمتهما، فهو يرجع إلى رضاه بدون حقه، وله القسمة على ذلك. وقد صرح في التحرير بأنه لا يجب إجابته للبيع لو طلبه من أجل قسمة الثمن

لو خلط عين المال بجنسه أو بالأجود منه ١٥٧

بنسبة قمية المالين الممزوجين. وكأنه لأن الشركة والقسمة إذا كانت بنسبة قيمة المالين يلزم الربا.

لكنه لا يتم إذا كانت الشركة بالمزج حقيقية، لأنها حكم شرعي، والربا إنما يحرم في المعاملات المبنية على المعاوضة.

نعم يتم على التحقيق من أن الشركة بالمزج حكمية، لبقاء كل منهما على ملك صاحبه، ويكون مرجع القسمة إلى المبادلة بين المالين، فيلزم الربا مع وحدة الجنس والتفاضل تبعاً للتفاضل في الصفة.

لكن ذلك لا يقتضي الإلزام بالقسمة بنسبة قدر المالين مع ما فيه من الحيف على صاحب الأجود. ومجرد أن له اختيار الضرب بالثمن مع الغرماء تجنباً للمشكلة لا يقتضي ذلك مع فرض استحقاقه الاختصاص بالعين.

ومن هنا قد ينحصر الأمر بالبيع، كما يظهر مما سبق عن ابن الجنيدي، واختاره في المختلف. ومع التشاح لا بد من الرجوع للحاكم الشرعي، لحل المشكلة.

وأما إذا كان المزج بالأجود فقد صرح في المبسوط بسقوط حقه في العين وعليه جرى في التذكرة والتحرير والإرشاد والقواعد. وقد ذكر في وجهه في المبسوط والتذكرة أن العين تالفة، لأنها غير موجودة من طريق المشاهدة، لعدم تيسر تحديدها، ولا من طريق القسمة، لما فيه من الإضرار بصاحب الأجود.

وبالثاني يظهر الفرق بينه وبين صورتى المزج بالمائل والأردأ، لعدم الإضرار بالقسمة مع المائلة، ومع المزج بالأردأ تكون القسمة مضرّة بالغيريم نفسه، فله تحمل الضرر المذكور، أما في المقام فيكون الإضرار بصاحبه، وليس له إلزامه بتحملة.

وفيه: أن المزج إن كان موجباً لتلف كل من الشئيين الممزوجين ووجود أمر ثالث مبين لهما، تعين عدم كونه موجباً لخروج الصور الثلاث عن محل الكلام من فرض وجدان الغريم لعين ماله.

مع أنه لا مجال لاحتمال ذلك، إذ لا ريب في اتحاد الممزوج مع المالين معاً وعدم

مبايئته لهما.

وحينئذٍ فصحيح عمر بن يزيد إن كان منصرفاً عن صورة المزج - كما هو غير بعيد على ما سبق - فاللازم عدم اختصاص الغريم بعين ماله في الصور الثلاث. وإن كان شاملاً لها، بلحاظ وجود العين حقيقة، فاللازم جريان حكم ما إذا امتزج مال شخص بمال غيره.

فإن قلنا بحصول الشركة الحقيقية بنسبة قدر المالكين فراراً عن محذور الربا - لغض النظر عما تقدم من عدم كونه معاملياً - لزم ذلك في الصور الثلاث. أما لزوم الضرر على صاحب الأجود في الصورتين الأخيرتين فهو لا يكون فارقاً بينهما وبين الصورة الأولى بعد فرض أن الشركة قهرية بسبب المزج، لابتنائه ذلك على الضرر تخصيصاً لعموم نفيه.

ولو فرض كونه مانعاً فلا فرق بين الصورتين الأخيرتين.

وأما سلطنة الغريم على الرضا بالضرر إذا كان هو صاحب الأجود وعدم سلطنته على إلزام الغير بتحمل الضرر إذا كان ذلك الغير صاحب الأجود. فهو غير فارق بعد استناد الشركة للمزج لا للرضا.

على أنه لو كان شيء من ذلك فارقاً فلا مجال للبناء على جريان حكم التلف وقصور الصحيح عن المورد، بل يتعين بعد فرض شمول الصحيح لصورة المزج البناء على كون الشركة في المقام حكمية - كما سبق في محله أنه المتعين في جميع موارد المزج - ثم البناء على ما سبق منا في صورة المزج بالأردأ من أنه لا مجال للقسمة للزوم الربا، بل قد ينحصر الأمر بالبيع وتوزيع الثمن على نسبة قيمة المالكين، على التفصيل المتقدم في كتاب الشركة.

وإن شئت قلت: الوجه المذكور راجع إلى عدم سلطنة الغريم على استرجاع عينه خارجاً لا بنفسها ولا من طريق القسمة. وهو لو تم لا يمنع من تملكه لها باختياره لها، بل يقتضي سلوك طريق آخر في تحصيل حقه من بيع أو غيره.

ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة (١). ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص (٢).

ولعله لذا كان ظاهر الشرايع التوقف في بطلان حقه. بل مقتضى إطلاق ما سبق من ابن الجنييد وقواه في المختلف عدم سقوطه، بل صرح بعدم سقوطه في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما.

ثم إن الكلام المتقدم يجري في المزج بغير الجنس، كمزج الخل بالعسل ومزج السمن بالزيت كما هو مقتضى إطلاق بعضهم. غايته أنه لا يلزم هنا البناء على الشركة بنسبة المالكين، بل تكون بنسبة قيمتهما، حيث لا يلزم توهم حصول الربا من ذلك. ولا يبعد كون اقتصار بعضهم على المزج بالمثل ليس لخصوصيته، بل لمحض التمثيل.

نعم لو عد أحد الممزوجين تالفاً عرفاً جرى عليه حكم التلف. غاية الأمر أنه لو كان التالف مال المفلس فقد يوجب حدوث صفة في مال الغريم، فيجري فيه ما سبق في صورة تبدل الصفة. فلاحظ.

(١) يظهر الكلام في ذلك مما تقدم عند الكلام في اختصاص الغريم بعين ماله مع إفلاس المدين. فراجع.

(٢) كما في المبسوط والشرايع والجامع وجملة من كتب العلامة وغيرها، بل الظاهر عدم الخلاف فيه. لعدم وجدان عين المال عرفاً، وإن كان هو عينه حقيقة. وهو يجري في جميع موارد الاستحالة.

وهذا بخلاف الغصب، حيث يكون التناج ملكاً للمغصوب منه، لأن التناج تابع لأصله في الملك، ولا دليل على التبعية في المقام.

ويظهر من المسالك جريان ذلك فيما لو اشترى عسيراً وأفلس المشتري بعدما صار خمرًا ثم صار خلاً.

لكن الظاهر أن الانقلاب المذكور لا يمنع من صدق عين المال، ولذا يجري معه

وللشفيع أخذ الشقص (١).

الاستصحاب، ولا يجري مع الاستحالة.

نعم هو يتني على عموم الصحيح لصورة تغير المبيع، وقد تقدم الكلام في ذلك.

(١) المراد بذلك أنه إذا كان المبيع شقصاً مورداً للشفعة فالشريك بمقتضى حق الشفعة أحق بالشقص من البائع، فله أخذ الشقص، وليس للبائع الرجوع به لو أفلس المشتري. وبذلك صرح في المبسوط والشرايع وغير واحد من كتب العلامة وغيرها، ونفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه بين أصحابنا.

وما يمكن الاستدلال به بعد الرجوع لكلماتهم وجوه. الأول: قوة حق الشفعة، لثبوته حتى مع انتقال العين من المشتري، بخلاف حق الغريم في عين ماله، فإنه مشروط ببقائها عند المشتري المفلس.

وفيه: أن ذلك لا يكشف عن قوة حق الشفعة، بحيث يقدم على حق الغريم عند اجتماعهما، بل قد يكون ناشئاً من إطلاق موضوع حق الشفعة وقصور موضوع حق الغريم مع إمكان أقوائية الثاني عند اجتماعهما.

الثاني: أن حق الشفعة ثابت بنفس البيع أو بالشركة عند إرادة البيع - على الكلام المتقدم في كتاب الشفعة - وحق الغريم ثابت بواسطة الفلوس الطارئ على البيع، وما ثبت بالذات أولى مما ثبت بالعرض.

وفيه: أنه ذلك لا ينهض بالاستدلال. لعدم الدليل على الكبرى المذكورة، بل هي غير مطردة، كما في كثير من موارد اجتماع موضوع الأحكام الأولية مع موضوع الأحكام الثانوية كالضرر والخرج والاضطرار وغيرها.

الثالث: أن حق الشفعة أسبق زماناً لثبوته بالبيع أو بالشركة - على ما سبق - وحق الغريم إنما يثبت بالفلس بعده، والسابق مانع من ثبوت اللاحق.

وفيه: أن السابق إنما يكون مرجحاً إذا كان السابق مانعاً من تمامية موضوع

اللاحق، كندر زيارة الإمام الحسين عليه السلام يوم عرفة، فإن سبق النذر ونفذ كان مانعاً من الاستطاعة المقتضية لوجوب الحج، وإن سبقت الاستطاعة ووجب الحج منعت من نفوذ النذر المذكورة، لصيرورة المنذور بسببها مرجوحاً فلا ينفذ نذره. أما إذا لم يكن السابق مانعاً من تمامية اللاحق فلا دليل على مرجحية السبق. ومنه المقام.

فلعل الأولى في وجه ذلك: أن صحيح عمر بن يزيد وإن كان دالاً على اختصاص الغريم بعينه، إلا وارد لبيان عدم مزاحمة بقية الغرماء له فيها، من دون أن ينافي استحقاق غيرهم لها وأولويتهم بها لجهة خاصة، كحق الشفعة في المقام. ولا أقل من أن يوجب ذلك أقوائية إطلاق دليل الشفعة من إطلاق الصحيح بحيث يقدم إطلاق دليل الشفعة عليه عرفاً لو فرض التنافي بينهما بدواً. نعم لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة بنحو رجوع إلى سقوطها تعين اختصاص الغريم بالعين، لعدم المانع من العمل بإطلاق دليله.

هذا ولو غض النظر عن ذلك فالظاهر تنافي الحقين بنحو يتعذر اجتماعهما معاً في المقام، المستلزم لتنافي إطلاق دليليهما وتكاذبهما.

لكن في الجواهر أنه لو لم يتم وجه الترجيح لكان المتجه ثبوت حقهما معاً، فأيهما سبق كان الحق له، ومع الاقتران بيطان، ويبقى للمفلس. أو يستخرج أحدهما بالقرعة مع القطع بتأثير أحدهما في الواقع والاحتمال 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 البايح الخيار.

وفيه: أن نفوذ من يسبق لإعمال حقه إنما يتجه مع إمكان اجتماع الحقين قبل الإعمال، كولاية الأب والجد على زواج الصغيرة، إذ لا محذور في تعدد السلطنة على التصرف الواحد. وحينئذٍ إن سبق أحدهما كان نفوذ تزويجه لها رافعاً لموضوع ولاية الآخر على تزويجها، لاختصاص الولاية على التزويج بغير المزوجة. وكذا إذا كان

السبق بنفسه موضوعاً للحق، كأولوية السابق في المباحات الأصلية.
ولا مجال لذلك في المقام بعد فرض إطلاق دليل الشفعة ودليل اختصاص
الغريم بعين ماله، بل يتعين التنافي بين الإطلاقين والتكاذب بينهما، تبعاً للتنافي بين
الحقين. ولولا ذلك لا مجال للترجيح بالأقوائية، إذ لا مانع من اجتماع الحقين غير
المتنافيين وإن اختلفا في القوة.
وأما استشهاده لعدم التنافي بين الدليلين بما ذكره أخيراً من نص الشارع في
المورد على كلا الحكمين.

فإن أراد به نصه على كل منهما في كلام يخصه، فالمتعين معه البناء على التنافي بين
الكلامين لانعقاد ظهور كل منهما في مدلوله، والمفروض التنافي بين المدلولين .
وإن أراد به نصه عليهما في كلام واحد، فالمتعين معه البناء على إرادة المتكلم ما
يمكن تحقيقه دفعاً للغوية، فإن ظهر بالقرائن تعيين الوجه المذكور بنحو يناسب التعبير
المذكور تعين البناء عليه، وإلا تعين الإجمال.
وأما ما ذكره من الرجوع للقرعة فهو موقوف على ثبوت عموم الرجوع إليها،
وقد تكرر منا الإشكال في ذلك.

مع أنه إن أراد به الرجوع إليها في البناء على أحد الحكمين تقدماً لدليله،
فالظاهر المفروغية عن عدم الرجوع إليها في الشبهات الحكمية.
وإن أراد الرجوع إليها فيمن يعمل حقه منها بعد فرض ثبوت الحق لهما
عملاً بإطلاق دليله، بحيث تتكرر القرعة بتكرر الوقائع، ويمكن اختلاف مؤداها
باختلافها.

ففيه: أن تعذر تنافي الحقين مستلزم لتنافي وتعارض دليلهما، واللازم معه
الرجوع لمقتضى القاعدة في التعارض مع أنه لا يظن بأحد البناء على ثبوت الحقين بهذا
النحو، بحيث يختلف النافذ واقعاً باختلاف الوقائع، ويكون الشك في النافذ منهما من
الشبهة الموضوعية.

ويضرب البائع مع الغرماء (١)، وإذا كان في التركة عين زكوية قدمت الزكاة على الديون (٢)

وبالجملية: لا يخلو ما ذكره من غموض وإشكال. والمتعين بعد البناء على عدم المرجح لأحد الإطلاقين هو التساقط والرجوع للأصل. ومن الظاهر أن مقتضى الاستصحاب ثبوت حق الشفعة، للعلم بثبوته حين البيع والشك في سقوط بالفلس أو بالحجر. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) يعني: حتى بالثمن الذي يدفعه الآخذ بالشفعة، كما صرح به من سبق. إذ بعد عدم اختصاصه بالعين يكون كسائر الغرماء يتحاص معهم بما يملكه المفلس، ومنه الثمن المذكور.

نعم احتمال في القواعد بعد الفتوى بما عليه الأصحاب، اختصاص البائع الغريم بالثمن بعد أخذه من الشفيع بدلاً عن اختصاصه بالشفقة جمعاً بين الحقين. وهو وجه في المسألة للعامية يبتني على الاستحسان، لما هو المعلوم من اختصاص دليل اختصاص الغريم بالعين دون ثمنها.

ومثله ما ذكره أيضاً من احتمال أولوية الغريم البائع بالعين، كما يظهر بالرجوع لكلامه وكلامهم. ولا يسعنا إطالة الكلام فيه بعد ما سبق في وجه تقديم حق الشفعة. ولعله لذا لم يعرف القول بذلك لأحد منا.

(٢) لعدم كونها من تركة الميت، بل هي كالأمانة أو العين المغصوبة عنده، فلا تكون موضوعاً لوفاء الديون. ولا فرق بين كونها متميزة في نفسها، كما لو أخرج الزكاة وعزلها، وكونها قائمة في ملكه، كالزكاة في ضمن النصاب المملوك له، لأن ثبوتها في ضمن النصاب راجع إلى عدم ملكه لتمام النصاب، بل لما عدا مقدار الزكاة منه.

ويجري ذلك في المفلس أيضاً، لأن التحاص بين الغرماء إنما يكون فيما يملك،

وكذلك الخمس (١)، وإذا كانا في ذمة الميت كانا كسائر الديون (٢).

مسائل (الأولى): لو أفلس بثمان أم الولد بيعت (٣)،

لا في تمام ما تحت يده وإن لم يكن ملكاً له. ولم يتضح الوجه في الاختصار في المتن على قصور التركة الذي يكون بعد الموت.

(١) لعين ما سبق، خصوصاً بناء على ما هو الظاهر من ثبوته في العين بنحو الإشاعة، على ما سبق منا في كتاب الخمس.

(٢) لإطلاق ما دل على تحاوص الغرماء في التركة أو في مال المفلس مما تقدم التعرض له عند الكلام في التحجير على المفلس.

وهو وإن ورد في الغريم أو الغرماء الظاهر فيما إذا كان صاحب الدين شخصاً خاصاً، إلا المناسبات الارتكازية قاضية بإلغاء الخصوصية، وأن المراد ما يعم الجهة التي يختص الدين بها كالأوقات والحقوق الشرعية وغيرها. ومرجع ذلك إلى أن موضوع التحاوص هو الديون اللازمة من دون خصوصية لأصحابها.

(٣) كما ذكره جمهور الأصحاب، وفي الغنية الإجماع عليه. ويقتضيه الصحيحان الآتيان عند الكلام في التفصيل الآتي إن شاء الله تعالى.

وقد ينزل عليه صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألت عن أم الولد قال: أمة تباع وتورث وتوهب وحدها حد الأمة»^(١). لكنه حمل على فرض نادر مغفول عنه عرفاً. فلا بد من حمل الصحيح على القضية المهمة، لبيان ثبوت أحكام الأمة لها في الجملة في مقابل توهم جريان أحكام الحرة عليها، أو رد علمه لأهله، وعلى كلا الوجهين لا ينهض بالاستدلال للمدعى. فالعمدة ما ذكرنا.

ولم ينسب الخلاف في المسألة إلا للسيد المرتضى عليه السلام.

وكأنه لإطلاقه في الانتصار عدم جواز بيعها حياة ولدها. لكنه في مقابل جواز

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب كتاب بيع الحيوان حديث: ١.

أو أخذها البائع (١) بعد موته (٢).

بيعها بعد وفاة ولدها، ولا يتضح سوقه للعموم بنحو يشمل المقام. ولو كان مراده العموم فهو مخالف للنص والفتوى. ولذا قال في الجواهر: «ولا ريب في ضعفه. بل الظاهر أنه مسبوق بالإجماع وملحوق به».

(١) لأنه أحد الغرماء. وكأنه لما سبق من اختصاص الغريم بعين ماله. لكن سبق منه عليه السلام - تبعاً للمشهور - اختصاص ذلك على إطلاقه بالحي، وأنه في الميت - الذي هو محل كلامه هنا - مشروط بوفاء التركة، ولا يجري مع قصورها. كما أنه مع وفاء التركة لو زادت التركة على الديون لا إشكال ظاهراً في عدم جواز بيع أم الولد أو استرداد البائع لها، بل توفي الديون من غيرها، وتعتق هي من نصيب ولدها.

نعم تقدم منا أنه لو مات المفلس بعد استحقاق الغريم الاختصاص بعين ماله قبل أخذه لها فالظاهر بقاء حق الاختصاص له.

ومن هنا لا يظهر الوجه في إطلاق سيدنا المصنف عليه السلام جواز أخذ البائع أم الولد في فرض موت مالكها المدين.

اللهم إلا أن يكون الوجه فيه دليل المقام، لأنه إنما اقتضى جواز بيعها للمدين في ثمن رقبته، لا في غيره من الديون. وذلك يقتضي تقديم بايعها على غيره من الغرماء وعدم محاصتهم له.

لكن تقديمه لا يقتضي أخذها، خصوصاً لو زاد ثمنها عند بيعها عن ثمن شرائها الذي هو دينه، بل يتعين شراؤه لها هو أو غيره واستيفاء مقدار دينه من ثمنها وإرجاع الباقي منه - لو زاد ثمنها - للورثة. ويكون المرجع في تعيين المشتري الورثة أو الوصي أو غيرهما ممن له التصرف في التركة. فلاحظ.

(٢) فإن جوازها حينئذ متيقن من الفتوى. ويقتضيه - مضافاً إلى إطلاق معتبر

عمر بن يزيد الآتي - صحيح عمر بن يزيد «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال:

وأما قبله ففيه إشكال (١).

سئل: قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها. فبيعت وأدى ثمنها. قلت: فيبعت فيها سوى ذلك من دين؟ قال: لا^(١).

(١) وجواز بيعها حينئذٍ ظاهر أو صريح جمهور الأصحاب، وعن الكفاية أنه المشهور، بل ظاهر أو صريح الغنية الإجماع عليه. ويقتضيه إطلاق معتبر عمر بن يزيد: «سألت أبا الحسن عليه السلام: «سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته»^(٢).

وفي الشرايع: «وفي اشتراط موت المالك تردد»، ونحو في القواعد والتحرير وظاهر التذكرة، حيث اقتصر في الأخير على بيان الخلاف في اشتراط الموت. وفي نهاية المرام لصاحب المدارك أن الرواية المجوزة للبيع تختص بالموت، بل عنه وعن الكفاية أن القول بالاختصاص به نادر، لكنه لا يخلو عن قوة، وهو الذي قواه في الجواهر. لنهوض صحيح عمر بن يزيد بتقييد إطلاق معتبره لوجهين الأول: ظهور قوله عليه السلام: «ولم يدع من المال ما يؤدى عنه» في فرض موت سيدها.

ودعوى: أن قيام غير السيد بأداء الدين قد تكون لغيبته أو امتناعه ولا ينحصر بموته. مدفوعة بأن الظهور في فرض موت السيد ليس لعدم اسناد أداء الدين له، بل لفرض تركه للمال، وعدم إضافة المال له.

ومن هنا لا ينبغي الإشكال في ظهور التعبير المذكور في فرض موت السيد. وحيث كان الجواب وارداً لبيان كيفية جواز البيع كان ظاهراً في الحصر، فينهض بتقييد إطلاق المعتبر.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب بيع الحيوان حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب بيع الحيوان حديث: ٢.

وأما ما ذكره غير واحد من سوق السؤال والجواب لبيان قضية خارجية، وهي بيع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد، فغاية ما يدل عليه الصحيح عدم بيعه عليه السلام لهن في غير حال الموت، وذلك لا ينافي عموم جواز بيعهن لغيره، كما هو مقتضى إطلاق المعتر.

ففيه: أن الجواب ظاهر في بيان قضية شرعية كلية حقيقية، لا حكاية واقعة سابقة تاريخية. وذلك يكشف عن أن السؤال عن علة بيع أمير المؤمنين عليه السلام لأمهات الأولاد من أجل معرفة الضابط لجواز بيعهن شرعاً تخصيصاً لعموم المنع، كما هو الغرض نوعاً من أسئلة الرواة للأئمة عليهم السلام في القضايا التشريعية. وليس الغرض من السؤال في المقام مجرد معرفة دأعيه عليه السلام للبيع، لمعرفة قضية خارجية تاريخية. ويؤكد ذلك سؤاله بعد ذلك عن جواز البيع في مورد آخر.

الثاني: صراحة ذيل الحديث في عدم جواز البيع في غير مورد السؤال. وهو ظاهر بناء على الصورة التي ذكرها في الجواهر للذليل وهي: « قلت: فيعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين ووجوهه؟ قال: لا ». لظهور أن صورة حياة السيد من أبواب الدين ووجوهه. وهو الموجود في الكافي^(١).

أما بناء ماسبق منا تبعاً للوسائل في روايته للحديث عن المشايخ الثلاثة وهو الموجود في الفقيه وفي التهذيب بسنده عن الكليني فقد يشكل بما ذكره غير واحد من ظهوره في المنع من بيعها في دين غير ثمنها، ولا ظهور له في المنع من بيعها في دين رقبته مع عدم موت السيد، لينهض بتقييد إطلاق المعتر.

لكن من البعيد جداً عن مساق الصحيح اهتمام السائل بمعرفة حكم بيعها في بقية أقسام الدين مع عدم استيعابه لتمام صور بيعها في دين رقبته.

فلا بد إما من وفاء صدر الصحيح بحكم صور بيعها في دين رقبته، لفهمه منه حصر الجواز بما إذا مات سيدها المستلزم لعدم الجواز في حياته، أو سوقه السؤال في

(١) الكافي ج: ٦، ص ١٩٣.

(الثانية): لا يحل مطالبة المعسر (١)، ولا إلزامه بالتكسب إذا لم يكن

الذليل لعموم صور البيع في غير الصورة التي تضمنها الصدر، فيطابق رواية الكافي. ويكون شاهداً على الحصر.

ولو غرض النظر عن ذلك كفى الوجه الأول في توجيه ظهور الصحيح في الحصر ونهوضه بتقييد إطلاق المعسر.

وقد أطال الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم في المقام بما لا يسعنا متابعتهم فيه بعد وفاء ما سبق بالمطلوب. ولا سيما مع ندرة الابتلاء بالمسألة في عصورنا أو عدمه. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به غير واحد، وقد يظهر من الغنية الإجماع عليه، بل هو صريح التذكرة.

ويقتضيه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) وما في رسالة الإمام الصادق عليه السلام للشيعة المروية عنه بطرق فيها المعسر: «وإياكم وإعسار أحد من إخوانكم المسلمين أن تعسروه بشيء يكون لكم قبله وهو معسر، فإن أبانا رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول: ليس لمسلم أن يعسر مسلماً، ومن أنظر معسراً أظله الله يوم القيامة بظله يوم لا ظل إلا ظله»^(٢). وفي حديث عبد الله بن سنان مرسل عن النبي صلى الله عليه وآله: «وكما لا يحل لغريمك أن يمظلك وهو موسر لا يحل لك أن تعسره إذا علمت أنه معسر»^(٣). ومعتبر غياث عن جعفر عن أبيه: «أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(٤).

هذا وفي المختلف أنه الأشهر. ويظهر منه أنه ليس للخلاف في أصل الحكم،

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث: ١، وغيرها ج: ١١ باب: ١٢ من أبواب فعل المعروف.

عدم لزوم مطالبته بالتكسب إذا لم يكن من عادته وكان عسراً عليه ١٦٩

من عادته وكان عسراً عليه (١)

بل في عمومها لمن أنفق دينه في معصية، ففي المقنع في حكم المعسر ناقلاً وصية أبيه عليه السلام له بنحو يظهر في موافقته له: «وإن كان ما أنفق منك في معصية فطالبه بحقك فليس هو من أصل هذه الآية التي قال الله عز وجل: فَتَنْظِرُهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ»، وفي الكافي «وإن كان مخالفاً للحق أو منفقاً ما استدانه في حرام فله حبسه [حسابه. خ ل]». لكن إطلاق الآية كالنصوص يقتضي عموم الحكم له.

نعم في حديث محمد بن سلمان عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا محمد: «سأل الرضا عليه السلام رجل وأنا أسمع فقال: جعلت فداك إن الله عز وجل يقول: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ أخبرني عن هذه النظرة التي ذكر الله عز وجل في كتابه لها حد يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بد له من أن ينتظر وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفقه على عياله، وليس له غلة ينتظر إدراكها، ولا دين ينتظر محله، ولا مال غائب ينتظر قدومه. قال: نعم ينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الإمام، فيقضى عنه ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله عز وجل. فإن كان أنفقه في معصية الله عز وجل فلا شيء له على الإمام. قلت: فما لهذا الرجل الذي ائتمنه وهو لا يعلم فيما أنفقه؟ في طاعة الله أم في معصيته؟ قال: يستسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر»^(١).

ولو غرض النظر عن سنده - ولو لظهور اعتماد الكليني عليه وفتوى الصدوقين بمضمونه - فهو بقريته قوله عليه السلام: «وهو صاغر» ظاهر في جواز معاسرته واستسعائه وإن كان ذلك وهناً عليه، لظهوره في سقوط حرمة. وهو المناسب لمرتكزات المشرعة، خصوصاً فيما لو لم يجدد توبة. فتأمل جيداً.

(١) بلا إشكال ولا خلاف كما يظهر مما يأتي فيما لو لم يكن عسراً. لأنه المتيقن

مما تضمن وجوب إنظار المعسر، لظهور أن إنظاره لا يناسب تكليفه بما يعسر عليه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ٣.

ولا يناسب شأنه، مؤيداً بما تضمن عدم تكليفه ببيع ما يحتاجه لمعاشه من دار سكنه وخادمه ونحوهما مما يأتي التعرض له، لأنه يكشف عن اهتمام الشارع الأقدس بحفظ كرامته وعدم إحراجه.

وأما قاعدة نفي الحرج فلا مجال لجريانها في المقام، لورودها مورد الامتنان، ورفع الحرج عن المدين ينافي الامتنان في حق الدائن.

ثم إن ظاهر سيدنا المصنف عليه السلام جواز إلزامه بالتكسب إذا لم يكن عسراً عليه. وقد يرجع إليه ما في الوسيلة من إلزامه بالتكسب إذا كان من أهله، حيث لا يبعد إرادته ما إذا كان من شأنه، كما هو ظاهر المختلف، حيث استدل عليه بعدم جواز دفع الزكاة له، ونحوه في الدروس والروضة، بل أطلق في المسالك وجوب ما يليق بحاله حتى قبول الهدية والصدقة ونحوهما. بل صرح بأمر الحاكم له بالتكسب في الجامع وبوجوبه عليه في اللمعة، وإن كان قد يحمل على ما يليق بحاله. وهو مقتضى إطلاق وجوب السعي عليه في قضاء الدين في النهاية والسرائر والقواعد.

ويقتضيه ما هو المعلوم من وجوب قضاء الدين عليه مع القدرة، فإذا كانت القدرة بالتكسب وكان مقدوراً كان وجوب قضاء الدين فعلياً، فيجب التكسب عقلاً مقدماً له.

مضافاً إلى المعتبر عن أبي ثمامة الذي لا يبعد اعتباره: « قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام: إني أريد أن ألزم [الأزم. فقيه] مكة والمدينة وعلي دين [للمرجئة. علل] فقال: ارجع إلى مؤدى دينك، وانظر أن تلقى الله عز وجل وليس عليك دين. فإن المؤمن لا يخون»^(١).

وذلك لا ينافي ما دل على إنظار المعسر، إذ لو فرض أن المعسر من لا يجد فعلاً، إلا أن المناسبات الارتكازية تناسب حملته على عدم إحراجه ومعاشرته، ولذا يعم الحكم من كان ذا مال لا يستطيع الانتفاع به، ومع فرض عدم العسر عليه في التكسب

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب الدين حديث: ٢.

عدم لزوم مطالبته بالتكسب إذا لم يكن من عادته وكان عسراً عليه ١٧١

لا يكون مطالبته به ولا بالدين إخراجاً ولا معاصرة له، فيحل، لأن لصاحب الحق المطالبة بحقه.

هذا وقد صرح غير واحد ممن تقدم أنه يحمل على ذلك موثق السكوني عن جعفر عن أبيه: « أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين، ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه، وإن شئتم استعملوه، وذكر الحديث»^(١).

لكنه مخالف لظاهره، لقوة ظهوره في تسليط الغرماء عليه من أجل ما يهملهم من استيفاء ديونهم بأي وجه اتفق وكيفما شاءوا، كما يسلط المولى على عبده، من دون نظر لحفظ كرامته وملاحظة شأنه وسلطنته على نفسه في وجه تحصيل المال لوفاء دينه. وهو مخالف عرفاً لما دل على وجوب إنظار المعسر من الآية الشريفة والنصوص، ولخصوص معتبر غياث بن ابراهيم عنه عن أبيه عليه السلام: « أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(٢).

ومن هنا يتعين عدم التعويل على الموثق ورد علمه لقائله عليه السلام، كما يظهر من المبسوط وصرح به في الشرايع.

وما ذكرنا يجري في جميع وجوه الاكتساب حتى مثل قبول الهبة والصدقة ونحوهما، كما تقدم من المسالك. بل لا يبعد جريانه في مثل الاقتراض ممن ينظره لو تيسر.

لكن منع غير واحد من وجوب استئجار نفسه، كما في المبسوط والخلاف والشرايع وغيرها، وعممه لبعضهم لمطلق التكسب.

وفي المبسوط: « ولا خلاف أنه [لا.خ.ظ] يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاعتنام والتلصص في دار الحرب وقتل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث: ١.

ولا بيع دار سكناه (١)

الأبطال وسلبهم ثيابهم وسلاحهم، ولا تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر وتقضي الدين، ولا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه. لأنه لا دليل على شيء من ذلك، والأصل براءة الذمة».

ويظهر ضعفه مما سبق من الاستدلال على وجوب السعي في قضاء الدين. غاية الأمر أن بعض الأمور التي ذكرها عليه السلام قد لا تناسب شأن المدين أو كثيراً ما لا تناسبه، فيخرج عن موضوع الاستدلال المتقدم، ويدخل في دليل المنع.

ونفي الخلاف الذي ذكره لا ينهض بالخروج عما سبق، خصوصاً مع قرب نظرهم للإطلاق بنحو يشمل ما لو لم يناسب شأن المدين أو كان عسراً عليه، مع الغفلة عن التفصيل المذكور. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما ذكره جمهور الأصحاب، وادعي الإجماع عليه في المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة.

لكن نسبه للمشهور في المختلف، لما حكاه عن ابن الجنيد من أنه يستحب للغرماء تركها له وإن كان لهم المطالبة ببيعها.

ويشهد بما ذكره جمهورهم غير واحد من النصوص، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تباع الدار ولا الجارية في الدين. وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه»^(١). وصحيح ذريح المحاربي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين»^(٢). وغيرهما.

نعم في حديث سلمة بن كهيل: «سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: أنظر إلى أهل المحل [المحك] في ييب [المطل ودفع حقوق الناس من أهل القدرة واليسار ممن يدي بأموال المسلمين إلى الحكام، فخذ بحقوق الناس منهم، وبع فيه العقار والديار، فإني

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٨.

عدم إلزام المعسر ببيع داره ١٧٣

سمعت رسول الله ﷺ يقول: مظل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين. ومن لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه...»^(١).

حيث قد يدعى أن مقتضى إطلاقه بيع الدار وإن كانت مسكناً. لكنه وارد في الغني المماطل. ولو فرض عمومته تعين حمله على غير دار السكن جمعاً مع النصوص الأول.

هذا وأما الاستدلال لذلك بقاعدة نفي الضرر في حق المدين. فلا مجال له، لمنافاتها للامتنان في حق الدائن، كما سبق نظيره. فالعمدة النصوص المتقدمة. ومنها يظهر ضعف ما سبق عن ابن الجنيدي. إذ لا وجه لإهمالها بعد اعتبار أسانيدھا وعمل جمهور الأصحاب بها. كما لا شاهد على حملها على الاستحباب، بل هو مخالف لظاهرها جداً.

هذا والمستفاد من هذه النصوص عدم إجبار المدين على بيع داره، لا بطلان البيع المذكور لو رضي به المالك من أجل وفاء دينه. بل لا إشكال ظاهراً في صحة البيع المذكور، وجواز الوفاء بالثمن بعد وقوع البيع، بل وجوبه مع مطالبة الدائن، لعموم وجوب الوفاء على المدين مع قصور الاستثناء عنه، حيث لا دار حينئذٍ بعد فرض وقوع البيع وصحته.

نعم روى الصدوق بإسناده الصحيح عن إبراهيم بن هاشم: «أن محمد بن أبي عمير رضي الله عنه كان رجلاً بزاً، فذهب ماله وافتقر، وكان له على رجل عشرة آلاف درهم، فباع داراً له كان يسكنها بعشرة آلاف درهم وحمل المال إلى بابه، فخرج إليه محمد بن أبي عمير فقال: ما هذا؟ فقال: هذا مالك الذي لك علي. قال: ورثته؟ قال: لا. قال: وهب لك؟ قال: لا. فقال: هو من ثمن ضيعة بعتها؟ فقال: لا. فقال: ما هو؟ فقال: بعت داري التي أسكنها لأقضي ديني. فقال محمد بن أبي عمير: حدثني ذريح المحاربي عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين. ارفعها فلا حاجة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٩.

لي فيها [والله. يب] وإني لمحتاج في وقتي هذا إلى درهم [واحد. يب] وما يدخل ملكي منها درهم [واحد. يب]»^(١) ومقتضاه أن النصوص المتقدمة كما تقتضي عدم إجبار المدين على بيع دار سكناه لوفاء دينه تقتضي عدم جواز استيفاء الدين منها لو باعها برضاه.

وفي الصحيح عن عثمان بن زياد كما في الكافي والوسائل وعن الوافي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي على رجل ديناً وقد أراد أن يبيع داره فيقضيني [فيعطيني] فقال أبو عبد الله عليه السلام: أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»^(٢) ورواه في التهذيب والاستبصار بسنده عن الكليني لكن عن زرارة بدل عثمان بن زياد. وكيف كان فيدل على النهي عن كون الدائن سبباً في بيع المدين داره ولو برضاه.

لكن الأول قد يبتني على تنزه ابن أبي عمير من استيفاء دينه من ثمن دار المدين - وإن كان له ذلك لما تقدم - ولو بأمل أن يسترجع مدينه داره أو يشتري بثمنها غيرها لئلا يبقى بلا مأوى بسبب دينه، أو يبتني على الاجتهاد منه في فهم حديث ذريح وليس هو حجة على غيره.

والثاني لا ظهور له في التحريم. مع أنه لو كان مسوقاً له لم يناف جواز استيفاء الدين بعد وقوع البيع. ومن هنا لا يخرج عما سبق.

بقي في المقام أمور الأول: أنه لو كانت دار السكن مرهونة على الدين فقد صرح بجواز بيعها في القواعد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، ونسبه في مفتاح الكرامة لجماعة.

والوجه فيه: أنه لو لم يحل بيعها حينئذ لم يصح رهنها، لأن الرهن وثيقة على الدين من أجل استيفائه منها لو لم يتيسر وفاءه، فلو لم يحل بيعها معه لم تصلح للاستيثاق، ولا تكون موضوعاً للرهن، مع عدم الإشكال ظاهراً في صحة رهنها،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٣.

لو كانت الدار عين مال الغريم لم يكن له استرجاعها ١٧٥

لعموم نفوذ الرهن، ومرجع استثنائها إلى عدم إجباره على بيعها، لا إلى عدم سلطنته على بيعها، ولذا سبق أنه يصح بيعها برضاه. ومع سلطنته على بيعها يكون له بسبب الرهن جعل الحق للمرتهن في استيفاء دينه منها ببيعها، ومع ثبوت الحق المذكور للمرتهن له إعماله.

وأما ما دل على عدم إجبار المدين على بيعها فهو إنما يقتضي عدم إجباره من حيثية الدين، من دون أن ينافي إجباره من حيثية الرهن.

وبذلك يظهر صحة اشتراط بيعها لوفاء الدين في ضمن عقد الدين أو في ضمن عقد آخر. لأن سلطنته على بيعها كما سبق تقتضي سلطنته على اشتراط ذلك. وعدم جواز إجباره على بيعها من حيثية الدين لا ينافي جواز إجباره على بيعها من حيثية الشرط، نظير ما ذكرناه في الرهن.

نعم مقتضى ترك الاستفصال في حديث عثمان بن زياد أو زرارة المتقدم النهي عن البيع في الرهن والشرط معاً. كما يقتضيه أيضاً في الرهن موثق إبراهيم بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: رجل لي عليه دراهم وكانت داره رهناً، فأردت أن أبيعها. قال: أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»^(١).

لكن تقدم أن اللسان المذكور لا ظهور له في التحريم. ولا سيما مع ما سبق من أن مقتضى التحريم بطلان الرهن، ولو كان كذلك لكان الأنسب التنبيه في الموثق له، والاستغناء بذلك عن النهي باللسان المذكور. وذلك يجري في جميع مستثنيات الدين الآتية، كما هو صريح التذكرة. لعين ما سبق.

الثاني: لو كانت الدار بل جميع المستثنيات عين مال الغريم لم يكن له استرجاعها، كما في المسالك وعن التذكرة، بل ظاهر الأول الإجماع عليه، كما قد يظهر من الثاني أيضاً. لإطلاق النصوص المتقدمة.

وفي التحرير وعن حواشي الشهيد الإشكال فيه. وقد يوجه - كما يظهر من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤.

اللائقة بحاله (١)

الجواهر - بأن ذلك ليس بيعاً، لتشمله نصوص المقام.

وفيه: أن الظاهر من مجموع النصوص وخصوص صحيح ذريح هو المنع من إخراجها من داره من أجل الدين من دون خصوصية للبيع. ولا سيما مع التعليل في بعضها بأنه لا بد من ظل يسكنه وخدام يخدمه.

مع أن دليل اختصاص الغريم بعين ماله حيث تضمن عدم صحة محاصصة الغرماء أو مخاصمتهم له كان منصرفاً إلى ما يكون من شأن الغرماء أخذه، فيقصر عن المستثنيات المذكورة التي ليس من حق الغرماء المطالبة ببيعها وحرمان المدين منها.

الثالث: قال في التذكرة: «وكل ما يترك له إذا لم يوجد في ماله اشترى له...» ثم أطال في الاستدلال عليه ومرجع ما ذكره إلى استفادته مما دل على تقديم الكفن على الدين، لأن حرمة الحي أكد من حرمة الميت.

ولم أعر عاجلاً على موافق له في ذلك، بل مقتضى إطلاقهم بيع أمواله، واقتصارهم في المستثنيات على ما إذا كانت عنده، عدم وجوب شرائها له من أمواله. وهو المتعين بالنظر للنصوص.

ولا مجال لاستفادته مما دل على تقديم الكفن على الدين، لأهمية ستر الميت ووهنه جداً بدفنه عارياً. أما مع فقد الحي للمستثنيات فالمفروض أنه قد عاش بدونها، وقد تيسر له بعد ذلك، لأنه معرض لتحصيل ما يحتاجه بتكسب أو استرفاد أو غيرها. وليس هو كالميت بعد الدفن لا تنسد حاجته للكفن. بل لا يحتل وجوب شراء هذه المستثنيات له بعد أن كان المتيقن منها بلحاظ النصوص الدار والخدام، وثنمها كثير جداً. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) قال في الفقيه تعقيباً على قصة ابن أبي عمير المتقدمة: «وكان شيخنا محمد بن الحسن عليه السلام يروي أنها إن كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه ويقضي ببقيتها دينه. وكذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها

تعقيباً على قول التذكرة (وكل ما يترك له إذا لم يوجد في ماله اشترى له) ١٧٧

واشترى بثمانها داراً يسكنها ويقضي بباقي الثمن دينه». وظاهره فتواه - كشيخه - على طبق الرواية المذكورة.

ولم نعر على الرواية المذكورة. إلا أنه قد صرح بالأول في الشرايع والجامع والتذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة.

كما صرح في الثلاثة الأخيرة بالثاني أيضاً، وقد استفاد من النهاية والسرائر. ومنع منه في التذكرة. للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الأمور. لكن الأصل محكوم بما هو المعلوم من وجوب وفاء الدين مع القدرة واستحقاق الغرماء المطالبة بذلك، فيجب البيع مقدمة له.

وأما العموم فلو لم ينصرف بنفسه إلى خصوص مورد الحاجة كما وكيفاً، فلا أقل من استفادة ذلك من التعليل في صحيح الحلبي بقوله ط: «وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه». الظاهر في استحقاقه الاحتفاظ بما يسد حاجته، دون ما زاد على ذلك، بل مقتضى العموم المتقدم وفاء الدين به.

ولو لا ذلك لم يجب بيع الفاضل الدار لو كانت واسعة تزيد عن حاجته إذا كان قد أشغله بسكنه، للعموم المذكور، مع أنه التزم ببيع ذلك، كما تقدم. ولا يقصر العموم إلا عن الفاضل الذي هو معطل لا يسكنه وهو خارج عما ذكره.

هذا وقد يشكل الاستبدال المذكور بأنه عند بيع الدار التي يسكنها يبقى بلا دار، فيجب وفاء الدين بتمام الثمن، لعدم الموضوع للاستثناء، ولا يجوز حينئذ شراء دار تناسبه ببعض الثمن، كما لو لم يكن له دار، وكان عنده ما يعادل ثمنها أو يزيد عليه، حيث لا يجوز له شراء دار يسكنها، بل يجب عليه وفاء الدين بجميع ما عنده. لكنه يندفع بأن المدين حيث يستحق في الدار التي يسكنها والتي هي أكثر من حاجته داراً تفي بحاجته، والغرماء يستحقون عليه وفاء دينه مما زاد عن حاجته منها، كان مقتضى الجمع بين الحقين إما إبدال الدار بأقل منها ووفاء الدين بالفرق بين قيمتي

ولا عبد خدمته (١) ولا غيره مما يعسر عليه بيعه (٢).

الدارين، أو يبيع الدار وشراء ما يفي بحاجته من ثمنها ووفاء الدين بالباقي من الثمن. وهذا بخلاف ما إذا لم يكن له دار يسكنها وكان عنده ما يعادل ثمنها أو يزيد عليه، حيث لاحق له في شيء، ليتعين الجمع بين الحقين، لاختصاص نصوص الاستثناء بمن له دار يسكنها، حيث تضمنت أنه لا تباع داره، ولا يخرج من مسقط رأسه، وهو يقصر عمن لا دار له.

ومن هنا لا معدل عما سبق من الصدوق عن شيخه ومن تابعه في ذلك، وإن لم نعثر على الرواية التي ذكرها.

ومما سبق في الاستدلال على ما ذكره يظهر أنه لو أمكن الغريم الاستغناء عن الدار المملوكة بدار موقوفة تناسب حاله وعياله، وجب عليه بيع الدار المملوكة. نعم لا يكفي وجود باذل لدار يسكنها إذا كان من حقه الرجوع في بذله، لأن المنصرف من التعليل هو استحقاق السكن الدائم وإلا لزم استبدال الدار المملوكة بدار مستأجرة مدة معتداً بها، وهو مما تأباه النصوص جداً.

هذا وما سبق يظهر أن ذلك يجري في جميع المستثنيات بنفس التقريب المتقدم. (١) كما صرح بذلك جماعة كثيرة، وفي المبسوط والخلاف والغنية الإجماع عليه. ويشهد به صحيح الحلبي المتقدم، ومقتضاه العموم للجارية. مضافاً إلى ما يأتي فيما يعسر عليه بيعه.

(٢) قد اختلفت كلماتهم في بيان ما يستثنى للدين غير الدار والخادم مما لا نص فيه، كفرس الجهاد أو الركوب وثياب البدن والفراش وغيرها.

وقد جعل في الجواهر المعيار العسر والخرج في بيعه، كما جرى عليه سيدنا المصنف عليه السلام. وقد يظهر من الجواهر الاستدلال عليه بعموم نفي العسر والخرج. ويشكل بها ذكرناه آنفاً من أن قاعدة نفي الخرج لما كانت واردة مورد الامتنان فلا مجال لجريانها في المقام، لمنافاته للامتنان في حق الغرماء، وإلا لزم استثناء ثمنها لو

عدم لزوم بيع عبد خدمته ولا غيره مما يعسر عليه بيعه..... ١٧٩

كان فاقداً لها حين المطالبة بالدين، لأن في دفعه ووفاء دينه به مع حاجته عسراً عليه. فالأولى في الاستدلال عليه - مضافاً إلى السيرة في بعضها، كالثياب - بظهور التعليل في صحيح الحلبي في عدم بيع كل ما من شأن المدين الحاجة إليه وعدم الاستغناء عنه.

مضافاً إلى استفادة ذلك مما تضمن وجوب الانتظار إلى ميسرة، لأن ملكه لما يحتاج إليه ولا يكون من شأنه التخلي عنه لا يعد ميسرة عرفاً تصحح المطالبة، بل تكون المطالبة معه بالوفاء المتوقف على بيع ذلك معاصرة وتضييقاً منهيّاً عنها. وعلى ذلك لا مجال لتحديد الأمور المذكورة، بل يتعين إيكالها للعرف، لأنها تختلف باختلاف الظروف والأشخاص، بنحو غير منضبط.

هذا وفي صحيح بريد الذي رواه المشايخ الثلاثة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن علي ديناراً [وأظنه قال: لأيتام. في يب] وأخاف إن بعته ضيعتني بقيت ومالي شيء. قال: لا تبع ضيعتك، ولكن اعطه بعضاً وأمسك بعضاً»^(١). وفي موثق مسعدة بن صدقة: «سمعت جعفر بن محمد عليه السلام وسئل عن رجل عليه دين، وله نصيب في دار، وهي تغل [دار غلة خ ل] غلة، فربما بلغت غلتها قوته، وربما لم تبلغ حتى يستدين، فإن هو باع الدار وقضى دينه بقي لا دار له. فقال: إن كان في داره ما يقضي به دينه، ويفضل منها ما يكفيه وعياله فليبع الدار، وإلا فلا»^(٢).

وظاهرهما استثناء ما يحتاجه لمعاشه ومعاش عياله من ضيعة أو عقار، وأنه لا يباع إلا ما زاد عن حاجته.

وما يظهر من التذكرة من الاستدلال بالموثق لوجوب بيع دار الغلة مطلقاً في الدين غريب.

ومثله ما يظهر من الجواهر - بل هو صريح الحدائق - من الاستدلال به لما تقدم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٧.

في دار السكن من بيع ما زاد عن حاجته منها.

ودعوى: عدم نهوض الحديثين بالاستدلال، لظهور هجر الأصحاب لهما، لاقتصرهم في الاستثناء على ما سبق، وعدم ظهور فتوى منهم بمضمونها. مدفوعة بظهور حال الكليني والصدوق عليهما السلام في الفتوى بمضمونها. بل ظهور حال الشيخ في ذلك.

غاية الأمر أنه قد يبتني على حملها على خلاف ظاهرهما بقريئة ما في النهاية وظاهر الخلاف والمبسوط من بيع دار الغلة.

ولا سيما مع ما في الاستبصار حيث ذكر موثق عمار المتضمن إطلاق بيع مال المفلس، ثم قال: «فهذا الخبر يحتل شيئين: أحدهما: أن يكون باع ما زاد على مسكنه من الذي يملكه. والثاني: أنه إذا كان له دار إذا باعها أمكنه أن يقضي ببعضها دينه ويبقى له ما يكفيه وعياله، فإنها تباع عليه. ويدل على ذلك ما رواه محمد بن علي...» ثم ذكر موثق مسعدة.

فإنه صريح في العمل بالموثق المذكور وإن لم يوضح بوجه صريح مفاده، وأنه يختص بدار السكن، ليرجع إلى ما سبق من الصدوق عن شيخه محمد بن الحسن، ويطابق ما سبق من الحدائق والجواهر، أو يعم دار الغلة، ليناسب ما ذكرنا. وكيف كان فذلك لا يرجع إلى هجر الحديث، وكذا ما سبق من التذكرة.

وعلى ذلك يقوى العمل بالحديثين فيما ظاهرا فيه مما تقدم بعد عدم ظهور هجرهما المسقط لهما عن الحجية، وهو خصوص الإعراض المبتني على رد المضمون مع الاعتراف بظهور الحديث فيه.

هذا والظاهر إلحاق ما يشبه الدار والضيعة كالطاحونة وآلة الخياطة وسيارة النقل ونحوها مما يتعيش الإنسان ويعيش عياله بغلته.

بل لا يبعد إلحاق رأس مال التجارة بالمقدار الذي يحتاجه لمعاشه ومعاش عياله، لإلغاء خصوصية الضيعة والدار عرفاً، وفهم العموم لكل ما يتعيش به ويعيش

(الثالثة): لا يحل بالحجر الدين المؤجل (١). ولو مات من عليه حل (٢).

عياله، ويتكفف به عن الناس.

نعم لا بد من تعذر الاستغناء عن ذلك واستبداله بالأقل، أو بالتكسب بالعمل وحده، كما لو كان يتعيش بسيارة له يسوقها، فأمكنه استبدال ذلك ببيعها وسيارة سيارة لغيره بنحو تكفيه أجره عمله لمعاشه ومعاش عياله. كما أن اللازم الاكتفاء بالاقتصاد في المعاش بنحو غير مهين ولا محرج.

كل ذلك للجمع بين حقه في الاكتساب للتعيش بنحو يحفظ كرامته وحق الغرماء في استيفاء ديونهم. فلاحظ والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. (١) كما ذكره جمهور الأصحاب، ولا يعرف الخلاف فيه إلا من ابن الجنيدي، على ما تقدم عند الكلام في اشتراط الحجر على المفلس بحلول الدين، وتقدم منا هناك التعرض لاستدلاله ودفعه.

(٢) كما ذكره جمهور الأصحاب من دون ظهور خلاف فيه ولا إشكال. وفي الغنية: «بلا خلاف إلا من الحسن البصري»، وفي الخلاف أن عليه إجماع الفرقة بل إجماع المسلمين، لأن خلاف الحسن البصري قد انقرض، كما ادعى الإجماع في جامع المقاصد والمسالك.

ويشهد به موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنه قال: إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين»^(١) وصحيح الحسين بن سعيد: «سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى، ثم مات المستقرض، أيحل مال القارض عند موت المستقرض منه أو للورثة مثل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض»^(٢). مضافاً إلى ما يأتي في فرض موت الدائن.

هذا ومقتضى إطلاق النص والفتوى العموم للسلف والدية، كما نص عليه في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

القواعد. لكن قال في الإيضاح: « ويحتمل العدم أما في السلم فلأن الأجل جزء من الثمن يتفاوت بتفاوتته. ولهذا كان من أسباب الربا، فلو حل بموته لاستحق زيادة ليست له. وأما في الجناية فلأن الدية هي المقدار المؤجل، فلا يجب الحال، لأنه غير الدية. ولتعارض العمومين،... والأصح عندي أنه لا يحل مال السلم». وعن حواشي الشهيد موافقته في مال السلم.

ويندفع ما ذكره في السلم بأن الأجل ليس جزءاً من الثمن ولا المثل، بل هو شرط خارج عنها. ولزوم الربا ممنوع، ولذا يجوز تعجيل الدين وتأخير برضاها. بل الربا يلزم من زيادة العين ولو مع الأجل في الطرف الزائد. مع أنه لو كان للأجل قسط من الثمن فهو يجري في جميع موارد التأجيل في العوض والمعوض بل في جميع الشروط، ولا يختص بالسلم. وكذلك الحال في الدية، فإن الدية هي الشيء المقدر شرعاً، والتأجيل فيها تعبد شرعي خارج عن الدية.

وأما تعارض العمومين وهما عموم التعجيل بالموت، وعموم التأجيل في السلف والدية، فهو تعارض بدوي، ولا إشكال في تقدم عموم التعجيل على العمومين المذكورين وعلى جميع عمومات التأجيل، فإن تقديمها عليه مستلزم للغويته، وتقديمه عليها لا يستلزم لغويتها، وأما تقديمه على بعضها دون بعض فهو ترجيح بلا مرجح عرفاً.

بل حيث كان موضوع التعجيل بالموت في موثق السكوني هو الدين المؤجل كان حاكماً عليها، نظير دليل حكم العنوان الثانوي مع دليل حكم العنوان الأولي. ثم إنه لم يتضح الوجه في اقتضاره أخيراً على السلم دون الدية مع اشتراكها في الوجه الذي ذكره.

نعم قد يكون التأجيل في السلم لعدم وجود المبيع وعدم تيسره قبل الأجل، فيلحقه مع الموت حكم تعذر المبيع في السلم عند حلول الأجل. فلاحظ.

ولا يحل بموت صاحبه (١).

(١) كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرايع والتحرير والإرشاد وغيرها، ونفى الخلاف فيه في الخلاف والغنية بنحو يظهر في عمومه لجميع المسلمين، عملاً بمقتضى التأجيل المفروض، من دون مخرج عنه.

لكن يظهر من جامع الشرايع والقواعد التردد في الحكم، وقد يظهر من الدروس أيضاً، بل جزم بحلول الدين المؤجل بموت صاحبه الشيخ في النهاية وأبو الصلاح في الكافي وحكاة في المختلف والدروس عن ابن البراج وحكاة في المختلف والإيضاح عن الطبرسي أيضاً.

ويشهد له رواية أبي بصير: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين»^(١) وأرسله عنه عليه السلام في الفقيه^(٢).

وفي الخلاف أنها شاذة، وفي الشرايع أنها مهجورة. لكن الرواية الشاذة والتي هي ليست بحجة هي المعارضة بروايات كثيرة مخالفة لها معمول بها. أما الرواية الواحدة المنفردة بحكم فهي ليست شاذة، ولا يمنع انفرادها من حجيتها.

وأما هجر الأصحاب لهذه الرواية فلا مجال لدعواه بعد عمل من سبق بها وبعد ظهور عمل حال الكليني والصدوق عليهما السلام في التعويل عليها، لإيداعها لها في الباب المناسب، مع تصريح الأول بصحة ما أودعه في كتابه وأنه سوف يكون مرجعاً للطائفة إلى انقضاء الدنيا، والثاني بأنه قصد في كتابه إيراد ما يفتي به ويحكم بصحته، ويعتقد أنه حجة فيما بينه وبين ربه تقدس ذكره، وأنه مستخرج من كتب مشهورة عليها المعول وإليها المرجع.

بل لا يبعد ظهور حال الشيخ عليه السلام في التهذيب في العمل بها أيضاً.

نعم قد يشكل الاعتماد عليها بلحاظ ما ذكره العلامة وغير واحد ممن تأخر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤.

(الرابعة): ينفق عليه من ماله إلى يوم القسمة وعلى عياله (١). ولو مات

عنه من ضعف سندها، لاشتتاله على الإرسال والجهالة، حيث رواها محمد بن عبد الجبار عن بعض أصحابه عن خلف بن حماد عن إسماعيل بن أبي قررة عن أبي بصير، وإسماعيل المذكور لم يثبت وثاقته.

لكن لا يبعد انجبارها بعمل من سبق، خصوصاً المشايخ الثلاثة الذين هم أقرب عهداً بفقهاء أصحابنا ممن تعرف فتواه من طريق روايته للحديث.

ولا سيما أن المسألة شائعة الابتلاء، والإعراض عن الرواية قد ظهر في الكتب المعدة لتحرير الفتاوى، والتي كثيراً ما يكون الإعراض عن الروايات فيها ناشئاً من مخالفتها للقواعد، أو لبعض الوجوه الاعتبارية بتخيل نهوضها بالاستدلال.

ومن هنا لا يخلو الأمر عن إشكال. والله سبحانه وتعالى العالم بحقيقة الحال. ومنه نستمد العون والتسيد.

(١) كما في السرائر والتذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد. والإرشاد مع إبدال العيال فيه بالأهل وكذا المبسوط والشرايع والجامع. والدروس مع إبدالهم فيها بمن تجب نفقته.

ونفى في المبسوط الخلاف في ذلك، وعن مجمع البرهان لعل الدليل على ذلك الإجماع، كما يفهم من كلامهم.

وقد استدل عليه في المبسوط والتذكرة وغيرهما - مضافاً إلى ذلك - بأنه غني بهاله، ولا دليل على سقوط ذلك عنه.

وهو كما ترى! فإن المال مع الدين المستوعب له لا يوجب الغنى عرفاً، خصوصاً مع وجوب المبادرة للوفاء به.

ويكفي في الدليل على سقوط وجوب الإنفاق عليهم عنه ما تقدم عند الكلام في الحجر عليه من النصوص المتضمنة إعطاء الغرماء ماله في وفاء دينه وقسمته بينهم بالتحاصص مع قصوره.

ومثله استفادته من تعليل استثناء الدار والخادم بأنه لا بد له من ظل يسكنه وخادم يخدمه.

إذ فيه: أن ذلك يختص بما تبقى عينه ويحتاج لمنفعته كالثياب والفراش ونحوها، فيجب إبقاؤه له إلى أن يستهلك، ولا يجب ابتياعه له إذا لم يكن عنده. أما ما ينفق بعينه فالحاجة إليه لا تختص بوقت دون وقت، ليتمكن سد مقدار حاجته منه. ولا تحديد شرعاً لمقدار ما يستثنى منه، فلا بد من قصور التعليل المذكور عنه.

فلم يبق إلا الإجماع المدعى. وفي ثبوته، فضلاً عن نهوضه بالاستدلال، إشكال. نعم قد يستفاد ذلك من المفروغية ظاهراً عن أن للمدين أن يتكسب لنفقته ونفقة عياله، وأنه لا يصرف نفقته من كسبه في وفاء دينه إلا ما زاد عن نفقته ونفقتهم، وفي المبسوط أنه لا كلام في ذلك. وهو المناسب للمرتكزات والسيرة. حيث يكشف ذلك عن أهمية النفقة من وفاء الدين بالإضافة إلى المال الموجود، وذلك يناسب الإنفاق عليه من المال الموجود عنده قبل ظهور فلسه ما لم يتحقق الوفاء به، فإذا تحقق الوفاء واستوعب المال الموجود لم يبق موضوع للنفقة، وإنما يتجدد المال له، فلا يجب الوفاء إلا بما زاد منه عن نفقته، وهكذا.

ولعل هذا أولى مما في التذكرة في توجيه الاقتصار على نفقة يوم القسمة بأنه لا ضبط بعده. فإنه لا يرجع إلى محصل ظاهر صالح للاستدلال.

هذا وأما بناء على ما سبق منا من استثناء ما يتوقف عليه تحصيل نفقته له وولياله من مال ذي غلة أو آلة عمل أو رأس مال يتجر به، فيتعين استثناء ما يدره من مقدار نفقته ولو لما بعد يوم القسمة، لأن استثناء ما يتوقف عليه تحصيل نفقته إنما هو من أجل أن الإنفاق على نفسه وعياله مما يدره أهم من وفاء الدين به، كما لعله ظاهر. نعم ذلك إنما ينفذ إذا كان عنده ما يتوقف عليه تحصيل نفقته، أما إذا لم يكن عنده فلا موضوع للاستثناء المذكور، ويبقى استثناء نفقته إلى يوم القسمة مبنياً على ما سبق.

قدم الكفن وغيره من واجبات التجهيز (١). (الخامسة): يقسم المال على الديون الحالة (٢) بالتقسيم (٣) ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم (٤).

(١) تقدم منا تفصيل الكلام في ذلك في المسألة الثانية والثلاثين من مبحث التكفين من أحكام الميت من كتاب الطهارة.

نعم ما سبق هناك يبتني على ما هو المعروف من ثبوت حق للغرماء في أعيان أموال المفلس بسبب الحجر زائداً على انشغال ذمة المدين لهم ووجوب وفاء دينهم، حيث وقع الكلام في وجه تقديم الكفن على الحق المذكور.

أما بناء على ما سبق منا هنا من عدم ثبوت الحق المذكور، وأنه ليس في المقام إلا وجوب وفاء دينهم كسائر الديون، فلا إشكال حينئذٍ في تقديم الكفن على دينهم كما يقدم على سائر الديون، تبعاً لما هو الثابت نصاً وفتوى، وتقدم هناك، من تقديم الكفن على الدين. فلاحظ.

(٢) دون المؤجلة، كما صرح جمهور الأصحاب بذلك، لعدم استحقاق أصحابها وفاءها بعد فرض تأجيلها وعدم حلها بالفلس، على ما تقدم في المسألة الثالثة من هذه المسائل.

(٣) بأن يكون لكل دين من مجموع أموال المفلس بنسبته إلى مجموع الديون، لأن ذلك هو المراد بالتحاصص الذي تضمنته النصوص المتقدمة عند الكلام في الحجر على المفلس.

(٤) الظاهر من ملاحظة كلماتهم مفروغيتهم عن مشاركة الغريم الذي يظهر بعد القسمة للغرماء الذين سبقت القسمة لهم، ويثبت له الحق في استيفاء دينه مثلهم، وليس هو كمن كان دينه مؤجلاً.

والوجه فيه: أنه بظهوره يظهر مشاركته لهم في استحقاق الوفاء من مال المدين، فيحاصصهم فيه كما يتحاصصون بينهم.

وقد يشكل بأن استحقاق التعجيل بالوفاء مشروط بمطالبة الغريم، أما مع عدم مطالبته فلا يجب المبادرة إلى وفائه، ليزاحم المطالبين بالوفاء ويحاصصهم، بل يجب الاقتصار على المطالبين، ومع تحقق الوفاء لهم لا يبقى للمدين مال، كي يستحق الوفاء منه. ولا وجه لإبطال مطالبته بعد ظهور دينه لوفائهم بعد وقوعه من أهله في محله.

اللهم إلا أن يقال: عدم مطالبة الغريم إنما تقتضي عدم وجوب المبادرة لوفاء دينه إذا رجعت إلى رضاه بتأخير وفاء دينه بأن كان ملتفتاً لكونه دائماً وراضياً بتأخير وفائه.

أما إذا كانت ناشئة من غفلته عن دينه فهي لا تقتضي الرضا بالتأخير، ومقتضى حلول الدين استحقاق المبادرة للوفاء خروجاً عن مقتضى الحق. بل حتى مع الالتفات للدين قد لا يكون عدم المطالبة ناشئاً من الرضا بالتأخير، بل قد ينشأ من دواعٍ أخرى، كالخجل من المطالبة وتجنب إحراج المدين وصعوبة الوصول إليه وغير ذلك.

هذا كله بناء على ما سبق منا من عدم ثبوت حق الغرماء في أعيان أموال المفلس وأنه ليس في المقام إلا وجوب وفاء ديونهم كما هو الحال في غير المفلس. وأما بناء على ما هو المشهور من ثبوت الحق لهم فيها فاللازم الرجوع لدليل الحق المذكور. وهو ينحصر بما تضمنه قسمة مال الرجل إذا التوى على غرمائه بالحصص، ومن الظاهر أن الالتواء هو المدافعة والمماثلة في الوفاء. والظاهر اختصاصه بما إذا كان الغريم مطالباً فعلاً بالوفاء، حتى يرفع الأمر للحاكم، ولا يشمل بقية الغرماء ممن لم يطالب لأي سبب كان، فثبوت الحق لهم، بحيث يوجب عدم صحة القسمة على خصوص المطالبين لا يخلو عن إشكال.

بل قد يشكل ثبوت الحق للغريم المطالب قبل القسمة بعد الحجر الحاصل بسبب مطالبة غيره. إذ بعد فرض ثبوت الحق للمطالبين السابقين بالحجر في أعيان أموال الغريم واستيعاب ديونهم لها يكون ثبوت الحق فيها للمطالب الجديد مزاحماً

لحقوقهم.

لكن سبق أن الظاهر مفروغيتهم عن ثبوت الحق للغريم الجديد الذي يظهر بعد القسمة، فضلاً عما يظهر ويطلب قبلها بعد الحجر.

وإن كان الإنصاف أن الأولى سوق ذلك شاهداً على عدم ثبوت الحق للغرماء في أعيان أموال المدين، وأنه ليس في المقام إلا وجوب وفاء ديونهم الذي يكفي فيه عدم رضاهم بتأخير الوفاء المشترك بين الجميع، ويكون التحاوص بينهم نتيجة قصور أموال المدين عن استيعاب ديونهم.

هذا وبعد الفراغ عن مشاركة الغريم الجديد، فقد ذكر في المبسوط أن الحاكم ينقض القسمة السابقة، وعليه جرى في الشرايع والإرشاد والتحرير والمسالك، وفي الجواهر: « بل هي انتقضت في نفسها، وهو المناسب لما ذكره سيدنا المصنف عليه السلام ».

قال في الجواهر: « لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام » ومقتضى ذلك انكشاف بطلان القسمة من أول الأمر، لا انتقاضها بعد صحتها، كما لو اقتسم الشركاء المال المشترك بينهم ثم ظهر شريك آخر. ولعله مراد الكل. وعلى ذلك يرد كل منهم ما أخذ، لانكشاف عدم ملكه له، ويقسم المال مرة أخرى على الجميع بنسبة ديونهم.

لكن في التذكرة: « إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر احتمال عدم نقض القسمة، بل يشاركهم الغريم الظاهر بالحصّة، لأن المقصود يحصل به ». وظاهر القواعد اختياره، بل هو صريح الإيضاح وجامع المقاصد، وهو المتعين، لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لا شركة حقيقية في المقام، لعدم ملك الغرماء لأعيان مال المفلس وعدم اشتراكهم فيه، ليجتاج تمييز حصصهم إلى رضا الكل غير الحاصل في المقام، بل لا يزال المال ملكاً للمفلس، ولا يستحقون فيه إلا وفاء ديونهم منه، وقد حصل الوفاء فعلاً من أهله - وهو المالك أو الحاكم - في محله ولا يتوقف على رضا بقية الغرماء - ومنهم الغريم الظاهر بعد القسمة - بعد عدم ملكهم لأعيان المدين

ومع القسمة يطلق، ويزول الحجر بالأداء (١).

تلك الأموال.

غايته أنه انكشف بظهور الغريم أن الوفاء لمن سبق كان بأكثر مما يستحقه فعلا من المال المذكور، فيكون المدفوع مشتركاً بين الغريم الآخذ والمدين بنسبة الزيادة، فلا بد من قسمته بينهما، كما في سائر موارد الوفاء بأكثر من الحق، ويدفع ما يسترجع من كل منهم للغريم الذي يظهر بعد الوفاء وقسمة المال بين الغرماء. ولا منشأ لانكشاف عدم صحة الوفاء وبقاء المدفوع بتمامه في ملك المدين، ليسترجع بتمامه، ويعاد الوفاء للكل على النسبة الجديدة.

ولعل مراد بعض من عبر بانتفاض القسمة ذلك، في مقابل عدم استحقاق الغريم الظاهر بعد القسمة شيئاً، لملك الغرماء الذين قسم المال بينهم تمام ما أخذوه ولم يبق للمدين مال.

هذا وقد ذكروا بعض الثمرات في الفرق بين الوجهين لا مجال لإطالة الكلام فيها بعد ظهورها بالتأمل أو بمراجعة كلماتهم.

هذا كله بناء على ثبوت حق لهم في مال المفلس أو جب الحجر عليه، أما بناء على ما سبق منا من المنع من ذلك، وأنه ليس في المقام إلا وجوب وفاء ديونهم منه شرعاً بحيث تقصر سلطنة المفلس عن إنفاقه فيما ينافي ذلك، فالأمر أظهر.

(١) ولا يحتاج زواله إلى حكم الحاكم، كما صرح به غير واحد، ولا يظهر الخلاف فيه إلا من بعض العامة. لارتفاع موضوع الحجر بذلك.

غايته أن موضوع الحجر إن كان هو خصوص مال المفلس حينه - كما تقدم عند الكلام في شروط الحجر أنه الأظهر - فهو يرتفع بقسمته على الغرماء.

وإن كان يعم المال المتجدد قبل وفاء تمام الديون، كان موضوع الحجر في الحقيقة هو دين الغرماء حين الحجر، فلا يرتفع إلا بوفائه بتمامه، ولو بإبراء بعضهم أو تبرع الغير بوفاء دينه، لعدم ارتفاع موضوع الحجر إلا بذلك.

(السادسة): الولاية في مال الطفل والمجنون والسفيه إذا بلغوا كذلك للأب والجد له (١) فإن فقدوا فللوصي (٢)

كما أنه حيث كان الحجر عند الأصحاب حقاً للغرماء، ولذا تقدم منهم أنه لا يحجر عليه إلا بطلب منهم، فالمتعين ارتفاعه بإسقاطهم، كما في التذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد.

ولو أسقطه بعضهم لم يبعد سقوط حقه فلا يتوقف التصرف في المال على مراجعته أو مراجعة الحاكم بدلاً عنه. لقضاء المناسبات الارتكازية بعدم ابتناء الحق المذكور على الارتباطية، بل على الانحلال، تبعاً لتعدد الديون.

هذا كله بناء على استحقاتهم الحجر على مال المفلس. أما بناء على ما سبق منا من عدم استحقاتهم الحجر، بل ليس في المقام إلا وجوب صرف ماله في وفاء ديونهم فلا موضوع للمسألة المذكورة. فلاحظ.

(١) تقدم تفصيل الكلام في ولاية الأب والجد على الطفل وفي جملة من فروعها في المسألة الثالثة والعشرين والرابعة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين من كتاب التجارة.

وأما مع استمرار الجنون والسفه إلى ما بعد البلوغ فلما دل على استمرار الولاية على اليتيم إلى حصول الرشد له الذي لا يكون إلا بكمال العقل، ولا يجتمع مع السفه فضلاً عن الجنون. حيث يستفاد منه عرفاً استمرار ولاية الأب والجد في غير اليتيم. بل هو مقتضى السيرة القطعية. ولا أقل من كونه مقتضى استحباب ولايتها عليه. وإن كان الأمر أظهر من ذلك.

هذا ولا تختص ولايتها بمال الطفل، بل تعم نفسه، كما يظهر مما تقدم هناك، بل ليس هو مورداً للإشكال.

(٢) كما تقدم تفصيل الكلام فيه وفي جملة من فروعها في المسألة الخامسة والعشرين من الفصل المذكور. كما تقدم الكلام هناك في عموم ولايته لغير المال،

إذا كان وصياً في ذلك (١). فإن فقد فللحاكم (٢)، وفي مال السفه والمجنون اللذين عرض عليهما السفه والجنون بعد البلوغ والمفلس للحاكم خاصة (٣).

خصوصاً التزويج. فراجع.

(١) بلا إشكال، لأن الاستفادة من دليله ثبوت ولاية الوصي بجعل الموصي فيما له الولاية فيه والسلطنة عليه، فلا بد قصد الموصي جعل ذلك للوصي.

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب. لكن تقدم منا في المسألة الرابعة والعشرين من مباحث الاجتهاد والتقليد تقريب جواز تولى أمر اليتيم والنظر فيما يصلحه لكل أحد حسبته، وأنه مع التشاح يقدم الأولى بميراثه فالأولى. كما أنه يتعين معه تقديم الأنفع له مادياً أو معنوياً مع وضوح ذلك. وعلى ذلك لا خصوصية للحاكم.

نعم بناء على ولايته المطلقة الراجعة لكونه أولى بالمؤمنين، يكون له إعمال ولايته في الكبير الكامل، فضلاً عن القاصر.

لكن تقدم منا في المسألة المذكورة الكلام في الاستدلال على ذلك، وتقريب منعه. كما تقدم الكلام في ذلك بوجه أشمل وأوضح في المسألة السابعة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين من كتاب التجارة. فراجع.

(٣) أما اللذان عرض لهما السفه والجنون بعد البلوغ فكأنه لعدم الدليل على تجدد ولاية الأب والجد عليهما بطرء السفه والجنون. كما لا مجال لاستصحاب ولايتهما بعد انقطاعها بتخلل الكمال بل مقتضى الأصل عدم ولايتهما. وحينئذ يتعين ولاية الحاكم بناء على أنه ولي من لا ولي له.

لكن تقدم في المسألة السابعة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين من كتاب التجارة عدم وضوح الدليل على العموم المذكور، وأن المتيقن الرجوع إليه فيما يعلم برضا الشارع الأقدس بإيقاعه ويحتمل اعتبار إذن الولي فيه ولم يمتثل ولاية غير الحاكم فيه.

أما مع احتمال ولاية غيره فاللازم اشتراكهما وعدم انفراد أحدهما بالولاية، ومن الظاهر أن عدم الدليل على عود ولاية الأب والجد لا ينافي احتمال عودها، فيتعين الجمع بينهما وبين الحاكم في الولاية.

هذا كله مع غض النظر عما ذكرناه في اليتيم من جواز تولي أمره والنظر فيما يصلحه لكل أحد حسبته، وأنه مع التشاح يقدم الأولى بميراثه فالأولى. فإن الظاهر جريانه في المقام، لاشتراكه مع اليتيم في كثير من جهات الكلام، كما يظهر بالرجوع لما ذكرناه في المسألة الرابعة والعشرين من مباحث الاجتهاد والتقليد، خصوصاً السيرة، لشيوع الابتلاء بذلك كالابتلاء بالأيتام. فراجع. ويأتي إن شاء الله تعالى في فضل أولياء العقد من كتاب النكاح ما ينفع في المقام.

وأما المفلس فلما هو المعلوم من أنه بناء على الحجر فلا يحجر عليه إلا الحاكم الذي يرجع إليه عند التواء المدين على غرمائه وخصومتهم معه، كما يرجع إلى الإمام مع حضوره، على ما تضمنته النصوص المقدمة عند الكلام في حكم المفلس. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

وبذلك ينتهي ما أردنا تحريره في كتاب الحجر تعليقاً على كتاب منهاج الصالحين. وقد وقع الفراغ منه ضحى السبت السادس والعشرين من شهر شعبان المعظم سنة ألف وأربعمائة وأربعة وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية.

والحمد لله رب العالمين وله الشكر على تيسيره وتسهيله وعلى جميع نعمه الظاهرة والباطنة ونسأله بجوده وكرمه المزيد مع التوفيق والتسديد. إنه أرحم الراحمين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الضمان

كتاب الضمان

وإنما يصلح (١)

(١) للضمان عندهم معنيان الأول: الضمان بالمعنى الأخص، وهو نقل الضامن الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته. وهو الذي ينصرف إليه الإطلاق عندهم الثاني: الضمان بالمعنى الأعم، وهو التعهد بالمال أو النفس، فيشمل الضمان بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة. ومقتضى ذكره ﷺ الأمور الثلاثة كون المراد بالكتاب المعنى الأعم. ومقتضى بدئه ببيان أحكام الضمان بالمعنى الأخص وإرجاعه الضمائر فيها للضمان المذكور في عنوان الكتاب كون مراده ﷺ بالكتاب الضمان بالمعنى الأخص، وأن ذكر الحوالة والكفالة استطراد خارج عن موضوع الكتاب على خلاف ما هو المؤلف في تبويبهم. ومن ثم لا يخلو كلامه عن اضطراب. والأمر سهل.

ثم إن الضمان بالمعنى الأخص عندنا عبارة عن نقل دين المضمون عنه إلى ذمة الضامن. وتشهد به النصوص، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

أما عند العامة فهو عبارة عن انشغال ذمة الضامن بالدين مع ذمة المضمون عنه، إما في عرض ذمة المضمون عنه، فللدائن مطالبته أي منهما شاء، أو في طولها، بمعنى أنه ليس له مطالبة الضامن إلا عند تعذر تحصيل الدين من المضمون عنه لغيبة أو عجز أو عسيان، نظير الرهن والكفالة العرفية.

والكلام الآن في الضمان بالمعنى الأول الذي عليه الأصحاب. وربما يأتي

الكلام في المعنى الثاني.

إذا صدر عن أهله (١) ولا بد من رضاء الضامن (٢)

(١) بأن يكون غير محجور عليه بأحد أسباب الحجر على النفس المتقدمة. وليس هو مورداً للإشكال، لوضوح أن جعل الدين في الذمة تصرف في النفس ينافي الحجر المذكور.

بل يمنع منه أيضاً الحجر للسفه وإن اختص بالمال وكان الضمان تصرفاً في النفس باشتغال الذمة بالدين. لما تقدم عند الكلام في الحجر على السفه من عموم الحجر عليه لما يستتبع المال.

نعم لا يمنع منه للحجر على المال للفلس، لعدم كونه تصرفاً في ماله الموجود الذي موضوع الحجر عندهم.

غاية الأمر أنه قد يكون عيباً يقضي جواز فسخ المضمون له. ومع عدم فسخه يجري على الدين المضمون حكم الدين المتأخر من الحجر الذي تقدم الكلام فيه هناك. فراجع.

هذا وقد تكرر منا أن الحجر لا يقتضي إلغاء إنشاء المحجور عليه مع تمييزه، بل ينفذ منه مع إذن الولي، وكذا مع إجازة الولي له بعد إيقاعه، نظير عقد الفضولي. كما يصح منه إيقاعه عن غيره مع توكيله له أو إذنه فيه أو إجازته له بعد إيقاعه. وهو يجري في المقام.

نعم قد يشكل الاكتفاء بإجازته بعد وقوعه بناء على أنه إيقاع لا عقد، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى. لعدم وضوح نفوذ الإيقاع الفضولي بالإجازة، لعدم عموم لدليل نفوذ الإيقاع يقتضي صحة ذلك. إلا أن تكون إجازة الإيقاع بعد وقوعه بنفسها إيقاعاً لمضمونه عرفاً، فيترتب الأثر عليه حين وقوعه، لا على الإيقاع الفضولي بتوسطه. ولا يبعد أن يكون الضمان كذلك بناء على كونه إيقاعاً.

(٢) إن كان المراد به رضاه في مقابل صدوره عنه عن إكراه فهو المصرح به في كلامهم. ولا ينبغي الإشكال فيه، كما في سائر العقود والإيقاعات، لما تضمن رفع

والمضمون له (١)

الإكراه القاضى، بعدم إلزام المكره بما ألزم به نفسه وعدم نفوذه عليه. ومن الظاهر أن الضمان يبتنى على إلزام الضامن نفسه بدين المضمون عنه.

لكن الحمل على ذلك لا يناسب السياق، لأن عطف المضمون له من أجل بيان اعتبار أصل رضاه في مقابل عدمه رأساً، لا في مقابل عدم الاعتداد بالرضا عن إكراه. وبيان ذلك في الضامن مستغنى عنه بما ذكره عليه السلام أولاً بقوله: «وإنما يصلح إذا صدر عن أهله» فإن صدوره منه مستلزم لرضاه به.

ومن هنا يتعين حملة على تأكيد ما سبق، ويكون عدم التنبيه مانعية الإكراه لوضوح مانعيته في جميع العقود والإيقاعات.

(١) كما في المبسوط والوسيلة والغنية وغير واحد ممن تأخر عنها، ونسب للأكثر أو المشهور في كلام غير واحد، كما هو المناسب لعددهم الضمان من العقود. بل في التحرير: «ويشترط رضاه قولاً واحداً». ويحتمل دخوله في معقد إجماع الغنية. وهو مقتضى قاعدة السلطنة في حق المضمون له، لأن الدين ملك له، فانتقاله من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن مناف لسلطته على ماله. مضافاً إلى صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^(١)، ونحوه خبر الحسن بن صالح الثوري عنه عليه السلام^(٢) وما في الوسائل من الاقتصار على صحيح عبد الله بن سنان وإن تعددت طرقه في غير محله.

لكن في الخلاف في سياق أحكام المضمون له والمضمون عنه: «ليس من شرط الضمان رضاهما. وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له كان أولى».

واستدل بها ورد من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وقتادة دين ميت امتنع النبي صلى الله عليه وآله

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الضمان حديث: ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١١٦ باب الدين والقرض حديث: ٣٣.

من الصلاة عليه. قال: « فإن النبي ﷺ لم يسأل عن رضا المضمون له ». وذلك وإن لم يرو من طرقنا، بل من طرق العامة، إلا أنه قد روي من طرقنا ما يشبهه^(١).

وفيه: أن الاستدلال بذلك إن كان بلحاظ امتناع النبي ﷺ من الصلاة على الميت الذي عليه دين حتى ضمنه بعضهم. فهو لا ينفع في إثبات ترتب الأثر على الضمان من دون رضا المضمون عنه، لإمكان اكتفائه بتيسر وفاء الدين بسبب الضمان المذكور، للثقة بالضامن وإن لم يتحقق الوفاء.

وإن كان بلحاظ قوله ﷺ لأمر المؤمنين ﷺ لما ضمن الدين: « جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك »^(٢) فهو لم يرو من طرقنا.

مع أنه تضمن قضية في واقعة لا إطلاق لها، إذ ربما يكون قد صادف رضا المضمون له بالضمان، أو يكون مقتضى الجمع بينه وبين صحيح عبد الله بن سنان وغيره حمله على أن ضمانه يؤول إلى فك رهان الميت المدين، إما لرضا المضمون له بالضمان بعد تعذر الوفاء من قبل الميت، أو لعلمه ﷺ بأنه ﷺ سوف ينفذ تعهده، ويبادر بوفاء الدين.

ومثله ما عن الكفاية من الاستدلال على ذلك بصحيح إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله ﷺ: « في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فقال وليه: على دينك. قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليه من بعده. وقال: أرجو أن لا يأتهم، وإنما إثمهم على الذي يجبسه »^(٣).

إذ فيه: أنه يتعين تقييده بالحديثين المتقدمين. ولا سيما مع التركيز فيه على العموم من حيثية الوفاء وعدمه، فإن تركيز المتكلم على الإطلاق من جهة خاصة يضعف الظهور في الإطلاق من بقية الجهات.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ١، وباب: ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

(٢) الخلاف ج: ٣ ص: ٢١٤.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٤ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٢.

وأضعف من ذلك ما في الحدائق من الاستدلال عليه بصحيح حبيب الخثعمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن؟ قال: لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء. قلت أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء، وأشهد على نفسه الذي يضمنه، يأخذ منه؟ قال: نعم»^(١). وموثق الحسن بن الجهم: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين، وخلف ولداً رجلاً ونساء وصبياناً، فجاء رجل منهم، فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي، وأنت في حل مما لإخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك. قال: يكون في حل. قلت: فإن لم يعطهم. قال: ذلك في عنقه. قلت: فإن رجع الورثة علي فقالوا: أعطنا حقنا. قال: لهم ذلك في الحكم الظاهر. فأما بينك وبين الله فأنت منها في حل إذا كان الذي حللك يضمن لك عنهم رضاهم، فيحل لما ضمن لك...»^(٢).

إذ فيه: أن الصحيح ظاهر في جواز الاقتراض من الوديعة بعد الضمان المذكور والإشهاد عليه، ومن الظاهر أن المراد بالضمان التعهد بوفاء الدين الحاصل بعده، لا نقل الدين بعد ثبوته من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، الذي هو محل الكلام. وأما الموثق فهو لم يتضمن ضمان الدين بمعنى نقله لذمة الضامن فعلاً الذي محل الكلام، بل ضمان التحليل من الدين ورضا الدائن الراجع للتعهد بإرضائه بأي وجه كان، ولو بالإبراء من الدين بعد ذلك، وهو أجنبي عن محل الكلام لو أمكن العمل في نفسه.

مع أن قوله عليه السلام: « كان لهم ذلك في الحكم الظاهر...» لم يرد في فرض جهلهم بالضمان المذكور وتعذر إثباته، لتعذر إقامة البينة عليه وعدم إقرار الضامن أو المضمون عنه به. ومن ثم لا يخلو الحديث عن اضطراب.

فلا مخرج عما تقتضيه القاعدة المعتضدة بما تقدم تضمن اعتبار رضا المضمون

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الوديعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

عنه.

هذا وبعد ذهاب المشهور إلى اعتبار رضا المضمون له وقع الكلام بينهم في اعتبار قبوله زائداً على رضاه.

فقد احتمل ذلك في القواعد، وجرى عليه في التذكرة والتحرير واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وهو مقتضى جعله من العقود في الشرايع والنافع والجامع وغيرها. وفي الإيضاح أن الأولى عدم اعتباره، وهو مقتضى الاقتصار على الرضا في الإرشاد.

وقد استدل لا اعتباره بأنه عقد إجماعاً، ولا بد في العقد من قبول. وفيه: أنه لا مجال لدعوى الإجماع المذكور فضلاً عن حجيته بعد ما سبق من الخلاف من عدم اعتبار رضا المضمون له، وما سبق من القواعد من التوقف في اعتبار القبول، واقتصار غير واحد على اعتبار الرضا، بل لم أعتز عاجلاً على من صرح بكون الضمان عقداً قبل المحقق في الشرايع.

وربما استدل بوجوه آخر للقول باعتباره أو للقول بعدمه لا مجال لإطالة الكلام فيها.

والذي ينبغي أن يقال: ليس المهم تحقيق أنه عقد أو إيقاع لا ينفذ إلا برضا المضمون عنه، بل المهم الكلام فيما يترتب على ذلك. وقد رتبوا على اعتباره أنه لا بد من الموازنة بين الإيجاب والقبول وغيرهما مما ذكره في شروط العقد.

لكن تقدم منا في فصل شروط العقد من كتاب التجارة إنكار أكثر الشروط المذكورة. بل هي لا تناسب صحيح عبد الله بن سنان وخبر الثوري المتقدمين.

نعم لا بد في العقد أولاً من تطابق مضموني الإيجاب والقبول وعدم اختلافهما، وثانياً من ابتناء التزام أحد المتعاقدين على التزام الآخر، ولا يكفي التزامهما بمضمون واحد كل واحد لنفسه مع قطع النظر عن التزام الآخر، وثالثاً من إبراز كل منهما التزامه بالمضمون الواحد بنحو يتضمن جعله على نفسه، ولا يكفي الرضا النفسي

بالمضمون من دون إبراز له بالنحو المذكور، ورابعاً من بقاء أحدهما على التزامه حتى يتحقق التزام الآخر، فلو عدل عنه أو سقط التزامه عن الاعتبار - لموته أو جنونه أو نحوهما - لم ينفع التزام الآخر في تحقق العقد لأن صدق العقد إنما يكون باجتماع الالتزامين ولو باستمرار أحدهما في مرتكز صاحبه - من دون الالتفات إليه تفصيلاً - إلى حين صدور الآخر مبنياً عليه.

ومن الظاهر أن صحيح عبد الله بن سنان وخبر الثوري ينهضان بإثبات الأمرين الأولين.

كما لا يبعد نهوضهما بالثالث، لقرب انصراف الرضا فيه لخصوص صورة إبرازه المستلزم لظهور الالتزام بضمان الضامن، لأن ذلك هو منصرف الرضا في المعاملات، لما هو المرتكز من توقف ثبوتها على إعمال السلطنة الموقوف على ذلك، ولا يكفي فيه مجرد الرضا الباطني من دون إعمال السلطنة له.

وأما الرابع فالأمر فيه لا يخلو عن إشكال، لأن انصراف إطلاقهما لخصوص صورة استمرار الضامن على التزامه وإن لم يكن بعيداً، إلا أنه ليس بذلك الوضوح، وإن كان البناء على ترتب الأثر على ضمان الضامن إذا تعقبه رضا المضمون مطلقاً وإن عدل الضامن عن التزامه أو سقط التزامه عن الاعتبار مما تأباه المرتكزات العرفية والمتشرعية جداً.

بل قد يقال: لما كان نقل الدين عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن منافياً لسلطنة الضامن على نفسه والمضمون له على ماله توقف ارتكازاً على إعمال السلطتين معاً، بحيث يستند نفوذ الضمان لإعمالها معاً، كما هو الحال في جميع المضامين العقدية. ولا يكفي إعمالها على التعاقب من دون جمع بينهما، لعدم صلوح كل منهما للتأثير مع انفراده، وهو كاف في تقريب انصراف الحديثين لذلك والبناء على أن الضمان من العقود.

هذا كله بناء على أن مفاد الضمان نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن.

لكن ذكر سيدنا المصنف عليه السلام أن ذلك حكمه لا مفاده، وأن مفاده ينحصر بالتعهد بالدين وشغل الذمة به، لما هو المعلوم من ذهاب كثير من العامة بل مشهورهم لانشغال ذمة كل من الضامن والمضمون عنه بالدين، والظاهر أن المضمون المنشأ عندنا وعندهم واحد، والاختلاف بيننا وبينهم في حكمه، إذ لو كان مختلفاً فلا خلاف بيننا وبينهم، لاختلاف الموضوع، ولكل حكمه المناسب له لو نفذاً معاً، أو ينفذ أحدهما دون الآخر، أو لا ينفذان معاً.

وحينئذ يكون الضمان إيقاعاً، لعدم تعرض الضامن لشؤون غيره نفساً أو مالاً، ولا تصرف منه في ذلك.

غاية الأمر أنه لا ينفذ إلا برضا المضمون له للدليل الخاص. كما أن حكمه شرعاً عندنا انتقال الدين لذمة الضامن وبراءة ذمة المضمون عنه منه.

ويشكل ما ذكره عليه السلام أولاً: بأن الظاهر أن خلاف العامة لا يبتني على عدم كون مفاد الضمان هو نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، بل على توهم بقاء مسؤولية المدين بالدين حتى يقضى وإن برئت ذمته منه قبل ذلك، لأنهم استدلوا بما عن جابر قال: «توفي صاحب لنا، فأتينا به النبي صلى الله عليه وآله ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: أعلية دين؟ قلنا: نعم، ديناران. فانصرف. فتحملها أبو قتادة. فقال: الديناران علي. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟ قال: نعم. فصلي عليه. ثم قال بعد ذلك: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس. قال: فعاد إليه من الغد. فقال: قد قضيتها. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الآن برّدت عليه جلده»^(١). وبقوله صلى الله عليه وآله: «نفس المؤمن معقولة بدينه حتى يقضى عنه»^(٢).

بدعوى: أن مقتضى الثاني وذيل الأول هو بقاء المسؤولية بالدين، مع أن صريح الصدر في الأول براءة ذمة الميت من الدينارين.

(١) ذكره في التذكرة ج: ١٤ ص: ٣٤٢، ٣٤٣، وخرجه محققوها عن كثير من مصادر العامة.

(٢) ذكره في التذكرة ج: ١٤ ص: ٣٤٣، وخرجه محققوها عن كثير من مصادر العامة.

وثانياً: بأنه وإن كان المحكي عن أكثر العامة أن للمضمون له الرجوع بالدين على كل من المضمون عنه والضامن تخييراً بينهما، لانشغال ذمة كل منهما بالدين، إلا أن المحكي عن مالك عدم رجوعه على الضامن إلا إذا عجز عن تحصيله من المضمون عنه، لأن الضمان وثيقة، فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذره كالرهن.

ومقتضاه كون مفاد الضمان مجرد مسؤولية الضامن بالدين في طول انشغال ذمة المضمون عنه به من دون انشغال ذمة الضامن به.

وهذا هو الذي يمكن ابتناء جميع الأقوال عليه، ويكون كالتقدير الجامع بينها، غايته أن يكون مالك قد اقتصر في مفاد الضمان وحكمه شرعاً عليه، وزاد عليه بقية مشهور العامة انشغال ذمة الضامن بالدين على أنه حكم شرعي تعبدية، وزاد عليه الإمامية براءة ذمة المضمون عنه منه كذلك.

بل هذا هو المضمون الإيقاعي الذي لا يتضمن تصرفاً في مال الغير ولا في نفسه، ولا ينافي سلطنته.

أما انشغال ذمة الضامن بالدين فهو راجع إلى ملك المضمون له للدين في ذمته، وهو مناف لسلطنته على نفسه، فيكون مضموناً عقدياً، كملكه للعين في مثل الهبة.

لكن البناء على تمحض المضمون المنشأ في الضمان بذلك راجع إلى كون انتقال الدين لذمة الضامن لا يبتني على نفوذ الضمان لفرض تمحض الضمان بالتعهد بالدين بل هو حكم شرعي تعبدية مترتب عليه، نظير انعقاد أحد العمودين بشرائه. وهو من أبعد البعيد. بل الظاهر أن مفاد الضمان تحمل الدين وانشغال الذمة به وفراغ ذمة المضمون عنه من شؤون ذلك عرفاً، لأن انشغال ذمة أكثر من واحد بدين واحد لو أمكن عقلاً يحتاج إلى عناية غير مقصودة.

وبذلك يكون مضموناً عقدياً كما ذكرنا، ويحتاج بطبعه إلى رضا المضمون عنه، وليس اعتبار رضاه تعبدية محضاً.

ومن القريب أن لا يكون صحيح عبد الله بن سنان وخبر الثوري مسوقين

لبيان اشتراط رضا المضمون عنه في صحة الضمان، للمفروغية عنه، بل لبيان عدم اشتراط ما زاد على رضاه مع المفروغية عن اعتبار رضاه، وذلك رداً على مشهور العامة من توقف فراغ ذمة المضمون عنه على أداء الضامن للدين للشبهة المتقدمة.

والمتحصل من جميع ما تقدم: أن الضمان عقد مفاده نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فيعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقد.

بقي في المقام أمور الأول: أنه صرح الشيخ في الخلاف وجماعة من الأصحاب بعدم اشتراط علم الضامن بالمضمون له، ونسبه في جامع المقاصد للأكثر. ويقتضيه إطلاق الحديثين.

لكن في المبسوط أن الأظهر اعتبار معرفته به، ووافقه في التنقيح، وفي التذكرة أنه لا بأس به. وقد يستدل عليه بأنه طرف العقد، بناء على أن الضمان من العقود، ولزوم الغرر مع الجهل به، لاختلاف الناس في سهولة الاقتضاء وصعوبته.

ويندفع الأول بأنه لا ملزم باعتبار التعارف بين طرفي العقد.

والثاني بما تكرر منا من منع عموم مانعية الغرر في البيع، فضلاً عن غيره. مضافاً إلى عدم كفاية معرفة المضمون له في ارتفاع الغرر بل قد يتوقف على معرفة حاله من حيثية سهولة الاقتضاء وصعوبته وغير ذلك. كما لا ملازمة بين الجهل به وحصول الغرر، حيث قد يتردد بين شخصين أو أكثر متشابهين في السلوك والخلق وغيرهما مما له الأثر في سهولة التعامل معه وصعوبته.

الثاني: صرح الشيخ في الخلاف وجماعة بعدم اشتراط علم الضامن بالمضمون عنه، وظاهر التذكرة الإجماع عليه. لكن في المبسوط اعتبار معرفته، ليعرف هل يستحق عليه شيئاً. وكأنه بلحاظ أن الضامن يستحق الرجوع على المضمون عنه فلا بد من معرفته.

وهو كما ترى! لان الرجوع عليه لا يتوقف على معرفته حين الضمان، بل حتى حين الرجوع عليه، إذ قد يكون بتوسط شخص ثالث.

وأضعف من ذلك ما في التنقيح من اعتبار معرفته حتى في الضمان التبرعي الذي لا يستحق معه الرجوع على المضمون عنه. لأنه إحسان ومعروف، ولا بد من معرفة محله لئلا يقع في غير محله، إذ ليس لواضع المعروف في غير محله إلا محمودة اللثام. وظهور ضعفه في نفسه، وعدم نهوضه بالخروج عن إطلاق صحيح ابن سنان يغني عن إطالة الكلام فيه.

نعم لا بد من تمييزه في نفسه في مقابل المردد، فلا يصح الضمان عن أحد الرجلين مثلاً إذا لزم منه تردد الدين المضمون. لما تكرر منا امتناع التردد في موضوع الاستحقاق. وقد أطال بعضهم في ذلك بما لا يسعنا متابعتهم فيه.

الثالث: صرح الأصحاب من دون ظهور خلاف منهم بعدم اعتبار رضا المضمون عنه في الضمان، بل ادعي الإجماع عليه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومحكي المفاتيح، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه». وقد استدل عليه في كلماتهم، بأن الضمان كالقضاء، ولا إشكال في عدم توقفه على رضا المدين.

وهو بظاهره يشبه القياس. إلا أن يرجع إلى أن الدين مال الدائن، وتنحصر السلطنة عليه عرفاً بالكه، وتفريغ ذمة المدين منه لا يعد تجاوزاً عليه منافياً لسلطنته. نظير بيع الدين على غير من هو عليه.

ولذا كان نفوذ التبرع بالوفاء والضمان من دون إذن المدين متسالمًا عليه. إذ الظاهر أن منشأ التسالم هو قضاء المرتكزات العقلائية والعرفية به من دون حاجة لدليل تعبدي خاص. ونظيره في ذلك إسقاط الحق تبرعاً أو في مقابل شيء يبذله غير من عليه الحق من دون إذن من عليه الحق.

ويناسب ذلك ظهور النصوص في المفروغية عن جواز ضمان دين الميت، ومنها صحيح عبد الله بن سنان وخبر الحسن المتقدمان، لعدم السؤال فيهما عن مشروعية الضمان المذكور، بل عن حكمه.

هذا وفي العروة الوثقى - بعد أن حكم بعدم اعتبار رضا المضمون له لما سبق - قال : «وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً».

وقد أقره على ذلك غير واحد من محشيها، كبعض الأعاظم والسيد الأصفهاني وغيرهما قدست أسرارهم.

ومنع من ذلك بعض الأعيان المحققين عليهم السلام في حاشيته عليها بدعوى: أنه لا مجال لإعمال قاعدة الحرج في المقام ورفع اليد بها عن قاعدة السلطنة في حق الدائن المضمون له المقتضية لسلطنته على نقل دينه لذمة الضامن، لمنافاة ذلك للامتنان في حقه.

وفيه: أن رفع اليد قاعدة عن السلطنة في حق المالك - ومنه الدائن في المقام - إنما ينافي الامتنان في حقه إذا لزم منه الضرر أو الحرج عليه، كما لو عجز المدين في المقام عن الوفاء في الوقت أو بعده بمدة معتد بها، أما إذا لم يلزم منه الحرج أو الضرر عليه، لقدرة المدين على الوفاء - كما هو المفروض - فرفع اليد عن قاعدة السلطنة في حقه لا ينافي الامتنان عليه لتقصير عنه قاعدة الضرر أو الحرج في حق المدين.

ومثله ما في حاشية بعض مشايخنا عليهم السلام عليها، حيث قال: «بل ولو استلزم ذلك، فإن التكليف لا يرتبط بالوضع». وقد أوضح في تقرير درسه بأنه لا مهانة ولا ضرر على الشريف بفراغ ذمته بوفاء الوضيع لدينه أو ضمانه له، وإنما يترتبان على تصدي الوضيع لذلك، فيكون تصديه لذلك توهيناً للشريف، فيحرم تكليفاً، والحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد.

إذ فيه: أنه إذا لم يكن فراغ ذمة الشريف بذلك وهناً وضرراً عليه لم يكن تصدي الوضيع لذلك توهيناً له ومضراً به، ليحرم تكليفاً، وإنما يكون توهيناً له ومضراً به إذا كان فراغ الذمة حينئذٍ وهناً عليه ومضراً به وإذا كان كذلك كان مقتضى قاعدة نفي

الكلام في عدم اعتبار رضا المضمون عنه في الضمان ٢٠٧

الضرر والخرج قصور دليل صحة التبرع بالوفاء ودليل صحة الضمان عنه، كما جرى عليه من تقدم.

أما سيدنا المصنف رحمته الله فقد اختلف كلامه فهو في المستمسك اقتصر على ما يظهر في إقراره لما في العروة الوثقى من الاستدلال له بأن قاعدة نفي الضرر والخرج مانعتان من الصحة حينئذ.

أما في مجلس درسه الشريف فهو وإن ذكر ذلك، إلا أنه استدرك عليه بأنه لا يتضح تحقق الفرض المذكور، فإن الإحسان للشخص مهما عظم شأنه لا يكون ضرراً ولا إهانة عليه حتى لو كان المحسن من أحسن الناس.

وما ذكره رحمته الله قريب جداً. والتوهين لا يكون إلا بلحاظ ما قد يصاحبه من طلب ذلك من المدين الشريف أو رضاه به أو إظهار ذلك عنه أو التبجح به أو نحو ذلك مما يظهر منه أو يوهم حاجته أو خسته وضعته. ولذا لا يحصل التوهين واقعاً لو حصل الوفاء أو الضمان من دون أن يلفت النظر. كما يحصل التوهين واقعاً لو حصل شيء مما تقدم من دون أن يتحقق الوفاء أو الضمان.

وبذلك يظهر اندفاع ما نقض به سيدي الوالد رحمته الله على سيدنا المصنف رحمته الله - بعد الفراغ من الدرس - فيما لو تحمل بعض الرجال الساقطين خلقياً واجتماعياً عن بعض النساء الشريفات أجره النقل في الطريق، حيث قد يوجب هتكها، لاستلزامه تهمتها بعلاقته معها، وهو من أعظم الضرر.

إذ فيه: أن لزوم الهتك والضرر بذلك وإن كان مسلماً، إلا أن منشأ الهتك ليس هو تحمل الأجرة بنفسه، بل بما قد يصاحبه من التهمة بوجود العلاقة بينهما أو بمحاولة تحقيقها، ولذا لو تحمل الأجرة بوجه غير ملفت للنظر لا يتحقق الهتك، ولو أظهر العلاقة المشينة بها تحقق الهتك وإن لم يتحمل الأجرة، كما لو قال للأجير علي أجرتنا، وهو يعلم أن الأجير قد أبرأها منها.

وبعبارة أخرى: إنما تحكم قاعدة نفي الضرر والخرج على أدلة الأحكام إذا

ويرأ المضمون عنه وإن أنكره (١).

كان منشأ الضرر والخرج نفس موضوع تلك الأحكام، كالقيام في الصلاة والوضوء، والبيع الغبني وغيرها، دون ما إذا كان منشؤهما مباحاً لموضوعها، وإن كان قد يترتب عليه أو يصاحبه مع إمكان انفكاكه عنه. ويأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الهبة ما ينفع في المقام. فلاحظ والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) يعني: أنكر الضمان وأباه. وبذلك صرح في السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز وجملة من كتب العلامة وغيرها، وهو مقتضى إطلاق من لم يعتبر رضا المضمون عنه، كما في المبسوط والخلاف وغيرهما.

لكن قال في النهاية: «ومتى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ذلك، وقبل المضمون له ضمانه فقد برئ عهده المضمون عنه. إلا أن ينكر ذلك ويأباه، فيبطل ضمان المتبرع، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عليه بالضمان»، ونحوه في المقنعة. وإليه يرجع ما في الوسيلة. وحكى في المختلف قريباً منه عن القاضي وإن لم يتيسر لي العثور عليه في كتابه المهذب والجواهر، ويظهر من القواعد التوقف في الحكم.

هذا ولا ظهور لكلامهم في اعتبار رضا المضمون له - كما في نكت النهاية والمختلف - بل في مانعية إنكاره وإبائه للضمان، فلو لم يأب الضمان ولا رضيه كالميت وكل من لم يعلم بالضمان حتى تحقق الوفاء - صح الضمان وبرئت به ذمة المدين. ولازم ذلك أنه لو حصل حين الضمان منع من صحته، وإن حصل بعده أبطله بعد صحته.

وهو لا يناسب ما سبق في وجه عدم اعتبار رضا المضمون له، لأن انحصار السلطنة على الدين بالدائن تقتضي كون المدين أجنياً عنه ولا أثر لرضاه وإبائه. نعم في السرائر: «أما رضا المضمون فليس من شرط صحة انعقاده، بل شرط استقراره ولزومه، لأن المضمون عنه إذا لم يرض بالضمان لم يصح على ما رواه وأورده بعض أصحابنا. والصحيح أنه يستقى ويلزم...».

وينتقل المال إلى ذمة الضامن (١). فإن كان ملياً أو علم المضمون له بإعساره وقت الضمان لزم (٢)، وإلا كان له الفسخ (٣).

وكان مراده بعدم الرضا بالضمان إياؤه، ليناسب صدر كلامه. وكيف كان فظاهره وجود رواية بذلك يخرج بها عما تقدم. لكن لم نعر على الرواية المذكورة، لنرى مدى دلالتها. كما لم يتضح اعتماد من سبق عليها. فلا مخرج عما سبق.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، وادعى الإجماع عليه في الغنية والسرائر والتذكرة، وفي الجواهر: «بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه. بل لعله من ضروريات الفقه».

ويشهد به - مضافاً إلى ذلك - صحيحا عبد الله بن سنان وإسحاق بن عمار وخبر الحسن بن صالح المتقدمة وغيرها مما ورد في ضمان دين الميت.

(٢) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر. والمراد بذلك لزومه من طرف المضمون له. أما من طرف الضامن فلا إشكال في لزومه مطلقاً.

كل ذلك لأصالة اللزوم التي يكفي في إثباتها استصحاب أثر الضمان القاضي بعدم ترتب الأثر على الفسخ. بل حيث كان الضمان عقداً - كما سبق - فدليله أصالة اللزوم في العقود.

(٣) كما في الوسيلة والغنية وجملة من كتب الفاضلين والشهيديين وغيرها، ونفى وجدان الخلاف فيه الرياض، وظاهر السرائر ومحتمل الغنية الإجماع عليه، وفي جامع المقاصد: «وظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق». بل ظاهر المقنعة والنهاية بطلان الضمان حين وقوعه وعدم ترتب الأثر عليه، لأنه يصح من دون أن يلزم، كما هو المنسوب للأصحاب. وكيف كان فقد يستدل عليه بوجوه

الأول: موثق الحسن بن الجهم المتقدم عند الكلام في اعتبار رضا المضمون له في صحة الضمان، والمتضمن صحة تحليل الأخ عن إخوته، إذ فيه بعد الحكم بذلك:

«قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه. قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: فلا. قلت: قد سمعتك تقول: إنه يجوز تحليلها. قال: إنما أعني بذلك إذا كان لها»^(١).

قال سيدنا المصنف عليه السلام: «لكن مورده التحليل لا الضمان. ومفاده أن الملاءة شرط الصحة فيه لا شرط اللزوم، كما هو المدعى، وأن ذلك مختص بالصبي وأمه دون البالغ وأخيه، فإن إطلاق الصحة في الثاني يقتضي عدم الشرطية فيه، فيكون ذيل الحديث دليلاً على عدم الخيار». وهو متين جداً وما في مفتاح الكرامة من انجبار دلالاته بالشهرة في غير محله، كما تكرر منا في نظير المقام.

الثاني: ما تضمنته نصوص الحوالة من اعتبار عدم إيسار المحال عليه حين الحوالة، لأن الحوالة أخت الضمان، كما في الجواهر.

وفيه: - مع أن مقتضاه البطلان لا ثبوت الخيار مع الصحة - إنه لا شاهد على حمل الضمان على الحوالة في ذلك، بل هو بالقياس أشبه. ولا سيما مع الفرق بأن بطلان العقد رأساً أو بالفسخ يقتضي انشغال ذمة المدين الأصلي، وهو في الحوالة طرف في العقد، وفي الضمان أجنبي عنه.

الثالث: قاعدة نفي الضرر في حق المضمون له.

وفيه - مع عدم اطراده، حيث قد يكون المضمون عنه معسراً أيضاً، ومع انتقاضه بما إذا كان مماطلاً أو نحوه -: أن الاستدلال بالقاعدة يبتني على عمومها لصورة الإقدام على الضرر بحسب القصد المعاملي الملازم لإطلاق القبول بالضمان، كما تقدم احتمالها في الاستدلال لخيار الغبن.

لكن الظاهر ضعف الاحتمال المذكور، وأن القاعدة تقصر عن ذلك. مع أن الخيار منافق للامتنان في حق المضمون عنه، وهو أجنبي عن العقد.

الرابع: ابتناء الضمان على الارتفاق بالمضمون له وإرادة الأداء له، كما في

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

ويصح مؤجلاً (١)

الجواهر ويستفاد من جامع المقاصد، فمع تخلف الأداء للإعسار يتعين استحقاق الخيار، لتخلف ما بني عليه العقد.

وفيه: - مع انتقاضه بالمأطل ونحوه: - أن المبادرة للأداء لو كانت مأخوذة في الضمان فهي من سنخ الداعي لا الشرط الذي يكون تخلفه موجباً للخيار. مع أن تخلف الشرط إنما يوجب الخيار على أحد طرفي العقد، والخيار في المقام يضر بالمضمون عنه حيث يقتضي الفسخ انشغال ذمته بالدين بعد فراغها منه. وهو أجنبى عن عقد الضمان.

ومن هنا ينحصر الدليل بالإجماع، وفي ثبوته، فضلاً عن نهوضه بالاستدلال إشكال. ولا سيما مع قرب إبتناء ذهاب من ذهب إلى ذلك على بعض الوجوه المتقدمة. هذا ومقتضى الجمود على كلامهم العموم لما إذا كان الضامن المعسر في مقام الوفاء ولو بالاقتراض أو تجدد له اليسار والقدرة على الوفاء. لكن بعض الوجوه السابقة تقصر عن الفرضين، كما يظهر بملاحظتها. ومن ثم كان ثبوت عموم الخيار فيها أشكل.

كما أنه قد طفحت عباراتهم منطوقاً ومفهوماً - كما في مفتاح الكرامة - بأن الشرط هو اليسار حين الضمان، ولا يعتبر استمراره بعده. وهو مقتضى الوجوه السابقة. نعم إذا طرأ الإعسار قبل مضي فترة يتيسر فيها الوفاء فمقتضى الوجهين الأخيرين ثبوت الخيار كما لعله ظاهر.

(١) قد اضطربت كلمات الأصحاب في هذه المسألة وفروعها بنحو لا يسعنا مجاراتهم واستقصاء كلماتهم.

ولا ينبغي الإشكال في صحة الضمان مؤجلاً إذا كان الدين مؤجلاً، ولا يظهر منهم الخلاف في ذلك، وفي الشرايع: «والضمان المؤجل جائز إجماعاً».

وقد يستدل عليه بإطلاق أدلة الضمان. لكن لم يتضح لأدلة الضمان إطلاق،

وإن كان الدين حالاً (١)،

لقلة النصوص الواردة فيه، وليست هي واردة لبيان مشروعيته، بل لبيان أحكام خاصة بعد الفراغ عن مشروعيته.

نعم إذا كان عقداً كفى عموم نفوذ العقود في المقام. مضافاً إلى أن الإطلاق المقامي لأدلة الضمان يقتضي البناء على ثبوتها لكل مورد يرى العرف تحقق الضمان فيه، ومنه المقام.

ولا سيما بلحاظ ما سبق في توجيه عدم اعتبار رضا المضمون من انحصار السلطنة على الدين بصاحبه، فإنه بضميمة سلطنة الضامن على ذمته يقتضي سلطنتهما على نقله للدين إلى ذمة الضامن بأي وجه كان من التأجيل أو التعجيل. اللهم إلا أن يقال: السلطنة إنما تقتضي نفوذ تصرف ذي السلطنة في فرض مشروعية التصرف في نفسه، تنهض بإثبات المشروعية. فالعمدة ما سبق.

نعم لا بد من رجوع الأجل إلى الدين المضمون بنحو يقتضي استحقاق أدائه في الأجل مع ثبوته في الذمة فعلاً الذي هو مفاد الضمان، كما هو مرادهم.

أما لو كان الأجل للضمان نفسه، بنحو لا تشغل الذمة بالدين إلا عند حلول الأجل، فلا مجال لصحته، لما هو المعلوم من مبطلية التعليق للعقود والإيقاعات.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، وفي جامع المقاصد أن ظاهرهم الإجماع عليه، بل صرح بالإجماع عليه في التنقيح والمسالك ومحكي إيضاح النافع، وهو داخل في معقد إجماع الشرايع المتقدم، بل حملة غير واحد عليه خاصة، وإن لم يظهر وجهه.

وكيف كان. فقد يستدل عليه بأنه كتأجيل الدين الحال في حق صاحبه. لكنه بالقياس أشبه. فالأولى في الاستدلال عليه ما سبق. مضافاً إلى خبر عيسى بن عبد الله قال: «لما احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه، فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين أو عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملي مطول، وأما علي بن

وبالعكس (١).

الحسين فرجل لا مال له صدوق، وهو أحبهما إلينا. فأرسل إليه فأخبره الخبر. فقال عليّ: أضمن لكم المال إلى غلة ولم يكن له غلة. فقال القوم: قد رضينا. فضمنه. فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه^(١) ومقتضى مطالبتهم بدينهم حلوله. مع أنه من البعيد جداً كون ديونهم جميعاً مؤجلة.

ومقتضاه عدم اعتبار ضبط الأجل بالشهور والأيام على خلاف ما ذكروه في أصل الدين، وهو الذي يقتضيه عموم السلطنة وعموم نفوذ الشروط. ولو تم ما ذكروه في الدين فلا ملزم بعمومه لأجل الضمان. فلاحظ.

(١) يعني: فيصح الضمان حالاً وإن كان الدين مؤجلاً. أما صحة الضمان حالاً في الجملة ولو إذا كان الدين حالاً أيضاً فقد يظهر من جملة من كلماتهم عدم الخلاف فيه.

لكن في المقنعة: «ولا يصح ضمان مال ونفس إلا بأجل معلوم» وقريب منه في النهاية ونحوه في ضمان المال في الوسيلة والغنية، وحكاة في المختلف عن ابن البراج في الكامل. ويحتمل دخوله في معقد إجماع الغنية. وظاهر المختلف حملة على لزوم التأجيل. في السرائر على أنه إذا اتفقا على التأجيل فلا بد من تعيين الأجل. قال: «فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل. وكذلك إذا أطلقا العقد» ولا شاهد على ما ذكره.

ومن القريب ابتناء ما ذكروه على أن الضامن حيث لم يكن غالباً قد هياً نفسه للدين فمن شأن الضمان توقع التأخر في الوفاء. ومن هنا يلزم تعيين وقت الوفاء ولو كان معجلاً، لا أنه يلزم فيه التأجيل حتى لو تيسر الوفاء معجلاً.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في الضمان معجلاً الراجع لفعلية استحقاق

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

الوفاء وإن كان قد يتأخر التنفيذ لعذر، كما قد يتأخر وفاء الدين الحال. لما سبق من عموم نفوذ العقود والشروط.

لكن قال في المختلف: «احتج الشيخ بأنه إرفاق. ويشترط فيه الأجل. إذ الحال لا إرفاق فيه، فإن الحال يقتضي تسوية المطالبة في الحال للضامن، فيتسلط على المطالبة المضمون عنه في الحال، فتنتفي فائدة الضمان».

وفيه - مع عدم الدليل على انحصار فائدة الضمان التي يدور تشريعه مدارها بالارفاق. ومع قصوره عن الضمان التبرعي الذي لا رجوع معه على المضمون عنه -:

أنه مع عجز المضمون عنه لا يجوز مطالبته في الحال، وهو كاف في الإرفاق. ومع قدرته على الوفاء لا ينحصر الإرفاق باستحقاق التأجيل بل لخصوصية الدائن أثر في ذلك، حيث قد يكون سهل الاستقضاء.

وأما الضمان الحال مع كون الدين مؤجلاً فقد صرح بصحته في جملة من كتب العلامة والدمعتين وظاهر التنقيح وغيرها، وظاهر التذكرة الإجماع عليه. وقد استدل عليه في بعض كلماتهم بأن الضمان كالأداء، فكما يجوز وفاء الدين المؤجل قبل الأجل يجوز ضمانه كذلك. لكنه بالقياس أشبهه. والعمدة ما سبق من عموم العقود والإطلاق المقامي لأدلة الضمان.

ومنع منه في المبسوط والإيضاح وجامع المقاصد وكذا في الشرايع على تردد. واستدل للمنع بوجوه

الأول: أن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، كما في المبسوط وغيره.

وفيه: أنه لا دليل على الكبرى المذكورة، حيث لا مانع من زيادة الفرع بسبب الشرط المفروض في المقام.

الثاني: ما في الإيضاح وغيره من أن الحلول زيادة في الحق، ولذا تختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فلا يصح ضمانها، لأنه

ضمان لما لم يجب .

وفيه: أن المضمون هو الدين الثابت في ذمة المضمون عنه، والتعجيل بالوفاء ليس جزءاً من المضمون، بل لازم بسبب الشرط، كما لو شرط في عقد آخر تعجيل الدين المؤجل . ولا سيما أن الثمن كما يختلف بالتعجيل والتأجيل يختلف باختلاف من يتعلق الثمن بدمته .

الثالث: ما في جامع المقاصد من أن الضمان نقل الدين على ما هو به . قال: «ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق بإثباته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه» .

وهو كما ترى! لأنه إذا أمكن إثبات الأجل بالشرط بين الضامن والمضمون له دون المضمون عنه أمكن إسقاطه به كذلك . ومن هنا لا مخرج عما سبق .

بقي في المقام أمور الأول: أن الكلام السابق يجري في أمد التأجيل . فحيث تقدم جواز ضمان الحال مؤجلاً يجوز ضمان المؤجل بأجل أطول . وحيث تقدم الخلاف في ضمان المؤجل حالاً فهو يجري في ضمان المؤجل بأجل أقصر، كما يظهر بملاحظة أدلة المسألة .

الثاني: أن ظاهر إطلاق الضمان انتقال الدين إلى ذمة الضامن على النحو الذي كان عليه في ذمة المضمون عنه من الحلول أو التأجيل .

ودعوى: أنه حيث كان مقتضى الضمان انشغال ذمة الضامن بالدين واستحقاق الدائن له عليه فلصاحب الحق المطالبة بحقه متى شاء . وإلزامه بالأجل في حق المضمون عنه بشرط ونحوه لا يقتضي إلزامه به في حق الضامن، لتعدد الموضوع . مدفوعة بأن تفرع انشغال ذمة الضامن بالدين على انشغال ذمة المضمون عنه به صالح للقربنية على كون المراد مع الإطلاق هو انشغالها به على نحو انشغال ذمة المضمون عنه .

الثالث: حيث يأتي استحقاق الضامن الرجوع على المضمون عنه بما يؤديه

المضمون عنه مع إذنه في الضمان.

فإذا كان الدين حالاً وضمنه بإذنه مؤجلاً، ثم أداه قبل الأجل فهل له الرجوع قبل الأجل أو لا؟ صرح بالأول في المسالك والحدائق والجواهر وغيرها. لأن الأجل إنما كان للضمان لا للدين.

واستشكل فيه سيدنا المصنف رحمته بأن الدين كان على المضمون عنه، والمفروض براءة ذمته منه بالضمان، وليس عليه فعلاً دين حال، كي يتجه التعليل المذكور ومن هنا يتعين الاستدلال بإطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه.

لكن من القريب أن مرادهم بذلك أن الشرط لا يرجع إلى تفرغ الضمان المشروط على اشتراط التأجيل في الدين، ليكون المقام من ضمان الدين المؤجل الذي يأتي الكلام فيه، بل موضوع الشرط هو الضمان في فرض كون الدين حالاً. ومع ضمان الدين الحال يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه بالأداء، لما ذكره رحمته من الإطلاق.

نعم قصر رحمته ذلك على ما إذا أطلق المضمون عنه الإذن في الضمان، أما إذا أذن بشرط اشتراط الأجل فاستشكل في جواز الرجوع قبل الأجل، لأن ذلك قد يرجع إلى الأجل في الرجوع عليه، فلا يجوز الرجوع عليه قبله، عملاً بالشرط.

وكأن بعض مشايخنا رحمته حمله على ما إذا كان الإذن في الضمان مقيداً بكون الأداء في الأجل أو معلقاً عليه. ورتب على ذلك أنه مع الأداء قبله، يكون الأداء تبرعياً لا يستحق معه الرجوع حتى بعد الأجل، لعدم الإذن في الضمان، بسبب تخلف قيد الإذن وما علق عليه. وذكر أن ذلك خارج عن محل الكلام.

لكن الظاهر أن مراد سيدنا المصنف ليس ذلك، بل أن إذن المدين في الضمان عنه لما كان يستتبع رجوع الضامن عليه بما أدى، فظاهر إذنه بالضمان المؤجل أنه لمصلحة نفسه بلحاظ رجوعه إلى اشتراط عدم الرجوع عليه قبل الأجل من دون أن

إذا كان العين حالاً وضمنه بإذنه مؤجلاً ٢١٧

يكون الأداء في الأجل قيداً في الضمان المأذون فيه، فلو أدى قبله لم يستحق الرجوع رأساً، بل بعد الأجل، عملاً بالشرط المستفاد ضمناً.

وهذا بخلاف ما إذا أطلق الإذن في الضمان، واختار الضامن الضمان المؤجل بحيث لا شرط من قبل المضمون عنه يقتضي الرجوع عليه بعد الأجل جاز الرجوع عليه بعد الأداء عملاً بالإطلاق الذي ذكره بني.

هذا كله بناء على ثبوت الإطلاق للدليل الرجوع، أما بناء على أن رجوع الضامن يبتني على ما عليه العقلاء من أن من أمر غيره بما يؤدي إلى خسارة مال كان ضامناً له، فيشكل الرجوع حتى مع إطلاق الإذن، لأن إطلاق الأمر بالضمان وإن اقتضى جواز الضمان الحال المقتضي للرجوع بعد الأداء، إلا أن المفروض أن المأمور لم يضمن إلا مؤجلاً، وهو يقتضي الوفاء ثم الرجوع بعد الأجل.

وتعجيله بالوفاء تبرعاً منه بإسقاط الأجل خارج عما أمر به، فلا وجه لاستحقاقه به تعجيل الرجوع.

نعم قد يتجه ذلك فيما لو مات الضامن قبل الأجل فحل دينه وأداه الورثة قبل الأجل، لأن التعجيل بالأداء يستند عرفاً للضمان الواقع بأمره.

وفي جريان ذلك مع اشتراط التأجيل في الإذن بالضمان إشكال. من رجوع اشتراط التأجيل إلى اشتراط التأجيل في الرجوع - كما سبق - فيكون الشرط المذكور مخرجاً عما يقتضيه الأمر بالضمان من الرجوع وتحمل الخسارة حين حصولها. ومن أن اشتراط التأجيل في الضمان إنما يقتضي اشتراط التأجيل في الرجوع على المضمون عنه بلحاظ سببته لاستحقاق التأجيل في أداء الدين، فمع سقوط استحقاق التأجيل في أدائه بسبب الموت يقصر الشرط المذكور. ولعله الأقرب. فتأمل جيداً.

هذا ولو انعكس الأمر فكان الدين مؤجلاً والضمان حالاً فمع النص في الإذن بالضمان على الضمان الحال تعييناً أو تخييراً فالمتعين جواز الرجوع بمجرد الأداء قبل أجل الدين، لا لصيرورة الدين حالاً، لما سبق من أن تأجيل الضمان لا يتفرع على

ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه (١)،

تأجيل الدين، بل إما لإطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون له بما أداه - كما سبق من سيدنا المصنف عليه السلام - أو لما سبق منا من أن أمر الغير بما يؤدي إلى خسارة مال يقتضي ضمانه له.

وأما مع إطلاق الإذن بالضمان فالإطلاق ينصرف إلى ضمان الدين على نحو ثبوته في حق المدين، فإذا كان الدين مؤجلاً في حقه فالمأذون به هو الضمان بنحو التأجيل.

لكن لا على أن يكون الأجل قيداً في الضمان المأذون فيه، بحيث يكون الضمان تبرعياً مع الحلول، لا يستحق معه الرجوع حتى بعد الأجل، بل يكون التأجيل حقاً على الضامن، مراعاة لمصلحة المضمون عنه في عدم استحقاقه الرجوع عليه إلا بعد الأجل.

هذا ما تقتضيه المرتكزات العرفية في المقام. وبذلك يظهر حال بقية الأقوال والوجوه المحتملة في المقام على كثرتها، ولا يسعنا التعرض لها وتتبع مبانيها وأدلتها ومناقشتها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، وادعي الإجماع عليه في الغنية والتذكرة والمسالك ومحكي المفاتيح. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه».

وقد استدل عليه بمعتبر الحسين بن خالد قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم. قال: فقال: ليس على الضامن غرم. الغرم على من أكل المال»^(١). وموثق عمر بن يزيد أو صحيحه: «سألت أبا عبد الله عن رجل ضمن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

عن رجل ضمناً ثم صالح عليه. قال: ليس له إلا الذي صالح عليه^(١)، ونحوه موثق ابن بكير^(٢).

هذا والأخيران واردان لبيان مقدار ما يرجع به الضامن بعد الفراغ عن جواز رجوعه، لا لبيان جواز الرجوع، ليكون لهما إطلاق في ذلك.

والأول يبتني الاستدلال به على أنه بعد الفراغ - تبعاً للنصوص والإجماع - عن انشغال ذمة الضامن بالدين، وفراغ ذمة المدين منه، ووجوب الغرم والوفاء على الضامن، فلا بد من حمل الحكم بغرم المدين فيه على استقرار الضمان عليه، بحيث يرجع عليه الضامن، جمعاً بينه وبين النصوص والإجماع المذكورين.

لكن الجمع المذكور وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يتضح كونه جمعاً عرفياً. ولا سيما مع وروده للردع عما يقوله الناس من أن الضامن غارم، مع وضوح أن مرادهم ما دلت عليه النصوص والإجماع من انشغال ذمته بالمال ووجوب وفاء الدين عليه، من دون نظر لهم لاستقرار الضمان، ومع ما هو المعلوم من عدم جواز الرجوع له مع التبرع الذي كثيراً ما يقع، خصوصاً مع كون عدم الرجوع حينئذ قطعياً ارتكازياً لا تعبدياً.

وكما يمكن حمله على ما سبق يمكن حمله على وجوه أخرى، كحمل الضامن على الكفيل في الكفالة العرفية الراجعة لمجرد التعهد بوفاء الدين من دون نقل له من ذمة المكفول، أو حمل الغرم على الغرامة المعنوية، وأن الضامن وإن كان غارماً للمال، إلا أن غرمة متدارك بالكرامة، رابح بإحسانه، والمدين وإن لم يجب عليه الوفاء، إلا أنه غارم لكونه مديناً للضامن بالإحسان المذكور. وغير ذلك من وجوه الجمع، ولا مرجح لأحد الوجوه المذكورة إلا بأن يكون جمعاً عرفياً، وهو غير ظاهر في الوجه السابق، كما ذكرنا.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

ومن هنا كان الأولى في الاستدلال على أصل الرجوع ما أشرنا إليه آنفاً من أن أمر الغير بما يقتضي الخسارة المالية عليه يقتضي تدارك خسارته وضمانها على الأمر، إلا مع القرينة على إرادة التبرع والمجانبة.

وكأنه إلى هذا يرجع ما ذكره بعض الأعاظم رحمته في حاشيته على العروة الوثقى من أن الضمان بسبب الاستيفاء. فإنهم وإن ذكروا الاستيفاء وجهاً لضمان من يأمر غيره بعمل لأجرة ذلك العمل واستحقاق الأمور لها عليه. ومقتضى الجمود على عنوان الاستيفاء كون الأمر كاسباً للعمل وربحاً له، ولا يجري ذلك في المقام، لعدم كون الضمان عملاً ينتفع به المضمون عنه، بل هو تصرف اعتباري يترتب عليه شرعاً براءة ذمة المضمون عنه. كما أن خسارة الضامن للمال عند وفائه للدين أمر يخص الضامن نفسه ويقتضي براءة ذمته من دون أن يتعلق بالمضمون عنه بوجه ما.

إلا أن المرتكزات تقضي بأن منشأ الضمان ليس هو كسب الضامن للعمل، بل خسارة العامل لعمله وتلفه عليه بسبب أمر الأمر. وذلك يجري في المقام، لترتب الخسارة على الضامن للمال بسبب طلب المدين منه الضمان، كما يترتب لو أمر المدين غيره بوفاء دينه، وتقدم في طلب المدين من غيره أن يرهن عيناً له على دينه، ونحو ذلك. والجميع نظير ما لو طلب شخص من آخر إتلاف ماله حيث يضمن الأمر المال لصاحبه. فإن منشأ الضمان في الجميع هو الخسارة المترتبة على الأمر المطلوب.

والظاهر أن ذلك هو المنظور لبعض الأعاظم رحمته في بيان سبب الضمان في المقام، وهو المراد له بالاستيفاء لا خصوصية كسب المطالب للعمل، ليتجه ما ذكره سيدنا المصنف رحمته في الإشكال عليه بما سبق من عدم تحققه في المقام.

ثم إن ذلك كما يجري في المدين يجري في غيره، كما لو طلب رجل من آخر ضمان دين شخص ثالث، فإن الضامن بعد الأداء يرجع على من أمره بالضمان لا على المدين. والظاهر عدم الإشكال في ذلك وإن لم يصرحوا به.

كما أن المعيار فيه ليس على مجرد الإذن، بل لابد من ابتناء الإذن على تحمل

الدرك، كما هو الأصل في الطلب أيضاً ما لم تقم القرينة على إرادة التبرع، كما في طلب المعسر عند ظهور أمارات الموت عليه من بعض متعلقيه ضمان دينه. ولعل تعبيرهم بالإذن بلحاظ أن عدم اعتبار إذن المضمون عنه في صحة الضمان قرينة نوعاً على صدور الإذن بداعي ترتب الأثر عليه، وليس هو إلا تحمل الدرك. وإن أمكن الخروج عن ذلك بقرينة خاصة، كما لو استؤذن المدين تأديباً معه حذراً من أنفته من تحمل غيره لدينه، كما قد يستأذن لذلك في التبرع بوفائه.

هذا ما تقتضيه المرتكزات العقلائية التي عليها المعول في المقام وغيره. ومن ثم لا يبعد تنزيل إطلاق دليل الرجوع في المقام - لو تم - عليه، لأن أنس الأذهان بالقضية الارتكازية يجعلها كالقرينة المحتفة بالإطلاق والصالحة لبيان مفاده. وذلك أولى عرفاً من الجمود على الإطلاق وحمله على قضية تعبدية صرفة.

ومن جميع ما سبق يظهر الإشكال فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته من أن مقتضى إطلاق معتبر الحسين بن خالد جواز الرجوع على المضمون عنه حتى مع عدم إذنه في الضمان، وأن المخرج عن ذلك الإجماع.

حيث سبق عدم تمامية الإطلاق. مع أنه لو تم يشكل الخروج عنه بالإجماع، لقرب استنادهم في التفصيل للجهة الارتكازية التي سبق الكلام فيها.

وحيث إن كانت الجهة المذكورة مانعة من انعقاد الإطلاق - كما ذكرنا آنفاً - فلا عموم فيه، ليجتاج الخروج عنه للإجماع. وإلا كان الإطلاق رادعاً عنها، فكما لا يمكن الرجوع لها لا يمكن الرجوع للإجماع. فلاحظ.

هذا ومقتضى إطلاق سيدنا المصنف رحمته الرجوع بما أداه سواء كان الأداء بالمساوي للدين أم غيره أكثر منه أو أقل. لكن الظاهر أن مراده أقل الأمرين من الدين وما أداه، دون الأكثر، كما صرح به جمهور الأصحاب، وهو المشهور - كما في المختلف ومحكي المفاتيح - وقد يظهر من بعض كلماتهم الإجماع عليه. ويشهد به الموثقان المتقدمان.

ودعوى: أن مقتضى إطلاقها جواز الرجوع بما صالح عليه وإن كان أكثر من الدين المضمون. مدفوعة بانصراف إطلاق صلح المدين على دينه هو صلحه بما هو الأقل منه، لأنه الأنفع له فيصلح لا من يكون داعياً لطلب الصلح منه. نعم قد يتجه ذلك فيما لو نسب الصلح لهما معاً بمثل: «فتصالحا».

على أنه ورد في بعض طرق موثق عمر بن يزيد: «ثم صالح على بعض ما صالح عليه»^(١). كما روي في مستطرفات السرائر موثق ابن بكير هكذا: «ثم صالح على بعض ما ضمن عنه»^(٢).

وهو أيضاً مقتضى ما سبق منا من قضاء المرتكزات العقلائية بالضمان، فإنه لا يقتضي إلا ضمان ما لا بد منه من الخسارة المترتبة على الأمر المطلوب، دون الزائد مما يختار المطلوب منه بذله. وحينئذ يكون مقتضى الأصل عدم الرجوع بالزيادة.

بل لا يبعد قضاء المرتكزات المذكورة بضمان الخسارة الفعلية، دون الشأنية، فإذا طلب المريض مثلاً من الطبيب إن يعالجه، فعالجه واستأجر شخصاً يعينه في علاجه، فإذا تم العلاج وأبرأه المعين من أجره عمله لم يبعد قضاء المرتكزات العقلائية بعدم رجوعه على المريض بالأجرة المذكورة وإن انشغلت بها ذمته قبل الإبراء بنحو يلزمه دفعها للأجير لولا الإبراء.

وبذلك يكون الحديثان المتقدمان جاريين على طبق المرتكزات المذكورة، لا مخالفين لها مخرجين عنها. ولا أقل من كون ذلك هو المتيقن من المرتكزات المذكورة. كما يظهر عدم اختصاص ذلك بالصلح الذي هو مورد الموثقين، بل يعم مثل الإبراء من بعض الدين أو من تمامه، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب، بل هو صريح بعضهم. ولا يبعد فيهم ذلك من الحديثين بإلغاء خصوصية الصلح فيهما. بل يجري ذلك فيما لو أدى عن الضامن أو ضمن عنه غيره تبرعاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

(٢) السرائر ج: ٣ ص: ٦٣٢.

في رجوع الضامن على المضمون عنه بها أداه ٢٢٣

لكن استشكل في العروة الوثقى فيما إذا صالح بما قيمته أقل من الدين أو باعه به بما قيمته أقل منه، فضلاً عما إذا أبرأه من الدين أو من بعضه. بدعوى: أن مقتضى القاعدة الرجوع بتمام الدين، ولا مخرج عن ذلك إلا النص الظاهر في المصالحة عن بعض الدين لا غير.

ووافقه سيدنا المصنف رحمته في أن مقتضى القاعدة الرجوع بتمام الدين. إلا أنه ادعى عموم النص للمصالحة بما قيمته أقل، والتعدي عنه عرفاً لمثل البيع لإلغاء خصوصية الصلح عرفاً.

لكن ملاحظة النص تقتضي بالاختصاص بالمصالحة بالبعض، كما ذكر في العروة، وليس الوجه في استفادة العموم منه للصلح بما قيمته أقل وغيره مما تقدم إلا إلغاء خصوصية مورده عرفاً.

وأما أن مقتضى القاعدة الرجوع بتمام الدين فيظهر من مجموع كلام سيدنا المصنف رحمته أن الوجه فيه استحقاق الضامن على المضمون عنه بدل دينه عوضاً عنه بعد تفرغها منه بالضمان.

وهو كما ترى! لعدم الدليل على ذلك بعد عدم ابتناء الضمان على تدارك خسارة الضامن ما في ذمة المضمون عنه ولا كان ذلك مقصوداً حين الإذن وطلبه، لظهور وحدة الضمان الإذني والضمان التبرعي مفهوماً. كما أن المطلوب ذلك من دون ان يستبطن أمراً آخر.

وأما النصوص المتقدمة فهي لا تقتضي إلا استحقاق ما أداه الضامن. أما الحديثان فظاهر. وأما معتبر سليمان بن خالد فهو - لو كان دليلاً على رجوع الضامن وغض النظر عما سبق منا - إنما يقتضي غرم المضمون عنه، ولا يراد به غرمه لدينه بعد براءة ذمته منه، وتحمل الضامن لغرمه، بل غرم آخر مترتب على براءة ذمته من الدين، وهو غرم ما غرمه الضامن، لبيان أن غرم الضامن لما لم يكن مستقراً عليه فكأنه ليس بغرم، ولا نظر له لما زاد على غرمه ما انشغلت ذمته به وبرئت منه بلا غرم منه.

وأظهر من ذلك ما ذكرناه من الوجه الارتكازي، كما سبق توضيحه. ولذا سبق جريان الحديثين على القاعدة، وعدم مخالفتها لها.

نعم يمكن اتفاق المضمون له والمضمون عنه مع الضامن على ابتناء الضمان المطلوب على انشغال ذمة المضمون عنه للضامن بمثل المال المضمون بمجرد الضمان، من دون توقف على الأداء. وهو خارج عن الضمان المعهود، ولا مانع من صحة هذا العقد بين الثلاثة، لعموم نفوذ العقود. ولا تجري عليه أحكام الضمان المعهود، ومنها عدم الرجوع على المضمون عنه إلا بما أذاه، بل يتعين استحقاقه مقدار ما ضمنه بتماه، عملاً بالقاعدة بعد قصور الحديثين عنه واختصاصهما بالضمان المعهود المتمحص في نقل الدين لذمة الضامن. فتأمل جيداً.

هذا ولا يظهر الخلاف في المقام إلا ما حكاه في المختلف عن ابن الجنيدي من اختصاص ذلك بما إذا كان الصلح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال الذي ضمنه، أما إذا كان بعده كان له الرجوع بتام الدين.

وقد استدلل له بأن الثابت في ذمة الضامن قدر المال، ودفع الأقل بعد الحكم عليه بالأكثر ابتداء عطية من المضمون له للضامن، فلا يسقط.

وفي مفتاح الكرامة أن مراده بالحكم هو مطالبة المضمون له بالدين والحكم بوجوب الدفع عليه. لكنه لا يناسب الاستدلال المتقدم منه، لأن انشغال ذمة الضامن بالدين إنما تكون بتامية الضمان، لا بالمطالبة، بل المطالبة بالدين فرع انشغال الذمة به. ومن هنا لا يبعد أن يكون مراده المصالحة بالأقل حين الضمان، أن يضمن الدين عنه على أن يكون عليه بعضه بحيث تفرغ ذمة المضمون عنه من الدين بتماه على أن تنشغل ذمة الضامن للمضمون له ببعضه. وهو يبتني على انشغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان للضامن بما انشغلت به ذمته للمضمون له، وعلى إهمال الحديثين المتقدمين. وكلا الأمرين في غير محله، كما يظهر مما سبق.

وكان الأولى للعلامة رحمته في المختلف الجواب بذلك، لا بما ذكره من أن الضمان

لو احتسب الدائن على الضامن الدين حقاً شرعياً ٢٢٥

وضع للإرفاق بالمضمون عنه، والرجوع بأكثر مما دفع الضامن عليه مناف له. فإنه لا يرجع إلى محصل ينهض بالاستدلال. ويأتي في الأمر الثاني ما ينفع في ذلك.

بقي في المقام أمور الأول: أنه لو احتسب الدائن على الضامن الدين حقاً شرعياً، كالزكاة الواجبة أو الصدقة المستحبة، فبناء على أن القاعدة تقتضي انشغال ذمة المضمون عنه بتمام الدين بمجرد الضمان يتعين الرجوع حينئذٍ، لقصور الموثقين عنه، ولا مجال لدعوى التعدي عن مورده لذلك عرفاً، كما لعله ظاهر.

أما بناء على ما ذكرنا من عدم انشغال ذمة المضمون عنه إلا بما أداه فقد يشكل رجوعه عليه، لعدم خسارته شيئاً.

نعم بناء على أن مرجع الاحتساب المذكور إلى تملك الضامن مقدار الحق المبذول له في ذمته ثم سقوطه، كما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله يتجه الرجوع، لأنه بالاحتساب المذكور قد ملك مقدار الدين، ثم خسر بسقوطه عن ذمته بسبب الوفاء. لكن الظاهر امتناع ملك الإنسان لما في ذمته ولو آناً ما، لعدم الفرق بين الآنات، كما نبه له سيدنا المصنف رحمهم الله، ولذا كان مرجع هبة الدين أو التصديق به إلى الإبراء منه عرفاً، لا إلى تملكه ثم سقوطه، ولذا تنفذ من دون حاجة للقبول. وعليه يكون مرجع الاحتساب إذا دل الدليل عليه - كما في الزكاة - إلى براءة ذمة المدين من الدين في مقابل براءة ذمة من عليه الحق مما يقابله من الحق.

اللهم إلا أن يقال: براءة الذمة في ذلك يصدق معها الخسارة عرفاً بلحاظ فوت تملك مقدار الحق المحتسب عليه بسبب الدين. ولذا لا يتوقف العرف في الرجوع في غير الضمان من موارد طلب ما يترتب عليه خسارة المطلوب منه. كما لو طلب منه نقل متاعه، فنقله بأجرة في ذمته، ثم احتسب الأجير الأجرة عليه حقاً شرعياً.

وأظهر من ذلك ما إذا حصل القبض والإقباض، كما إذا دفع المضمون له مقدار الدين للضامن زكاة أو صدقة، ثم وفي الضامن الدين به، أو وفي الضامن الدين، ثم أرجعه المضمون له زكاة أو صدقة، لتحقق موضوع الرجوع، وهو الوفاء والخسارة

وإلا فلا (١)،

في حق الضامن قطعاً، نظير ما إذا وفي الدين من ماله ثم أرجعه إليه هدية أو أهدي له مقدار الدين فأرجعه إليه وفاءً له. وتدارك الخسارة بعد ذلك بدفع الحق أو الهدية لا يمنع من تحقق موضوع الرجوع.

الثاني: إذا باع الضامن للمضمون له ما قيمته دون الدين بقدر الدين في الذمة، وسقط دين كل منهما بالتقاص، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون بتام الدين، لأن براءة ذمته من دين المضمون عنه بخسارته لدينه الذي هو بقدر الدين المضمون. وربحه إنما كان بالبيع السابق على وفاء الدين وسقوطه بالتقاص.

وأما ما في التذكرة والمسالك من التوقف في ذلك واحتمال الرجوع بالأقل، وهو قيمة المبيع، لا ابتناء الضمان على الارتفاق بالمضمون عنه.

فهو في غير محله. لعدم وضوح كون الارتفاق علة يدور الحكم مدارها. ولا سيما مع عدم الإشارة له في النصوص، ومع لزوم الإضرار بالضامن بمراعاته. مع أنه يكفي في الارتفاق كون الضمان منشأً للسعة على المضمون عنه بقطع علاقة المضمون له به، بحيث لا يكون مسؤولاً بوفاء الدين له.

الثالث: من جميع ما سبق يظهر الوجه فيما يظهر من الأصحاب التسالم عليه من عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه قبل أدائه للدين، لعدم فعلية الخسارة في حقه ليرجع بها، وهو كالصریح من الموثقين وليس ذلك مخالفاً للقاعدة، كما يظهر من السيد الطباطبائي وسيدنا المصنف عليه السلام في العروة الوثقى وشرحها، بل هو الصريح منهما. ويظهر وجه ما ذكره ودفعه مما سبق. فلاحظ.

(١) كما ذكره الأصحاب من دون خلاف بينهم، بل ادعى الإجماع عليه في المسالك ومحكي المفاتيح ومحتمل الغنية، وفي ظاهر التذكرة ومحكي نهج الحق، وفي الجواهر: « بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه كذلك عليه ».

وبه يرفع اليد عن إطلاق دليل الرجوع لو تم، وإن لم يتم - كما سبق - فالأمر

ولا يشترط العلم بمقدار المال (١).

أظهر.

وقد صرحوا بعموم ذلك لما إذا كان الوفاء بإذن المضمون عنه أو بطلب منه، وهو داخل في معقد الاجماع المتقدمة. لأن الإذن للإنسان بفعل ما يجب عليه أو طلبه منه لا يوجب الضمان قطعاً.

نعم لو رجع الإذن أو الطلب إلى توكيل المضمون عنه للضامن في أن يفى دين الضامن تبرعاً من المضمون عنه تعين الرجوع، لوقوع الوفاء للمضمون عنه، كما لو وكل غير الضامن في ذلك.

وبذلك يظهر الحال فيما لو قال: «أد ما ضمنت وارجع به علي». فإنه إن رجع للتوكيل عنه في التبرع بالوفاء كان له الرجوع. وإن رجع إلى التعهد بالتدارك من دون توكيل في الوفاء، بل يقع الوفاء للضامن، لم يكن له الرجوع، بل هو وعد محض لا يجب الوفاء به، والأمر بالوفاء لا يوجب الضمان بعد وجوب الوفاء على الضامن، لما سبق من أن الأمر بالواجب لا يوجب الضمان.

وكأن ذلك هو الذي أوجب توقف السيد الطباطبائي رحمته الله في العروة الوثقى في جواز الرجوع مع التعبير المذكور.

ولا مجال لقياس ذلك بما إذا أمر غير الضامن بوفاء دين الضامن. للفرق بينهما بعدم وجوب وفاء دين الضامن على غيره، فيكون أمر المضمون عنه لذلك الغير به أمراً بما لا يجب عليه، ويكون مضمناً. فلا مخرج عن التفصيل السابق.

(١) كما في المتنعة وقد استفاد مما ذكره في النهاية في ضمان النفوس، وجرى عليه جمهور الأصحاب، وهو الأظهر بين الطائفة كما في كشف الرموز، والأشهر كما في المسالك والرياض، وعليه الأكثر كما في جامع المقاصد ومحكي المفاتيح، بل في الغنية الإجماع عليه.

ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من الخلاف والمبسوط والسرائر ناسباً له

للمحصلين من أصحابنا، وحكاه في المختلف عن المهذب - وإن لم نجده فيه -، وفي كشف الرموز أنه الأشبه.

وقد استدل في الخلاف بوجهين الأول: عموم النهي عن الغرر. ويظهر الجواب عنه مما تكرر منا من عدم ثبوت العموم المذكور - بنحو يقتضي اعتبار العلم - في البيع، فضلاً عن غيره كالمقام.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا عليه السلام من منع لزوم الغرر في المقام، لأن الضامن يستوفي من المضمون عنه بمقدار ما يدفعه قليلاً كان أو كثيراً بخلاف مثل البيع مما يبتني على المعاوضة، إذ مع الجهل بأحد العوضين يحتمل الخسارة.

ففيه - مع قصوره عن الضمان التبرعي - : أنه يكفي لزوم الغرر بلحاظ الجهل بمقدار ما يلزم بدفعه للمضمون عنه وتحمل تبعه ثبوت الحق له عليه، ولا يختص الغرر عندهم باحتمال الخسارة، ولذا جعلوه منشأً لاعتبار العلم بالعوضين حتى مع العلم بعدم الخسارة، أو في ما إذا باعه بيد الطعام كل رطل بكذا، وغير ذلك. فالعمدة ما سبق

الثاني: أنه لا دليل على صحة الضمان مع الجهل. ودفعه غير واحد بأنه يكفي في إثبات صحته العمومات. مضافاً إلى ما ورد من ضمان الإمام زين العابدين عليه السلام لدين محمد بن أسامة ودين عبد الله بن الحسن عند احتضارهما^(١).

لكن ضمانه عليه السلام - لو غرض النظر عن ضعف روايته - قضية في واقعة لا طريق لاحتراز الجهل بمقدار الدين فيه وإن كان منظوناً. وأما العمومات فإن أريد بها عمومات نفوذ الضمان فلم يتضح الدليل على العموم المذكور - كما تقدم -، لقلة النصوص الواردة في الضمان، وعدم ورودها لبيان نفوذه، ليكون لها إطلاق في ذلك، بل لبيان أحكام خاصة بعد المفروغية عن نفوذه، من دون أن يكون في مقام بيان

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١، باب: ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

نفوذه.

نعم يتجه التمسك بعموم نفوذ العقود، بناء على ما سبق منا من كون الضمان عقداً. ولو غض النظر عن ذلك كفى الإطلاق المقامي لأدلة الضمان بعد انحصار السلطنة على الضمان بالضامن والمضمون له لتعلقه بهال المضمون له - وهو الدين - وذمة الضامن، فإن مقتضى الإطلاق المذكور نفوذ سلطنتها على نقل الدين لذمة الضامن وإن كان مجهول المقدار لهما أو لأحدهما.

وأما الاستدلال للمنع من ضمان المجهول بقاعدة نفي الضرر، بلحاظ أن الدين قد يبلغ من الكثرة حداً لا يحتمله الضامن.

ففيه: أن الضرر - مع عدم اطراده - لا ينهض بالمانعية بعد الإقدام عليه بالإقدام على الضمان بالوجه المذكور، لقصور قاعدة نفي الضرر عنه، إما لورودها مورد الامتنان، أو لاستناد الضرر عرفاً لمن أقدم عليه، لا للحكم الشرعي، كما ذكره سيدنا المصنف رحمته.

هذا وقد قرب في العروة الوثقى اعتبار العلم بمقدار الدين في الضمان الإذني، لأنه يقتضي جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بمقدار ما دفع تداركاً له، فأشبهه المعاوضة في عدم تحمله للغرر.

ويظهر ضعفه مما سبق. ولا سيما أن الضمان التبرعي أولى بالخطر مع الجهل من الضمان الإذني، لما سبق من بعض مشايخنا رحمته. هذا كله في الجهل بمقدار الدين المضمون مع تعيينه واقعاً.

أما مع تردده وإبهامه - كما لو ضمن أحد الدينين أو بعضاً من دين في فرض عدم إرادة مسمى البعض - فلا مجال لصحة الضمان، لظهور ابتناء الضمان على الاستحقاق وقد تكرر منا امتناع استحقاق المردد والمبهم.

وكأن ذلك هو المراد مما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك من عدم صحة ضمان ما لا يمكن العلم به قولاً واحداً، كما يناسبه أمثلتهم، وإلا فتعذر العلم بقدر

ويلزمه ما تقوم به البينة (١) خاصة (٢)،

المضمون مع تعيينه واقعاً ليس مانعاً من صحة الضمان. غاية الأمر أنه لا طريق للخروج عنه واقعاً إلا الصلح، ويمكن الخروج عنه ظاهراً بالاعتصار على الأقل، والرجوع في نفي الزائد للأصل.

(١) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، بل يظهر من كلماتهم المفروغية عنه. لعموم حجية البينة، وخصوصاً في القضاء، على ما تقدم في المسألة التاسعة عشرة من مباحث التقليد.

وبذلك يظهر عدم الفرق بين قيامها قبل الضمان وبعده. نعم لا بد من شهادتها بثبوت الدين قبل الضمان، لأنه الذي ينتقل لذمة الضامن. أما لو شهدت بثبوت الدين بنحو الإطلاق، فاللازم على المضمون عنه الخروج عن الدين ما لم يثبت سبقه على الضمان، كما لعله ظاهر.

ثم إن الرجوع للبينة وغيرها مما يأتي الكلام فيه لا يختص بما إذا وقع الضمان حال الجهل بمقدار الدين، بل يجري حتى مع العلم به عند الضمان، ثم نسيه أحدهما أو كلاهما، أو اختلفا فيه عدوناً من أحدهما.

(٢) فلا يثبت بإقرار المضمون عنه، كما هو المعروف بين الأصحاب، ولم يعرف الخلاف فيه إلا من الكافي والغنية. وقد يظهر من الثاني دعوى الإجماع عليه.

ولم يتضح وجهه، لأن إقراره بعد الضمان إقرار في حق الغير، لفرض انتقال الدين لذمة الضامن، فلا يكون إقراراً حقيقياً، بل خبره كخبر غيره، لا يكون حجة إلا أن تتم به بينة ومن هنا لا يتضح الوجه فيما عن المفاتيح من الإشكال في المقام.

نعم إذا كان الإقرار سابقاً على الضمان كان إقراراً في حق المضمون عنه وكان صالحاً لإثبات الدين شرعاً عليه، فإذا تعقبه الضمان تعين وفاء الضامن له. وربما حمل على ذلك ما تقدم من الغنية والكافي، وإن لم يبعد مخالفته لظاهرهما.

كما أن إقرار الضامن وإن كفى في وجوب الوفاء، إلا أنه لا يكفي في رجوعه

والمضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه، لعين ما سبق من كونه إقراراً بحق الغير، كما هو ظاهر.

ومثل ذلك ما إذا ثبت الدين على المضمون عنه بحكم الحاكم بسبب رد المضمون عنه اليمين على المدعي له فحلف.

لكن المتيقن من ذلك ما إذا كان الحكم بثبوت الدين بسبب رد اليمين قبل الضمان. أما إذا كانت دعوى الدين بعد الضمان، ففي المقنعة: «ولا تقبل دعواه بغير بينة. إلا أن يحلف على ما يدعيه».

وظاهره حجية اليمين كالبينة، بحيث تعم ما يكون بعد الضمان. بل مقتضى إطلاقه حجية اليمين في حق الضامن بحيث لا يتوقف على التداعي والترافع للحاكم وحكمه. ولم يتضح وجهه.

ولعله لذا ذكر في الشرايع أنه لا يجب دفع ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين. وكأن مراده ما إذا كان الرد من المضمون عنه، كما هو صريح العلامة في جملة من كتبه. وعن الشيخ أنه قيد حجية اليمين المردودة بما إذا كان الرد برضا الضامن، لأنهم فهموا ذلك من قوله في النهاية: «وإنما يلزمه ما قامت به البينة أو يحلف خصمه عليه فإن حلف على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه»، ونسب في المختلف التفصيل المذكور لابن البراج أيضاً.

وكيف كان فرد اليمين فرع التداعي والرجوع للحاكم، ومن الظاهر أن المضمون عنه لا يكون طرفاً لدعوى الدين وما يترتب عليها من الرجوع للحاكم بعد الضمان، لبراءته من الدين بالضمان.

ومجرد سبق انشغال ذمته به لا يصحح الدعوى عليه بعد براءتها منه، ومع عدم كونه طرفاً في الدعوى لا موضوع لرد اليمين منه مستقلاً ولا برضا الضامن.

نعم يمكن للمضمون له التداعي مع الضامن رأساً، فمع الترافع للحاكم إذا رد الضامن اليمين عليه وحلف حكم له بالوفاء على الضامن.

لكن لا مجال حينئذ لرجوع الضامن على المضمون عنه لو كان الضمان بإذنه، لأن الظاهر عدم نفوذ الحكم تبعاً لليمين المردودة على غير الراد لها، بحيث تثبت حقاً عليه. ولا أثر لرضا المضمون عنه باليمين بعد عدم كونه طرفاً في الدعوى.

إلا أن يرجع إذنه في اليمين إلى تعهده بتحمل تبعته، نظير أمره بكل ما يوجب خسارة على المأمور، فيرجع بملاك ذلك، لا بملاك حجية اليمين المذكورة.

ويظهر الفرق بينهما في أنه لو كان دفع المضمون عنه للضامن من أجل حكم الحاكم بملاك حجية الحكم تبعاً لحجية اليمين المردودة، كان استحقاق الضامن ظاهرياً، ولا يستحق واقعاً إلا مع صدق اليمين، كما في سائر موارد الحجج، وإن كان بملاك سببية الأمر للضمان كان استحقاقه واقعياً، لتحقق السبب.

وهذا بخلاف ما إذا لم يزاحم الحكم تبعاً لليمين المردودة حقاً لغير المتخاصمين، فإنه ينفذ ظاهراً مطلقاً، ويترتب أثره ظاهراً أيضاً في حق الغير ممن يتجدد حقه ويترتب على حق المتخاصمين، ولذا تقدم أنه لو كان التداعي في الدين مع المضمون عنه قبل الضمان، فرد اليمين على المدعي وحلف، ثم حكم الحاكم، ألزم الضامن بالدين.

فرد اليمين في المقام يشبه الإقرار، وليس كالبينة. وكأنه لذا بنى غير واحد الكلام في المقام على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة.

نعم يشكل ما ذكره بأن مفروض كلام غير واحد الرد من المضمون عنه بعد الضمان، لا موضوع لرده بعد الضمان، لبراءة ذمته، كما سبق.

بقي في المقام أمور الأول: الظاهر عدم الإشكال في أن الشاهد الواحد مع يمين المدعي يكفي في المقام ونحوه من موارد الحقوق المالية،

كما تضمنته النصوص الكثيرة، فيثبت الدين على الضامن، ويجب عليه الخروج عنه بالوفاء. كما أن مقتضى إطلاق دليله ترتيب أحكام ثبوت الحق حتى في حق غير الخصم، فيتجه رجوع الضامن في المقام على المضمون عنه بعد أداء الدين الثابت، فهو في ذلك كالبينة.

نعم يختلف عنها باختصاص دليل حجيته بالقضاء في مقام التداعي عند الحاكم، بخلاف البيّنة، فإن مقتضى عموم دليلها حجيتها في حق كل أحد من دون حاجة إلى الترافع للحاكم.

الثاني: ذكر في المختلف أن الإقرار ينفذ في طرف المقر خاصة دون الضامن. ولم يتضح المراد بنفوذه في حقه بعد فرض براءته من الدين قبل الإقرار بسبب الضمان، بل ليس هو في الحقيقة إقراراً، بل هو إخبار. وفي العروة الوثقى: « ويلزم بأدائه عنه في الظاهر ». وأقره على ذلك غير واحد من محشيها. وكأن المراد به أنه يجب على المضمون عنه أداء ما أقر به بدلاً عن الضامن وتبرعاً عنه.

وقد استشكل فيه سيدنا المصنف رحمته بأنه لا منشأ للزوم ذلك بعد العلم ببراءة ذمة المضمون عنه، إما لخطأ إقراره، أو لانتقال الدين من ذمته لذمة الضامن، وعدم حدوث سبب جديد لانشغال ذمته به.

وقد دفع بعض مشايخنا رحمته ذلك بوجهين الأول: أن إقرار المضمون عنه لما كان حجة في ثبوت الدين عليه سابقاً، فحيث لم يتيسر إثبات الدين بوجه معتبر بحيث يلزم الضامن بأدائه لزم على المضمون عنه أدائه وإلا لزم ذهاب مال المسلم هدرًا، وهو ممتنع، كذهاب دمه هدرًا.

نعم لا مجال لوفائه عن نفسه، لاعتراف المضمون له بعدم استحقاقه ذلك عليه، لبراءة ذمته من الدين بالضمان، فيتعين حينئذٍ وفاؤه عن الضامن، لأنه هو المستحق للمضمون له.

وفيه: أن عدم ذهاب مال المسلم هدرًا، لا يقتضي تكليف المضمون عنه بالأداء بعد فرض براءة ذمته، بل هو حينئذٍ كغيره من المسلمين. ومجرد سبق انشغال ذمته بالدين لا يكون مرجحاً له على غيره. وكما لا يجب عليه الوفاء عن نفسه لبراءة ذمته لا يجب عليه التبرع عن الضامن. ولا سيما إذا لم يكن الضمان بإذنه، حيث يكون التبرع

المذكور ضرراً عليه.

وأما ما تضمن عدم ذهاب دم المسلم هدرًا^(١). فهو إنما ورد في مورد التهمة بالقتل، أو لبيان تحمل بيت المال الدية، وأين ذلك مما نحن فيه؟! لفرض براءة ذمة المضمون عنه. مع أن المساواة بين الدم والمال تحتاج إلى دليل.

على أن لازم ذلك البناء عليه في جميع موارد تعذر إلزام الضامن بالوفاء، لعدم المحرز للضمان، أو للجهل بالضامن أو لنسيانه أو لتعذر الوفاء عليه لصيرورته معسراً أو نحو ذلك، مع أنهم لم يذكروا ذلك.

الثاني: ما جعله الأوجه، وهو فساد الضمان بالإضافة إلى الدين المذكور فيبقى في ذمة المضمون عنه المقر به، لإناطة صحة الضمان بثبوت الدين شرعاً، كإناطته بثبوت واقعاً.

وفيه: أنه إن كان المراد إناطته شرعاً بثبوت ظاهره، فهو خلاف ظاهر أدلة الضمان. وإن كان المراد بذلك تعليقه في مقام الإنشاء على ذلك على أنه شرط يأخذه الضامن والمضمون له. فهو في غاية المنع، بل يلزم منه التعليق المبطل عندهم. وأما ما يظهر منه تتبرك من أخذ ذلك في مفهوم الضمان، لأنه ليس إلا أخذه في العهدة، وهو لا يكون إلا بثبوت شرعاً.

فهو في غاية المنع، بل ليس المأخوذ في مفهومه إلا الدين المتقوم بانشغال الذمة واقعاً وإن لم يثبت شرعاً. ولا سيما أنه قد يتأخر ثبوت ظاهره عن الضمان. والالتزام بأخذه فيه بنحو الشرط المتأخر. تكلف لا شاهد له، بل يقطع بعدمه، خصوصاً مع كون انشغال الذمة بالدين واقعاً مأخوذاً في موضوع الضمان، بحيث لا بد من حصوله حينه.

ثم هل يمكن البناء على براءة ذمة الضامن واقعاً من الدين لو كان ثابتاً

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٢٩ من أبواب كتاب القصاص حديث: ١، وباب: ٦ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ١، وباب: ٨ منها حديث: ١، ٣، ٧، وباب: ٩ منها حديث: ٤، وباب: ٩ منها حديث: ٤، وباب: ١٠ منها حديث: ٥.

في نفوذ الإقرار من طرف المقر دون الضامن ٢٣٥

واقِعاً؟! وهل يلتزم بذلك لو جُهِل الضامن أو نُسي أو ماتت البينة على الضمان أو على الدين أو نحو ذلك؟!

ومثل ذلك ما قد يدعى من أن لزوم الضمان بالإضافة إلى الدين المذكور ضرر على المضمون له، فله فسخ الضمان.

إذ فيه: أنه هو الذي أوقع الضرر بنفسه بإقدامه على ضمان المجهول من دون حجة على الدين يلزم بها الضامن وهل يلتزم بذلك في نظائر المقام كما لو أعسر الضامن أو عصي أو نحو ذلك؟!

بقي شيء. وهو أنه لا ينبغي الإشكال في أنه لو عمل الضامن بإقرار المضمون عنه - وإن لم يكن ملزماً به - وأدى الدين كان له الرجوع على المضمون عنه بما أدى إذا كان الضمان بإذنه، لأنه مقتضى الإقرار المذكور.

هذا وما سبق من العروة الوثقى كما ذكره في الإقرار ذكره في اليمين مردودة. والأمر فيها أشكل بلحاظ ما سبق من عدم الموضوع لها بعد الضمان، لبراءة ذمة المضمون عنه، فلا يكون طرفاً للتداعي الذي هو الموضوع لرد اليمين، ليقع الكلام في إلزامه بسبب اليمين بالوفاء تبرعاً عن الضامن، ثم في رجوع الضامن عليه لو عمل على اليمين مردودة ووفى الدين الذي يدعيه المضمون له.

نعم بناء على ما ذكره من وجوب الوفاء على المضمون عنه إذا تعذر إثبات الدين على الضامن يتجه التداعي مع المضمون عنه بعد تعذر ذلك. وحينئذ يكون عليه الوفاء باليمين مردودة.

كما أنه بناء على ما ذكرنا لو صدق الضامن المضمون له في دعوى الدين ابتداءً أو بعد التداعي معه ورده اليمين عليه، فإن وفاه وكان مأذوناً في الضمان فقد سبق عدم إلزام المضمون عنه بما آداه تبعاً لليمين مردودة.

وحيثئذ للضامن دعوى استحقاق الرجوع عليه، فإذا رد المضمون عنه اليمين على الضامن فحلف لزمه ونفذ عليه، لكونه موضوعاً للتداعي حينئذ. لكن هذا غير

ولا يصح ضمان المملوك بغير إذن مولاه (١).

ما ذكره. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

الثالث: حيث تقدم جواز ضمان المجهول، فإن ضمن ما تقوم به البينة مثلاً، فإن أريد به الضمان الفعلي لقسم من الدين الثابت فعلاً، وهو الذي تقوم عليه البينة بعد ذلك، بحيث يؤخذ قيام البينة بنحو الشرط المتأخر، فالظاهر صحته، لعدم المانع منه بعد ما سبق من صحة ضمان المجهول. ولازم ذلك صحته ظاهراً لو قامت البينة تبعاً لحجيتها، ولو أخطأت لا يصح واقعاً، لعدم الموضوع له، وهو الدين. وإن أريد به تعليق الضمان للدين الفعلي على قيام البينة به، بحيث لا يكون ضمانه فعلياً إلا بعد قيام البينة، تعين بطلانه للتعليق.

وأشكل من ذلك ما إذا أريد به ضمان ما تقوم به البينة بعنوانه، بحيث يكون ضمان ما قامت عليه ثابتاً واقعاً - وتنشغل به ذمة الضامن - وإن كانت مخطئة. لأن موضوع الضمان واقعاً هو الدين، ولا موضوعية للقطع ولا للطرق الظاهرية فيه، بل هي متمحضة في الإحراز. وبذلك يظهر بطلان الضمان بالوجه المذكور حتى لو أخذ قيام البينة بنحو الشرط المتأخر.

هذا وقد أطال الأصحاب في المقام بنحو لا يسعنا معه التعرض لكلماتهم، فضلاً عن التعقيب عليها. وقد يعين ما ذكرنا على متابعة كلماتهم لمن أراد الرجوع إليها.

(١) كما ذكره الشيخ في المبسوط وجماعة ممن تأخر عنه، بل هو المشهور. لعموم الحجر، عليه لمنافاته لقاعدة السلطنة في حق المالك، لأنه نحو من التصرف في ملكه، وهو العبد.

ومضافاً إلى قوله تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١). فإنه وإن كان بدواً محتملاً لأن يراد به التقييد لبيان بعض أنواع العبيد، لخصوصية خارجية كالمرض

(١) سورة النحل: ٧٥.

والبله، إلا أنه يتعين حمله على الوصف للطبيعة، لبيان حال تمام أفرادها، بقريته صحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ﴿صَرَبَ اللهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ أفشيء الطلاق؟»^(١). وقريب منه خبر ليث^(٢).

فإن الاستدلال فيها به لموردهما فرع عمومه. كما أن الاستدلال به في الطلاق شاهد بعمومه للتصرف الاعتباري، وبنحو يعم غير المال. هذا وفي القواعد: «وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه. فإن جوزناه تبع به بعد العتق».

بل ذهب للصحة في المختلف والتذكرة، ومال إليه في العروة الوثقى. وكأن ما سبق من المختلف والتذكرة للاعتماد على الوجه المتقدم من القواعد. ويظهر ضعفه مما تقدم من قصور سلطنته.

وأجاب في المختلف عن الآية الكريمة باختصاصها بالمال، لقوله تعالى في مقابلته: ﴿وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مَتًّا رِزْقًا حَسَنًا﴾.

وهو كما ترى! لا ينافي عموم الصدر لغير المال، خصوصاً بلحاظ الحديثين المتقدمين. على أن الدليل لا ينحصر بالآية الشريفة، كما سبق.

ومنه يظهر ضعف ما في العروة الوثقى من انصراف الآية الشريفة عما لا ينافي حق المولى، كما في المقام، لما يأتي من أنه يتبع به بعد العتق.

إذ أن الآية بنفسها لا تنهض بالاستدلال، لاحتمال ورود الوصف للتقييد، كما سبق، وإنما تنهض بلحاظ الحديثين المتقدمين، الصريحين في عمومها للطلاق الذي هو لا ينافي حق المولى أيضاً.

بل لو فرض ظهورها في نفسها في العموم فلا يتضح وجه الانصراف المذكور.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٤٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٤٣ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

مع أن الدليل - كما سبق - لا ينحصر بالآية الشريفة.

ومثله ما ذكره بعض مشايخنا رضي الله عنهم في شرح ما تقدم من العروة الوثقى من أن تصرف العبد. (تارة): يكون في نفسه بما هو عبد مملوك للمولى (وأخرى): يكون في نفسه بما هو إنسان. وأن الذي يحكم بالبطلان هو الأول، لمنافاته لسلطان المولى. أما الثاني فلا مانع من نفوذه لعدم منافاته لسلطان المولى. ومنه الضمان في المقام، حيث يقوم به العبد بما هو إنسان ذو ذمة، ويتبع به بعد العتق بعد خروجه عن سلطان المولى.

إذ فيه: أن التقسيم المذكور غير متعقل في نفسه، بحيث يوجب قصور عموم سلطنة المولى على ماله، فضلاً عن عموم الآية الشريفة، ولا سيما بلحاظ ما يستفاد من تفسيرها في الحديثين. ومن هنا لا يخرج عما سبق.

ثم إن الظاهر عدم الإشكال بينهم في أنه لو صح يتبع به بعد العتق، لا في ماله ولا في كسبه، لاختصاص السلطنة عليهما بالمولى. وهو أولى من الاستدلال عليه بلزوم الضرر على المالك، إذ قد لا يلزم الضرر عليه، كما لو كان بإذن المضمون عنه وتيسر الرجوع عليه.

هذا وأما إذا كان ضمان العبد بإذن سيده فإنه يصح ضمانه بلا خلاف كما في المبسوط، وقولاً واحداً كما في التذكرة، وإجماعاً كما في المختلف. ولا إشكال مع تعيين كيفية الأداء حين الإذن. أما مع الإطلاق فهل يكون في كسبه أو في ذمته يتبع به بعد العتق أو يلزم المولى بأدائه عنه أو غير ذلك؟ وجوه تختلف باختلاف القرائن المحيطة بالإذن. ولعل أبعداها كونه في ذمته يتبع به بعد العتق، لا ابتناء الضمان نوعاً على الاهتمام بالوفاء، فلا يناسب تعليقه على أمر غير معلوم الحصول، ولا الزمان.

وما جرى عليه غير واحد من الأكابر من كون ذلك مقتضى الإطلاق ناشئ من كونه مقتضى حاق الإطلاق، لتمحض الضمان في انشغال الذمة بالدين، واحتياج ما زاد على ذلك لعناية خاصة، مع إغفال القرينة النوعية التي ذكرناها.

ولابد في الحق من الثبوت (١)، سواء أكان لازماً أو آيلاً إليه (٢).

والأمر غير مهم بعد ما ذكرنا من أن المعيار على القرائن المحيطة بالإذن في الضمان. ولا سيما مع عدم الابتلاء بالمسألة في عصورنا.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب. وادعى الإجماع عليه في الغنية، كما ادعاه في التذكرة صريحاً وظاهراً في بعض صغرياته، مثل ما إذا قال: ما أعطيت فلاناً فهو علي، و: ضمننت لك ما تبعه من فلان.

والوجه فيه: أن الضمان المستفاد من النصوص وكلمات الأصحاب هو الذي يتضمن نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، ومن الظاهر توقفه على ثبوت الدين.

هذا ويستفاد من الجواهر أن مقتضى العمومات عدم اختصاصه بالأعيان الذمية، بل يجري في الأعمال والمنافع التي تشغل بها الذمة، وإن كان مقتضى ما في التذكرة من أن الضابط فيه أن يكون مما يصح تملكه وبيعه، عدم صحته بناء على ما هو المعروف من اختصاص البيع بالأعيان.

لكن تقدم أنه لا إطلاق لأدلة الضمان، لورود النصوص في واقعة خارجية لا إطلاق لها، أو لبيان بعض أحكامه - كبراءة ذمة المضمون عنه برضا المضمون له من دون أن يتوقف على الأداء - بعد الفراغ عن مشروعية الضمان في نفسه.

فالعمدة في المقام: الإطلاق المقامي الذي تقدم تقرّبه، بضميمة صدق الضمان عرفاً عليه.

(٢) كالثمن في البيع إذا صار لازماً أو في مدة الخيار كما صرحوا بذلك. ونفى الخلاف فيه في المبسوط. لتحقق موضوع الضمان، وهو انشغال ذمة المضمون عنه بالأمر المضمون.

بل يجري ذلك فيما لا يؤول للزوم، كالثمن في البيع الخياري ولو بسبب تخلف الشرط، لعدم المنشأ لاعتبار الأول للزوم.

ولو ضمن عهدة الثمن (١) لزمه مع بطلان العقد (٢) لا مع تجدد الفسخ (٣).

هذا ولو تعقبه الفسخ تعين بطلان الضمان وعدم استحقاق المضمون له للدين. لأن استحقاقه له على الضامن ليس ابتداءً، بل في طول استحقاقه له على المضمون عنه قبل الضمان، وعلى نحو استحقاقه له عليه، ككونه ثمنًا للمبيع مثلاً، ومع الفسخ يرتفع استحقاقه له بالوجه المذكور. ولعل عدم تعرضهم لذلك لو ضوحه.

(١) كأن المراد به ما إذا طلب المشتري ضمان الثمن عن البائع على تقدير ظهور بطلان المعاملة أو فسخها بعد ذلك بأحد أسباب الخيار.

(٢) حيث يكون البائع مديناً للمشتري بالثمن، فيصح ضمانه. لكنه يختص بما إذا كان الضمان بعد قبض البائع للثمن وتلفه بحيث يتعذر إرجاعه بعينه.

أما لو كان قبل العقد - كما يشيع بين الناس - أو قبل قبض الثمن، فهو من ضمان مالم يثبت في ذمة المضمون عنه بعد. ولو كان بعد قبضه مع بقاء عينه بحيث يمكنه إرجاعه، فهو ليس من ضمان الدين، بل من ضمان العين المضمونة، كالمغصوب، فيخرج عن الضمان الذي هو محل الكلام، ويبتني على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ويجري ذلك حتى لو تعذر إرجاع العين مع بقائها. لأن الغاصب إنما يضمن العين، وتبقى في ملك صاحبها. ودفع بدل الخيلولة ليس لكونه هو المستحق للمغصوب منه، بل لكونه بدلاً عنه إذا رضي به فلا حظ.

(٣) كما في الشرايع والتحرير والإرشاد والمسالك وموضعين من القواعد. لعدم ثبوت شيء على البائع حين الضمان، وإنما يجب بعده حين الفسخ، فيكون من ضمان مالم يثبت.

واستشكل في موضع من القواعد، بل قرب في الإيضاح الصحة. قال: «لأن العذر الغالب مع الحاجة أولى بالرخصة من النادر، وألقت متاعك في البحر وعلي ضمانه أقل وقوعاً من صورة النزاع، فيكون الجواز هنا أولى».

وهو كما ترى! فإن القياس بنفسه ليس من الأدلة المعول عليها عندنا. على أن الضمان في ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، ليس من الضمان الذي هو محل الكلام، وهو نقل الدين من ذمة لأخرى، بل هو ضمان ابتدائي لتحقق سببه، وهو طلب ما يستلزم خسارة على المطلوب منه، فكيف يقاس عليه محل الكلام مع عدم تحقق موضوعه، لفرض براءة ذمة المضمون عنه حين الضمان!؟

ومثله ما قد يقال من التفصيل بين ما إذا كان سبب الفسخ سابقاً على الضمان، كالعيب، وشرط الخيار وما إذا كان متأخراً عنه، كمخالفة شرط بعد الضمان، فيصح في الأول دون الثاني.

إذ فيه: أن السبب المذكور سبب لاستحقاق الفسخ، لا لاستحقاق المشتري على البايع الثمن، ليتحقق موضوع الضمان.

ومن ذلك يظهر عدم صحة ضمان مال الجعالة قبل العمل، كما في جامع المقاصد، لعدم ثبوته على الجاعل إلا بعد العمل. ولو كان عيناً فالأمر أظهر، لأنه لا يكون ديناً حتى بعد العمل.

لكن صرح بجواز ضمانه في المبسوط وظاهر الخلاف والغنية وجملة من كتب العلامة وغيرها، وكذا في الشرايع، لكن على تردد منه.

وقد استدل أو يستدل له بوجوه الأول: أنه يؤول إلى اللزوم، كضمن المبيع في مدة الخيار. وهو كما ترى! فإن المصحح لضمان الثمن في مدة الخيار ليس هو الأول إلى اللزوم، بل الثبوت في ذمة المشتري، وهو لا يحصل في المقام إلا بعد العمل إذا لم يكن الجعل عيناً.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١).

لكنه يبتني أولاً: على إرادة المنادي ضمان الجعل عن الجاعل، لا جعله على نفسه بحيث يكون هو الجاعل، كما يناسب الثاني استدلالهم بالآية على مشروعية الجعالة.

وثانياً: على أستصحاب أحكام الشرائع السابقة، وهو محل إشكال. وثالثاً: على أن المنادي جرى على شريعة يوسف عليه السلام، لا على دين الملك، كما يناسب الثاني قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ﴾^(١).

ومع كل ذلك يشكل بأن الآية الشريفة إنما تضمنت صدور الوعد المذكور، دون نفوذه وإلزام القائل به، كما تقدم منا نظير ذلك في أوائل كتاب الجعالة. ولا سيما أن المنادي قد فرضهم سارقين والسارق يجب عليه إرجاع المسروق من دون جعل، فالجعل قد يبتني على مجرد التشجيع على إرجاع المسروق من دون استحقاق له ووفاء الجاعل به تفضل مجرد.

مضافاً إلى أنه لو تم الاستدلال المذكور فلا بد من كونه ضمناً بمعنى آخر، وهو التعهد بتسليم المال المجعول ولو بنحو يقتضي انشغال الذمة به في طول انشغال ذمة الجاعل، لا نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن الذي هو محل الكلام. لفرض عدم انشغال ذمة الجاعل قبل تمام العمل.

الثالث: النبوي: «الزعيم غارم». وفيه: أنه لم يرد من طرفنا، وإنما ورد من طرق العامة^(٢). بل قد يظهر تكذيبه من معتبر الحسين بن خالد المتقدم عند الكلام في رجوع الضامن على المضمون عنه.

مضافاً إلى قرب وروده لبيان غرم الضامن بعد الفراغ عن نفوذ الضمان، لا لبيان نفوذ الضمان، ليكون له إطلاق يشمل محل الكلام، وإلا كان مقتضاه صحة ضمان ما لم يجب.

بل حيث كان محل الكلام هو الضمان المتضمن لانتقال الدين إلى ذمة الضامن فلا موضوع له قبل ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه. نعم لو حمل على مطلق التعهد

(١) سورة يوسف: ٧٦.

(٢) سنن ابن ماجه ج: ٢ ص: ٨٠٤ حديث: ٢٤٠٥، سنن الترمذي ج: ٢ ص: ٣٦٨ حديث: ١٢٨٥، وج: ٣ ص: ٢٩٣ حديث: ٢٢٠٣، مسند أحمد بن حنبل ج: ٥ ص: ٢٦٧، ٢٩٣، السنن الكبرى ج: ٦ ص: ٧٢.

بالشيء شمل المقام وغيره من موارد ضمان ما لم يجب، وهو خارج عن محل الكلام، ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

الرابع: ما في المختلف. قال بعد الإشكال في ضمانه بعدم لزومه قبل الشروع في العمل: «إلا أن الحاجة ماسة إليه فجاز ضمانه. كقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه». ويظهر ضعفه مما تقدم في تعقيب ما في الإيضاح في ضمان العهدة مع تجديد الفسخ.

هذا وفي التذكرة أنه يصح ضمانه بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه. قال: «لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الأمر فيه للزوم، كالثمن في مدة الخيار». وفيه: أن المراد بسبب الوجوب إن كان هو جعل الجاعل فهو حاصل حتى في فرض عدم الشروع في العمل، مع حكمه بعدم صحة الضمان حينئذٍ، لعدم استحقاق الجعل به.

وإن كان هو نفس الشروع في العمل بلحاظ توقف تمامية العمل واستحقاق الجعل عليه. ففيه: أنه لا يكفي في صحة الضمان بعد توقف استحقاق الجعل على تمامية العمل. غاية الأمر أنه لو رجع الجاعل عن الجعل بعد الشروع لزمه أجره المثل لما وقع من العمل، لا لمال الجعالة الذي هو موضوع الضمان.

وأما انتهاء الأمر إلى اللزوم فهو لا يكفي مع عدم انشغال ذمة المضمون عنه بشيء. ومن ثم لا مجال لجعله نظيراً للثمن في مدة الخيار.

ثم إن ذلك كله يجري فتوى ودليلاً في مال المسابقة قبل تحقق السبق. نعم بنى الكلام فيه في التذكرة وغيره على أن جعل السبق نظير الجعالة أو نظير الإجارة، فيصح الضمان على الثاني دون الأول. وكأنه لأن مقتضى الثاني لزوم السبق على الجاعل بنفس الجعل، فيصح ضمانه.

وفيه: أنه لو تم لزوم المسابقة - كما تقدم منا تقريره في بعض الفروض - فمرجع اللزوم إلى لزوم المال المجمعول عليه، بحيث يتعين عليه دفعه للسابق، لا إلى انشغال

ذمته بالمال لأحد قبل العمل، ليكون مديناً له، ومع الضمان، يكون الدائن مضموناً له، لامتناع انشغال الذمة بالدين للمردد، ولا يكون الدين فعلياً إلا بعد التسابق، لتعين السابق، فيكون هو الدائن، ويكون الضمان له، ويصح برضاه.

ودعوى: أنه في فرض لزوم السبق فالمالك للسبق من حين جعله هو السابق واقعاً وإن لم يعرف إلا بعد التسابق، فيكون هو الدائن المعبر رضاه في نفوذ الضمان، فمع رضا المتسابقين جميعاً بالضمان بتحقيق رضا المضمون عنه، وينفذ الضمان. مدفوعة بأن مفاد الإنشاء في المسابقة هو تملك السابق السبق بالسبق وترتب ملكيته له عليه، لا أنه ينكشف بسبقه ملكيته له من حين الإنشاء.

وبذلك يظهر عدم صحة الضمان في نظائر المقام من موارد تحقق المقتضي لثبوت المال في الذمة من دون أن يثبت فعلاً، كضمان الثمن عن الشفيع قبل أخذه بالشفعة، وضمان الدية عن القاتل عمداً قبل رضا أولياء المقتول بها بدلاً عن القصاص، وغير ذلك.

ومثل ذلك يجري في ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب، فإن ضمانها شرعاً مع وجودها لا يرجع إلى انشغال الذمة بها، بحيث تكون ديناً، ليمكن نقلها بالضمان إلى ذمة الضامن، بل إلى وجوب إرجاعها للمالك تكليفاً مع تحمل دركها وضعاً - بمعنى وجوب دفعه - لو تعذر ذلك لتلف أو غيره، والأول تكليف مختص بموضوعه شرعاً ولا سلطنته على نقله لغيره بالضمان، والثاني تكليف لا يثبت إلا بعد تعذر الإرجاع، فالضمان قبله خارج عن الضمان الذي هو محل الكلام.

وأظهر من ذلك ضمان الأعيان غير المضمونة، كالوديعة لو خاف المودع تفريط الودعي بها أو تلفها عنده من دون تفريط، لعدم وجوب تسليمها تكليفاً، بل غاية الأمر حرمة حبسها لو طالب المالك بها أو لم يأذن بإبقائها.

بقي شيء: وهو أن الضمان بالمعنى المتقدم وإن كان ممتنعاً فيما تقدم ونحوه، إلا أنه يمكن الضمان بمعنى آخر، وهو التعهد بالشيء بنحو يرجع إلى التعهد بتسليمه أو

بتحمل دركه عند تعذره في طول مسؤولية المسؤول به شرعاً.

فإنه بالمعنى المذكور أمر صالح للجعل بحسب المرتكزات العقلائية، وشايع عرفاً. وهو معنى الكفالة في عصورنا عند العرف، فهو نظير الرهن المتضمن جعل حق استيفاء الدين من العين المرهونة لو لم يتحقق الوفاء من المدين. وهو لا يتوقف على فعلية انشغال ذمة المضمون عنه بالدين أو بالعين، لصدقه بدون ذلك. بل حتى مع عدم مسؤولية الغير، كما لو ضمن بالوجه المذكور الوديعة لو تلفت من دون تفريط من الودعي.

ويدل عليه في الجملة - مضافاً إلى المرتكزات المذكورة - صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «سألته عن الرهن والكفيل في بيع النسية. قال: لا بأس به»^(١). ونحوه صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) وصحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام^(٣).

فإن الظاهر أن المراد بالكفيل من يتعهد بوفاء الدين، نظير الرهن الذي يتعلق حق استيفاء الدين به. كما أن المتعارف في طلب الكفيل في مورد النصوص عدم دفع الدين إلا بعد كفالته أو معها، بحيث يكون الدين مبنياً عليها، كما يشيع في الرهن. وإن أمكن طلبه بعد ثبوت الدين من أجل إمهال المدين وعدم إلزامه بتعجيل الوفاء. كما أن وظيفة الكفيل عرفاً التعهد بوفاء الدين في طول انشغال ذمة المدين به، كما ذكرناه في هذا المعنى من الضمان، لا على أن تشغل ذمته بالدين بدلاً عن المدين كما في الضمان المصطلح.

هذا وقد منع بعض مشايخنا عليهم السلام من الضمان بالمعنى المذكور في مال السبق والرماية، لأنها من أظهر مصاديق القمار المحرم، وإنما شرعاً للدليل الخاص - تبعاً لمصالح خاصة - خروجاً عن عموم حرمة القمار، فاللازم الاقتصار في الخروج عن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من كتاب الرهن حديث: ٢، ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من كتاب الرهن حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من كتاب الرهن حديث: ٧.

العموم المذكور على مفاد دليل مشروعيتها، وهو خصوص طرفي العقد، ولا مجال للتعدي للضامن.

وفيه: أن الضامن بالمعنى المذكور إنما يتعهد بالمال في فرض ثبوته في ذمة الباذل، وينحصر تعهده في الوفاء عنه، من دون أن يكون هو الباذل للمال في التسابق، ليكون طرفاً ثالثاً في المعاملة، ويقع الكلام في وجه خروجه عن عموم حرمة القمار. غاية الأمر أن يكون بضمانه وتعهد بالوجه المذكور مشجعاً للتسابق في المسابقة المفروض مشروعيتها، وهو أمر آخر غير كونه طرفاً فيها.

على أنه لو كان باذلاً بنفسه ابتداءً لا في طول بذل الجاعل، كان كالجاعل طرفاً مستقلاً في عقد مسابقة تخصه، وإن كان الجاعل أمراً واحداً يمكن بذله من كل منهما. نظير ما لو كان السبق المبذول مثلاً لإصلاح سيارة السابق أو مداواة مريضه أو استضافته ليلة أو شهراً خاصين، وجعل ذلك أكثر من واحد سبباً في مسابقته تخصه، حيث لا مانع من صحة بذل كل منهم له، عملاً بعموم دليل مشروعية السبق والرماية وأهم سبق في القيام به سقط عن الآخر، لارتفاع موضوع الحق، نظير الواجب الكفائي. وكأن ما ذكره رَبِّهِ يبتني على أن باذل السبق الذي هو طرف في عقد المسابقة أحد أطراف عملية القمار المستثناة من عموم حرمة القمار. وحيث يتجه الإشكال بأن الكفيل أيضاً دخيل فيها في طول دخول باذل السبق، والمتيقن من مشروعية المسابقة القمارية ما إذا لم تشمل على الطرف المذكور.

لكن ذلك - لو تم - يقتضي بطلان المسابقة المبنية على الكفالة المذكورة، لا بطلان خصوص الكفالة.

مع أن التأمل يشهد بأن العملية القمارية لا تقوم إلا بالمتراهنين المتغالبين. أما البذل فهو خارج عنها، والباذل ليس طرفاً فيها وإن كان طرفاً في المسابقة. غاية الأمر أنه مشجع عليها ودخيل في الداعوية لها. والتحریم عليه في غير السبق ليس لكونه مقامراً، بل لكونه مشجعاً على القمار المحرم. وعدم مشروعية بذله وعدم تملكه منه

ليس لكون البذل قماراً، بل لعدم نفوذ القمار المبتني على تملك الغالب، حيث لا مجال لتملك المبدول إذا لم تكن الغلبة مملكة ولا منشأ للاستحقاق.

بخلاف المسابقة التي هي قمار محلل نافذ. فإن حليتها تقتضي حلية التشجيع عليها من البازل بالبذل وتملك المبدول بالغلبة تبعاً لنفوذها.

وعلى ذلك فكما لا يكون البازل طرفاً في القمار المستثنى في المسابقة لا يكون كفيله طرفاً فيها، ليشكل بعدم الدليل على استثنائه، بل يجري عليه حكم الكفالة في سائر الموارد.

ومن هنا كان الظاهر عدم خصوصية السبق والرماية، بحيث يخرج عن دليل مشروعية الضمان بالمعنى المذكور فيها.

ثم إن ترتب الأثر على الكفالة - أو الضمان بالمعنى المذكور - موقوف على ابتناء إقدام المنتفع بها عليها، بحيث تكون دخيلة في أن يقوم بها من شأنها الداعوية له، كترك مطالبة المدين، والشراء ممن يحتمل عدم ملكيته للمبيع، والتسابق مع احتمال امتناع البازل عن دفع ما بذل وغير ذلك. أما مع عدم ابتنائه عليها للغفلة عنها أو لإهماله لها فلا يترتب الأثر عليها، ولا يكون الكفيل ملزماً بها عرفاً لأن ذلك شرط في ترتب الأثر على جميع موارد التعهد والحث المضمنين، كالجعالة، وبذل المال في المسابقة، وطلب العمل الموجب للخسارة على العامل وغير ذلك. حتى الإجارة فإنها لا تقتضي استحقاق الأجرة على العمل المستأجر عليه إلا إذا ابتني العمل عليها وكان وفاء بها. أما إذا صدر العمل لا بداعي الوفاء بها فلا يستحق العامل الأجرة، كما لعله ظاهر.

غاية الأمر أنه يمكن لزوم ذلك عليه من قبل المكفول بعقد أو شرط في ضمن عقد أو نحو ذلك، كما لو تصالحا على أن يتكفل كل منهما دين الآخر إذا لم يتيسر للمدين منه وفاؤه، أو باعه شيئاً مثلاً بشرط أن يتكفل وفاء دينه عنه عدم تيسر وفائه له، أو نحو ذلك. فإنه يكون ملزماً بذلك وإن لم يقدم الدائن على إقراضه أو إمهاله في

الوفاء أو نحو ذلك بناء على التكفل المذكور، لعدم علمه به أو لالتزام الكفيل بذلك بعد الإقراض أو نحوه.

بل يمكن لزوم ذلك عليه من قبل الدائن نفسه، كما لو عاقده أو شرط عليه بعد الإقراض مثلاً أن يتكفل الدين المذكور. غاية الأمر أنه في الأول تكون الكفالة والقيام بمؤداها حقاً على الكفيل للمدين المكفول، وهو الذي يكون له مطالبته به. وتكون في الثاني حقاً للدائن، وهو الذي له مطالبته له. وكلاهما محتاج إلى عناية زائدة على مقتضى الكفالة بطبيعتها.

هذا ومن القريب أن يكون اضطراب كلمات جملة من الأصحاب في الفروع المتقدمة بسبب اشتباه الضمان بالمعنى الذي ذكرناه بالضمان المصطلح، لأن الأول وإن كان ارتكازياً وشائعاً عرفاً، إلا أنه مغفول عن تحديده.

وبهذا ينتهي ما أردنا بيانه في تعقيب ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من مباحث الضمان وفروعه. وقد تعرضنا سابقاً لبعض الفروع التي أهملها لمناسبتها لما ذكره رحمته. وبقيت فروع كثيرة ذكرها الأصحاب لا يسعنا استقصاؤها. وقد يحسن بنا التعرض لبعضها تتميماً للفائدة.

الأول: صرح في القواعد باعتبار التنجيز بالضمان، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، كما في سائر العقود. وكأن عدم ذكره في كلام غير واحد لو صرح بمطلية التعليق عندنا في العقود والإيقاعات عدا الوصية التمليلية والتدبير.

والعمدة في وجهه الإجماع المذكور الذي يبعد خطؤه في مثل هذه المسألة الشائعة الابتلاء، ولا سيما مع ما عرف عن العامة في عصور الأئمة عليهم السلام من مشروعية اليمين بالطلاق والعناق والصدقة ونذر الحج ونحوها مما يرجع إلى تعليق المضامين المذكورة على كذب الخالف أو نكثه للعهد أو البيعة أو غير ذلك مع المفروغية عن عدم مشروعية ذلك عندنا.

هذا وقد ذكر بعض مشايخنا في تقريب مبطلية التعليق على أمر مستقبل أنه لا

يبعد بناء العقلاء على ذلك في غير الوصية والتدبير، حيث لم يعهد صدوره عنهم.
وفيه: أولاً: أنه لا مجال لذلك مع ما ذكرناه من حكم العامة في الأيمان السابقة،
كما أن خصوصية الوصية التمليلية والتدبير في الجواز مما لا يدركه العرف.
وثانياً: أن عدم صدور ذلك من العقلاء لا يكفي في المنع ما لم يرجع إلى إبانهم
له بحسب مرتكزاتهم، بحيث يكون وضوحه موجباً لانصراف عمومات صحة
العقود.

نعم قد يتجه ذلك في الإيقاعات، لعدم الدليل على عموم نفوذها، وعدم
الدليل في كثير منها على عموم نفوذه بخصوصه،
هذا وقد أطال شيخنا الأعظم رحمته في مباحث شروط البيع في ذكر الوجوه التي
سبقت دليلاً لاشتراط التنجيز ومناقشتها بما لا يسعنا متابعتها فيه، وإن كان الظاهر
عدم تمامية الوجوه المذكورة، وانحصار الأمر بالإجماع.
ثم إن الظاهر اختصاصه بالتعليق على الأمر المستقبل وإن كان معلوم الحصول،
وعلى الأمر المشكوك وإن احتمل حصوله حين الإنشاء وصادف ذلك.
نعم لا يقدح التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم الأمر المنشأ أو نفوذه شرعاً
مع الشك في حصوله، كتعليق طلاق الرجل للمرأة على زوجيته منها، أو على طهرها
من الحيض مع الشك فيها، لعدم الأثر له ولغوئته الموجبة لخروجه عن المتيقن من
الإجماع المذكور.

وأما ما يظهر من العروة الوثقى من منع الإجماع في المقام. فإن كان منشؤه مجرد
عدم ذكر كثير له في الضمان. ففيه: أن منشأه المفروغية عن عموم شرطية التنجيز في
العقود والإيقاعات، ولذا لم يذكر في كثير من العقود والإيقاعات اكتفاء بذلك. وإن
كان لخصوصية في الضمان يمتاز بها عن بقية العقود والإيقاعات. ففيه: أنه لم يتضح
منشأ الخصوصية المذكورة.

هذا وقد قال: «وقد يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على

شرط مع كون الضمان مطلقاً. وفيه: أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك».

وهو بظاهره غريب، بل لا يناسب ما ذكره هو وغيره من صحة اشتراط التأجيل في الوفاء، كما نبه له سيدنا المصنف رحمته. إلا أن يريد بذلك ما إذا رجع التعليق في الوفاء إلى عدم وجوب الوفاء أصلاً على تقدير عدم حصول الأمر المعلق عليه، كما لو علق الوفاء على ما إذا مطرت السماء غداً، بحيث لو لم تمطر فلا وفاء، أو على إذن أبيه في أصل الوفاء لا في وقته.

حيث لا يبعد لغوية إطلاق الضمان، لتقوم الضمان بانشغال الذمة بالدين، والدين الذي ليس من شأنه الوفاء يعد لاغياً عرفاً، فلا بد من رجوع الشرط المذكور لأصل الضمان، بحيث لو لم يتحقق الشرط يبقى الدين في ذمة المضمون عنه، ويتعين الوفاء عليه لا على الضامن.

نعم ذكر أنه لو قال: «أنا ضامن إن لم يف المديون» يمكن أن يكون الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو ضمان الأعيان المضمونة.

ولا يخلو كلامه عن اضطراب، أولاً: لأن رجوع التعليق للوفاء لا يناسب فرض تعليق الضمان في كلام الضامن على عدم وفاء المضمون له وثانياً: لأن المضمون له هو الدائن، والوفاء إنما يكون من المدين الذي هو المضمون عنه ولعل ذلك ناشئ من زلة القلم.

وكيف كان فإن قال الضامن: ضمنت الدين على أن لا أو فيه إلا إذا لم يوفه المدين إلى يوم الجمعة مثلاً. فإن كان مراده بوفاء المدين وفاءه تبرعاً عن الضامن، لبراءة ذمته منه بالضمان، فلا إشكال في صحة الضمان المذكور، لعدم التعليق فيه، ورجوع الشرط للوفاء الراجع لتأجيله، والذي سبق عدم الإشكال فيه. لكنه لا يناسب قياسه بضمان الأعيان المضمونة، لعدم رجوع ضمانها إلى انشغال الذمة بها، بلى إلى كونها في

العهددة بحيث يجب دفع بدلها مع تلفها.

وإن كان مراد بوفاء المدين وفاءه عن نفسه لانشغال ذمته بالمدين وعدم انشغال ذمة الضامن به إلا بعد عدم الوفاء منه في يوم الجمعة، رجع التعليق للضمان لا للوفاء. ولا يصح قياسه بضمان الأعيان المضمونة أيضاً، لأنها في العهددة قبل التلف وإن لم يجب دفع بدلها إلا بعده.

وإن كان مراده فعلية الضمان وانشغال ذمة الضامن مع بقاء انشغال ذمة المدين المضمون عنه بالمدين إلى يوم الجمعة بحيث يكون وفاؤه عن نفسه، رجع إلى الضمان بمعنى انضمام ذمة إلى ذمة، لا إلى الضمان المصطلح الذي هو عبارة عن نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وأيضاً لا يصح قياسه بضمان الأعيان المضمونة، لعدم انشغال الذمة بها قبل تلفها.

والذي هو من سنخ ضمانها أو مشابه له هو الضمان بالمعنى الذي سبق منا التعرض له، وهو التعهد بالمدين في طول انشغال ذمة المدين به الرجوع للزوم وفائه على الضامن عند تعذر وفاء المدين له، لعجزه أو امتناعه أو غيبته أو نحوها. وهو بالمعنى المذكور فعلي لا تعليق فيه. غايته أن أثره وجوب الوفاء معلقاً على تعذر وفاء المدين لأحد الوجوه المذكورة من دون حاجة إلى تعليق للوفاء من قبل الضامن.

وكأن ما سبق من العروة الوثقى من الإشكال في اعتبار التنجيز في الضمان، ثم فرض التعليق في الوفاء دون الضمان، وقياس ذلك بضمان الأعيان المضمونة، كله ناشيء من اختلاط الضمان بالمعنى المذكور بالضمان بالمعنى المصطلح، كما اختلط الأمر عليه، وعلى غيره في كثير من فروع الضمان.

الثاني: أشرنا آنفاً إلى قبول الضمان للشرط، كاشتراط التأجيل في الوفاء. وهو مقتضى عموم أدلة نفوذ الشروط.

نعم قد يمنع منه في بعض الموارد (منها): اشتراط الخيار للضامن. فقد منع منه

في كتاب الضمان من القواعد والتذكرة، معللاً في الثاني بأنه ينافي مقصود الضمان، فإن الضامن على يقين من الغرر. وكأن مراده بالغرر الخسارة والغرم، كما فهمه في مفتاح الكرامة.

وفيه: أن اليقين المذكور ناشئ من لزوم الضمان، كيقين المشتري بخسارته للثمن، فلا ينافي ارتفاعه مع الشرط.

هذا وقد قال بعد ذلك: «ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر، لأن للمضمون له الخيار في الإبراء والمطالبة أبداً سواء شرط له أو لا».

ومقتضى تعليقه أن مراده بشرط الخيار هو شرط الإبراء من الدين، لا فسخ الضمان ورجوع الدين إلى ذمة المضمون عنه، نظير ما سبق منهم من جواز عقد الرهن في حق المرتهن، بمعنى أن له إسقاط حق الرهانة من العين المرهونة. ومقتضى السياق حينئذ أن يكون المراد بشرط الخيار للضامن ذلك أيضاً.

والذي ينبغي أن يقال: أما اشتراط الخيار بالمعنى المذكور فلا ينبغي الإشكال فيه، سواء كان للضامن أم للمضمون له، لسلطنة المضمون له على الدين، لكونه ملكاً له فله اشتراط إسقاطه لنفسه، والقبول باشتراط الضامن ذلك.

غايته أن اشتراطه لنفسه مستغنى عنه، كما يظهر مما سبق من التذكرة. بل يصح لكل منهما اشتراط سقوطه بنحو شرط النتيجة، لما تكرر منا من صحة اشتراط النتائج الراجعة للاستحقاق وعدمه.

وأما اشتراط الخيار بمعنى فسخ الضمان ورجوع الدين إلى ذمة المضمون عنه فيظهر من غير واحد صحته أيضاً، بل هو صريح بعضهم. لعموم نفوذ الشروط من غير مانع مخرج عنه.

قال في جامع المقاصد: «فإن قيل الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط. قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا أنه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا».

وفيه: أن النقل المتزلزل يقتضي براءة ذمة المضمون عنه، كالنقل اللازم، وغاية ما يدعى أن فسخ المتزلزل يوجب رجوع الدين لذمته.

فلعل الأولى في الجواب أن الإبراء المحض إيقاع يستقل به الدائن، ولا دليل على نفوذ شرط الخيار في الإبقاء، لاختصاص نفوذ الشرط بما إذا كان هناك شرط له ومشروط عليه.

وهذا بخلاف ما إذا كان استندت براءة الذمة لمضمون عقدي، كما لو صالح الدائن المدين عن الدين بشيء، أو باع المدين على الدائن شيئاً بثمن بقدر دينه فبرئت ذمته عن دينه بالتهاتر، حيث لا مانع من فسخ الصلح أو البيع بخيار أو تقابل فيعود الدين لذمة المدين بعد براءتها منه.

نعم يشكل اشتراط الخيار في المقام بأن الشرط بين المتعاقدين إنما ينفذ في خصوص ما هو تحت سلطنتهما من مال أو نفس، دون ما ينافي سلطنة غيرهما، كما في المقام، لأن الفسخ حيث كان موجباً لانشغال ذمة المضمون عنه بالدين بعد فراغها منه فهو مناف لسلطنته على نفسه، فلا ينفذ اشتراط استحقاقها ذلك بالخيار.

وإن شئت قلت: إن اشتراط الخيار كالتقابل إنما يشرع إذا كان اللزوم حقاً مختصاً بهما، دون ما إذا كان حكماً أو كان حقاً منافياً لحق غيرهما كما في المقام. ولذا لا إشكال في عدم مشروعية التقابل فيه.

ودعوى: أن فراغ ذمته من الدين بالضمان إذا كان متزلزلاً من أول الأمر بسبب اشتراط الخيار في الضمان لا يكون انشغالها بفسخه منافياً لسلطنته ليمنع من نفوذ الشرط. ممنوعة. ولا سيما أنه قد يكون وفاء الدين عليه مع بقاء انشغال ذمته أيسر عليه من الوفاء مع فراغها ثم رجوع انشغالها. ومن هنا منع بعض مشايخنا رحمهم الله من صحة شرط الخيار في الضمان مطلقاً.

نعم يمكن تصحيح الشرط المذكور مع إذن المضمون عنه، لأن المضمون العقدي للضمان مع هذا الشرط يكون منافياً لسلطنتهم ثلاثتهم، فينفذ بإعمالهم لها

واتفاقهم على المضمون المذكور، ويكون مضمون العقد قائماً بهم جميعاً. وقد تقدم منا عند الكلام في خيار الشرط من فصل الخيارات من كتاب البيع ما ينفع المقام. (ومنها): أنه صرح في العروة الوثقى بجواز ضمان الدين بأقل منه وبأكثر. وأقره على ذلك غير واحد من الشراح والمحشين.

وكان المراد بالأول الإبراء من الزائد، وبالتالي اشتراط الزيادة للمضمون له على الدين، وإلا فنقل الدين بعينه من ذمة إلى ذمة - كما هو معنى الضمان المصطلح - بأقل منه أو بأكثر ممتنع، كما نبه له سيدنا المصنف رحمته الله.

نعم قد يشكل في الضمان بالأكثر بأن الزيادة ربا محرم، لعدم الفرق فيه بين كونه بازاء بقاء الدين في ذمة المدين وكونه بإزاء نقله لذمة أخرى، لما هو الظاهر من أن مفاد الضمان ينحصر بنقله من ذمة إلى أخرى فينحصر مفاد الشرط المذكور إلى الزيادة في الدين. ومن ثم منع بعض مشايخنا رحمته الله من ذلك.

وقد استشكل فيه سيدنا المصنف رحمته الله - حسبما هو الموجود في تقريرنا لدرسه - باختصاص ربا القرض بما إذا كان اشتراط الزيادة في عقد القرض والشرط في المقام ليس فيه، بل في عقد الضمان.

ويندفع بعدم اختصاص ربا القرض بذلك، حيث صرحوا - تبعاً للنص - بعدم جواز اشتراط عمومات نفوذ الزيادة من أجل تأجيل الدين.

ولعل الأولى أن يقال: المتيقن من دليل حرمة الربا اشتراط الزيادة بقاء الدين في ذمة المدين، ولا يتضح عمومته للمقام من فرض انتقاله لذمة أخرى. فالأمر لا يخلو عن إشكال.

نعم ذكر سيدنا المصنف رحمته الله أنه يمكن أن يراد بالضمان مفهوم آخر غير الضمان المصطلح، وهو إثبات بدل ما في الذمة في ذمة أخرى أقل منه أو أكثر، ولا مانع من صحته عملاً بالعمومات، ولا تجري عليه أحكام الضمان الاصطلاحي إلا ما تقتضيه العمومات.

وكأن مراده عليه السلام بالعمومات عمومات نفوذ العقود والشروط ونحوها. وهو يبتني على ما هو الظاهر من إمكان خروج العوض من ملك غير من دخل في ملكه المعوض، فإن براءة ذمة المدين نحو مكسب له ولا يكون عوضه وبدله عليه، بل على الضامن وفي ذمته.

نعم إنما يقتضي ذلك جواز التفاضل في غير الأجناس الربوية، أما فيها فيلزم منه الربا المعاوضي المحرم. فلاحظ.

الثالث: تقدم أن الضمان عند الإمامية يقتضي انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، خلافاً لما هو المعروف عند العامة من أنه يقتضي انشغال ذمتهما معاً بالدين، وأن للمضمون مطالبة أي منها شاء، كما عن أكثرهم، أو مطالبة المضمون عنه فقط، فإن تعذر تحصيل الدين منه كان له مطالبة الضامن، كما عن مالك.

قال في العروة الوثقى: «وظاهر الأصحاب عدم صحته ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو. ويمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات».

ويظهر من التذكرة امتناع ذلك في نفسه بنحو لا مجال لتصحيحه بالعمومات أو غيرها. قال: «ولأنه دين واحد فمحلله واحد، فإذا صار في ذمة الضامن برئت ذمة الأول، كالمحال به، وذلك لأن الواحد لا يحل في محلين».

وقد يستشكل فيه بما ذكره سيدنا المصنف عليه السلام بأن الكبرى المذكورة إنما تتم في الأمور الحقيقية فيمتنع وجود الشيء الواحد في مكانين، ولا تجري في الأمور الاعتبارية التي هي وجودات ادعائية اعتبرها العقلاء تبعاً لأسبابها، فلا مانع من انشغال ذمم متعددة بهال واحد لشخص واحد، كما التزموا بذلك في الضمان مع تعاقب الأيدي العدوانية على العين الواحدة. ونظيره الوجوب الكفائي الذي يبتني على تكليف أكثر من واحد بشيء واحد.

وما ذكره عليه السلام من عدم صحة قياس الأمور الاعتبارية بالأمور الحقيقية وإن كان متيناً، إلا أن ملكية الشيء الواحد على أكثر من واحد وفي ذمته مما تأباه المرتكزات

العقلانية جداً. ولذا لا يصح عرفاً إقراض مقدار من المال لأكثر من شخص واحد لا على نحو التوزيع بينهم، بل على الاستقلال، بحيث يكون كل منهم مدينا بتمامه للمقرض وله استيفاؤه بتمامه من كل منهم بنحو البديل.

وإنما يتجه ذلك في الضمان بمعنى تحمل المسؤولية من دون ملك شيء في ذمة الضامن، الذي تقدم تربيته في ذيل الكلام في ضمان العهدة، وهو الذي يشبه التكليف الكفائي.

ومنه الضمان في تعاقب الأيدي العدوانية على العين، لظهور أن المملوك هو العين الخارجية التي لا تشغل بها الذمة، وليس ضمانها إلا بمعنى تحمل مسؤوليتها، بحيث يلزم الضامن بتسليمها للمالك وتحمل دركها لو تعذر ذلك، وتحمل الدرك لا يرجع إلى انشغال الذمة بالبديل وملك المالك له، بل إلى ثبوت الحق للمالك في أخذ البديل، ولذا يثبت مع بقاء العين وتعذر تسليمها على الضامن حيث لا إشكال في بقاء ملك المالك لها قبل دفع البديل مع وضوح عدم ملكه لها ولبدها في وقت واحد. بل تقدم في مبحث تعاقب الأيدي من مباحث بيع الفضولي أنه لو رجع المالك على السابق واستوفى البديل منه كان للسابق الرجوع على اللاحق في الجملة. أما لو رجع على اللاحق فليس للاحق الرجوع على السابق. وذلك يناسب كون ضمان السابق في طول ضمان اللاحق، وأن الضامن للمالك بالأصل هو الأخير لا غير، وأن ضمان السابق هو ضمان عنه، نظير ضمان الكفيل.

والحاصل: أنه لا يتضح بناء العرف على إمكان انشغال الذمم المتعددة بالمال الواحد على أن يكون كل واحد من أصحابها مديناً به لصاحبه، بحيث يملك الدين عليه، كما يملك الدين ديونه في ذمم أصحابها، غايته أن له الرجوع على كل منهم على البديل.

نعم يمكن تعدد الضمان بمعنى تحمل المسؤولية من دون انشغال ذمة بعض الضامين للمضمون له بالحق، بحيث يكون ديناً عليه. كما يمكن اجتماعه مع بقاء

الدين في ذمة المضمون عنه، بحيث يكون الضمان المذكور في طول انشغال ذمة المدين بالدين.

ولعل هذا هو الذي حمل مالك على حمل الضمان عليه بعد ذهابه كمشهور العامة إلى عدم براءة المضمون عنه بالضمان، فحكم بعدم جواز مطالبة المضمون له للضامن بالدين إلا مع تعذر تحصيله من المضمون عنه، معللاً بأن الضامن وثيقة كالرهن، على ما سبق عند الكلام في أن الضمان من العقود.

هذا ولو فرض إمكان انشغال الذمم المتعددة بالمال الواحد وإمكان الضمان بنحو يرجع إلى ضم ذمة إلى ذمة - كما عليه مشهور العامة - فقد سبق من العروة الوثقى أنه لو قصد الضمان بالنحو المذكور أمكن الاستدلال على صحته بالعمومات. فإن كان مراده عمومات نفوذ الضمان أشكل بما تكرر منا من عدم الإطلاق لأدلة الضمان، لعدم ورودها لبيان مشروعيته، بل لبيان بعض أحكامه بعد الفراغ عن مشروعيته. بل يشكل صدق الضمان عليه، لأن المتيقن من مفهومه بعد النظر في النصوص هو نقل الدين من ذمة المضمون عنه لذمة الضامن.

وإن كان مراده عمومات نفوذ العقود فقد استشكل فيه بعض مشايخنا رحمهم الله بعدم صدق العقد في المقام، لتقوم العقد بربط التزام بالتزام، ولا يصدق على الالتزام من طرف واحد، حيث يلتزم الضامن بانشغال ذمته للمضمون له من دون أن يلتزم المضمون له للضامن بشيء. ولو لا ذلك لصح الالتزام بانشغال الذمة بالدين ابتداء إذا رضي الطرف الآخر، مع أنه لا قائل بصحته.

هذا ولا يخفى أن التزام الضامن بانشغال ذمته للمضمون له بالدين حيث يرجع إلى ملك المضمون له الدين في ذمته وهو مناف لسلطنة المضمون له على نفسه فقبول المضمون له بذلك التزام منه يبتني على التزام الضامن ويرتبط به، فيتم به العقد، نظير التزام الواهب بملكية الموهوب للعين الموهوبة وقبول الموهوب بذلك.

ولذا سبق منا عند الكلام في أن الضمان من العقود أن التزام الضامن بملكية

المضمون له دينه في ذمته ليس إيقاعاً، بل هو مضمون عقدي يحتاج إلى قبول.
نعم ما ذكره عليه السلام من أنه لو تم العقد بذلك لنفذ الالتزام بانشغال الذمة بالدين ابتداءً، نقض متجه في نفسه، إذ هو حينئذٍ كالهبة التي هي تملك للعين ابتداءً، والتي لا إشكال في كونها عقداً نافذاً مشمولاً لعموم نفوذ العقود، ومع ذلك لا يظن بأحد البناء على نفوذ انشغال الذمة بالدين ابتداءً من دون مقابل، لعمومات نفوذ العقود.
ولعل منشأ الفرق بينهما أن العين مال قائم بنفسه والالتزام من الواهب والموهوب له بتملكه وتملكه أمر طارئ عليه زائد على ذاته، فيصدق بهما العقد عرفاً.
أما الدين فلا وجود له إلا بالالتزام الدين بانشغال الذمة به للطرف الآخر فالالتزام الطرف الآخر بذلك، وإن كان مابيناً للالتزام من المدين دقة، إلا أنه بنظر العرف مؤكد له، لا مباين له، فلا يتحقق به العقد. ولا أقل من انصراف العمومات عنه، بل لا بد في تحققه من الالتزام بأمر آخر، كالالتزام بتملك المثلث في بيع النسيئة أو الثمن في بيع السلف أو المال المقترض في القرض أو نحو ذلك. وكذا لو انشغلت الذمة بالدين بأحد الأسباب وتم اعتباره عرفاً، ثم وقع الالتزام من الطرفين بعد ذلك في شأن من شؤونه، كما في بيع الدين المتوقف على التزام المشتري بتملك الثمن، والضمان المصطلح المبني على انتقال الدين من ذمة إلى ذمة، حيث يكون لكل من الطرفين على نفسه التزام مباين للالتزام الآخر ومبتن عليه مرتبط به، فيصدق به العقد. ومنه يظهر الحال في المقام، فإن التزام الضامن بالدين لما لم يبتن على نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، بل على ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه، تمحض في التعهد بانشغال الذمة بالدين، كما لو جعل الدين على نفسه ابتداءً من دون أن تنشغل به ذمة أحد قبله، وقد عرفت قصور عمومات العقود عنه حتى لو رضي به المضمون له.

هذا كله إذا وقع الضمان بالوجه المذكور تبرعاً، أما إذا كان مبنياً على التزام آخر، فلا إشكال في صدق العقد حينئذٍ، كما إذا التزم الدائن لشخص بهال أو عمل

على أن يضمن الدين بالوجه المذكور. وحيثئذ يتوقف البناء على صحته على ما سبق الكلام فيه من إمكان انشغال أكثر من ذمة مال واحد.

هذا ويظهر مما سبق الحال فيما لو تعدد الضامن لدين واحد. فإنه إن ابتنى ذلك منهم على وحدة الضمان، فلا إشكال ولا خلاف ظاهراً في توزيع الدين بينهم، كما لو ضمنوا بمجموعهم الدين مرة واحدة.

وإن ابتنى على تعدد الضمان، بأن ضمن كل منهم استقلالاً تمام الدين. فإن تقدم أحدهم انفراداً بالضمين ولغا ضمان غيره، لعدم الموضوع له بعد فراغ ذمة المضمون عنه بالضمان الأسبق.

وليس المعيار في التقدم على إنشاء الضامن، بل على قبول المضمون له، لإناطة الأثر به، وهو فراغ ذمة المضمون عنه الذي يرتفع به موضوع الضمان اللاحق.

وإن تقارن أكثر من ضمان واحد، - كما لو قبل أحد الضمانين المضمون له بنفسه، وقبل الآخر وكيله مقارناً له - فإن قلنا بإمكان انشغال ذمم متعددة بهال واحد، فلا إشكال في صحة الكل وانشغال ذمم كل ضامن بتمام المال، وللمضمون له مطالبة كل منهم به، لعموم نفوذ العقود من دون مانع.

وإن قلنا بامتناع ذلك تعيين البطلان، كما اختاره في المختلف وجامع المقاصد، لفرض امتناع شمول عموم نفوذ العقود، والترجيح بينها بلا مرجح.

وأما احتمال صحة الكل وتوزيع الدين على الجميع، فلا مجال له لمخالفته لمضمون عقد كل منهم لفرض ضمانه تمام الدين، كما نبه لذلك في جامع المقاصد.

بقي شيء يناسب محل الكلام. وهو أنه إذا أمر أكثر من واحد شخصاً بما يوجب خسارة عليه، كما لو قالوا له: ألق متاعك في البحر، حيث لا إشكال في التوزيع لو قصدوا الاشتراك في أمر واحد، بحيث يستند الأمر لمجموعهم.

أما لو أمر كل منهم بذلك على انفراده واستقلاله، فإن قصد المأمور الاندفاع عن أمر أحدهم لا غير انفراداً بالضمان، لأن الأمر إنما يكون منشأً للضمان مع الاندفاع

عنه، بحيث يكون هو السبب في الخسارة المترتبة على العمل بلحاظ داعويته للعمل .
وأما لو قصد الاندفاع عن أمر الكل فالظاهر التوزيع، كما هو الحال في تعدد
العلل على معلول واحد، حيث ينسب الأثر لمجموعها عرفاً، كما لو استند إتلاف المال
أو النفس لأكثر من واحد، حيث يتحمل كل منهم حصته من الدرك.

وهذا بخلاف المقام، حيث يكون الضمان مستنداً لعقد مقتضى الأدلة نفوذه في
تمام مضمونه، فمع تنافي مضامين العقود يتعين قصور دليل النفوذ المستلزم لبطلانها
بتمامها، ولا شاهد على التبعض في نفوذها.

وهذا بخلاف تعدد الجعالة على العمل الواحد لو اندفع العامل عن جعالة
الكل، فإنه حيث لم يؤخذ في الجعل الضمان وتدارك خسارة العمل غير القابل للتعدد،
بل مجرد بذل الجعل في مقابل العمل وإن كان أكثر من قيمته أو أقل يتعين استحقاق
تمام الجعول المجعولة فيها، عملاً بمقتضاها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم
العاصم.

هذا تمام ما أردناه من الكلام في فروع الضمان. وبقيت فروع كثيرة لايسعنا
استقصاؤها. وربما يظهر الكلام في بعضها مما سبق من كتاب الضمان وغيره. والحمد
لله رب العالمين، وصلواته على رسوله وآله الطاهرين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(أما الحوالة)(١):

(١) الحوالة عند العرف في عصورنا عبارة عن تحويل الدائن المدين على غيره بقبض دينه، الرجوع إلى الطلب من المحال عليه وتوكيله في وفاء الدين من دون أن يتضمن إشغال ذمة المحال عليه للمحتال بشيء، ولا فراغ ذمة المحيل من دين المحتال بالحوالة، بل يكون فراغها منه بالقبض بعد ذلك. بل هي تعم تحويل غير الدائن، كالمقترض، والمستوهب وغيرهما.

أما عند الفقهاء فهي لا تختص بتحويل الدائن، وتقتضي براءة ذمة المحيل من دين المحتال وتعلق حق الدائن بالمحتال بذمة المحال عليه.

ولكن بالنظر في مجموع كلماتهم في الحوالة يظهر اضطرابهم في مفهومها المنشأ في العقد، وأنه يتردد بين وجهين الأول: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، نظير الضمان، ولا يفترق عنه إلا في أن الضمان فعل الضامن، حيث ينشئ بالإيجاب إشغال ذمته بدين غيره، والحوالة فعل المدين، حيث ينشئ بالإيجاب إشغال ذمة غيره بدينه.

وأما استحقاق المحال عليه قدر الدين الذي تحمله على المحيل - بحيث يسقط من دينه عليه إن كان مديناً له بالتهاتر، أو يرجع عليه إن كان بريئاً بناء على جواز الحوالة على البريء - فهو متفرع على انشغال ذمته بدين المحتال أو أدائه له، نظير رجوع الضامن على المضمون عنه الثاني: وفاء المحيل دين المحتال عليه بتمليكه لمقداره من دينه على المحال عليه، فيكون مالكا لما في ذمة المحال عليه رأساً بدلاً عن المحيل، ويكون انشغال ذمة المحال عليه للمحتال دون المحيل مترتباً على ذلك ومتفرعاً عليه، نظير بيع الدين، من دون أن يكون هو المنشأ بالأصل.

والأول مقتضى الجمود على تعريفهم للحوالة وسوقهم لها في مساق الضمان في كونها متضمنين للتعهد بالمال، وكون المعروف عندهم صحة الحوالة على البريء، مع وضوح عدم الموضوع لذلك على الثاني. والالتزام باختلاف مفهوم الحوالة عندهم في

البريء عن مفهومها في المدين بعيد وإن احتمله في الجواهر.

مضافاً إلى خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا»^(١). فإن مقتضى الجمود على جعل الصيرفي موضوعاً للإحالة كون الإحالة على ذمته، لا على المال الذي له عليه.

أما الثاني فهو المناسب لكثير من كلماتهم، خصوصاً في المبسوط، ولصحيح زرارة عن أحدهما عليه السلام: «عن الرجل يحيل الرجل بهال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال برئت مما لي عليك. فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه...»^(٢) بناء على ما لعله الأظهر من أن «على رجل آخر» تنتم صفة «بهال»، حيث يكون موضوع التحويل فيه نفس المال الذي يكون له على الرجل الآخر لادمته، أما بناء على كونه متعلقاً بقوله: «يحيل»، وأن مرجع الضمير في قوله: «له» هو المحال الدائن، فيكون مطابقاً لخبر عقبة بن جعفر.

وأما بقية نصوص الحوالة فهي - على قلتها - تصلح للوجهين.

والأمر سهل بعد صحتها معاً. لعموم أدلة نفوذ العقود. وأما الإجماع المدعى على أن الحوالة ناقلة. فمعهده وإن كان ظاهراً في الأول، إلا أن سوقه في مقابل قول بعض العامة بانشغال ذمة المحيل والمحال عليه معاً بالدين - كما التزموا به في الضمان - يجعل المتيقن منه فراغ ذمة المحيل من دين المحتال، وثبوت حق المحتال في ذمة المحال عليه وهو حاصل في المعنيين معاً.

هذا وقد تكرر في كلماتهم احتمال كون الحوالة نحواً من المعاوضة. ومرجع ذلك إلى تعويض المحيل للمحتال عن دينه عليه بدينه على المحال عليه، لا وفائه به، كما ذكرناه في المعنى الثاني. لكن لم يتضح المنشأ لذلك، بل هو محتاج إلى عناية لا تناسب

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

فيشترط فيها رضاء الثلاثة (١)

الحوالة.

قال في جامع المقاصد: «ومما يدل على أن الحوالة استيفاء أنها لو كانت اعتياضاً وبيعاً لكانت بيع دين بدين، ولما جازت في النقود إلا مع التقابض قبل التفرق، ولوجب على المحيل تسليم ما أحال به، كما يجب على البايع تسليم ما أحال به، كما يجب على البايع تسليم المبيع، فلا يبرأ بمجرد الحوالة. وكل اللوازم باطلة. فظهر أن القول بأنها استيفاء أقوى». وقريب منه كلام غيره.

لكن هذه المحاذير قد تندفع لتخصيص عموم أدلتها بدليل تشريع الحوالة، لو لا ما ذكرناه آنفاً من عدم المنشأ لحمل الحوالة على المعاوضة، بل هو محتاج لعناية لا تناسبها ومن هنا ينحصر الأمر بالمعنيين الأولين.

نعم سوف نجري إن شاء الله تعالى بدواً على الوجه الأول، لمناسبته لتعريفهم للحوالة وللوجه العامة في التعرض لأحكامها وفروعها. وإذا اقتضى المقام التنبيه على الوجه الثاني، لم نغفل إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: المحيل والمحتمل - وهو الدائن - والمحال عليه.

أما اعتبار رضا المحيل فهو المعروف بين الأصحاب، ونفى الخلاف فيه في الرياض ومحكي مجمع البرهان، وادعي الإجماع عليه في الغنية والتذكرة والمسالك والروضة ومحكي المفاتيح والكفاية، وفي الجواهر أن الإجماع بقسميه عليه. واستدل عليه في كلام غير واحد بأن المدين مخير في جهات القضاء، فله أن يقضي من أي جهة شاء. ولعله إليه يرجع ما في الجواهر من أنه مقتضى أصول المذهب وقواعده.

ودعوى: أنه إنما يتجه لو أريد إلزامه بالوفاء بنحو الحوالة على حق له على المحال عليه إن كان مديناً، أو إشغال ذمته للمحال عليه بمثل ما حول عليه أو بمثل ما يؤديه.

أما لو أريد إبراء ذمته من الدين بتحمل المحال عليه له من دون أن يتحمل شيئاً، فلا ينهض ما سبق به، إذ لا إشكال في عدم توقف الإبراء على رضا المدين، وعدم منافاته لسلطنته عرفاً. وعليه يبتني عدم اعتبار رضا المضمون عنه في صحة الضمان على ما سبق.

مدفوعة بأنه لا يكون طرفاً في العقد حينئذٍ، لتقوم العقد مفهوماً بالتزام كل طرف من أطرافه بشيء على نفسه، والمفروض عندهم أن المحيل طرف في عقد الحوالة. وبذلك يظهر الإشكال فيما في المسالك من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء. قال: «والعبارة حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل». وقد سبقه إلى ذلك في التذكرة بناء على جوازه من دون جزم بالجواز.

إذ فيه: أن ذلك ليس من الحوالة المصطلحة في شيء، بل هو ضمان - كما في العروة الوثقى - وإن كان بصيغة الحوالة، لعدم اعتبار لفظ خاص فيه. ومن ذلك يظهر الإشكال أيضاً فيما يظهر من التذكرة من التوقف في صحة ذلك، بل يظهر من مفتاح الكرامة والجواهر المنع منها، لقصور أدلة الحوالة عنها، واختصاص عموم نفوذ العقود بالعقود المتعارفة.

لما تكرر منا من عموم النفوذ لجميع العقود ولو كانت مستحدثة، وقد تقدم أنه العمدة في عموم صحة الضمان الذي تقدم صدقه في المقام.

وأما اعتبار رضا المحتال فهو المعروف بين الأصحاب أيضاً، وما سبق من نفي الخلاف ودعوى الإجماع جار فيه، حتى الغنية، فإنه وإن لم يدع الإجماع صريحاً، إلا أن اقتصراره في نسبة الخلاف لداود ظاهر في ذلك.

والوجه فيه: أن نقل الدين من ذمة الأخرى تصرف فيه ينافي سلطنة الدائن على ماله، فلا بد من رضاه. نعم روى العامة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أحيل على مليء فليحتل» وساقه في التذكرة دليلاً لما عن أحمد وداود من عدم اعتبار رضا المحال.

لكنه - مع عدم روايته من طرفنا - قد يحمل - كما في الخلاف - على الاستحباب، لبيان عدم المبرر عرفاً لرد الحوالة فتحسن بملاك استحباب قضاء حاجة المؤمن، وهو المحيل في المقام. ولا سيما أنه لا يتضمن نفوذ الحوالة، بل الأمر بها وجوباً أو استحباباً. وأما اعتبار رضا المحال عليه فهو المعروف من مذهب الأصحاب أيضاً. وفي كلام غير واحد أنه المشهور. بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه. ويقتضيه أن انشغال ذمة المحال عليه بالدين مناف لسلطته على نفسه. فيتعين اعتبار رضاه إعمالاً لسلطته. وربما علل باختلاف الناس في الاقتضاء. ولا يخفى ضعفه، لأن لصاحب الحق الاقتضاء من دون اعتداء بأي وجه اتفق. والالتوقف ببيع الدين والتوكيل في اقتضائه على رضا المدين، ولا قائل بذلك. فالعمدة ما سبق.

ومال لعدم اعتبار رضاه في المختلف، بل جزم بذلك في المسالك والروضة وغيرهما، بل في التنقيح: « إن اعتبرنا شغل ذمته والحوالة بمثل ما عليه، فلا يعتبر رضاه قطعاً، إذ للشخص استيفاء ماله بنفسه أو بغيره... ». وقد حكاه في المختلف عن ظاهر المقنعة والنهائية في كلامهما لا يخلو عن غموض. كما حكاه في كشف الرموز والتنقيح عن التقي، وهو لا يناسب كلامه في الكافي.

وقد استدل عليه في المختلف بعموم نفوذ العقود وكأن مراده به عقد الحوالة بين المحيل والمحتال. وفيه: أن العموم المذكور يقصر عما إذا كان العقد منافياً لسلطنة الغير، كما في المقام بالتقريب المتقدم. بل يتعين إعمال الغير لسلطته برضاه بمضمون العقد، الراجع حقيقة لاشتراكه في العقد، فتكون أطرافه ثلاثة، فهو نظير ما إذا استأجر زيد عمراً على خياطة ثوب بكر.

ومثله ما سبق من التنقيح من أن للإنسان استيفاء ماله بنفسه أو بغيره. لظهور أن الاستيفاء إنما يكون في مثل الحوالة العرفية التي تقدم التعرض لها عند الكلام في مفهوم الحوالة، حيث يبقى دين المحيل في ذمة المحال عليه إلى أن يستوفيه المحتال للمحيل بمقتضى سلطته على ماله، ويكون به وفاء دين المحتال على المحيل.

أما الحوالة المصطلحة فهي لا تتضمن استيفاء دين المحيل على المحتال، بل إشغال ذمة المحال عليه بدين المحتال على المحيل، وهو - كما سبق - مناف لسلطنة المحال عليه على نفسه، ولذا يكون الوفاء من المحتال عليه وفاء لدين المحتال عليه، لا وفاء لدين المحيل عليه.

غاية الأمر أن التحويل المذكور حيث أوجب الخسارة على المحال عليه كان المحيل ضامناً لتلك الخسارة له، فينقص من دينه بالتهاتر. فالفرق بين الاستيفاء والمقام كالفرق بين الاستيفاء واقتراض الدائن من المدين، مع أنه لا إشكال في عدم سلطنة الدائن عليه إلا باذن المدين وإن كان له الاستيفاء كيف شاء.

نعم في المسالك: «مع أنا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل، بل هي إيفاء لما في ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه».

لكن عدم اقتضاء الحوالة النقل - وإن سبقه إليه في جامع المقاصد - لا يناسب ما ذكره هو رَبِّيُّ في تعريفها - تبعاً لغيره من الأصحاب - من أنها نقل الدين من ذمة المحيل لذمة المحال عليه، كما سبق.

على أن ذلك في الحقيقة يرجع للاختلاف في الموضوع، وهو المضمون العقدي المنشأ، لتفرع الأحكام عليه وهو راجع للحوالة بالمعنى الثاني الذي سبق منا التعرض له عند الكلام في تحديد الحوالة مفهوماً. فمع فرض قصده يتجه عدم اعتبار رضا المحال عليه، لعدم تضمنها التصرف في ذمة المحال عليه، بل في الدين الذي انشغلت به ذمته والذي هو ملك المحيل، وينفرد وحده بالسلطنة عليه، فيصح تنظيرها ببيع الدين حينئذٍ الذي لا إشكال عندهم في عدم اعتبار رضا المدين به.

بقي شيء. وهو أن ظاهرهم المفروغية عن أن المحال عليه إذا كان مديناً للمحيل يسقط من دينه عليه بمقدار ما حول عليه. ووجهه ظاهر بناء على المعنى الثاني للحوالة. إذ بعد ملك المحتال للمقدار المذكور وفاء عن دينه يتعين انشغال ذمة المحال عليه به له دون المحيل، كما لو بيع الدين. ولو أبرأه المحتال برئ من الدين،

بخلاف مالو أبرأه المحيل.

أما بناء على المعنى الأول الذي هو محل الكلام فهي لا تقتضي بنفسها براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل، إذ لا مانع من انشغال ذمته بالدينين لهما معاً. نعم حيث كانت الحوالة تبني على خسارة المحال عليه نتيجة انشغال ذمته بالدين، فمقتضى كون المحيل طرفاً في عقدها التزامه على نفسه بتحمل الخسارة المذكورة، لما سبق من توقف كون الشخص طرفاً في العقد على التزامه على نفسه بشيء. ويترتب على ذلك أن فراغ ذمة المحال عليه من دين المحيل، وانشغال ذمة المحيل للمحال عليه إذا كان بريئاً موقوفان على أداء المحال عليه لمال المحال به للمحتال وبمقدار ما أداه، لعين ما سبق في الضمان من أن ذلك مقتضى الوجه المتقدم. وأما ما يظهر من بعض الأعاظم رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في حاشيته على العروة الوثقى من عدم إمكان الالتزام بانشغال ذمة المحال عليه مع تمامية الحوالة بدين المحيل والمحتال معاً، وأن الأداء إنما يكون شرطاً في رجوع المحال عليه على المحيل في خصوص الحوالة على البريء، فكأنه ناش من التباس معنى الحوالة عنده بالمعنى الثاني. أما على الوجه الأول الذي هو محل الكلام - فهو غير ظاهر الوجه، إذ لا إشكال في إمكانه ذاتاً، ولا يتضح الوجه في امتناعه شرعاً. ولا سيما بعد عدم تعرض الأصحاب له صريحاً، ليحتمل قيام الإجماع عليه.

نعم يمكن اتفاق المحيل والمحال عليه - زائداً على أصل الحوالة بالمعنى الأول - على براءة ذمة المحال عليه إن كان مدينا من مقدار ما أحيل عليه به في مقابل تحمله لما أحيل به، وانشغال ذمة المحيل له إن كان بريئاً بالمقدار المذكور في مقابل ذلك. فينفذ ذلك لعموم نفوذ العقود والشروط. ويتعين حينئذٍ جواز المطالبة قبل وفاء الدين المحول به، وتمام مقداره، لا بخصوص ما يؤدي منه. لكنه يحتاج إلى عناية.

هذا كله بناء على أن منشأ ضمان المحيل للمحال عليه هو خسارة المحال عليه المترتبة على وفائه للدين كما سبق. أما بناء على أن منشأ انشغال ذمة المحال عليه

سواء كان المحال عليه مديناً أو بريئاً (١)،

بالدين، كما يظهر من العروة الوثقى وصرح به سيدنا المصنف عليه السلام هنا وفي الضمان، فالمتعين سقوط مقدار الدين المحال به من ذمة المحال عليه إذا كان مديناً بالتهاتر وانشغال ذمة المحيل له بمقداره إذا كان بريئاً بمجرد الحوالة، فله المطالبة به بتامه قبل أدائه للدين المحال به، كما هو مقتضى القاعدة، ولا يخرج عنها في الحوالة بعد اختصاص النصوص المخرجة عنها بالضمان. وعليه جرى في العروة الوثقى، وأقره بعض محشيها، وأصر عليه سيدنا المصنف عليه السلام. فراجع.

(١) يظهر الوجه في المدين مما سبق، وهو محل الخلاف بينهم، كما يظهر مما سبق في استدلالهم لعدم اعتبار رضاه. أما في البريء فلا خلاف ظاهراً في اعتبار رضاه، وفي التنقيح وجامع المقاصد أنه يعتبر قطعاً. والوجه فيه أن إنشغال ذمته مع فراغها مخالف لسلطنته على نفسه.

هذا وظاهر سيدنا المصنف عليه السلام المفروغية عن صحة الحوالة على البريء، كما صرح به في أكثر من موضع من المبسوط، وفي الخلاف والغنية والسرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها، ونفى في السرائر الخلاف فيه.

واستدل عليه بإطلاق النصوص الآتية إن شاء الله تعالى المتضمنة عدم رجوع المحتال على المحيل إذا لم يكن المحال عليه قد أفلس قبل الحوالة.

وفيه: أنها غير واردة في مقام تشريع الحوالة، ليكون لها إطلاق في ذلك، بل لبيان بعض أحكامها بعد الفراغ عن مشروعيتها، من دون إطلاق لها في المشروعية.

ومثله ما في الجواهر من الاستدلال عليه بالسيرة، سواء أريد بها سيرة العقلاء - كما يظهر من بعض مشايخنا عليهم السلام - أم سيرة المتشركة. لعدم وضوح شيوع الحوالة المصطلحة، فضلاً عن عمومها للمقام، بل الشايع هو الحوالة العرفية غير المبنية على نقل الدين لذمة المحال عليه.

فالعمدة في المقام عموم نفوذ العقود الذي استدلل به غير واحد في المقام.

أو كانت الحوالة بالجنس أو بغير الجنس (١).

وبذلك يظهر ضعف ما في آخر كتاب الحوالة من المبسوط من اشتراط انشغال ذمة المحال عليه للمحيل بدين، وحكاه في الإيضاح عن القاضي وابن حمزة، ولم نعثر على تصريح لهما بذلك.

نعم ذكر في الوسيلة أنه لا بد من اتفاق الحقين في النوع والجنس، وهو فرع ثبوت الحق على المحال عليه. ولكن ذكر ذلك أيضاً من صرح بجواز الحوالة على البريء. ومن ثم قد يبدو التدافع في كلماتهم.

إلا أن يريدوا باشتراط التساوي بين الحقين في النوع والجنس ما إذا ابنت الحوالة على وفاء المحال عليه مما عليه للمحيل، فلا ينافي صحة الحوالة على البريء، لعدم ابتنائها على ذلك.

(١) يعني: بغير جنس ما للمحيل على المحال عليه، كما لو كان له عليه ذنانير فأحال عليه بدراهم. أما إذا كانت بالجنس فلما سبق، وهو مورد خلافهم المتقدم. وأما مع اختلاف الجنس فلا خلاف ظاهراً في اعتبار رضاه، وفي التنقيح أنه يعتبر قطعاً. ولا ينبغي الإشكال في ذلك، لأن انشغال ذمته بغير ما انشغلت به أولاً، ولزوم الوفاء بغير ما انشغلت به ذمته سابقاً مخالف لسلطنته على نفسه قطعاً.

نعم لو اشترط المحيل على المحتال الاستيفاء بجنس ما انشغلت به ذمة المحال عليه جرى فيه ما سبق مع اتحاد الجنس.

هذا وظاهر سيدنا المصنف رحمته المفروغية عن صحة الحوالة بغير الجنس، كما قواه في موضع من المبسوط وفي التذكرة والتحرير والمختلف واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. ويقتضيه عموم نفوذ العقود. وتردد فيه في الشرايع وظاهر القواعد، بل مقتضى ما في النافع من أن الحوالة هي تحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله المنع منه. وهو مقتضى اعتبار اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة في أوائل كتاب الحوالة من المبسوط، ونحوه ما تقدم من الوسيلة وما في الغنية وعن القاضي.

ولا يجب قبولها (١). ومعه (٢) تلزم (٣) ويبرأ المحيل، ويتنقل المال إلى ذمة المحال عليه (٤).

قال في المبسوط: «وإنما اشترطنا اتفاق الحقين، لأننا لو لم نراعه أدى إلى أن يلزم [يلزمه] المحال عليه أداء الحق من غير الجنس الذي عليه ومن غير نوعه وعلى غير صفته، وذلك لا يجوز».

وفيه أولاً: أن هذا إنما يتجه إذا ابتنت الحوالة على وفاء المحال عليه دين المحتال من دين المحيل، كما في الحوالة بالمعنى الثاني، أو بالمعنى الأول إذا اشترط ذلك زائداً على الحوالة وهو غير مفروض في محل الكلام. أما الحوالة بمجرد ما فهي لا تقتضي إلا إنشغال ذمة المحال عليه بدين المحتال المقتضي لوفائه من جنسه.

وثانياً: أن إلزام المدين بالوفاء من غير الجنس إنما لا يجوز اعتباراً، ولا مانع منه تبعاً لعقد آخر ألزم نفسه به، كما هو المفروض في المقام، حيث لا إشكال عندهم في اعتبار رضاه بالحوالة، وكونه طرفاً في عقدها. ومن هنا لا يخرج عن عموم نفوذ العقود.

(١) الظاهر أنه إشارة إلى ما سبق عند الكلام في اشتراط رضا المحتال إلى ما عن داود من وجوب قبولها عليه إذا كان المحال عليه ملياً. وتقدم الاستدلال عليه ودفعه.

(٢) يعني مع رضا الثلاثة حتى تمت الحوالة.

(٣) لعل الأولى أن يقول: «ومعه تصح». لأنه سيأتي منه تتبع ذكر معيار اللزوم. وكيف كان فلا خلاف ولا إشكال في الصحة واللزوم ولو في الجملة. لعموم نفوذ العقود ولزومها للمستفادين من عموم وجوب الوفاء بالعقود. كما أن اللزوم مقتضى الاستصحاب، إذ بعد نفوذ العقد وترتب الأثر عليه فارتفاع مضمونه بالفسخ من أحد الأطراف مخالف للاستصحاب. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله.

(٤) لما سبق من أن الحوالة عندنا ناقلة، ونفى الخلاف فيه إلا من زفر في الغنية،

وصرح بالإجماع عليه في المبسوط والتذكرة والمسالك، وفي الخلاف: «وبه قال جميع الفقهاء إلا زفر بن الهذيل» وقريب منه في السرائر.

وهو الذي يتضمنه المضمون المنشأ في الحوالة، لأنها من التحويل، ومتعلقها الدين، لا الوفاء كما هو مفاد الحوالة العرفية.

مضافاً إلى النصوص، كصحيح أبي أيوب: «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(١)، ونحوه موثق منصور بن حازم^(٢)، وخبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا»^(٣).

هذا وقد اشترط في النهاية في براءة ذمة المحيل وعدم جواز رجوع المحتال عليه زائداً على قبول المحتال الحوالة إبراءه للمحيل، فإن لم يبرئه كان له الرجوع على المحيل ووافقه على ذلك في الوسيلة والكافي، وهو ظاهر المقنعة، وقد يظهر من التنقيح، وحكاها في المختلف عن ابن الجنيد والقاضي. وظاهر القواعد التردد، بل ظاهر المبسوط والخلاف وغيرهما عدم توقفه على ذلك، لعدم التعرض فيها للشرط المذكور. بل صرح بعدمه في السرائر والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة، وشروحها وغيرها، وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك أنه المشهور.

ويشهد للأول صحيح زرارة عن أحدهما عليه السلام: «عن الرجل يحيل الرجل بهال كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك. فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه. وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^(٤).
لكن من الظاهر منافاة الصحيح المذكور للنصوص السابقة بدواً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

ولزمه إن كان ملياً (١)

ولا يتم الاستدلال به إلا بدعوى تقييده لها. وهو بعيد، لظهوره في ترتب البراءة وعدم جواز الرجوع على الإبراء، وظهورها في ترتبه على الحوالة بنفسها، وهما متباينان، وليس أحدهما من شؤون الآخر وحالاته، لتكون النسبة بينهما الإطلاق والتقييد.

ومثله حمل الصحيح على ما إذا كان المحال عليه معسراً، حيث يأتي أن للمحتال الرجوع، ويكون المراد بالصحيح أنه ليس له الرجوع مع الاعسار إذا هو أبرأ المحيل حينئذٍ إذ فيه أنه جمع تبرعي لا يخلو في نفسه عن تكلف. ولعله لذا حمل غير واحد الإبراء في الصحيح على قبول الحوالة. لكنه بعيد أيضاً، بل متكلف جداً.

ولعل الأقرب حمل الصحيح على بيان نوع الحوالة، وأنها إن كانت حوالة في الوفاء - كما سبق أنه المراد بالحوالة العرفية - جاز له الرجوع على المحيل. وإن كانت في نفس الدين بحيث تبثني على نقله لذمة المحال عليه وبراءة ذمة المحيل منه التي هي الحوالة المصطلحة لزمته ولم يجز له الرجوع عليه.

فإن تم هذا الوجه وإلا كان الصحيح من المشكل، كما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله، لأن الحوالة المصطلحة من دون إبراء إن صحت فلا موضوع معها للإبراء، لأنها بنفسها تقتضي براءة ذمة المحيل، وإن لم تصح لم يجز الرجوع على المحال عليه، مع أنه لا إشكال في جواز الرجوع عليه عندهم، ويناسبه ما تضمنه الصحيح من أن له الرجوع على المحيل من دون أن يتضمن انحصار الرجوع به.

ومن هنا لا مجال لاعتبار الإبراء زائداً على الحوالة المصطلحة أو نحوها مما يقتضي ملكية المحتال للدين في ذمة المحال عليه.

(١) كما هو المتيقن من معاهد الاجماع الآتية. ويقتضيه - مضافاً إلى عموم نفوذ العقود - صحيح أبي أيوب وموثق منصور بن حازم وخبر جعفر بن عقبة المتقدمة.

أو علم بإعساره (١)، وإفله الفسخ (٢).

ومقتضى إطلاق الأولين وصريح الثالث عدم ثبوت الخيار له لو تجدد الاعسار بعد الحوالة. وبه صرح غير واحد، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، كما صرح به بعضهم. (١) كما صرح به جمهور الأصحاب. نعم مقتضى ما في الغنية من نفي الخلاف في اعتبار ملاءة المحال عليه وما في الخلاف من دعوى الإجماع على ذلك عدم لزوم الحوالة حينئذٍ، بل عدم صحتها.

لكن لا يبعد حمل ذلك منهم على صورة الجهل بالإعسار، لقضاء المناسبات الارتكازية بأن اعتبارهم للملاءة ليس تعبيرياً، بل للإرفاق بالمحتال، فلا يشمل صورة علمه الحال. وإلى ذلك يرجع ما في الغنية بعد نفي الخلاف المتقدم من أنه لو رضي المحتال بعدم ملاءته جاز، لأنه صاحب الحق.

وكيف كان فيقتضيه عموم نفوذ العقود. وأما صحيح أبي أيوب وموثق منصور بن حازم فهما لم يتضمنا بطلان الحوالة مع الإفلاس، بل جواز الرجوع معه، والمناسبات الارتكازية تقتضي بأن مرجع جوازه إلى ثبوت حق الخيار له إرفاقاً به، فيقصر عما إذا أقدم معه على الحوالة راضياً به.

كما يقصر عما إذا رضي به بعد الحوالة وبعد العلم به. وإن لم أعر عاجلاً على من ذكره.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب وإن كان مقتضى الجمود على كلام بعضهم بطلانها حينئذٍ، بل ظاهر السرائر الإجماع عليه. لكن لا يبعد كون مرادهم عدم لزومها وثبوت الخيار للمحتال حينئذٍ. وهو الذي يظهر من التذكرة الإجماع عليه.

ويناسبه ما سبق من قضاء المناسبات الارتكازية بأن يبتني على الإرفاق بالمحتال، ويكفي في ذلك ثبوت الخيار له.

ويقتضيه حديثاً أبي أيوب ومنصور المتضمنان أن له الرجوع غير المنافي لصحة الحوالة، التي هي تقتضي الإطلاق المقامي لبعض نصوص الحوالة. بل قد يستفاد من

الصحيحين بضميمة ما سبق من قضاء المناسبات الارتكازية بأن الرجوع للإرفاق بالمحتال غير المنافي للصحة، فإن عدم التنبيه فيهما مع ذلك للبطلان قد يظهر في عدمه. وأما دليل نفوذ العقود فلا مجال للاستدلال به، لظهوره في لزومها ووجوب الوفاء بها ومنه يستفاد تبعاً صحتها وترتب الأثر عليها، فمع فرض عدم لزوم العقد لا مجال لاستفادة صحته منها.

بقي في المقام أمور الأول: أن مقتضى إطلاق الصحيحين عدم ارتفاع الخيار بتجدد اليسار بعد الحوالة قبل الفسخ. كما هو مقتضى إطلاق غير واحد وصریح جامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها.

وتوقف في التذكرة والقواعد ومحكي الحواشي، بل مال لا ارتفاع الخيار في مفتاح الكرامة، لارتفاع علته، وهي الضرر، وليس هو حكمة كي لا يدور الخيار مداره وجوداً وعدمًا.

لكن ذلك يحتاج إلى دليل مخرج عن الإطلاق، وهو مفقود. ومثله ما إذا حضر المحال عليه للاقتراض وتيسر له ذلك، أو كان هناك متبرع عنه بالوفاء. وما احتمله في العروة الوثقى من انصراف إطلاق الحديثين عن ذلك غير ظاهر.

نعم قد يتجه ذلك إذا ابتنى وضعه المعاملي على ذلك، بحيث لا يتميز حال واجديته عن حال إفلاسه في مقام العمل، كما قد يكون في بعض الصيارفة والبنوك التي شاعت في عصورنا، بحيث يكون قبول التحويل عليه مبنياً على ذلك.

الثاني: صرح غير واحد بأن الخيار في المقام ليس فورياً. لإطلاق صحيح أبي أيوب وموثق منصور.

ودعوى. أنه لا إطلاق لهما، لأن مقتضى الاستثناء ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى، وحيث كان حكم المستثنى منه عموم عدم جواز الرجوع فنقيضه جواز الرجوع في الجملة، لا مطلقاً، نظير قولهم عليه السلام: «إذا كان الماء قد كر لم ينجسه شيء»^(١)،

(١) وسائل الشيعة: حديث: ٢: باب: ٩: من أبواب الماء المطلق ج ١.

عدم اعتبار البلوغ وكمال العقل في جميع ما يعتبر رضاه..... ٢٧٥

وقولهم عَلَيْهِ السَّلَامُ: « لا صلاة إلا بطهور»^(١).

مدفوعة بأن ذلك وإن كان هو مقتضى الاستثناء في نفسه، إلا أنه لا بد من حمله على العموم في المقام، لأن السؤال في الحديثين لما كان عن جواز الرجوع، فلو كان المراد من الجواب جواز الرجوع في الجملة لم يصلح لأن يترتب عليه العمل. وهذا بخلاف الحديثين الآخرين فإن الأول منها وارد لبيان عاصمية الكرية للماء من دون تعرض لحكم عملي مع عدمها. والثاني وارد لبيان شرطية الطهارة للصلاة من دون نظر لبيان حكم عملي مع عدمها.

الثالث: خص في المراسم المعيار في رجوع المحتال على المحيل وعدمه بأخذ بعض المال المحال به وعدمه، فمع أخذه لا رجوع، ومع عدمه له الرجوع. ولم يظهر لنا عاجلاً موافق له. كما لا دليل على ذلك، بل ما سبق شاهد بطلانه. ومن ثم رماه في الجواهر بالشذوذ ووضوح الضعف.

هذا وقد أهمل سيدنا المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بعض الشروط أو الفروع التي ذكرها الأصحاب، لوضوحها، أو لعدم ذهابه إليها، أو اختصاراً. وربما ظهر حال بعضها ما سبق، كما يأتي منه التعرض لبعضها. ويحسن بنا التعرض لبعض ما لم يتعرض له. الأول: لا ريب في اعتبار البلوغ وكمال العقل الذي يتوقف عليه الرشد في جميع من يعتبر رضاه ممن تقدم التعرض له إذ لا أمر له بدون ذلك على ما تقدم في كتاب الحجر. وكذا عدم السفه المالي في المحتال، لابتناء الحوالة على التصرف في ماله، وهو الدين الذي له في ذمة المحيل. بل وكذا عدم الفلوس بناءً على ما عليه جمهور الأصحاب من الحَجْر عليه في المال مطلقاً. أما بناء على ما سبق منا من عدمه منعه إلا مما يضر بهاله، فيجري ذلك في الحوالة، كما لو احتال على الواجد المماطل.

ويجري ذلك في المحيل إذا كانت الحوالة على المدين وابتنت بنفسها على نقص دينه على المحال عليه، كما هو ظاهر الأصحاب في الحوالة المصطلحة، وخصصناه

(١) وسائل الشيعة: حديث: ١: باب: ١: من أبواب الماء المطلق ج ١.

بالحوالة المبتنية على وفاء دين المحتال بالدين الذي له على المحال عليه، على ما سبق التعرض له عند الكلام في اعتبار رضا المحال عليه وفي اعتبار إبراء المحتال للمحيل في صحة الحوالة. وكذا إذا لم تبتن على ذلك، لكن ابنتت على رجوع المحال عليه على المحيل.

أما إذا لم تبتن على ذلك أيضاً فلا يعتبر فيه عدم السفه ابتنائها حينئذٍ على التصرف في المال، كما لعله ظاهر.

وأما المحول عليه في مورد اعتبار رضاه فلا إشكال في اعتبار خلوه عن السفه المالي بل حتى الفلاس إذا ابنتت التحويل عليه على المبادرة بالوفاء، مطلقاً أو إذا كان مضرراً بالمال على الخلاف المتقدم في حكم الفلاس. لأنه يبتني على التصرف المالي. أما إذا لم يبتن على المبادرة بالوفاء فلا مانع من التحويل عليه، كما لو اقترض حال الفلاس. فلا حظ.

الثاني: يشترط في الحوالة ثبوت الدين في ذمة المحيل، كما في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها، وفي التحرير أنه لو أحاله بها يثبت عليه في المستقبل لم يصح إجماعاً.

ولا ينبغي الإشكال فيه، إذ لا موضوع للحوالة - بأي معنى فرض - بدون ذلك، ومن هنا كان عدم ذكر غير واحد له لأنه مستغنى عنه.

نعم يتحقق موضوعها إذا كان التحويل بها لم يثبت معلقاً على ثبوته. لكن لا مجال لصحته للإجماع على مبطلية التعليق في العقود والإيقاعات إلا ما استثني كالوصية التملیكة والتدبير.

ومنه يظهر ضعف في العروة الوثقى من أنه لا يبعد كفاية حصول السبب كمال الجعالة قبل الفعل للمجعول عليه. قال: «بل لا يبعد الصحة إذا قال: أقرضني وخذ عوضه من زيد».

إلا أن يرجع إلى الحوالة العرفية التي أشرنا إليها في أول الكلام في الحوالة، والتي

هل يشترط العلم بقدر الدين؟ ٢٧٧

ترجع إلى توكيل المحول عليه في الوفاء، عن المحيل وتوكيل المحتال في الاستيفاء منه. وذلك ظاهر المثال الذي ذكره.

هذا وقد جعل في القواعد الشرط لزوم الدين أو كونه آيلاً إلى اللزوم. ولم يتضح الوجه في اعتبار اللزوم ولو بنحو الأول، بل الوجه المتقدم لا يقتضي إلا اعتبار الثبوت في الذمة.

وأشكل من ذلك ما في المبسوط من اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل ديناً لازماً عليه له. قال في فروع الحوالة على المكاتب: «وإن كان الدين لمولاه عليه من مال الكتابة، فأحال به عليه رجلاً له عليه دين لم يصح الحوالة، لأن مال الكتابة ليس بدين ثابت، لأن للمكاتب إسقاطه بالتعجيز، ولا يجبر عليه».

فإنه لو تم عدم إجباره عليه وجواز تعجيزه نفسه، إلا أن اعتبار لزوم الدين المحول عليه في صحة الحوالة غير ظاهر المنشأ بعد تحقق موضوع الحوالة. مع أنه يبتني على أن موضوع الحوالة ليس هو ذمة المحال عليه، بل الدين الذي عليه للمحيل وهو راجع للمعنى الثاني للحوالة الذي تقدم التعرض له.

الثالث: صرح باشتراط العلم بقدر الدين في الخلاف والشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها، وقد يظهر من المبسوط. وفي التحرير: «فلا تصح الحوالة بالمجهول إجماعاً».

ولا إشكال فيه لو أريد به ما يقابل المردد الذي لا تعين له واقعاً، كما لو أحاله بأحد الدينين من دون تعيين له، أو بهال من دون إرادة الإطلاق بنحو يكفي فيه المسمى. لما تكرر منا من عدم وجود للمردد صالح لأن يكون موضوعاً للاستحقاق. أما لو أريد به المعين واقعاً المجهول حين الحوالة فلا يتضح الوجه فيه. ولا سيما مع إمكان معرفته بعد الحوالة. بل هو مطلقاً لا يناسب ما سبق من جماعة من عدم اعتبار العلم بمقدار المال في الضمان، مع أنه يشبه المقام.

قال في التذكرة: «لأنها إما اعتياض فلا تصح على المجهول، كما لا يصح بيعه،

وإما استيفاء، وإنما يمكن استيفاء المعلوم، أما المجهول فلا. ولا شتماله على الغرر»
 وفيه: أنها ليست اعتياضياً قطعاً، بل ولا استيفاء بناء على المعنى الأول لها الذي
 ذكرنا أنه مقتضى تعريفهم لها، بل هي نقل الدين من ذمة لأخرى كالضمان. وأما على
 المعنى الثاني فهي بنفسها استيفاء للدين على ما هو عليه قليلاً كان أو كثيراً معلوماً أو
 مجهولاً، لا أنها تقتضي الاستيفاء، ليتوهم تعذر استيفاء المجهول.
 نعم تقتضي الاستيفاء من المحول عليه، كسائر موارد الاستيفاء للدين، واللازم
 مع الجهل بالمقدار الرجوع فيه للقاعدة.

وأما الاستدلال بالغرر ففيه. أولاً: أنه تكرر منا المنع من عموم مانعية الغرر.
 وثانياً: أنه لا غرر مع كون المحال عليه مديناً، لا في حق المحيل، لأنه يستبدل ديناً
 بدين مثله، ولا في حق المحال عليه، لأن عليه وفاء ما عليه مهما كان قدره، ولا في حق
 المحتال، لأن له أن يستوفي دينه على ما هو عليه.
 نعم لو لم يكن المحال عليه مديناً فقد يلزم الغرر في حقه بلحاظ أنه لا يعلم
 بمقدار ما يلزم نفسه به.

ولعله لذا احتمل في التذكرة والمسالك ومحكي مجمع البرهان الصحة. وقد
 تقدم في الضمان بعض الفروع المتعلقة بالأداء مع الجهالة. والظاهر جريانها في المقام،
 لأنها من باب واحد.

الرابع: تقدم في كتاب الدين أنه يجوز اقتراض ما يمكن ضبطه في الجملة وإن لم
 يكن مثلياً. ومقتضى إطلاقهم، بل صريح غير واحد منهم، جواز الحوالة فيه. وخصه
 في الوسيلة بالمثلي، ونسبه غير واحد لموضع من المبسوط، لكن ظاهر بقية كلامه في
 الموضع المذكور التوقف، بل صرح في كلام له بعد ذلك بأنه لا يمتنع القول بالصحة
 فيه.

وكيف كان فلا يتضح الوجه في المنع، إذ بعد إمكان اقتراضه فالحوالة من سنخ
 القرض، فيكون مقتضى عموم نفوذ العقود الصحة.

بل في التذكرة: «ولو كان المال مما لا يصح السلم فيه ففي جواز الحوالة به إشكال أقربه الجواز، لأن الواجب في الذمة حينئذ القيمة، وتلك العين لا تثبت في الذمة، فلا تقع الحوالة بها ولا بمثلها، لعدمه، بل بالقيمة». وهو مقتضى إطلاق غيره. وحتى لو قلنا بانشغال الذمة بالعين أو بمثلها في مثل الاتلاف، وأن دفع القيمة لانحصار الوفاء بها - وعليه يبتني وجوب قيمة زمان الوفاء - فلا مانع من التحويل بها، إذ كما يمكن انشغال ذمة المحيل بهما يمكن انشغال ذمة المحال عليه، فتصح الحوالة حينئذ. وعموم نفوذ العقود، وإن لم تكن من الحوالة المصطلحة، لأن موضوعها بمقتضى تعريفهم لها هو الدين، وهو لا يصدق عرفاً على ذلك.

وأظهر من ذلك الحوالة بالعمل، بأن يكون المحيل هو الأجير مثلاً، حيث صرح بجوازها في الجواهر وغيره. إذ لا إشكال في كونه ديناً، فيشملة تعريفهم للحوالة. ومجرد عدم ذكرهم له بخصوصه غير ضائر بعد ذلك، وبعد عموم أدلة نفوذ العقود.

(الخامس): تقدم لزوم عقد الحوالة مع يسار المحال عليه أو علم المحتال بإعساره. ولكن الظاهر جواز اشتراط الخيار فيه لكل من أطراف العقد، كما صرح به غير واحد، لعموم نفوذ الشرط. ودعوى: أنه ينافي في إطلاق النصوص السابقة المتضمنة لعدم الرجوع مع عدم إعسار المحول عليه.

مدفوعة بظهور النصوص المذكورة في بيان الحوالة في نفسها، فلا تنافي جوازها بالشرط بعد ما سبق منا في خيار الشرط من كتاب البيع بأن الاستفادة عرفاً من أدلة نفوذ العقود ولزومها في كون لزومها حقياً. وهو المناسب لما سبق هنا من حمل جواز الرجوع مع الإعسار على كونه حقاً للمحتال، حيث يناسب ذلك كون لزوم الحوالة حقياً، فيكون اشتراط الرجوع تصرفاً من المشروط عليه في حقه الذي هو تحت سلطنته، كما في سائر موارد اللزوم الحقيقي.

ولو طالب المحال عليه بما أداه فادعى المحيل ثبوته في ذمته فالقول قول المحال عليه (١) مع يمينه.

ومن ذلك يظهر جواز التقايل بالاتفاق بين أطراف العقد على ما ذكرناه في سائر العقود التي يكون لزومها حقياً.

كما يظهر جواز غير الخيار من الشروط. لعموم نفوذ الشروط، مثل ما لو كان الدين حالاً فأحاله بشرط التأجيل أو مؤجلاً فأحاله بشرط التعجيل، كما صرح به في التذكرة، إذ كما يجوز ذلك بين المدنين برضاهما يجوز اشتراطهما له في الحوالة المفروض اعتبار رضا الثلاثة فيها.

بل يجوز اشتراط المحتال الزيادة، كما لو كان دينه عشرة فاشترط في الحوالة أن يكون له على عليه أحد عشر.

لأن المنع من اشتراط الزيادة في الدين يختص بالشرط في ضمن عقد الدين أو في مقابل تأجيله، ولا دليل على المنع منه في الحوالة به، بل مقتضى عموم نفوذ الشروط نفوذه. غايته أن الزيادة تكون خارجة عن الدين المحال به، لامتناع زيادته في نفسه، وتكون مستحقة بنفس الحوالة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغير واحد من شروحيها واللمعتين وغيرها. لأصالة براءة ذمة المحال عليه، بل استصحابها، فلا موضوع لسقوط ضمان ما أداه بالتهاتر.

ودعوى: ظهور الحوالة على الشخص في انشغال ذمته للمحيل بمثل ما حول عليه. مدفوعة بعدم وضوح منشأ الظهور في ذلك بعد ما سبق من صحة الحوالة على البريء، كما هو المعروف بين الأصحاب. ولو سلم الظهور المذكور فلم يتضح حجتيه بحيث يخرج به عن الأصل المتقدم. وإلا لزم البناء على انشغال ذمة الشخص لمن استأذنه في التحويل عليه فأذن له، وإن لم يفعل، لاشتراكه مع المقام في منشأ الظهور المذكور، ولا يظن منهم البناء على ذلك. فلا مخرج عن الأصل.

ولو أحال المشتري بالثمن (١)، أو أحال البائع أجنياً (٢) ثم فسخ البيع (٣) لم تبطل الحوالة (٤) على الأقوى

هذا وقد أطال غير واحد في الحكم بناء على عدم صحة الحوالة على البريء. وحيث كان ذلك خارجاً عن الابتلاء، ويبتني الكلام فيه على تحديد معنى الحوالة حيثئذ، فالأولى عدم صرف الوقت فيه.

(١) يعني: أحال المشتري البائع بثمان المبيع الذي له في ذمته على غيره.

(٢) يعني: أحال البائع أجنياً على المشتري بلحاظ كونه مديناً له بالثمن.

(٣) فرض في المبسوط وغير واحد ممن بعده الكلام في فسخ البيع بخيار العيب، ولكن ملاك الكلام في المسألة يعم مطلق الفسخ ولو بالإقالة، كما نبه له في المسالك وغيره. بل يعم حتى فسخ غير البيع كالإجارة، كما يظهر مما يأتي إن شاء الله تعالى.

(٤) أما في إحالة المشتري البائع بالثمن فهو الذي صرح به في الجواهر والعروة الوثقى وغير واحد من شراعيها ومحشيها. ولازم ذلك رجوع البائع بعد الفسخ بالدين الذي حول به على المحال عليه، وللمشتري مطالبة البائع بالثمن.

وجزم في المبسوط ببطلان الحوالة، وأن البائع لا يرجع بالمال المحال به، ولا يطالبه البائع بشيء، وعن شرح الإرشاد للفخر أن البطلان أولى، وعن مجمع البرهان أنه أقوى، وتردد في الشرايع والإرشاد والتحرير من دون تعرض لمنشأ التردد. وهو ظاهر المسالك أيضاً، لكن مع تعرضه لمباني المسألة الآتية.

واستدل في المبسوط للبطلان بأن الحوالة تابعة للبيع، فإذا بطل بطلت.

ورده في الجواهر وغيره بأنها تابعة للبيع حدوثاً، لتحقق موضوعها - وهو الدين - به، ومع تحقق موضوعها تصح، ولا وجه لبطلانها بفسخه، بل مقتضى العمومات صحتها، كما لو تصرف المشتري في المبيع ببيع أو غيره أو تصرف البائع في الثمن كذلك، ثم انفسخ البيع. حيث لا وجه لبطلان التصرف بعد صحته، بل يتعين

في المقام ضمان البايع الثمن المحول به بدفع بدله له.

لكن ما ذكره وإنما يتجه إذا كان التصرف الطارئ منافياً لرجوع المال الذي هو طرف العقد المنفسخ لحاله الذي كان عليه قبل جريان ذلك العقد، حيث يكون دليل صحة العقد الطارئ حتى بعد فسخ العقد الأول مانعاً من رجوع المال إلى حاله. فيلزم الرجوع بالبدل.

أما في المقام فالمفروض أن الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه من دون تبدل في الدين نفسه. وعليه فالمحال عليه في المقام مدين للبايع بالثمن نفسه كما كان المشتري مديناً له به، فإذا فسخ البيع ورجع المبيع للبايع، فلو بقي المحال عليه مديناً له بالثمن لزم الجمع بين الثمن والمثل للبايع، ومن الظاهر امتناع ذلك ومنافاته للفسخ، فيتعين خروج الثمن عن ملك البايع وبرائة ذمة المحال عليه منه، وهو راجع إلى بطلان الحوالة. كما نبه لذلك سيدنا المصنف رحمته. وإن كان ذلك لا يناسب فتواه هنا. وقد تقدم منا ما يناسبه عند الكلام في ضمان الدين غير اللازم لو تحقق الفسخ.

ثم إنه قد سبق منا عند تعريف الحوالة ذكر معنى آخر لها يختص بها إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل، وهو تمليك المحال المحتال ما يقابل دينه على المحال عليه وفاء عن دين المحتال على المحيل.

ومن الظاهر أنه على ذلك يتعين خروج الدين المذكور عن ملك المحتال بالفسخ ورجوعه إلى ملك المحيل كما لو وفاه بنقد، لعين ما سبق من امتناع اجتماع الثمن والمثل للمشتري بعد الفسخ، وهو راجع إلى بطلان الحوالة أيضاً.

هذا وقد بنى الكلام في المسألة على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض في التذكرة والقواعد ومحكي غاية المراد من دون جزم بأحد الوجهين، وكذا في الإيضاح وجامع المقاصد، لكن مع تقوية أنها استيفاء.

فإن كان مرادهم بالاستيفاء ما ذكرناه من المعنى الثاني للحوالة فابتناء البطلان

لوائح المشتري أو البائع ثم فسخ البيع ٢٨٣

عليه في محله. إلا أنه لا يناسب تعريفهم للحوالة بأنها نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، كما سبق. وإن كان مرادهم معنى آخر فلا يبيسر معرفته ليتضح وجه الابتناء عليه.

أما الاعتياض فابتناء عدم البطلان عليه وجيه أيضاً. إلا أنه لا مجال لاحتماله، لعدم المنشأ له، واحتياجه لعناية خاصة بعيدة عن قصد الأطراف، كما تقدم. وقد أطال الأصحاب في المقام بما لا مجال لمتابعتهم فيه بعد ما ذكرنا. ومنه سبحانه نستمد العون والتسديد.

هذا وفي المبسوط بعد ما سبق: «هذا إذا كان المحتال لم يقبض المال، أما إذا قبضه فهو مال في يد البائع للمشتري فله أن يسترجعه منه، وقد برئ المحال عليه بالدفع إلى المحتال، لأنه قبض بإذنه»، وذكر نحو ذلك غير واحد ممن تأخر عنه بناء على بطلان الحوالة، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده بين من تعرض له». وعالله سيدنا المصنف رحمته بأنه الثمن فيرد للمشتري بالفسخ.

ومن ثم ذكر رحمته أن مرجع ذلك للتفصيل في بطلان الحوالة بين قبض المشتري الثمن من المحال عليه وعدمه، فتبطل في الثاني، وتصح في الأول وهو مخالف لإطلاقه هنا عدم البطلان.

لكن لم يتضح الوجه في كونه للمشتري بعد عدم كونه بعينه ثمناً، ولا وفاء من المشتري للثمن، وإنما هو وفاء من المحال عليه لدينه الذي صار عليه بالحوالة. وحيث كان مقتضى الفسخ خروج الدين الذي حول به عن ملك البائع المحتال تعين إرجاعه للمحال عليه، كما نبه له في الجواهر.

نظير ما لو باع زيد عمراً بثمن في الذمة، وبعد أن وفاه فسخ البيع، حيث يتعين إرجاع الثمن لعمرو، لأن الفسخ اقتضى سقوط الثمن عن ذمة عمرو، فيرجع وفاؤه له.

نعم يتجه إرجاع المشتري الثمن الذي قبضه للبائع إذا كان البائع قد عوض

المحال عليه عما دفعه، للمشتري، لأنه بتعويضه له عن خسارته يملك بدل ما خسره بعد الفسخ. وكذا على المعنى الثاني للحوالة الراجع لتحويل المحيل على الدين الذي له على المحال عليه لا على ذمته، حيث يكون المحال قد قبض جزءاً من الذي للمحيل ثمناً عن المبيع، فمع فسخ البيع يتعين رجوعه للمالكه وهو المحيل.

هذا كله في إحالة البايع المشتري بالثمن. أما لو أحال البايع على المشتري غريباً له، فالمعروف بينهم عدم بطلان الحوالة بفسخ البيع، ونفى في المبسوط الخلاف فيه، وظاهره حتى من العامة، وعن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه.

وعلله في المبسوط وغيره بأنه قد تعلق بالمال حق لغير المتعاقدين. وهو كما ترى لا ينهض بنفسه دليلاً. ومثله ما في الإيضاح من الاستدلال عليه بالإجماع الذي نقله الشيخ، لحجية الاجماع المنقول بخبر الواحد. لعدم وضوح حجية مثل هذا الإجماع في نفسه لو كان معلوماً بعد احتمال استناده لبعض الوجوه الاجتهادية، ومنها ما سبق، فضلاً عما إذا ثبت بخبر الواحد.

فالعمدة في المقام: أنه لا مجال لاحتمال البطلان بناء على ما سبق من صحة الحوالة على البريء، فلا تكون براءة ذمة المشتري من الثمن بالفسخ مانعة من صحة الحوالة حين وقوعها، فضلاً عن أن توجب بطلانها بعد صحتها.

وأما بناء على عدم صحة الحوالة على البريء فالمتيقن منه شرطية انشغال ذمة المحال عليه حين حدوث الحوالة، ولا دليل على شرطية في بقائها، بل الظاهر عدمها، كما قد يظهر بالتأمل في منشأ الشرطية المدعاة، وهو وفاء المحتال بما في ذمة المحال - كما ذكرناه في المعنى الثاني للحوالة - أو معاوضة ما في ذمة المحيل للمحتال بما في ذمة المحال عليه للمحيل كما قد يظهر منهم. فإنه بعد تحقق أحد الأمرين يتعين لزومه بمقتضى عمومات النفوذ بعد فسخ البيع وهو راجع إلى صحة الحوالة. وبذلك يظهر الإشكال فيما في ظاهر التحرير من التوقف في صحة الحوالة في المقام. فلا حظ.

ولو بطل البيع بطلت (١).

(١) ظاهره بطلانها في الفرضين السابقين معاً، كما هو صريح الشرايع وجملة من كتب العلامة وجامع المقاصد وغيرها. وهو ظاهر في الصورة الأولى، حيث ينكشف بالبطلان أنه لا دين للبائع على المشتري، ليكون موضوعاً للحوالة. أما في الصورة الثانية فلا وجه له بناء على صحة الحوالة على البريء. وكذا بناء على عدم صحتها وكان المشتري مديناً للبائع بدين آخر غير الثمن. ولا يتجه البطلان إلا بناء على عدم صحة الحوالة على البريء ولم يكن المشتري مديناً للبائع من غير جهة البيع.

كما أنه يختص الكلام في المقام بما إذا كان البطلان قبل الحوالة. ولا يجري فيما إذا كان بعدها كما لو أحاله ثم تلف المبيع قبل قبضه، بل يجري فيه ما سبق في الفسخ بعدها، كما يظهر بملاحظة ما سبق من الكلام فيه.

وبذلك ينتهي الكلام في الحوالة. والحمد لله رب العالمين

(وَأَمَّا الْكِفَالَةُ) (١):

فيشترط فيه رضاء الكفيل (٢)

(١) وهي عقد شرع للتعهد بالنفس كما طفت بذلك عباراتهم، على ما في مفتاح الكرامة. ويشهد به في الجملة النصوص، كموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه، وقال: اطلب صاحبك»^(١) ونحوه غيره.

وقد استدل على مشروعيتهما في المبسوط والخلاف وغيرها بقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ﴾^(٣).

وهو كما ترى! لظهور الآية الأولى في مجرد العهد مع الله تعالى بإرجاعه، نظير اليمين توثقاً منهم، من دون عقد إنشائي بينه وبينهم يقتضي استحقاق ذلك عليهم. وصرحة الثانية في استبدال أحدهم بمن أخذه، ليكون مملوكاً بدله، بعد أن أوهمهم ملكه له بسبب السرقة. وليس أخذه توثقاً من إرجاعهم لأخيه، ولذا قال: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَّظَالِمُونَ﴾^(٤)، ولا ظلم في أخذ الكفيل. فالعمدة النصوص التي تقدم بعضها مضافاً إلى عموم نفوذ العقود.

نعم قد يراد بالكفالة التعهد بالدرك، كما تقدم في أواخر مبحث الضمان، وتقدم تقريب الاستدلال عليه ببعض النصوص. فراجع.

(٢) كما صرح جمهور الأصحاب، وفي التذكرة: «ولا نعلم فيه خلافاً»، وعن

(١) وسائل الشيعة: حديث: ١ باب: ٩ من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

(٢) سورة يوسف الآية: ٦٦ .

(٣) سورة يوسف الآية: ٧٨ .

(٤) سورة يوسف الآية: ٧٩ .

والمكفول له (١)

غير واحد من متأخري المتأخرين الإجماع عليه، وفي الجواهر دعوى الإجماع بقسميه عليه والوجه فيه: أن ثبوت مفاد الكفالة في حق الكفيل مناف لسلطته على نفسه، فلا بد من رضاه بذلك، بل التزامه به على نفسه وإبرازه له، لأن أعمال السلطنة لا يكون إلا بذلك، ولا يكفي فيه الرضا الباطني من دون ذلك.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب أيضاً، وعن غير واحد من متأخري المتأخرين دعوى الاجماع عليه، وفي الجواهر دعوى الإجماع بقسميه عليه. واستدل عليه في المسالك بأنه صاحب الحق، فلا يجوز إلزامه شيئاً بغير رضاه. وهو كما ترى! لأن الكفالة لا تقتضي إلزام المكفول له بإحضار المكفول، بل الالتزام له من الكفيل بذلك، وهو لا ينافي سلطته على نفسه.

فالعمدة في المقام: أن تعهد الكفيل بإحضار المكفول وإن لم يناف سلطنة المكفول له على نفسه، إلا أن مجرد التعهد المذكور يقع ووعد لا دليل على نفوذه، ولا ينفذ إلا إذا كان في ضمن مضمون عقدي أو شرطي، لعمومات نفوذ العقود والشروط، وحيث لا يصدق العقد إلا مع التعهد المشترك بين أكثر من طرف واحد بما ينافي سلطنة كل منهم، لا تكون الكفالة عقداً بين الكفيل والمكفول له إلا إذا كان التزام الكفيل بإحضار المكفول مبنياً على التزام المكفول له على نفس بشيء، كدفع مال للمكفول، أو إطلاق سراحه مؤقتاً إذا كان قد حبسه بحق، أو ترك الطرق المشروعة لإحضاره بمثل رفع أمره للحاكم أو نحوهما.

كما أنه لا بد في صدق الشرط من ابتناء التعهد من المشترط على نفسه على تعهد من للمشروط له، كالشرط في ضمن العقد، أو فعل منه، كالجماعة، ومنه في المقام ما إذا ابني التزام الكفيل بالإحضار على فعل للمكفول له ينافي سلطته، كالأموار السابقة. ومرجع ذلك إلى اعتبار رضا المكفول له في نفوذ الكفالة، وإن لم يكن إحضار المكفول منافياً لسلطته، كما سبق.

بل وكذا المكفول (١) على الاحوط.

نعم يمكن استقلال الشخص الذي يتولى الإحضار والذي يراد إحضاره بعقد بينهما من دون استئذان الشخص الذي يراد الإحضار عنده. كما لو تعلق غرض لزيد مثلاً في أن يكون هو المحضر لعمره وعند بكر، أو تعلق غرض لعمره في أن يكون زيد هو المحضر له عند بكر، فيتعاقدان على ذلك من دون استئذان بكر، وينفذ عقدهما. لكن ذلك لا يكون كفالة، لأخذ التزام الكفيل للمكفول به بالإحضار في مفهوم الكفالة عرفاً.

(١) كما في المبسوط والوسيلة والسرائر وحكاة في المختلف عن ابن البراج. وفي التحرير: «وفيه قوة». خلافاً لباقي علمائنا، كما في المختلف، فلا يعتبر عندهم رضاه، وفي المسالك وعن غيره أنه المشهور، بل نسبه في التذكرة لعلمائنا، بنحو يظهر في الإجماع عليه، وإن كان يشكل بظهور الخلاف، كما سبق.

وفي التذكرة: «لأنها وثيقة على الحق، فصحت بغير أمر من عليه، كالضمان» وكان عليه أن يمثل للوثيقة بالرهن، لا بالضمان الذي يقتضي البراءة من الحق، من دون أن يكون وثيقة عليه. مع الإشكال فيه بأن الكفالة تقتضي إرغام المكفول على الحضور، وهو مناف لسلطته على نفسه، بخلاف مثل رهن الأجنبي ماله على دين المدين، فإنه لا يقتضي التصرف في نفس المدين ولا في ماله.

ومثله ما في مفتاح الكرامة من الاستدلال عليه بأنه إذا لم يأذن بالكفالة لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكن من إحضاره، فلا تصح كفالته.

إذ فيه: أن الكفالة إنما تقتضي إحضاره إذا وجب عليه الحضور وامتنع منه، دون ما إذا حضر بنفسه أو لم يجب عليه الحضور، لعدم مطالبة صاحب الحق بالوفاء أو لإمكان الوفاء من دون حضور.

وكذا ما في الجواهر من الاستدلال لاعتبار رضا المكفول بالكفالة بعدم وضوح صدق الكفالة بدونه، فلا يجرز شمول الإطلاق حينئذٍ، ليحرز النفوذ.

وفي اشتراط الأجل قولان (١)،

إذ فيه - مع أن من القريب جداً صدق الكفالة عرفاً -: أنه لا إطلاق لأدلة الكفالة يقتضي صحتها ونفوذها، لورود نصوصها في قضية خارجية، أو في بيان بعض أحكامها بعد الفراغ عن نفوذها من دون أن يكون فيها ما ورد لتشريع الكفالة وبيان نفوذها، ليتم له إطلاق يتمسك به في مورد الشك في الصحة.

فالعمدة في المقام عموم نفوذ العقود، فإذا تمت أركان العقد في مورد تعيين البناء على صحته وإن لم يجرز كونه كفالة. وحيث ذكرنا في مبحث بيع الفضولي أن المخاطب في آية نفوذ العقود هو من يتعلق به العقد، وينا في سلطنته، وأن النفوذ في حقه يستتبع النفوذ في حق غيره. كما أن ذلك هو الموضوع عرفاً لو كان دليل نفوذ العقود هو بناء العقلاء على ذلك.

وعليه يتعين في المقام التفصيل بين ما إذا كانت الكفالة منافية لسلطنة المكفول على نفسه، وما إذا لم تكن كذلك، فيتعين في الأول اعتبار رضاه، كما لو تكفل بإحضاره في مكان خاص أو زمان خاص، حيث لا يجب عليه ذلك، بل مجرد الحضور عند مطالبة الدائن أو نحوه.

وفي الثاني عدم اعتبار رضاه، كما لو تكفل بإحضاره عند مطالبة الدائن بدينه وتعذر وفائه إلا بحضوره، لوجوب ذلك عليه، ولا سلطنة له على الامتناع منه، فلا يكون إجباره عليه منافياً لسلطنته، ليعتبر رضاه ويكون طرفاً في العقد. وكأن هذا هو مورد كلام المشهور.

هذا ومن الظاهر أنه لا بد فيمن يعتبر رضاه الكمال بالبلوغ وكمال العقل الذي يتوقف عليه الرشد في غير المال، ولا يعتبر فيه الخلو من السفه في المال إلا إذا كان مقتضياً لخسارة مالية عليه لخسارة المال المكفول.

(١) فالاشتراط ظاهر المقنعة والنهائية والوسيلة والمراسم وعن ابن البراج في أحد قوليه، وجزم به في كشف الرموز. وظاهر النافع ومحكي التبصرة والمفاتيح

أظهرهما العدم (١).

التردد. وظاهر المبسوط عدم الاشتراط، وهو صريح السرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة واللمعة وغير واحد من شروحيها وغيرها. وقد تقدم نظير ذلك منهم في الضمان.

(١) سبق أنه لا إطلاق لأدلة الكفالة بنحو ينفع في أمثال المقام من موارد الشك في صحة الكفالة، وأن العمدة في المقام عموم أدلة العقود والشروط. وهو يقتضي عدم اشتراط التأجيل.

لكن قال في كشف الرموز: «إن الكفالة لا بد لها من فائدة، فلو شرعت حالة كانت خالية من فائدة، إذ المكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربص، وذلك يكون عبثاً». وكأن وجه كونه عبثاً أنه مع حضور المكفول لا فائدة في الكفالة، ومع عدم حضوره يتعذر التنفيذ في الوقت المذكور، لتوقفه على مقدمة تحتاج إلى وقت.

وفيه: أن عدم ترتب الفائدة عليها في الصورة الأولى لا يقتضي لغويتها مع إمكان ترتب الفائدة عليها في غيرها، نظير ما لو طالب المقرض المقرض بالفداء حين القرض، حيث لا يوجب لغوية القرض المطلق. وتعذر التنفيذ في الثانية لما كان لعذر فهو - كتعذر تنفيذ طلب وفاء الدين المعجل - لا يرجع إلى تأجيل استحقاق الإحضار الذي هو مفاد الكفالة، بل لولا فعلية الاستحقاق لم تشرع المطالبة ولم يجب السعي للتنفيذ.

وقد حمل في السرائر ذلك منهم على أنه مع التأجيل لا بد من تعيين الأجل. وإليه يرجع ما ذكره أبو الصلاح في الكافي من أنه لا بد من تعيين الأجل فيما يحتاج فيه للأجل. وقد تقدم في شروط الضمان ما قد ينفع في المقام.

بقي في المقام أمران الأول: أن تعيين الأجل مع التأجيل إن أريد به ما يقابل الإبهام والتردد فاعتباره متعين، لما تكرر منا من امتناع التردد في موضوع الحق.

وتعيين المكفول (١)،

وإن أريد به ما يقابل الجهل مع التعين الواقعي، فينحصر الدليل عليه بلزوم الغرر، الذي تكرر منا المنع من مبطليته، وبالإجماع المدعي المبني - لو تم - على ذلك أو نحوه، وقد تكرر في نظائر المقام منها عدم نهوضه بالحجية.

الثاني: مع إطلاق الكفالة يتعين حملها على الحلول، كما في المبسوط والشرايع والتذكرة وغيرها، بل الظاهر عدم الخلاف فيه ممن لم يعتبر الأجل. لظهور احتياج الأجل للتقييد، وبدونه فدليل نفوذ الكفالة يقتضي ترتب الأثر عليها واستحقاق الإحضار بمجرد تمامية العقد. نعم لصاحب الحق عدم المبادرة بالمطالبة بتنفيذ الحق، كما لعله ظاهر.

(١) يعني: ويعتبر فيها تعيين المكفول، كما في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها، ونفى الخلاف فيه في المسالك، وفي مفتاح الكرامة: «وقد يظهر من الباقيين عدم اعتباره... ولعل تركه لظهوره، كالكمال». ويناسبه ظهور حالهم في كون الغرر محذوراً في العقود، وفي توقف اندفاعه على التعيين.

وكيف كان فلا إشكال في اعتبار التعيين في مقابل الإبهام والترديد، فلا يصح كفالة أحد الرجلين بعينه مردداً، نظير طلاق إحدى الزوجتين. لما ذكرناه آنفاً من امتناع الترديد في موضوع الحق.

كما أن الكلام في اعتبار التعيين في مقابل الجهل مع التعين الواقعي - ككفالة المدين من الأخوين مع الجهل به حين الكفالة - يبتني على عموم ما نعية الغرر وتحققه بذلك، نظير ما تقدم عند الكلام في اعتبار تعيين الأجل في المؤجل.

وإنما ينبغي الكلام في كفالة أحد الرجلين بنحو الواجب التخيري، الراجع للاكتفاء بإحضار أحدهما مخيراً. فإن ذلك ممكن في نفسه، كما في الجواهر، لأنه ليس من الترديد في موضوع الكفالة، ولا من الجهالة فيه، بل يرجع إلى تعلقها بالقدر المشترك بينهما المحدد مفهوماً، والذي يمكن الخروج عنه في حق الكفيل بإحضار أحد

الرجلين مخيراً بينها.

ونصوص الكفالة وإن لم تتضمن ذلك ولا إطلاق في نصوصها، كما سبق، إلا أنه يكفي في صحته عمومات نفوذ العقود والشروط. ولا وجه للمنع من ذلك، كما صرح به من تقدم منه اعتبار تعيين المكفول.

مضافاً إلى أن نصوص أحكام الكفالة وإن لم يكن لها إطلاق ينهض بعموم مشروعيتها، إلى أن إطلاقها المقامي يقتضي الاكتفاء في ترتبها يصدق الكفالة عرفاً، كما ذكرناه في نظائر المقام. وهو حاصل في محل الكلام.

ولعله لذا حكي عن مجمع البرهان عدم وضوح دليل المنع، واستظهار جواز ذلك إذا كان جميع الأطراف مديناً للمكفول، بحيث يستحق عليه الحضور. وقد تقدم نظيره في المسألة الثالثة من كتاب الإجارة عند الكلام في اعتبار العلم بالعوضين، مع بعض ما ينفع في المقام.

هذا وأما مثل قول الكفيل: كفلت زيداً، فإن لم آت به فعمراً، فقد منع منه غير واحد ممن سبق أيضاً. وقد استدل عليه في جامع المقاصد وغيره - مضافاً إلى عدم التعيين - بأنه راجع تعليق كفالة عمرو على عدم الإتيان بزيد، والتعليق مبطل للعقود. وفيه: أن ذلك كما يمكن رجوعه للتعليق في الكفالة يمكن رجوعه لكفالة أحدهما بنحو الوجوب التخيري الذي سبق الكلام فيه، بل لعله الأنسب بالجمود على الصيغة المذكورة.

غايته أن الكفيل إن كان له أن لا يحضر زيداً مع قدرته على ذلك ويكتفي بإحضار عمرو كان متمحضاً في ذلك، وإن لزمه إحضار زيد، ولا يجزيه إحضار عمرو إلا مع تعذر إحضار زيد، كان راجعاً إلى كفالة أحدهما مع اشتراط اختيار زيد مع الإمكان، فتكون خصوصية زيد شرطاً زائداً في الكفالة بنحو الواجب التخيري، نافذ لعموم نفوذ الشروط زائداً على عموم نفوذ العقود المقتضي لنفوذ الكفالة المذكورة. ولازمه إمكان تنازل المالك عن شرطه وقبوله بعمرو وإن كان إحضار زيد ميسوراً للكفيل.

بقي في المقام أمور الأول: أن ما سبق من امتناع التردد كما يجري في المكفول يجري في المكفول له. وكذا ما سبق في الجهل مع التعين الواقعي، كما لو كان هناك مدين لأحد شخصين فأجري وكيلهما عقد الكفالة مع آخر على أن يكفل المدين للدائن منهما مع الجهل به حين الكفالة.

وأما الكفالة لأحد شخصين بنحو الواجب التخييري فيشكل تصورهما في المقام، لعدم وضوح بناء العقلاء على إمكان المالكية التخييرية. غاية الأمر أنه يمكن أن يكون هناك مدين لشخصين يكتفي كل منهما بإحضاره عند أحدهما، إلا أن الاتفاق من الكفيل على ذلك إن كان مع أحدهما كان هو المكفول له لا غير، وإن كان معها كان كل منهما مكفولا له، لا أحدهما.

هذا ولم يتعرض كثير من الأصحاب لاعتبار العلم بقدر الدين الذي على المكفول، بنحو يظهر منهم عدم اعتباره. بل هو صريح التذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد.

وعلل في الأولين بأن الدين ليس موضوعا للكفالة، وفي جامع المقاصد أن الغرم على تقدير عدم إحضار المكفول ليس ناشئاً من الكفالة، لتكون غررية، بل من عدم الإحضار.

وفيه: أنه مستند لأمرين، فالكفالة جزء سبب الغرر. فالعمدة ما تكرر منا من عدم ثبوت عموم النهي عن الغرر بنحو يشمل الكفالة.

الثاني: صرح باعتبار التنجيز في الكفالة في المبسوط والتذكرة والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

واستشكل فيه في القواعد ومفتاح الكرامة. ولم يتضح وجهه بعد ما هو المعلوم من الإجماع على اشتراط التنجيز في العقود. والإيقاعات إلا ما استثنى، كالتدبير والوصية التمليلية، إذا لا ميزة لعقد الكفالة يقتضي التوقف في ذلك. وبه يخرج عن عموم نفوذ العقود.

هذا وقد استدل على عدم مبطلية التعليق للكفالة في الإيضاح وجامع المقاصد بموثق أبي العباس: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كفل لرجل بنفس رجل، قال: إن جئت به وإلا عليك [فعلي. يب] خمسمائة درهم. قال عليه نفسه، ولا شيء عليه من الدراهم. فإن قال: علي خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه. قال: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»^(١). وقريب منه موثقه الآخر عنه عليه السلام^(٢).

قال في الإيضاح: «لأنها في تقدير منع الخلو عن دفعه وثبوت خمسمائة درهم عليه، وعدم أحد مانعة الخلو يستلزم الآخر، فيصدق ادعيناه، فقد تعلقت على شرط». وفيه أولاً: أنه لا ظهور لها في مانعة الخلو، بل في فعلية الكفالة بالنفس، مع اشتراط ثبوت الدراهم على تقدير عدم الوفاء بها.

وثانياً: أن الكفالة بمفاد مانعة الخلو لا ترجع إلى كفالتين تعليقتين، لتنفع فيما نحن فيه، بل إلى كفالة واحدة منجزة بنحو الواجب التخييري، وقد سبق أنه لا محذور فيها. ومجرد الاتفاق بينهما في مقام العمل لا يستلزم الاتفاق بينهما مفهوماً.

الثالث: قد يظهر من غير واحد منهم سيدنا المصنف عليه السلام اختصاص الكفالة بما إذا كان المكفول مديناً حيث يجب عليه الحضور لوفاء الدين لعدم تعرضهم في حكم عدم الإحضار إلا لتحمل الكفيل ما على المكفول من الدين. إلا أن يكون منشأ ذلك ذكرهم الكفالة وأخويها من توابع الدين، لا لبنائهم على اختصاصها بذلك.

وكيف كان فالظاهر - كما صرح به في القواعد وغيره - العموم لكل من يجب حضوره، بحيث يجر على الحضور، كما في موارد الخصومة، حيث يجب الحضور عند الحاكم لفصلها.

ونصوص أحكام الكفالة وإن لم تنهض بالعموم، كما سبق، إلا أنه يمكن الاستدلال لعموم مشروعيتها لذلك بإطلاقها المقامي الذي سبق التعرض له،

(١) وسائل الشيعة: حديث: ١ باب: ١٠ من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

(٢) وسائل الشيعة: حديث: ٢ باب: ١٠ من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

وبعمومات نفوذ العقود والشروط. بل مقتضى العمومات المذكورة نفوذ الكفالة حتى لو لم يجب حضور المكفول لو تعلق غرض بحضوره.

غاية الأمر أنه لا بد في نفوذ الكفالة حينئذٍ من جواز الكفيل إجبار له على الحضور ولو لرضاه بالكفالة، كي لا يكون نفوذ العقد منافياً لسلطته. بل لا حاجة لذلك إذا تعهد الكفيل بأمر خاص على تقدير عدم الإحضار لا يرجع للمكفول، نظير ما تقدم في موثقي البقباق، أو تضمن التخيير بين الإحضار والأمر المذكور من دون إلزام بالإحضار حيث لا يكون نفوذ العقد منافياً لسلطنة المكفول، ليحتاج إلى جواز إجباره .

نعم في صدق الكفالة عليه إشكال، بل منع . لأخذ التعهد بإحضار النفس في مفهومها، والمفروض عدمه، وأن موضوع التعهد محاولة الإحضار لا غير.

ثم إنه يستثني مما سبق الحد، فلا تصح الكفالة فيه، كما في التذكرة والتحرير والمختلف والقواعد وجامع المقاصد. ونسبه في التذكرة لأكثر أهل العلم، ولم يذكر إلا خلاف بعض العامة، كما نسبه في المختلف للمشهور، ولم يذكر إلا خلاف ابن الجنيد.

ويشهد به موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا كفالة في حد»^(١)، وما رواه الصدوق بإسناده الصحيح قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا كفالة في حد»^(٢)

الرابع: الكفالة الشائعة في المحاكم المدنية لا يجب فيها نوعاً الحضور على المكفول شرعاً. كما أنه لا مجال للبناء على نفوذ عقد الكفالة على الكفيل مع المكفول لها، لعدم شرعيتها، فلا يجب على الكفيل شرعاً التنفيذ لها بإحضار المكفول. نعم قد يترتب بعدم التنفيذ عليه ضرر مادي أو معنوي، فيطالب المكفول

(١) وسائل الشيعة: حديث: ١: باب ١٦: من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

(٢) وسائل الشيعة: حديث: ٢: باب ١٦: من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

بالحضور دفعاً للضرر المذكور ولا إشكال في عدم وجوب الحضور على المكفول إذا لم يكن بينه وبين الكفيل عقد شرط أو عقد يقتضي الحضور، لعدم وجوب دفع ضرره عليه، أما إذا كان بينهما عقد أو شرط يقتضي ذلك فالظاهر وجوب الحضور عليه، وفاء بالعقد أو الشرط المذكورين. إلا أن يلزم عليه من الحضور ضرر يحرم عليه إيقاعه بنفسه، حيث يكون التحريم المذكور مانعاً من نفوذ العقد أو الشرط.

نعم لو لزم في حق الكفيل ضرر ويجب دفعه عنه، فيقع التزام بين التكليفين، ويتعين الترجيح بينهما، ومع عدم المرجح ووصول النوبة للتخيير يتعين نفوذ العقد أو الشرط فيجب التنفيذ حينئذٍ.

(الخامس): قد أفتى بما تضمنه موثقاً أبي العباس المتقدمان في النهاية والسرائر والشرايع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والقواعد والإرشاد واللمعة وعن غيرها. ونسبه للأصحاب في جامع المقاصد، وفي التنقيح أن الرواية متلقات بالقبول.

ومن ثم يتعين العمل على ذلك وإن كان الفرق بين الوجهين خفيفاً، بل لا يناسب القواعد اللغوية..

وظاهرهم - كالموثقين - ثبوت المال الذي جعله الكفيل على نفسه من دون أن يكون وفاء عن المكفول، ولذا لم يشترط عدم زيادته على دينه. وما قد يظهر من بعض كلماتهم من حملها على المال المدين به المكفول مما ياباه ظاهر الموثقين، بل هو كالصریح منهما..

نعم من القريب عدم إلزامه لو لم يحضر المكفول بوفاء دينه لو زاد على ذلك، فضلاً عن تكليفه بالجمع بين وفائه ودفع المال الذي تعهد به، لأن إطلاق الكفالة وإن كان ظاهراً - كما سيأتي إن شاء الله تعالى - في إلزامه بالوفاء حينئذٍ، إلا أنه حيث كان ذلك حقاً للمكفول له كان رضاه بالعقد المذكور مستقطاً لحقه، وراجعاً إلى اكتفائه بالمال المجموع فيه بدلاً عن حقه عليه، بل يبقى حقه على المكفول لا غير.

وعلى الكافل دفع المكفول أو ما عليه (١).

كما أنه حيث كان الموضوع فيها كفالة النفس، ولم يكن المال المفروض فيها جعله وفاء عن دين المكفول، تعين عمومهما لكفالة غير المدين مما تقدم التعرض له في الأمر الثالث.

هذا وقد أطال في المسالك في مناقشة الحكم وتعقبه من بعده بما لا يسعنا متابعتها فيه بعد حجية الموثقين في أنفسهما واعتماد الأصحاب عليهما وقوة دلالتها. فلاحظ والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) المذكور في كلام الأصحاب وجوب إحضار المكفول، لكنهم ذكروا أنه لو لم يحضره كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه.

قال في التذكرة: «وهذا يقتضي وجوب أحد الأمرين على الكفيل: الإحضار أو الأداء. فإن طلب المكفول له الإحضار لا غير فالأقرب عندي إلزامه به، لأنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء. وقد يرغب المكفول له في القبض من غير [عين. ظ] الغريم». وفي جامع المقاصد أنه المعتمد، وفي الروضة أنه قوي، وعليه جرى غير واحد من متأخري المتأخرين.

وقد يستدل عليه بالنصوص، كموثق عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل، فحبسه وقال اطلب: صاحبك»^(١) ونحوه أو قريب منه غيره.

لكن الجمود على ذلك يقتضي عدم جواز تضمينه الحق لو عجز عن إحضاره، لأن موضوع الحق هو النفس لا غير. بل عدم جواز حبسه حيثئذ حتى لو كان مفراطاً قد عجز نفسه عن إحضاره، لفرض أن الحبس للإحضار المفروض تعذره، كما هو الحال في الحبس لوفاء الدين لو ظهر إعسار الدين بأي وجه فرض. كما أن لازمه عدم

(١) وسائل الشيعة: حديث: ١: باب: ٩: من أبواب كتاب الضمان ج ١٣.

رجوع الكفيل على المكفول لو أدى عنه حتى لو كانت الكفالة بطلب منه، لأنه الكفالة إذا لم تقتض إلا الإحضار، فطلبها لا يقتضي إلا تحمل ضرر الإحضار كدفع مؤنته، ومنع وصول الأمر للحبس ونحوه بالمبادرة لتسليم النفس.

بل للمكفول له أن يطلب من الكفيل تخليص نفسه من تبعة الكفالة من حبس أو غيره في مقابل شيء يدفعه له حسبما يتفقان عليه زاد على الدين أو نقص عنه من دون أن يكون وفاء عنه. ولا يظن منهم البناء على شيء من ذلك. بل هو مما تأباه المرتكزات العرفية جداً.

وما ذلك إلا لابتناء الكفالة ارتكازاً على التعهد بالدين ضمناً في الكفالة. ولا ينافيه ما سبق من التفصيل في موثقي أبي العباس بعد ما تقدم من أن المال المفروض فيها التعهد به ليس هو الدين، بل مال آخر يبذله الكفيل بدلاً عن إحضار المكفول. ويناسب ذلك حديث داوود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال مكتوب في التوراة: كفالة ندامة غرامة»^(١) ومرسل الصدوق: «قال الصادق عليه السلام: الكفالة خسارة غرامة ندامة»^(٢).

وأما ما يأتي في المسألة الآتية فيمن أطلق الغريم أو القاتل، فهو لا ينفع فيما نحن فيه، لابتناء الضمان فيه على الحكم به شرعاً ابتداءً، نظير الضمان بالإتلاف فلا يقاس بالمقام الذي يتني الضمان فيه على إمضاء جعل المتعاقدين وتبعيته له، حيث لا بد فيه من ابتناء العقد على الضمان. فالعمدة ما سبق من ابتناء الكفالة على التعهد ضمناً بالدين.

نعم حيث كان محل الكلام هو الكفالة بالنفس فلا بد من فرض التعهد بها عيناً لا تحييراً بينها وبين المال، وإلا لم يصح الاقتصار على نسبتها للنفس. ولازم ذلك تعيين إحضار المكفول بنفسه، وإنما يلزم بأداء الدين عند تعذر ذلك، فالتعهد بوفاء الدين

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

الاكتفاء بالمال الذي تعهد الكفيل إحضاره ولو كان أقل من الدين ٢٩٩

ضمناً ليس في عرض التعهد في النفس، بحيث يكون مخيراً بينهما، كما يظهر من سيدنا المصنف عليه السلام، بل في طوله. ولا ياباه كلام من سبق.

هذا كله في الكفالة عرفاً بطبعها. ويمكن الخروج عن ذلك باتفاق خاص بين أطراف العقد، فيقتصر فيها على إحضار النفس، فلا يجب أداء الدين على الكفيل أصلاً، أو تبتني على التخيير بينه وبين أداء الدين، بحيث يكونان في عرض واحد، غاية الأمر أنه تقدم عند الكلام في اعتبار رضا المكفول عدم صدق الكفالة في الثاني. ثم إنه قد قرب في الجواهر أنه يجب على الدائن القبول بالوفاء من المتبرع، كما يجب عليه القبول بالوفاء من المدين، لاشتراكهما في وفاء الدين الذي يجب على الدائن القبول به. فيرتفع به موضوع الكفالة لأخذ الدين في موضوعها، ولعدم وجوب الحضور على المدين حينئذٍ، ليجب على الكفيل إجباره عليه.

ويتعين حينئذٍ تخيير الكفيل بينه وبين إحضار المدين، حتى لو كان مقتضى الكفالة الإحضار خاصة.

غاية الأمر أن الكفيل حينئذٍ لا يرجع على المكفول بما أداه لو كانت الكفالة بإذنه. لما ذكرناه أنفاً من أن الأذن في الشيء إنما يقتضي تحمل الخسارة المترتبة عليه لا غير.

لكن ما ذكره لا يخلو عن إشكال، بل منع، لعدم إطلاق يقتضي وجوب قبول الدائن، لينظر في عمومه لوفاء المتبرع، بل ليس الوجه فيه عندهم إلا الإجماع المدعى، وقاعدة نفي الضرر في حق المدين على تفصيل تقدم منا في أوائل فصل النقد والنسيئة من كتاب البيع. والمتيقن من الأول - لو نهض بالاستدلال - وفاء المدين نفسه دون المتبرع، والثاني يختص بما إذا كان المدين في مقام التخلص من الضرر ولو بطلبه الوفاء من المتبرع، كما لعله ظاهر.

بقي في المقام أمور الأول: أشرنا عند الكلام فيما إذا تعهد الكفيل بهال إذا لم يحضر المكفول إلى أن الظاهر حينئذٍ الاكتفاء بذلك المال عن أداء الدين حتى لو كان

المال المذكور أقل من الدين . وهو يبتني على رضا المكفول له بكفاية المال المذكور في الخروج عن مقتضى الكفالة . ولو صرح في الكفالة بخلاف ذلك تعين العمل عليه .
 الثاني: إذا أدى الكفيل الدين رجع على المكفول إن قلنا بابتناء الكفالة على أدائه ولو في طول إحضار المكفول، وكانت الكفالة بطلب من المكفول من دون قيام قرينة على إرادة التبرع . لما سبق في الضمان وغيره من أن طلب ما يؤدي إلى الخسارة يقتضي تداركها . وكذا إذا كانت الكفالة بإذن المكفول بنحو يبتني على تحمل تبعاتها، نظير ما تقدم في الضمان أيضاً .

وأما ما ذكره بعض مشايخنا رضي الله عنهم في منهاجه من عدم الرجوع عليه إلا إذا كان الأداء بإذنه . فهو غير ظاهر . إذ مع عدم اقتضاء الكفالة الأداء يتعين إطلاقه وعدم سجنه مع تعذر إحضار المكفول عليه من دون أن يكلف بالأداء، كما سبق، ومع اقتضاءها له يتعين عليه الأداء ويتعين جواز رجوعه له على المكفول إذا كانت الكفالة بطلب منه، لأن طلب الشيء يقتضي تحمل الخسارة المترتبة عليه كما تقدم في الضمان وغيره من نظائر المقام .

الثالث: لا موضوع للأداء في كفالة غير المدين ممن يجب حضوره، كما في مورد التخاصم عند إرادة الإحضار عند الحاكم واستحقاق القصاص، وغير ذلك مما سبق الكلام فيه في ذيل الكلام في شروط الكفالة .

نعم لو قامت القرينة حين الكفالة على إرادة بعض التبعات تعين تحمله عند عدم إحضار المكفول أو عند تعذره، عملاً بعموم نفوذ العقود والشروط . مثل أداء الحق المتنازع عليه مطلقاً أو بعد الثبوت عند الحاكم، وأداء الدية بدلاً عن القصاص وغيرها .

نعم لا يبعد جريان التفصيل المتقدم في موثق البقباق، لخروج ذلك عن مفاد الكفالة بطبعها، بل هو اشتراط أجنبي عنها . فلاحظ .

ومن أطلق غريباً من يد صاحبه قهراً لزمه أعادته أو ما عليه (١)،

(١) كما في الوسيلة والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة واللمعة وظاهر أو صريح جملة من شروحها، وقريب منه ما في الكافي لأبي الصلاح من أن عليه الخروج للغريم مما يثبت له من الحق على الذي خلصه منه قهراً عليه، وفي الرياض بعد ذكر ذلك وما يأتي في تخلص القاتل: «ولا خلاف في المقامين على الظاهر، بل عليها الإجماع في شرح الشرايع للصيمري».

وفي التذكرة: «لأنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فعليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبت اليد عليه»، ونحوه كلام غير واحد ممن تأخر عنه. وهو كما ترى! لعدم قبول اليد للغصب، بل ليس في المقام إلا التفويت، وليس المراد بضمائها إلا وجوب الإرجاع، وهو عين المدعى.

ومثله ما في الرياض والجواهر من الاستدلال بعموم نفي الضرر. إذ فيه: أن حرمة الإضرار تكليفاً لا تقتضي الحبس بعد إيقاعه ولا الضمان. ونفي الضرر تشريعاً إنما يقتضي عدم تشريع الحكم المؤدي للضرر من دون أن يقتضي تشريع حكم يتدارك به الضرر، كالضمان المدعى في المقام.

فالظاهر أن دليلهم في ذلك هو دليلهم في المسألة الآتية، وهو صحيح حريز عن أبي عبدالله عليه السلام: «سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً، فرفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليه قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء. قال: أرى أن يجبس الذي خلص [الذين خلصوا] القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل. قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن؟ قال: وإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»^(١).

حيث لا يبعد إلغاء خصوصية مورده عرفاً، ويكون الاستفادة منه الجري على القضية الارتكازية من إلزام من فوت حقاً على الغير في تمكينه منه، وتحمل تبعة الحق

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

ولو كان قاتلاً دفعه أو الدية إذا كان القتل موجباً للدية (١)، وإلا تعين دفعه (٢).

عند تعذر التمكين من استيفائه من صاحبه. والقضية المذكورة إن لم تبلغ حد الحجية في نفسها فالصحيح صالح لبيان إمضاءها شرعاً.

ثم إن هذا لو تم لا يقتضي التخيير بين إعادة المدين ودفع ما عليه، بل المتيقن منه الترتيب بينهما وعدم الانتقال لأداء الحق إلا بعد تعذر التمكين ممن عليه الحق، نظير ما سبق في الكفالة، كما نبه له بعض من سبق منه ذلك هناك.

نعم لو رضي صاحب الحق بدفع الحق نفسه بدلاً عن إحضار من عليه مع قدرته على إحضاره أجزأه ذلك. لكنه غير لازم عليه.

ثم إن الظاهر اختصاص ذلك بما إذا كانت يد الدائن على المدين بحق، لكونه قادراً على الوفاء، وهو منصرف كلماتهم. إذ مع كونها عدوانية لا يكون الحق فعلياً، ويكون إطلاقه راجحاً أو لازماً انتصاراً للمظلوم، ولقصور الصحيح عنه، كما لعله ظاهر.

(١) هذا من صغريات ما سبق، فإن الدية دين على القاتل. نعم صحيح حريز أظهر دلالة على دفع الدية منه على دفع غيرها من الديون. وإن كان يقصر عما إذا أمكن إحضار القاتل، كما ذكرناه في غير الدية من الديون.

(٢) المذكور في كلام من سبق إطلاق من أطلق القاتل الزم بإحضاره أو دفع الدية. وذكره غيرهم في الجملة في باب القصاص. ومقتضى إطلاق غير واحد عدم الفرق بين قتل العمد والخطأ، والاكتفاء فيهما معاً بدفع الدية مع حياة القاتل، بل حتى مع إمكان إحضاره.

لكن مقتضى صحيح حريز لزوم دفع الدية مع الموت، ولا شاهد فيه على التخيير بينه وبين الإحضار مع عدمه، ولا سيما مع إمكان إحضار القاتل. وقد سبق أن ما ذكرناه في الدين جار في قتل الخطأ.

وأما مع العمد فلا إشكال في تعيين دفع الدية مع موت القاتل، عملاً بالصحيح وإن أهمل ذكر ذلك سيدنا المصنف رحمته. وأما مع حياته فلا مجال للاكتفاء بدفع الدية، لعدم استحقاق أولياء المقتول لها. غايته أن لهم الاكتفاء بها بدلاً عن القصاص، ولمن خلصه دفعها لهم إذا رضوا بها تخلصاً من الحبس.

بقي أمور الأول: قال في التذكرة: «ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصاً». وتنظر فيه في التحرير، بل منع منه في المسالك والروضة. معللاً فيهما بأن تخليصه له ليس من أسباب الضمان، من دون فرق بين طلبه منه تخليصه له وعدمه، لا ابتناء الطلب على العدوان المبني على الفرار من تبعة الحق، لا على الاستعانة به في أدائه، كما في طلب الضمان ونحوه.

نعم لو طلب هو منه أداء المال أو الدية بعد تخليصه له من يد صاحب الحق يتجه رجوعه عليه، كما أشار إليه في المسالك والروضة. إلا مع قيام القرينة على إرادة التبرع، كما تقدم في الضمان ونحوه.

الثاني: بناء على جواز أخذ الدية لولي الدم ممن خلص القاتل قبل موته، ولو لاتفاقها على ذلك، لو قدر الولي بعد ذلك على القاتل ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة أنه يجب على الولي إرجاع ما أخذه لمن خلصه منه، وكان له استيفاء حقه من القاتل بقصاص أو دية، لأنه إنما أخذه لمكان الخيلولة، وقد زالت. واستشكل فيه في التحرير.

والمتعين المنع. لأن الخيلولة ليست هي المضمونة، بل هي سبب الضمان، مع كون المدفوع بدلاً عن حق القصاص. والرضا بالبدل راجع إلى إسقاط الحق عمن عليه بالأصل، لا امتناع جمع صاحب الحق بينه وبين بدله. ومع سقوطه عنه لا مجال لاستيفائه منه، ولا لأخذ بدله، وهو الدية منه.

الثالث: الظاهر جريان ما سبق في غير القتل من جناية العمد والخطأ. أما مع

ولو مات المكفول (١)

الخطأ فلأن الدية دين كدية القتل. وأما مع العمد فلإلغاء خصوصية القتل عرفاً في صحيح حريز، كما لعله ظاهر.

(١) بطلان الكفالة بموت المكفول هو المصرح به في المبسوط والغنية والسرائر والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة واللمعة غير واحد من شروحيها، وفي المختلف أنه الأشهر، وفي التنقيح أنه المشهور، وظاهر التذكرة وصريح الغنية الإجماع عليه. لانصراف الإحضار في عقد الكفالة - عند المطالبة أو في الوقت المحدد - إلى الإحضار حال الحياة، فبالموت يرتفع موضوعها، وتبطل، لا أن يتعذر تنفيذها مع تحقق موضوعها وصحتها كما لو هرب المكفول. والفرق بينهما أنه على الأول لا يجب أداء الدين وعلى الثاني يجب.

واستثنى أبو الصلاح في الكافي ما إذا اشترط الكفيل على نفسه أنه إن لم يأت به فعليه ما عليه، فيلزمه متى لم يحضر القيام بما عليه حياً كان أو ميتاً. ونسب في التنقيح ما يقرب من ذلك لابن الجنيد. وكأنه اشتباه منه.

وكيف كان فحيث سبق أن مقتضى الكفالة هو ضمان الكفيل الحق الذي على المكفول إن لم يحضره فالشرط المذكور تصريح بمقتضى الكفالة، ولا يزيد على ذلك شيئاً. وحينئذ إن كان التعهد بالإحضار الذي تقتضيه الكفالة ينصرف لحال الحياة - كما سبق - فكما تبطل الكفالة بالموت يبطل الشرط المذكور تبعاً لها، كما ذكره في المختلف. وإن كان يعم حال الموت لم تبطل ويلزم الضمان شرط أو لم يشترط.

نعم لو رجع الشرط إلى التصريح بعموم الضمان لحال الموت - كما هو ظاهر التنقيح في بيان مراد ابن الجنيد - يتجه الضمان حينئذ من أجل الشرط الذي هو زائد على مفاد الكفالة.

ودعوى: أن بطلان الكفالة بالموت يقتضي بطلان الشرط فيها، لتبعيته لها. مدفوعة بأن الشرط المذكور غير تابع لها، بل زائد عليها يعم حال بطلانها، نظير

الشرط الجزائي الذي تعارف في عصورنا. ودعوى: أن مرجع ذلك إلى ضمان المال معلقاً على عدم الإحضار، والضمان المعلق باطل.

مدفوعة بأن ذلك ليس من الضمان الراجع لنقل المال لذمة الضامن، بل هو تعهد فعلي بالدين في طول انشغال ذمة المدين الذي سبق التعرض له في أواخر مبحث الضمان، وسبق أنه نافذ بمقتضى عموم نفوذ العقود والشروط. وإليه يرجع ما ذكره في التنقيح انتصاراً لابن الجنييد رداً على العلامة رحمته الله. فراجع.

هذا ولو كان موت المكفول بعد حلول وقت إحضاره ومطالبة المكفول له بذلك، إما لحبس الكفيل وتأخره عن إحضاره أو لفسح المجال له للتحقق عنه أو نحو ذلك، فلا يبعد البناء على لزوم ضمان الحق عليه. إذ مع الحلول وقت الإحضار يكون تكليف الكفيل بإحضاره أو ضمان الحق عليه فعلياً، فمع تعذر الأول بالموت يتعين الثاني. وهو الحال أيضاً لو تعذر إحضاره لأمر غير الموت، كسفر المكفول أو هروبه أو نحو ذلك، حيث لا مجال لدعوى انصراف الكفالة عن ذلك، ومع فعليتها يتعين جريان حكمها.

بقي شيء. وهو أنه لو مات الكفيل فالظاهر بطلان الكفالة كما في الجواهر وأشار إليه في التحرير. لارتفاع موضوعها.

ودعوى: أن ثبوت حقها عليه يقتضي ثبوت الحق في تركته، فيخرج منها مؤنة إحضار المكفول. مدفوعة بأن التعهد بالإحضار في الكفالة لا يرجع إلى تملك المكفول له الإحضار كعمل مقابل بالمال، ليكون حقاً مالياً من سنخ الدين الذي تتحملة التركة، كاشتراط خياطة الثوب، بل هو عرفاً حق ثابت على الكفيل بشخصه، فلا موضوع له مع موته.

أما لو مات المكفول له فلا يبعد انتقال حق الكفالة لوارثه، كما في التحرير والقواعد والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها. لأنه حق قابل للانتقال عرفاً فيورث،

أو دفعه الكفيل (١)،

كحق الرهانة والخيار.

أما لو انتقل الدين بأمر غير الموت - كالبيع والضمان والحوالة - فلا مجال لانتقال حق الكفالة للدائن الجديد. وبه صرح في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد. وما في الجواهر من احتمال انتقاله في غير محله. لتبدل موضوعها من دون منشأ للانتقال. كما لا سلطة للمكفول له على نقل لغيره ممن انتقل الدين له. فيتعين بطلانها

(١) لا إشكال في بطلان الكفالة بتسليمه في الزمان والمكان المشروطين في عقد

الكفالة، وبمطلق التسليم مع إطلاقها. لتحقق مقتضاها والوفاء بها.

والظاهر الاكتفاء بإحضاره في الزمان والمكان مع تعيينهما في عقد الكفالة

- ولو بمقتضى إطلاقها - حتى مع قصور سلطة المكفول له لحبس أو مرض أو غيرهما، لتحقق مقتضى الكفالة أيضاً. ومجرد عدم تحقق غرض المكفول له لا يكون مانعاً من تحقق الوفاء، لأن المعيار فيه على تحقق مقتضى الكفالة، لا على تحقق غرضه.

ودعوى أن الواجب هو التسليم التام ولم يتحقق. مدفوعة بأنه لا منشأ

لوجوب التسليم على الكفيل في غير الزمان والمكان المشروطين بعد خروجه عن مفاد الكفالة، ليبقى عقدها نافذاً، بل ليس على الكفيل إلا ما اشترط عليه، فيقتصر على المقدار الممكن منه.

وأما مع الإطلاق فقد ينصرف عن ذلك، خصوصاً إذا لم يتحقق به التسليم

كالحبس. نعم مع طول المدة بنحو غير متوقع، بحيث يكون المانع من المكفول له عرفاً، ويتضرر الكفيل معه، فاللازم مراجعة المكفول له لحل مشكلة الكفيل، ومع تعذر مراجعته يتعنت مراجعة الحاكم، كما في سائر موارد تعذر تسلّم الحق.

وأما التسليم قبل الأجل فلا خلاف ظاهراً في عدم وجوب التسليم معه مع

لزوم الضرر على المكفول له. وأما مع عدمه فقد منع من وجوب القبول به في التذكرة والتحرير والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد وغيرها، وفي الشرايع أنه الأشبه.

أو سلم نفسه (١)،

وهو المتعين بعد خروجه عن مقتضى الكفالة.

لكن تردد فيه في القواعد، بل جزم بوجود تسلمه حينئذٍ في المبسوط، وحكاه في المختلف عن ابن البراج. وهو غير ظاهر الوجه.

ويجري الخلاف المذكور في التسليم في غير المكان المشروط. وإن لم يتعرض له في الشرايع والتحرير. وكذا في غير المكان الذي يقتضيه الإطلاق، كما في المسالك.

(١) لا إشكال في بطلان الكفالة بذلك إذا رضي به المكفول له مطلقاً، سواء كان في الزمان والمكان المشروطين أو الذي يقتضيه الإطلاق، أم في غيرها. لرجوعه إلى رضاه بذلك ولو بدلاً عن موضوع الكفالة.

وأما إذا لم يرض به فلا يكفي في بطلان الكفالة مع كونه في غير الزمان والمكان المشروطين أو للذين يقتضيهما الإطلاق. لما سبق. ويكتفي به مع كونه فيهما، وفي جامع المقاصد أنه ظاهر إطلاقهم. لتحقق مقتضى الكفالة بذلك، لأن المفهوم من طلب الإحضار فهي هو طلب حضور المكفول وتسلمه الحاصل بذلك.

وبذلك يظهر الاكتفاء بتسليم الغير له. لكن في التذكرة وجامع المقاصد أنه لا يجب تسلمه ولا يبرأ الكفيل، إلا أن يكون تسليم الغير عن جهة الكفيل وبإذنه، ليكون تسليماً منه، لأن ذلك هو مقتضى الكفالة. ويظهر ضعفه مما ذكرنا. مع إنه لا يناسب إطلاقهم الاكتفاء بتسليم المكفول نفسه. ومجرد اشتراكه مع الكفيل في وجوب تسليم نفسه ليس فارقاً بعد عدم تحقق المطلوب المشترك.

والاكتفاء في الواجب الكفائي بامتنال أحد المكلفين إنما هو لكون المكلف به هو القدر المشترك، ولذا يجزأ بحصوله من غير المكلفين، بل حتى لو حصل لا بفعل أحد كتطهير المسجد لو طهر بمثل المطر. ففي المقام إن كان الواجب على الكفيل والمكفول هو أن يكون المكفول عند المكفول له فهو حاصل في الصور الثلاث، وإن كان الواجب على الكفيل أن يكون سبباً في حصول المكفول عند المكفول له لم يكف

أو أبرأه المكفول له (١)، يبرأ الكفيل. ولو عينا موضع التسليم لزم (٢)،
وإلا انصرف إلى بلد الكفالة (٣).

في خروجه عن الكفاله عنده تسليم المكفول نفسه.

وما ذكرنا يظهر أنه لو تكفل أكثر من واحد برجل واحد فسلمه أحدهم برئ
الباقون مع اتحاد الزمان والمكان، كما في الشرايع وجملة من كتب العلامة واللمعة
وغير واحد من شروحاتها. خلافاً للمبسوط محتجاً بأنه لا دليل على براءته، ووافقه في
الوسيلة، وحكاه في المختلف عن ابن البراج. إذ فيه: أنه يكفي في الدليل عليه ما سبق.
نعم مع قيام القرينة على تعلق الغرض بإحضار الكفيل بخصوصيته يتعين
عدم الاكتفاء بشيء مما تقدم. لكنه يحتاج إلى عناية خاصة.

(١) لا إشكال في بطلان الكفالة التي هي محل الكلام بذلك لابتنائها على
التعهد بإحضار المدين لاستيفاء الدين منه، فلا موضوع لها مع البراءة من الدين
بالإبراء أو بالوفاء أو بالتهاتر أو غير ذلك.

وكذا لو أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة نفسها من دون إبراء الدين، لأنها
من الحقوق، فتسقط بالإسقاط من الكفيل.

(٢) كما في التحرير والقواعد وجامع المقاصد وغيرها. ويظهر من المبسوط
وغيره المفروغية عنه. لعموم نفوذ الشروط.

(٣) كما في المبسوط والتحرير والتذكرة والقواعد والإرشاد وجامع المقاصد
وغيرها. لأن الاختلاف الفاحش بين أمكنة التسليم في المؤنة قرينة على عدم إرادة
الإطلاق، بل إرادة مكان خاص، ومع عدم تعيينه ينصرف لموضع العقد، لأنس
الذهن به دون غيره. إلا أن تكون هناك قرينة خاصة توجب الانصراف لغيره، كما لو
كان الثلاثة من بلد واحد وكانوا حين الكفالة مسافرين سفراً مؤقتاً، حيث ينصرف
الإطلاق حينئذٍ إلى التسليم في بلدهم.

وأما في الوسيلة من أنه مع الإطلاق لا بد من تسليمه في دار الحاكم أو في

موضع لا يقدر على الامتناع. فهو غير ظاهر الوجه.
هذا ما يتعلق بما ذكره سيدنا المصنف رحمته في مبحث الكفالة. وهناك بعض
الفروع لم يتعرض لها ولم نتعرض لها تبعاً في تعقيب كلامه.
الأول: لا إشكال ظاهراً في لزوم عقد الكفالة. والظاهر عدم الخلاف في ذلك،
وإن قل من ذكره لعموم لزوم العقود.

لكن في الكافي: «وإذا ظن المكفول له أو المحال كون الكفيل ملياً وانكشف
أنه غير ملي رجع إلى غريمه الأول بهال الحوالة...». وقد يستظهر منه ثبوت الخيار
بإفلاس الكفيل مع ظن المكفول ملاءته. وكأن الوجه فيه حمل الكفالة في ذلك على
الحوالة التي تضمنت النصوص فيها ذلك، كما حملوا عليها الضمان.

وفيه: أنه لا وجه للحمل المذكور مع تمحض الحوالة في تحمل الدين وكون
المقصود بالأصل من الكفالة التعهد بالبدن، وضمان المال تابع له على تقدير عدم
الإحضار. على أن فسخ الكفالة لا ينفع المكفول له. لأن الكفيل يتمحض في الوثيقة
للمدين ولو بلحاظ تعهده بإحضار المدين المكفول، ليتيسر له مطالبته بالوفاء، ففسخه
للكفالة يرجع لفقده للوثيقة من دون بدل، بخلاف فسخ الحوالة والضمان ونحوهما
مما يقتضي انتقال الدين من ذمة المدين لذمة غيره، حيث تكون فائدة الفسخ رجوع
الدين لذمة المدين الأول وجواز مطالبته بالوفاء.

نعم إذا كان المكفول له قد اشترط على المدين المكفول أن يأتيه بكفيل فقد
ينصرف الشرط للكفيل القادر على أداء الدين، ويكون فائدة فسخه للكفالة أن يجب
على المدين إبدال الكفيل الأول بكفيل آخر مليء تحفظاً على دينه. لكن الخيار حيثئذ
يكون بسبب الشرط، لا حكماً للكفالة كما هو الحال في الحوالة.

هذا وفي التحرير أنه لا يصح شرط الخيار فيه. وكأنه لدعوى منافاته لمقتضاها،
وهو التوثق للمدين. لكن الخيار لا يرجع إلى عدم التوثق بها، كالبيع بشرط عدم الثمن
الذي هو مناف لمقتضاه، وهو المعاوضة، بل إلى قصور مقتضاها وهو التوثق للمدين

عن حال الفسخ، وذلك جار في جميع موارد الخيار الثابت بالأصل أو بالشرط. ولعله لذا ذكر في التذكرة دخول الخيار في عقد الكفالة، لعدم منافاته لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود.

الثاني: قال في التذكرة: «يشترط أن يكون المال ثابتاً في الذمة يصح ضمانه، فلو تكفل ببدن من لا دين عليه، أو من جعل جعلاً قبل الفعل والشروع فيه، لم يصح». وقد يظهر ذلك من غيره، لأنهم ذكر الكفالة في لواحق الدين، وفي سياق الضمان والحوالة اللذين لا بد فيهما من فعلية الدين.

ومحل الكلام هنا الكفالة المتضمنة لإحضار المدين توثقاً لدينه، دون الكفالة المتضمنة للإحضار لأمر آخر، كالخصومة وغيرها مما تقدم الكلام فيه. وكأن الوجه في الشرط المذكور عدم الموضوع لهذه الكفالة مع عدم فعلية الدين، نظير ما تقدم في الضمان والحوالة.

لكن لما لم يكن موضوع الكفالة هو الدين، بل النفس من أجل وفاء الدين، فكما يمكن جعلها بلحاظ وفاء الدين، الفعلي يمكن جعلها بلحاظ الدين المتوقع، لا بمعنى تعليق التعهد بإحضار النفس على حصول الدين، ليكون التعليق مبطلاً لها. بل بمعنى فعلية التعهد بإحضارها على تقدير الدين، فالدين شرط للإحضار المتعهد به، لا لنفس التعهد.

نظير ما يذكر في الوكالة، حيث يصح التوكيل في الأمر المعلق، كاستضافة ضيوفه وإن لم يكن عنده ضيف فعلاً، ولا يصح تعليق الوكالة بالاستضافة على ورود الضيف عليه.

ويكفي في صحته حينئذٍ عموم نفوذ العقود والشروط.

وبذلك يظهر أنه لا ملزم بحصول منشأ الدين، كالجعل في الجعالة قبل العمل ونحوه، كما ذكره بعض مشايخنا رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ في منهاجه. بل إن تم ما ذكرنا تصح الكفالة مع عدم تحقق منشأ الدين، كما لو قال: أقرض زيداً وأنا كفيل بنفسه، وإن لم يتم لم ينفع

وجود المنشأ في صحة الكفالة.

الثالث: من الظاهر أن للكفيل - مع صحة الكفالة - أن يسعى في إحضار المكفول، للنصوص المتقدمة، ولأنه مقتضى الكفالة. بل له أن يجبره على الحضور. لأن الكفالة إن كانت بإذنه نفذت عليه، ونفوذها يستلزم قصور سلطنته على نفسه، وإن لم تكن بإذنه فقد سبق أن نفوذها حينئذٍ مشروط بوجود الحضور عليه المستلزم لجواز إجباره عليه وعدم سلطنته على الامتناع، فيجب من أجل عقد الكفالة. ولو احتاج إحضاره لنفقة فقد ذكر بعض مشايخنا أن الذي يتحملها الكفيل إلا إذا كان الإنفاق بإذنه.

نعم لو كانت الكفالة بطلب منه أو بإذنه بنحو يبتني على تحمل تبعاتها يتعين الرجوع عليه بالنفقة وإن لم يكن الإنفاق بإذنه، لأن طلب الشيء من الغير يقتضي تحمل الخسارة المترتبة عليه، كما تقدم غير مرة. غاية الأمر أنه يتحمل أدنى النفقة اللازمة عرفاً، دون ما إذا اختار الكفيل واسطة النقل أو طريقه الأكثر نفقة، فإنه غير ملزم بالزيادة، لعدم اقتضاء الكفالة بنفسها ذلك. كما هو ظاهر.

الرابع: حيث تقدم أن الكفالة في الدين تقتضي أداء الكفيل للدين مع عدم إحضار المكفول، فالظاهر أن جواز الإلزام بأدائه مشروط باليأس من القدرة على إحضار المكفول. أما مع القدرة على ذلك فالمتيقن الاقتصار على التضييق على الكفيل من أجل إحضاره كما تضمنته النصوص السابقة.

نعم لو أراد تفادي ذلك ببذل الدين وقبل المكفول له بذلك فلا إشكال. غايته أنه ليس له الرجوع على المكفول بذلك إذا لم يكن الأداء بإذنه حتى لو كانت الكفالة بطلب منه، لعدم اقتضاء الكفالة المطلوبة أو المأذون فيها للأداء مع تعذر إحضار المكفول. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. ولتقتصر على ذلك في فروع الكفالة. والحمد لله رب العالمين.

٣١٢ مصباح المنهاج - كتاب الضمان

وبذلك ينتهي الكلام في كتاب الضمان بالمعنى الأعم. وكان ذلك ليلة الجمعة
غرة شهر ربيع الأول سنة ألف وأربعمائة وخمس وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها
وآله أفضل الصلاة والتحية.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

وهو (١) جائز

(١) عرف الصلح بأنه عقد شرع لقطع النزاع أو ما يرجع لذلك في الوسيلة والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة وغيرها.

لكنه لا يناسب ما في جملة منها وغيرها من أنه لا يشترط فيه سبق الخصومة، وأنه يصح مع الإنكار والإقرار. بل ظاهر التذكرة وصريح المسالك وعن غيرها الإجماع عليه، وفي الجواهر أنه لا خلاف فيه بيننا بل الإجماع بقسميه عليه. وتشهد به في الجملة ملاحظة كلماتهم والفروع التي ذكروها.

ومن ثم حاول غير واحد حمل التعريف الأول على حكمة تشريع عقد الصلح التي لا يلزم اطرادها. ومرجع ذلك إلى عدم تعرضهم لمفهوم الصلح وبيان حقيقته.

ومن هنا سبق منا في أوائل مقدمة كتاب التجارة أنه قد ذكر غير واحد أن الصلح يتضمن إنشاء التسالم والتصالح على أمر في مقابل غيره من العقود، فإنها وإن ابتنت على التسالم على مضامينها، إلا أن المنشأ فيها ليس هو التسالم، بل المضمون الخاص من بيع أو إجارة أو نكاح أو غيرها.

لكن سبق منا أيضاً أن الصلح والتسالم من المفاهيم الحقيقية غير القابلة للجعل والاعتبار، وليس هو كالمفاهيم العقدية والايقاعية الأخرى، لا واقع له وراء الاعتبار، فلا بد من حمل دليل نفوذه على نفوذ المضمون المتسالم والمتصالح عليه، كتصنيف الحق المتنازع فيه وغيره من المضامين الاعتبارية، كما هو الحال في بقية العقود.

على أن جملة مما عدوه من أنواع الصلح قد يتضمن إنشاء المضمون الاعتباري

رأساً، كوفاء الدين بدفع بعضه، من دون أن يتضمن ذكر عنوان الصلح أو التسالم في مقام الإنشاء.

وقد يظهر بسير كلماتهم واستدلالهم البناء على عمومته لكل اتفاق حيث قد يستدلون بنصوص لا تتضمن عنوان الصلح، بل عنوان الرضا وطيب النفس والاشتراط وغيرها. لكنه لا يخلو عن إشكال، لعدم مناسبته لمفهوم الصلح المقابل عرفاً للفساد.

ومن هنا كان من القريب جداً اختصاصه بالاتفاق بين المتعاقدين الذي يدفع به الفساد نظير الصلح الحقيقي في مثل إصلاح ذات البين.

والفساد يكون من وجوه الأول: اشتباه الحقوق من دون تنازع، كما لو تردد مال بين اثنين، فيصطلحان على قسمته بينهما بالتناصف أو غيره.

الثاني: التنازع والخصومة، فيكون الصلح لدفعه ولو مع علم أطراف النزاع بالحال.

الثالث: ما إذا كان إعمال كل من الطرفين لحقه ينافي رغبة الآخر، كما في مصالحة الزوجة مع الزوج على التنازل عن بعض حقوقها دفعاً لمحدور الطلاق، كما تضمنته بعض النصوص^(١) في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٢)، مع أنه لا خصومة بين الزوجين، ولا اشتباه في حق كل منهما.

هذا وقد تضمنت بعض النصوص المصالحة عن الدين ببعضه من دون فرض شقاق أو اشتباه، مثل ما تقدم في الضمان وغيره^(٣)، حيث قد يشهد ذلك بعموم الصلح لكل اتفاق، دون خصوص ما يقابل الفساد.

لكن الاستعمال أعم من الحقيقة. ولا سيما مع عدم مناسبته لعنايه عرفاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ١١ من أبواب القسم والنشوز والشقاق.

(٢) سورة النساء في تفسير آية ١٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح.

كون الصلح عقداً برأسه أو تابع لأحد العقود ٣١٧

ومن هنا لا مجال للبناء على شمول عمومات نفوذ الصلح له، بل الدليل على نفوذ حينئذ الأدلة الخاصة أو عمومات نفوذ العقود والشروط.

نعم حيث لا يحتمل دخل خصوصية دفع الفساد في تشريع المعاملة - بحيث يشرع معه ما لا يشرع بدونه - يتعين نهوض عمومات الصلح تبعاً ببيان مشروعيتها كل عقد يشرع مع دفع الفساد مطلقاً ولو بدون دفعه ولعل ذلك هو المنشأ لتوسعهم في مفهوم الصلح واستدلالهم في بعض فروع بنصوص لا تتضمن عنوانه، بل على مجرد الرضا والاتفاق.

وعليه سوف نجري إن شاء الله تعالى تبعاً لهم على ذلك، حيث يرجع ذلك إلى الخروج بالصلح عن معناه اللغوي إلى معنى اصطلاحى أوسع، وهو كل عقد مباين مضموماً لأحد العقود المعهودة، لأنهم جعلوا الصلح عقداً في قبالتها، وإن شاركته في كونها اتفاقاً بين أطرافها على مضمون واحد. إذ لا مشاحة في الاصطلاح. وقد تقدم في أوائل مقدمة كتاب التجارة ما ينفع في المقام، فراجع.

بقي في المقام أمران الأول: يستفاد مشروعية الصلح ونفوذه من قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١). وصحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الصلح جائز بين الناس»^(٢). وقد يستفاد من غيرهما مما قد يأتي بل بناء على ما سبق من التوسع في معناه ينهض بالاستدلال على نفوذه عموم نفوذ العقود والشروط.

الثاني: المعروف بين الأصحاب أن الصلح عقد برأسه لا يرجع إلى أحد العقود المشابهة في الأثر، وصريح التذكرة وظاهر السرائر وعن غيره الإجماع عليه. وجعله الأشهر في المختلف والروضة. وكأنه لما في الخلاف من أن من أتلف ثوباً لغيره قيمته ديناراً ليس له مصالحته بدينارين، لأنه يكون بيعاً للدينار بالدينارين، وهو رباً محرم.

(١) سورة النساء: آية ١٢٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

وأصرح منه المبسوط من أن الصلح ليس بأصل في نفسه، وإنما هو فرع لغيره، وهي البيع والابراء والاجارة والعارية والهبة، ثم شرع في بيان الأقسام المذكورة. لكنه بعد أن ذكر بعض مصاديق ما هو فرع البيع، وأنه تعتبر فيه شروط البيع وتجري عليه أحكامه قال: «ويقوى في نفسي أن يكون هذا المصطلح أصلاً قائماً بنفسه، ولا يكون فرع البيع، فلا يحتاج إلى شروط البيع واعتبار خيار المجلس...». ومن هنا كان كلامه مضطرباً أو راجعاً إلى العدول عما ذكره أولاً، كما يناسبه ما في أواخر كتاب الصلح منه عند تعرضه للفرع الذي سبق من الخلاف حيث حكم أولاً بالبطلان، ثم ذكر القول بالصحة وقال: «وهو قوي، لأننا قد بينا أن الصلح ليس ببيع، بل هو عقد قائم بنفسه» نعم ينافيه ما فيه من جريان حكم الصرف في التقابض، وحكم الربا في الربويات.

وكيف كان فحيث كان مرادهم بالصلح مطلق التراضي والاتفاق، كما سبق، فإن كان موضوع الاتفاق هو مضمون أحد العقود الخاصة المعهودة تعين صدق العقد المذكور عليه بناء على ما هو الظاهر من عدم التقيد في العقود بلفظ خاص. وإن لم يكن كذلك لم يصدق عليه وإن كان مشتركاً معه في الأثر أو الغرض الظاهر. فمثلاً إذا دفع زيد لعمر وديناراً وأخذ منه ثوباً، فإن رجع الاتفاق بينهما على كون الدينار ثمناً للثوب لم يبعد صدق البيع فتعتبر شروطه. ولا أقل من فهم العموم له، لالغاء خصوصيته عرفاً وإن رجع إلى تملك كل منهما لما جعل له من دون ملاحظة التعاوض بحيث يكون أحدهما عوضاً والآخر معوضاً، أو مع ملاحظة التبادل من دون تميز أحدهما بالعوضيّة، لم يكن بيعاً، ولا تجري فيه شروطه وأحكامه، بل كان عقداً آخر وإن لم يبعد في الثاني جريان الربا فيه، لعموم دليله، لا لكونه بيعاً. ومجرد التشابه بين العقدين في الآثار لا يقتضي إلحاق أحدهما بالآخر، فضلاً عن تميز الأصل من الفرع منهما.

على أن بعض الموارد المنصوصة لا تشبه شيئاً من العقود المعهودة، كما يظهر

مع الإقرار والإنكار (١)،

بملاحظتها.

وأشكل من ذلك ما سبق من الخلاف، فإنه لو تم إنشغال ذمة المتلف بالقيمة لا بالعين، فالقيمة لا تنحصر بالدينار، بل تترد بينه وبين الدراهم فلا يلزم من التعويض عنها بالدينارين الربا المحرم، لعدم اتحاد الجنس. على أن الصلح لا يتضمن التعويض عنها بالمصالح عليه، ليلزم الربا، بل كونه وفاءً لها.

(١) كما سبق منهم. ثم أنه ذكر في التحرير أنه مع الإنكار لا يصح الصلح إلا ظاهراً مع علم المبطل المتداعين بكذبه، حيث لا يترتب الأثر على الصلح في حقه وحق كل من يعلم بالحال، وإنما يترتب ظاهراً في حق غيره لفض الخصومة.

واستثنى من ذلك في القواعد وجامع المقاصد والمسالك ما إذا عرف صاحب الحق مقدار حقه ورضي باطناً بالصلح بالأقل منه. وقد أطال في جامع المقاصد والمسالك والجواهر الكلام في ذلك بما لا يسعنا متابعتهم فيه.

والذي ينبغي أن يقال: مع عدم رضا صاحب الحق الواقعي بالصلح، وإجراؤه له لمجرد صورة استنقاذ ما يمكن استنقاذه، أو التخلص من مشاكل الخصومة أو غير ذلك، لا إشكال في عدم صحة الصلح واقعاً، فلا يجوز ترتيب أثره في حق من يعلم منه ذلك.

وأما من لا يعلم منه ذلك ولا أمانة عنده تشهد به فله ترتيب الأثر على الصلح، والبناء على كونه حقيقياً جدياً، عملاً بأصالة الجهة المعول عليها مع عدم قيام القرينة على خلافها. من دون فرق بين الطرف الآخر للصلح وغيره. ولولا ذلك لم يتجه الحكم بصحته ظاهراً، لأن أصالة الجهة، إذا لم تجر في حق الطرف الآخر لم تجر في حق غيره. ومجرد علم الطرف الآخر بكذب دعواه لا يمنع من حلية المال له بسبب الصلح المحكوم بالصحة.

وبذلك يندفع ما في المسالك من كونه أكلاً للمال بالباطل. إذ لا إشكال في حلية

المال بالصلح بعد كونه محكوماً بالصفة.

ودعوى: أن الصلح إنما ينفذ إذا لم يحلل حراماً. مدفوعة بأن المراد بذلك الحرام الذي يجرم لذاته، كشرب الخمر، دون ما تكون حرمة لمنافاته لسلطنة طرف العقد، فإنه يحل بإعمال صاحب السلطنة لسلطنته بإجراء العقد، كما لعله ظاهر.

ومثلها دعوى: أن ذلك يجرى الظالم على ظلمه. لاندفاعها بأنه يكفيه تحمل جريمة الكذب والظلم - بإنكاره وحسبه للحق قبل الصلح - رادعاً عن ذلك لو كان ممن يرتدع، وإلا فلا يصلح بطلان الصلح رادعاً له. على أن مثل ذلك لا ينهض بالخروج عما تقتضيه القواعد.

ودعوى: أن صاحب الحق إنما أجرى الصلح دفعاً للخصومة بناء على ظهور حال الطرف الآخر في دعواه أو إنكاره في الجهل بالواقع، فلا يصح للأخر ترتيب الأثر على الصلح مع علمه بكذبه.

مدفوعة بأن صاحب الحق قد يعلم بكذب الخصم وعدوانه ويرضى بالصلح دفعاً لتبعات الخصومة الشرعية والعرفية. ولو لم يعلم بذلك فلا يكون جهل الخصم بالواقع قيداً في الصلح، بل هو إما مجرد اعتقاد خاطئ مصاحب للصلح، أو داع لإيقاعه لا يكون تحلفه موجباً لبطلان الصلح.

ومثلها دعوى: أن الصلح حينئذٍ من صاحب الحق عن إكراه، لتجنب تبعات الخصومة التي أوقعها فيه المدعي الكاذب. لاندفاعها بأن ذلك لا يكتفي في صدق الإكراه المبطل للمعاملة، لأن التبعات المذكورة شرعية. وإلزام بطلان الصلح حتى مع جهل المنكر بعدم الاستحقاق. وعدوانه في الخصومة لا يكون فارقاً.

وأشكل من ذلك ما في الجواهر من الاستدلال بصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فللميت حتى يستوفيه منه في الآخرة. وإن

إلا ما حلل حراماً أو بالعكس (١)

هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به»^(١).
إذ هو أجنبي عن المقام، لأنه لم يتضمن فرض الخصومة وإنكار المدين للمدين.
كما لم يتضمن بطلان الصلح واقعاً، ولذا لا يثبت الزائد على المصالح عليه في الآخرة
للورثة الذين هم أصحاب الدين حين الصلح، بل للميت. ولعل ذلك لخصوصية
المطل الذي هو ظلم للميت، ويكون المراد به أنه لا تتم التوبة إلا بتسليم تمام الدين
للورثة.

ومن هنا لا مخرج عما تقتضيه القواعد من البناء على صحة الصلح في حق
الخصم وغيره ما لم يعلم أو تقم قرينة على كونه صورياً من أجل استنقاذ بعض الحق
أو التخلص من مشاكل الخصومة أو غير ذلك.

وذلك هو ظاهر اطلاق من سبق العلامة ممن صرح أو يظهر منه صحة الصلح
مع الإنكار والخصومة، حيث لم ينبهوا لهذا التفصيل أو يشيروا له.

هذا وأما اعتبار علم صاحب الحق بمقدار حقه مع رضاه الباطني، كما سبق
من القواعد وجامع المقاصد والمسالك. فقد استدل عليه في الثاني بمعتبر علي بن أبي
همزة: « قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف
درهم مات [فمات. يب] ألي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز
حتى تعلمهم»^(٢).

وهو - كما ترى - غير وارد في الإنكار، ولا في فرض كذب المنكر، بل في فرض
علم أحد الطرفين بالحق دون الآخر، الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى. فكيف
يحمل عليه ما نحن فيه مما يرجع إلى إقدام صاحب الحق على التنازل عن بعض حقه؟!
(١) بلا إشكال ولا خلاف، وفي المبسوط والسرائر والتحرير الإجماع عليه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ٢.

مع علم المصلحين بالمقدار (١) وجهلها (٢)

ويقتضيه في الجملة مرسل الفقيه: « قال رسول الله ﷺ: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١) وفي حديث سلمة بن كهيل في وصية أمير المؤمنين لشريح في القضاء: « وأعلم ان الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢) ولكن لا يبعد انصرافها لفرض الصلح في الخصومة.

نعم هو في ذلك يشترك مع جميع العقود والشروط. وقد تقدم تفصيل الكلام فيه وفي المراد منه في أوائل مباحث الشروط من كتاب البيع، وأشرنا آنفاً لبعض ذلك. (١) وهو متيقن من كلماتهم، وعن الكفاية نفي الريب فيه. وهو المتيقن مما تقدم في الضمان من أنه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه إلا بما صالح عليه، وكذا من صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وغير واحد عنه عليه السلام: «في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح. فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(٣)، مضافاً إلى عموماً نفوذ العقود.

(٢) كما صرح به غير واحد. وفي التذكرة: « لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأً ولا جنساً بل يصح الصلح سواء علماً قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً، وسواء كان أرشاً أو غيره، عند علمائنا أجمع». وهو وإن اختص بصورة الخصومة، إلا أنه قد سبق في كلامه دعوى الإجماع على عدم اعتبار الخصومة في صحة الصلح، كما سبق من غير واحد الإجماع على عدم الفرق في صحة الصلح بين الإقرار والإنكار كما يظهر من المسالك الإجماع عليه مع جهلها بنحو يتعذر عليهما العلم بقدره.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١ من أبواب آداب القاضي حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ٣.

ويشهد به في الجملة صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « أنه قال في رجلين لكل منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما» ونحوه أو عينه صحيحه الآخر عن أحدهما عليه السلام وما عن منصور بن حازم بطريق صحيح وآخر موثق عن أبي عبد الله عليه السلام^(١).
مضافا إلى عموم نفوذ العقود، وعموم نفوذ الصلح الذي سبق قصوره عن بعض أفراد الصلح المصطلح.

هذا ويظهر عدم الصحة مع إمكان معرفتهما بالحق من التحرير والتذكرة والدروس، وقد يظهر من المسالك. غاية الأمر أنه قرب في الدروس والمسالك الصحة مع الحاجة للتعجيل بالصلح. وكأنه للزوم الغرر ولا ملزم برفع اليد عن مانعيته بعد إمكان الفحص الراجع له وعدم الحاجة للتعجيل. ويظهر اندفاعه مما تكرر منا من عدم ثبوت عموم منع مانعية الغرر في البيع، فضلاً عن غيره من العقود، ولا سيما الصلح المنهي في كثير من موارد على الغرر.

ودعوى: لزوم الاقتصار فيه على مورد الضرورة لتعذر العلم. مدفوعة بأنه مع تقديم عموم مانعية الغرر - لو تم في نفسه - لا مجال لرفع اليد عن مانعيته مع تعذر العلم. ولذا ليس بناؤهم على ذلك في البيع. ومع تقديم أدلة نفوذ الصلح - كما هو المتعين لاختصاص بعض أدلته بصورة الجهل بمقدار ما يصلح عليه - لا مجال لقصره على صورة تعذر العلم، لأن عموم الخاص مقدم على عموم العام.

وبالجملة: لا مجال لرفع اليد عن عموم النصوص المتقدمة المستفاد من ترك الاستفصال فيها، وعن عموم نفوذ العقود.

هذ ولو علم أحدهما دون الآخر فقد صرح من سبق وفي جامع المقاصد بأنه لا يصح الصلح حينئذٍ، ولا يصح أخذ الزيادة للعالم.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

ديناً أو عيناً أو منفعة (١) ولا يبطل (٢) إلا برضاها (٣)،

واستدلوا له بمعتبر علي بن أبي حمزة المتقدم. لكنه مختص بالصلح مع الورثة، حيث قد يبتني صلحهم مع المدين على حسن ظنهم به لتخليهم أن تخرجه هو الذي دفعه لإخبارهم بأصل الدين، وأنه إنما طلب الصلح منهم لجهله به، فيكون كالغاش لهم، فالتعدي من ذلك لما إذا كان الصلح مع المدين بالأصل لا يخلو عن إشكال.

وأشكل من ذلك ما في جامع المقاصد والمسالك من استثناء ما إذا علم برضاها بالصلح كائناً ما كان حقه الواقعي. إذ فيه: أن مقتضى إطلاق الصلح ذلك، فعدم التنبيه في الحديث المذكور لاستثناء صورة العلم به موجب لظهوره في العموم للصورة المذكورة. فإن عمل بالحديث تعين عدم استثنائها، وإلا كفى الإطلاق المذكور في الصلح لإحراز ذلك والبناء على صحة الصلح مع إبقائه على جهله.

نعم لو أظهر المدين أن الحق قليل فوقع الصلح جرياً على ذلك اتجه ثبوت الخيار للدائن، نظير خيار الغش في البيع. فلاحظ.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. وبه صرح في الجملة غير واحد. للعمومات المتقدمة. بل العين هي الظاهرة أو المتينة من حديثي محمد بن مسلم ومنصور المتقدمين، والدين والمنفعة مقتضى إطلاق صحيح الحلبي المتقدم. وكذا يصح في الحق أيضاً، كما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما. لعموم دليل نفوذ العقود وإطلاق جواز الصلح.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، بل الظاهر عدم الخلاف فيه لعموم لزوم العقود. نعم بناء أنه ليس أصلاً برأسه، بل متفرع عن غيره قد يتجه عدم لزومه إذا تفرع عن عقد جائز.

(٣) يعني بنحو التقابل. لما تكرر منا من أن المرتكز في العقود كون لزومها حقياً، فيكون لصاحبي الحق رفع اليد عنه، إلا مع قيام الدليل على المنع من ذلك، كما في النكاح.

أو استحقاق الغير لأحد العوضين (١) مع عدم اجازته (٢). ولو اصطلاح الشريكين بعد انتهاء الشركة على أن لأحدهما الربح والخسران وللآخر رأس المال صح (٣).

نعم لو كان التقابل منافياً لسلطنة غير المتعاقدين، كما لو تضمن الصلح بين الطرفين براءة ثالث من دين أو حق عليه أشكل فيه التقابل، لأن تجدد انشغال ذمة المدين بعد فراغها مناف لسلطنته، نظير ما تقدم في الضمان.

ومما سبق يظهر جواز اشتراط الخيار في الصلح، لما سبق في مسألة اشتراط الخيار في البيع، من أن لزوم العقد إذا كان حقيقاً كان لطرفي الحق اشتراط الخيار، لأنه إذا كان الفسخ تحت سلطنتها كان لهما جعله حقاً على أحدهما أو عليها بالشرط.

غاية الأمر أنه يشكل اشتراطه إذا كان منافياً لسلطنة الغير، نظير ما تقدم في التقابل. إلا أن يكون العقد بالنحو المذكور باذنه.

كما أن الظاهر ثبوت الخيارات التي تقتضيها المرتكزات العرفية، كخيار العيب - كما صرح به في التحرير والدروس - وتختلف الشرط الصريح والضمني والغش - كما سبق - لعدم خصوصية البيع فيها. إلا أن يبتني الصلح على إهمالها. فلاحظ.

(١) بلا خلاف ولا اشكال، كما في الجواهر. لقصور سلطنة المتعاقدين عنه. ومنافاة الصلح لسلطنته صاحبه، فيكون فضولياً، فلا ينفذ بنفسه.

(٢) أما مع إجازته فينفذ، كما هو الحال في سائر موارد عقد الفضولي، لأن مقتضى القاعدة نفوذه بالإجازة، وإن اختصت الأدلة الخاصة بالبيع والنكاح، كما يظهر بمراجعة ما سبق في بيع الفضولي.

(٣) كما في النهاية وجمهور من تأخر عنه، ونفى في الجواهر الخلاف فيه في الجملة. لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، وكان من المال دين، وعليهما دين، فقال: أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى. فقال: لا بأس إذا اشترطا. فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو

رد إلى كتاب الله عز وجل»، ونحوه أو قريب منه صحيح الحلبي وأبي الصباح وخبر داود الأزراري^(١)، وخبر الحلبي^(٢). وقد اقتصر في المتن - كأكثر الأصحاب - على ما إذا كان ذلك بعد إنهاء الشركة.

لكن في الشرايع: «وإذا اصطح الشريكان على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله صح» ونحوه أو قريب منه في النافع والقواعد والتحرير والإرشاد ومحكي التبصرة والكفاية. وهو يشمل ما إذا كان ذلك قبل إنهاء الشركة. نعم قد يقصر عما إذا كان ذلك شرطاً في عقد الشركة، لفرضهم كونها شريكين حين الصلح، فيكون متأخراً عنها مبيئاً لها، لا شرطاً فيها جزءاً من عقدها. ولا ينبغي الإشكال في ظهور النصوص المتقدمة في إنهاء الشركة - وإن منع منه في الجواهر - لأنها تضمنت طلب إعطاء رأس المال بعد فرض ربح الشركة، فيكون المراد بالتوى توى الدين، لا خسران الشركة.

وأما إذا كان مع استمرارها شرطاً في عقدها أو صلحاً بعده، فإن رجع إلى الاتفاق على عدم تحمل أحد الطرفين للربح والخسارة في نفس المعاوضات الواقعة في الأثناء، فهو مخالف لمقتضى تلك المعاوضات، لأن مقتضى المعاوضة دخول العوض في ملك من خرج عنه العوض، المستلزم لاشتراك كل منهما مع الآخر في الربح والخسارة بنسبة حصته من الشركة، فيكون الاتفاق المذكور مخالفاً للحكم الشرعي بنفوذ المعاملات المذكورة.

وإن رجع إلى تدارك أحد الشريكين لخسارة الآخر وأخذه ربحه بعد حصولهما له، فلا مانع منه، لعدم منافاته للمعاوضة، بل هو مترتب عليها متأخر عنها رتبة، وينفذ بمقتضى عموم نفوذ العقود والشروط.

وأظهر من ذلك ما إذا رجع الاتفاق المذكور إلى إقراض أحد الشريكين الآخر

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١ وذيله.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ٤.

لو ادعى أحدهما درهمن في يدهما والآخر أحدهما أعطى الآخر نصف درهم ٣٢٧

ولو ادعى أحدهما درهمن في يدهما والآخر أحدهما أعطى الآخر نصف درهم (١).

حصته من مال الشركة. لكنه يرجع إلى إنهاء الشركة، وصيرورة الكل لشخص واحد وإن كان قرضاً، وهو خارج عن محل الكلام.

هذا وحيث سبق أن النص قد تضمن ربح الشركة، وأن الخسران إنما يكون لتعذر استيفاء الدين، فهو يقصر عما إذا جهل حال الشركة بعد إنهاؤها، وأنها رابحة أو خاسرة، وصحة الصلح حينئذ لا تستفاد من النص المتقدم، بل يخص الدليل عليه بعمومات نفوذ الصلح والعقود.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، بل والظاهر عدم الخلاف فيه، وعن مجمع البرهان أنه مجمع عليه.

ويشهد له صحيح عبد الله بن المغيرة الذي رواه الصدوق عنه بعدة طرق عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك. فقال: أما الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما». ورواه في التهذيب بطريق صحيح عن عبد الله بن المغيرة عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام. ونحوه صحيح محمد بن أبي حمزة عن بعض أصحابنا عليه السلام عنه^(١). هذا وفي التذكرة: «والأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه. فمن نكل منها قضي به للآخر. ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين». ووافقه على ذلك في جامع المقاصد والمسالك والروضة، وحكي عن غيرها، لعموم ثبوت اليمين على المنكر.

وهو المناسب لما سبق في مسألة التنازع في الجدار الذي تحت يد المتنازعين

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١ وذيله.

وكذالو أودع أحدهما درهمين والآخر درهماً وتلف أحدهما مع الاشتباه (١)،

من كتاب إحياء الموات بعد صراحة الحديتين في التداعي، وظهورهما في أن الذي يقوم بالقسمة غيرهما وليس هو إلا الحاكم في فرض التداعي، الذي من شأنه فصل الخصومة باليمين.

ولا سيما أن الالتزام بالقسمة المذكورة تعبدًا، لا لكونه من شؤون التداعي، يستلزم عدم حجية البينة من أحدهما، ولا الأصل لو كان في صالحه، ولا يظن بأحد الالتزام بذلك.

هذا وظاهر الدروس حمل التنصيف الذي تضمنه الحديتان على ما إذا كان المدعى للثاني درهماً بعينه لا مشاعاً بين الدرهمين، وأنه لا يحتاج فيه لليمين، لعدم تعرضها له، وأنه مع الإشاعة يقوي القسمة نصفين، ويحلف مدعي النصف للأول. فيه - مع ابتناؤه على غض عما سبق من الحاجة لليمين في مورد الحديتين - أولاً: أن الصحيح صريح أو كالصريح في دعوى الإشاعة وأن الدرهمين لهما، لا أن أحدهما بخصوصه له. وتعميم الحكم لصورة دعوى أحد الدرهمين بعينه مستفاد من الجواب المتضمن للتعليل بأن الاختلاف إنما هو في أحد الدرهمين، مع الاتفاق على استحقاق الأول للدرهم الآخر. ولا يفرق في ذلك بين كون مورد الاختلاف مشاعاً وكونه معيناً.

وثانياً: بأنه مع فرض كون الدرهمين في أيديهما معاً يكونان مقدار متداعيين فيهما للالزام التحالف منهما، ولا وجه لاختصاص مدعى النصف باليمين.

(١) كما هو ظاهر المقنع والفقيه، وقد يظهر من التهذيب. وهو صريح - للمفيد - وكتاب العويص وفي الشرايع والنافع والقواعد والتذكرة والإرشاد والدروس واللمعة وغيرها، وفي الدروس أن المشهور عملوا بروايته، كما نسب للمشهور في المسالك والروضة، وللاكثر في جامع المقاصد.

لوثق السكوني عن الصادق عن أبيه عليه السلام: «في رجل استودع رجلاً دينارين،

فأستودعه آخر ديناراً، فضع دينار منها. قال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الآخر بينهما نصفين»، ونحوه أو عينه موثقة الآخر عنه عن أبيه عن علي عليه السلام (١). وفي التحرير - بعد أن استشكل في الرواية بضعف السكوني - قال: «والأولى عندي قسمة التالف على قدر رأس المالين، فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وثلاثاً، وللآخر ثلثي دينار».

وكأنه يبتني على الشركة بينهما الحقيقية أو الحكمية. لكنها موقوفة عندهم على الامتزاج بين المالين، بحيث يصيران شيئاً واحداً عرفاً، كامتزاج قفيزين من دقيق الحنطة بقفيز من دقيق الشعير، حيث يعلم أن التالف معها بالنسبة، ولا مجال له في المقام ونحوه من موارد الاشتباه، حيث يعلم أن التالف من أحدهما لا غير، كما نبه لذلك في التذكرة والدروس وغيرها.

ومن هنا ذكر في المسالك أن مقتضى القاعدة الرجوع للقرعة، واختاره في الروضة. وهو يبتني على ثبوت عموم الرجوع للقرعة في موارد الاشتباه، وقد تكرر منا المنع من ذلك.

على أن ذلك كله مبني على ضعف السكوني ولا مجال لذلك بعد توثيق الشيخ عليه السلام له في العدة، وكونه من رجال كامل الزيارات. ولا سيما مع ظهور عمل الأصحاب بحديثه، ومنها هذا الحديث.

هذا وموضوع المسألة في الحديث الدينار، ولكن الظاهر إلغاء خصوصيته والتعدي للدرهم، ولذا اختلفت عبارات الأصحاب في ذلك، بل ربما ذكر بعضهم كليهما، كل منهما في كتاب. بل من القريب التعدي لغيرهما مما يتشابه في نفسه ويكون الاشتباه فيه طبيعياً.

هذا كله مع عدم دعوى المالكين المودعين، لجهلها بالحال، لا هو الغالب في مثل الدنانير.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١ وذيله.

ولو اشتبه الثوبان بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما (١)

أما لو ادعى أحدهما أو كلاهما أن الباقي له، تعين الرجوع لأحكام الدعوى، لانصراف الموثق عن ذلك، وظهوره في فرض انحصار الأمر بالودعي. وأظهر من ذلك ما لو أخبر الودعي بالمالك منهما، لقبول قول صاحب اليد فيما تحت يده، خصوصاً الأمين.

(١) كما في النهاية والكافي للحلبي والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد ومحكي التبصرة وظاهر الكافي والفتاوى والمنع والجامع وغيرها، ونسبه في الدروس للمعظم، وفي جامع المقاصد ومحكي إيضاح النافع للأكثر، وفي المسالك للمشهور. لمعتبر اسحاق بن عمار، بل صحيحه: «قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه. قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن. قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت قال: قد أنصفه»^(١).

وفي السرائر: «والقرعة في ذلك إن استعملت فهي أولى، لأن الإجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة...» وفي المسالك أن استعمالها حسن.

ولم يتضح الوجه في ذلك، إذ لا مجال لدعوى لإجماع على عموم الرجوع للقرعة مع الخلاف في المقام ممن سبق. وعموم الرجوع للقرعة غير ثابت، كما تقدم. على أنه إذا ساغ رد الرواية من صاحب السرائر لما هو المعروف منه من عدم العمل بأخبار الآحاد فلا مجال لذلك من المسالك، ولا سيما مع اعترافه بعمل المشهور بها.

والجمع بين ما تضمنته الرواية والقرعة غير ممكن إلا أن يصطلحاً على الرجوع إلى أحد الوجهين وهو غير مفروض في كلامه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

ومثله ما في المختلف من توجيه الرواية بحملها على الشركة بين المالكين بسبب الاشتباه، نظير الشركة بسبب الامتزاج. قال: «أو نقول: إن كان الثوبان متساويين فلكل واحد منهما ثوب بانفراده، وإن تفاوتتا أعطي صاحب الثلاثين الأجود منهما، إذ الظاهر ذلك، وإن جاز خلافه فهو نادر لا اعتبار في نظر الشارع له».

لكن يظهر صعف الأول مما سبق في مسألة ضياع درهم الودعي من أن الاشتباه من دون امتزاج لا يقتضي الشركة. والثاني رد للرواية الظاهرة في لزوم البيع عند التشاح. مع أنه يبتني على التعويل على الغلبة التي لا دليل على حجيتها.

وفي التنقيح بعد أن ذكر مخالفة الرواية للقاعدة - لإمكان تساويهما في الجودة وشراء أحدهما بثلاثين وقت الغلاء والآخر بعشرين وقت الرخص - ذكر أنها تحمل على الاستحباب، أو على امتزاج الثمنين قبل الشراء، بأن اشترى الثوبان معاً بمجموع الثمنين. وهو كما ترى، لأن مخالفة الرواية للقاعدة لا يقتضي حملها على خلاف ظاهرها، خصوصاً الوجه الثاني الذي يكاد يكون مخالفاً لصريحها. والعمل بالرواية المخالفة للقاعدة غير عزيز.

ثم إن الظاهر أو المنصرف من بيع الثوبين فيها هو بيعهما مجتمعين بثمن واحد يقسم بينهما أخماساً، لا يبيع كل منهما وحده ثم جمع الثمنين وقسمة المجموع بينهما بالنسبة المذكورة، لأن ذلك هو الأقرب لملاحظة فرق ثمني الثوبين ولو لأصالة مطابقة الفرق بين ثمني الثوبين عند شرائها لنسبة كل منهما من مجموع الثمن عند بيعهما، أما مع بيع كل منهما وحده فحال الثمنين حال الثوبين في العلم باختصاص كل منهما بأحدهما بتمامه. ولا سيما مع تضمينها وحدة الثمن في البيع ونسبة الأخماس له.

وما يظهر من الدروس من شمول الاطلاق لبيع كل منهما وحده بعيد جداً فتصلح الرواية للمنع منه.

وبذلك يظهر حال في التذكرة من التفصيل بين بيع الثوبين معاً بثمن واحد وبيع كل منهما بثمن يخصه، وأن توزيع الثمن أخماساً يختص بالأول. أما الثاني فإن

تساوي الثمنان فلكل منهما مثل صاحبه، وإن اختلفا دفع الأكثر لصاحبه الثوب الأكثر ثمناً. وكذا في القواعد، لكن مع ظهور كلامه في تقديم بيعهما منفردين مع الإمكان. لظهور مخالفتها لظاهر الصحيح الذي يظهر منهما العمل به في الجملة.

هذا وقد اقتصر الأكثر على مفروض الرواية، وهو ما إذا كان الثمن لكل من الثوبين ثلاثين وعشرين. وفي الدروس: « إن عملنا بالرواية ففي تعديها إلى الثياب والأمتعة والاثان المختلفة نظر، من تساوي الطريق في الجميع وعدم النص. والأقرب القرعة » واستحسنه في المسالك. لكن أطلق في الإرشاد اشتباه الثوبين المختلفي الثمن. وعليه جرى في المثلثين. وهو قريب جداً. بل لا يبعد التعميم لما زاد عن ذلك لإلغاء خصوصية مورد الرواية عرفاً وفهماً العموم منها.

نعم تقصر عما إذا علم قبل البيع باختلاف نسبة قيمتي الثوبين حين البيع عن نسبة ثمنيهما حين الشراء، إما لشرائيهما بما لا يناسب قيمتهما أو لتبدل قيمتهما حين الشراء عنها حين إرادة البيع. لأن المنصرف منها الجري على أصالة مطابقة البيع للقيمة وبقاء نحو النسبة بين القيمتين على ما كانت عليه. والمراجع حينئذ الصلح بناء على ما سبق من عدم ثبوت عموم الرجوع للقرعة في كل أمر مشكل.

هذا وقد حمل بعض مشايخنا رحمهم الله في منهاجه الرواية على ما إذا كان المقصود لكل المالكين المالية. أما لو كان المقصود لهما شخص العين بنفسها مع قطع النظر عن المالية فالمتعين القرعة وكأنه لأن موضوع الرواية هو الإبضاع الذي هو من شؤون التجارة، لا مجرد التوكيل في شراء المتاع ولو للدخار أو الانتفاع. ومن هنا يتعين قصورها أيضاً عما لو اختلفا في الغرض.

لكن من القريب إلغاء خصوصية مورد الرواية فيما إذا أراد حل المشكلة ولا سيما أن القرعة لا تؤدي الغرض في الحفاظ على الخصوصية. على أنه تكرر منا عدم ثبوت عموم الرجوع للقرعة.

بل ينحصر الأمر بالصلح الذي لا اشكال في الاكتفاء به وعدم نهوض الرواية

عدم كون الصلح إقراراً ٣٣٣

إلا إذا خير أحدهما الآخر (١). وليس طلب الصلح إقراراً (٢)، بخلاف ما إذا قال بعني أو ملكني أو هبني أو أجلني أو قضيت (٣).

بمنعه، لانصرافها إلى ما إذا أرادا حل المشكلة مالياً. ومثل ذلك ما إذا رضيا بشراء أحدهما متاع صاحبه ودفع ثمنه له. فلاحظ.

(١) كما صرح به الأصحاب. وتضمنه الصحيح المتقدم. وقد يظهر من سيدنا المصنف (قده) وجوب القبول على الآخر واختيار أيهما شاء، وعدم مشروعية البيع وتقسيم الثمن حينئذ. كما قد يظهر ذلك من كل من عبر بالتشاح والتعاسر. لكنه غير ظاهر، لعدم ظهور الصحيح في لزوم القبول من الآخر. ومجرد كون المخير منصفاً له لا يقتضي ذلك، بل له الإصرار على البيع وتقسيم الثمن، كما هو مقتضى إطلاق الصحيح.

(٢) كما في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس واللمعتين وغيرهما. قال في التذكرة: «وهو ظاهر عندنا، لأننا بينا أن الصلح يصح مع الإنكار كما يصح مع الإقرار».

(٣) كما صرحوا به في الجملة. لظهور أن المراد بها معناها الحقيقي الصحيح، وهو لا يكون إلا مع ثبوت حق المخاطب بذلك.

هذا تمام ما ذكره سيدنا المصنف رحمته في كتاب الصلح. وبقيت بعض الفروع ذكرها جمهور الأصحاب في كتاب الصلح تقدم التعرض لها في كتاب إحياء الموات، لأنها به أنسب.

كما تقدم في المسألة الثالثة من فصل النقد والنسيئة جواز الصلح عن الدين المؤجل بأقل منه معجلاً. دون الصلح عن الحال بأكثر منه مؤجلاً وتقدم في كتاب الضمان أنه مع صلح الضامن عن الدين بأقل منه يتعين رجوعه على المضمون عنه إذا كان الضمان بطلب منه بمقدار ما صالح لا بتمام الدين.

٣٣٤ مصباح المنهاج - كتاب الصلح

وبذلك ينتهي الكلام في كتاب الصلح. والحمد لله رب العالمين وكان ذلك
ليلة الاثنين الثامن من عشر من شهر ربيع الأول سنة ألف وأربعمائة وخمس ثلاثين
للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار

وهو إخبار (١) عن حق (٢)

(١) كما استفاض في كلماتهم. لكن سبر كلماتهم - تبعاً للمرتكزات العرفية - شاهد بعدم أخذ ذلك في مفهوم الإقرار، بل يكفي فيه الإخبار بما يستلزم الحق من دون قصد للاخبار عن الحق نفسه ولو مع الغفلة عن الملازمة أو الاعتقاد خطأ بعدمها، بل يكفي ما يكشف عن الاعتقاد بالحق ولو لم يكن إخبار في البين، كطلب الإبراء من الدين أو هبة العين المستلزمين لثبوت الدين وملكية العين ونحو ذلك.

(٢) كأن مرادهم به ما يعم العين والدين والمنفعة وبقية الحقوق كحق الشفعة والخيار، والرق. وحتى مثل الوكالة في إيقاع العقد أو الإيقاع، لرجوعه إلى الإقرار بنفوذ تصرفه اللاحق عليه. كل ذلك لصدق الإقرار وترتب أثره عرفاً، وظهور أن تعاريفهم في مثل ذلك لفظية يراد بها الإشارة إلى المعنى العرفي ذي الأثر المعهود.

وقد ينافي العموم المذكور ما في الشرايع وجملة مما تأخر عنه من أخذ وجوب الحق - بمعنى ثبوته - أو سبقه في تعريف الإقرار، وأنه لو أخبر بثبوت حق لاحق كان وعداً لا إقراراً. فإن مقتضى ذلك عدم صدقه مع الإخبار بمثل الوكالة، لعدم كون موضوع الخبر بنفسه حقاً على المخبر، بل الحق لازمه غير الثابت فعلاً.

لكن لا يبعد انصراف كلامهم عما إذا أخبر بسبق سبب الحق اللاحق، كما في المثال المتقدم، وكما لو أخبر الجاهل بالجمالة قبل العمل المقتضيه لاستحقاق الجعل

ثابت على المخبر، أو نفي حق له على غيره (١). ولا يختص بلفظ، بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً ولو لم يكن صريحاً (٢). وكذا تكفي الإشارة (٣)

بعده أو أخبر الأجنبي بعدم إذن المالك له في التصرف في ملكه المستلزم لضمانه للعين أو المنفعة لو تصرف أو نحو ذلك. لصدق الإقرار بذلك عرفاً. وينحصر كلامهم بما إذا أخبر بثبوت الحق لاحقاً من دون أن يرجع عرفاً إلى الإخبار بسبق السبب أو مع التصريح بتأخر السبب، كما لو قال: سوف أبيعك أو اقترض منك، كما قد يناسب ذلك جعلهم الإخبار عن الحق اللاحق وعداً. فإنه وإن لم يكن مطرداً، إلا أن الوعد لا يكون إلا بالإخبار عن تحقيق الحق من قبل الواعد. أما لو فرض عموم كلامهم للإخبار بسبق السبب فلا يكون تعريفهم وجيهاً. فلا حظ.

(١) كما عن فخر الدين. إذ لا ريب في كونه من الإقرار، وإن اقتصر الجمهور في التعريف على الأول غفلة أو تسامحاً في التعريف اعتماداً على ما ذكرنا. قال في مفتاح الكرامة: « ولم يتعرض المصنف والأكثر لحال الإقرار بالإبراء. ولعلمهم يدرجونه في الحق. فتأمل. ».

(٢) كما صرحوا بذلك أو بما يؤدي إليه، بل يظهر منهم المفروغية عنه. لصدق الإقرار بذلك عرفاً، وشمول دليل نفوذه له، كما يظهر مما يأتي في وجه نفوذه إن شاء الله تعالى.

(٣) كما في النافع، وقد يظهر من بعض شروحه، وحكي عن التبصرة والكفاية. ولعل عدم ذكر الآخرين له للغفلة عن ذلك، لا للخلاف فيه، لعدم الأشكال في صدق الإقرار بها.

وفي مفتاح الكرامة: « واشترط بعضهم في كفايتها تعذر اللفظ، لأنه الأصل، لأنه مناط الحكم في الأدلة، دون مطلق التعبير. ويكفي الشك. ولا ملازمة بينها، فلا يخصص الأصل. وهذا يقتضي المنع مطلقاً، إلا أن الإجماع قام على الاكتفاء بها عند

المعلومة (١).

التعذر، وأنه قد اكتفى بها عنده فيما هو أعظم منه». وقريب منه في الرياض .
 لكن لا يخفى أنه إن صدق معها الإقرار كفت مطلقاً حتى مع تيسر النطق،
 وإن لم يصدق لم تكف حتى مع تعذره. والاجتزاء بها مع تعذر النطق في مثل النكاح
 والطلاق ليس تعدياً مع عدم صدقها عرفاً، بل تخصيصاً لما دل على اعتبار اللفظ
 فيها تعدياً، وفي مثل الصلاة مما يؤخذ فيه اللفظ إنما هو للدليل الخاص على البدلية
 وكلاهما غير وارد في المقام.

والحاصل: أنه لا ينبغي الإشكال في كفايتها في الإقرار. كما تكفي فيه الكتابة
 أيضاً، لصدقه بها عرفاً. بل شاع منهم الابتلاء بذلك والعمل عليه.

(١) الظاهر الاكتفاء بالظهور العرفي، بعين ملاك حجية الظهور اللفظي .
 هذا وحجية الإقرار (تارة): يراد بها قبوله وترتيب الأثر عليه (وأخرى): يراد
 بها إلزام المقر به بحيث ليس له العدول عنه وعدم سماع البينة وغيرها على خلافه .
 أما الأول فلا إشكال فيه بلحاظ بناء العقلاء القطعي . وظهور الجري عليه من
 قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾^(١). لظهوره في أن الشهادة إنما تكون على إقرار
 المدين توثقاً للدين، ولا يكون إلا مع قبول الإقرار ونفوذه.

مضافاً إلى النصوص الكثيرة المتفرقة الواردة في القضاء وغيره مثل ما سبق
 في أواخر كتاب الصلح في مسألة الدينارين اللذين بيد رجلين. وموثق السكوني عن
 جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «في رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي
 ألف درهم، ثم مات على تلك الحال. قال: أيهما أقام البينة على المال، وإن لم يقم واحد
 منهما البينة فالمال بينهما نصفان»^(٢) وغيرهما.

ويؤيده ما عن عوالي اللآلي عن مجموعة أبي العباس بن فهد في الأخبار: «عن

(١) سورة البقرة: آية ٢٨٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٢ من أبواب كتاب الإقرار حديث: ١.

النبي ﷺ أنه قال: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز^(١). وقد ذكره مرسلًا عنه ﷺ غير واحد من أصحابنا في كتب الفقه، ورواه في الخلاف هكذا: «إقرار العاقل جائز على نفسه»^(٢). وقد استدل في المبسوط وغيره ببعض الآيات الأخر القاصرة دلالة، كما يظهر بمراجعتها.

ومثلها معتبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: لا أقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه»^(٣). إذ فيه: أنه إنما يدل على قبول شهادته على نفسه في الجملة ولو بضميمة شهادة غيره مما تتم به البينة في قبال شهادته على غيره، حيث لا تقبل أصلاً، لأن الثابت للمستثنى نقيض حكم المستثنى منه، ونقيض السالبة الكلية موجبة جزئية، وذلك لا ينفع في المقام، لأن المراد بحجية الإقرار قبوله بنفسه وحده.

وأما المعنى الثاني فينحصر الدليل عليه ببناء العقلاء مؤيداً بالمرسل عنه ﷺ: «لا إنكار بعد إقرار»^(٤). وربما يتصيد من بعض النصوص الجري على ذلك.

وأما الآية الشريفة فلا تنهض به لظهور أنها كما تضمنت ذلك تضمنت الاكتفاء بإملاء ولي من عليه الحق، مع أنه لا يكون ملزماً للمولى عليه بحيث لا يسمع منه إنكاره لو أقام عليه البينة المثبتة لخطأ الولي في اخباره.

نعم لا إشكال في قيام الإجماع على ذلك، كما يظهر بسبر كلماتهم في المقام وغيره. إلا أن من القريب ابتناءه على بناء العقلاء المتقدم، فيتبعه سعة وضيقاً، ولم يتضح كونه إجماعاً تعبيرياً مع قطع النظر عن بناء العقلاء المذكور.

وحينئذ ينبغي التنبيه لأمرين الأول: أن المتيقن من حجية الإقرار وإلزام المقر به. بحيث ليس له العدول عنه ما إذا كان المقر له أو من يقوم مقامه - من ولي أو وكيل - في مقام التمسك بالإقرار والمطالبة بمقتضاه، ولو اعتماداً على الإقرار من دون حجة

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٦ باب: ٢ من أبواب كتاب الإقرار حديث: ١.

(٢) الخلاف ج: ٥ ص: ٣١٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

(٤) مستدرک الوسائل ج: ١٦ باب: ٢ من أبواب كتاب الإقرار حديث: ٢.

أخرى.

أما بدون ذلك فلا يتضح إلزام المقر بإقراره، غاية أنه يكون حجة بدوية بملاك قبول صاحب اليد في الأعيان التي تحت يده، أو قبول قول الإنسان في شؤونه الخاصة به والتي تعرف من قبله كالاقرار بالدين ونحوه، فلو عدل عنه قبل عدوله بنفس ملاك قبوله بضميمة توقف اعتبار خبره أو اجتهاده على ما إذا لم يعدل عنه.

فمثلاً إذا قال صاحب المحل التجاري: قد بع المتاع الفلاني، ثم قال: كلاب بعته غيره، أو حاولت بيعه ولم يتم، أو أخطأت في خبري، فسيرة العقلاء والمتشعبة على قبول قوله وعدم إلزامه بإقراره وقوله الأول، فيجوز شراؤه منه، وقبول بذله له، أو الانتفاع به بإذنه.

غاية الأمر أنه لو أنكر المقر له ذلك وألزمه بإقراره قبل منه ولزم ترتيب أثره ولم يقبل من المقر إخباره المنافي له.

هذا ما يظهر لنا بعد الرجوع للمركزات العقلانية التي هي الدليل في المقام. وأما المرسل السابق فهو لضعفه ليس من شأنه أن يستدل به. ولا سيما مع قرب وروده لبيان الحكم مع التخاصم، كما يناسبه تعقيبه الإنكار.

الثاني: أشرنا عند الكلام في إقرار السفية من كتاب الحجر إلى أن حجية الإقرار ليست بملاك حجية البينة أو خبر الثقة، بل بملاك إلزام الإنسان بما ألزم نفسه، نظير إلزامه بالعقد والعهد. ومن الظاهر أن الملتزم له بذلك هو صاحب الحق المقر له. وذلك بنفسه لا يقتضي ثبوت الحق المقر به تعبدًا، كما يثبت بالبينة واليد وغيرهما من طرق الإثبات الشرعية والعقلانية، بل مجرد القدرة شرعاً على استيفائه. ويترتب على ذلك أمران (أحدهما): أن الإقرار بنفسه لا يقتضي ترتب آثار ثبوت الأمر المقر به كوجوب الإسلام، لأن موضوعه ملك مؤنة الحج، وإنما تترتب آثار القدرة عليه كوجوب وفاء الدين والنفقة على الأرحام وحرمة أخذ الزكاة، وغير ذلك.

(ثانيهما): أنه لو علم المقر له بكذب أحد الإقرارين لم يسقطا بذلك عن

ويشترط في المقر التكليف (١)،

الحجية، حيث لا يلزم من حجيتها التعبد على خلاف العلم الإجمالي المنجز، وهو العلم بعدم استحقاق أحد الأمرين، بل مجرد سلطنة المقر له على مطالبتهما وإلزامهما بإقرارهما غاية الأمر أنه ليس له إلزامهما معاً وأخذ الحق منهما، للعلم بعدم استحقاق أحد الأمرين وحرمة وضع اليد عليه وحسبه عن صاحبه. نظير ما إذا علم إجمالاً بعدم استحقاق أحد الرجلين لما تحت يده، حيث لا يمنع ذلك من قبول هبة أي منهما لما تحت يده، عملاً بمقتضى يده، وإنما يمنع من قبول الهبة منهما معاً، للعلم إجمالاً بغصبية أحد المالكين وحرمة وضع اليد عليه. ويناسب ما ذكرنا بعض النصوص على ضعف في سنده^(١) فتأمل جيداً. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بالبلوغ والعقل بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، بل الظاهر الإجماع عليه، بل المفروغية عنه، كما يظهر بملاحظة كلماتهم في بعض الفروع المتعلقة بذلك، بل في بعضها دعوى الإجماع.

ويقتضيه حديث رفع القلم، حيث تقدم في أول فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع أن الإلزام بمقتضى الإقرار وإن لم يكن من سنخ العقوبة عليه، إلا أنه عرفاً من سنخ التبعة له وتحمل مسؤوليته، وحديث رفع القلم ينهض برفع ذلك. مضافاً في المجنون والطفل غير المميز إلى قصور بناء العقلاء على نفوذ الإقرار عمن لا يعتد بقصده عندهم.

ومثلها في ذلك السكران، كما ادعى الإجماع عليه في التذكرة. وكذا النائم والمغمى. عليه كما نفى فيها وجدان الخلاف فيه.

بل حتى الساهي كما صرح به غير واحد. نعم لا بد أن يثبت أنه قد تكلم غير مستكمل لقصده وفكره، لأن ذلك خلاف الأصل في العاقل، بخلاف مثل الناسي والغافل عن لازم كلامه إذا كان مستكماً للقصد إلى ما تكلم به، كما هو مقتضى

(١) وسائل الشريعة ج: ١٩ باب: ٣ من أبواب القصاص حديث: ١.

الأصل.

هذا وعن ابن الجنيد نفوذ إقرار السكران من شرب محرم وإلزامه، به كما يلزم بالفرائض. وفيه: أن إلزامه بالفرائض تعدي، لعموم أدلة قضائها. أما نفوذ الإقرار فحيث كان ببناء العقلاء فهو مشروط باستكمال القصد غير الحاصل في المقام. ومجرد حرمة الشرب المسكر لا يقتضي إلزامه تعبدًا بإقراره.

هذا ومقتضى إطلاق الأصحاب عدم صحة إقرار الصبي حتى بإذن الولي، وهو صريح الشرايع والتذكرة والتحرير والدروس، بل هو معقد إجماع التذكرة. وقد يظهر من بعضهم ابتناؤه على ما يذكرونه في العقود من سلب عبارته والغاء قصده. وقد تكرر منا المنع من ذلك، وأنه يصح عقده لنفسه بإذن وليه، ولغيره بتوكيله بل بإذنه.

لكن ذلك لا يقتضي الاكتفاء بإذن الولي في المقام، لأن الولي إنما يقوم مقام المولى عليه في السلطنة على النفس والمال التي يتوقف عليها النفوذ العقود والإيقاعات. وإذنه فيها يرجع إلى أعمال السلطنة، وعدم نفوذ الإقرار من القاصر ليس لقصور سلطنته، ليقوم إذن المولى مقامها، بل لقصوره عن تحمل المسؤولية، ولا دليل على ولاية الولي عليه في تحميله المسؤولية بإذنه له في الإقرار.

نعم قد يقال بقول قوله بإيقاع سبب الاستحقاق عليه مع إذن الولي له فيه، لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به. لكنه لا يكون إقراراً ملزماً ليس له التراجع عنه ولو مع إقامة الحجة على خلافه، بل حجة يعتمد عليها ما لم يظهر معارض لها. نظير إخبار الوكيل بإيقاع ما وكل فيه، حيث يكون ملزماً للموكل ما لم يقم الحجة على خلافه. فلاحظ.

بقي شيء وهو أنه قد أهمل سيدنا المصنف رحمته بعض الشروط التي تعرض لها الأصحاب في المقر (منها): عدم الإكراه، كما ذكره غير واحد، وفي التذكرة دعوى الإجماع عليه. ولعل عدم ذكر غير واحد له لوضوحه وغلبة اعتمادهم على ما يذكرونه

في البيع.

ويقتضيه حديث رفع الإكراه، بناء ما هو الظاهر من عدم اختصاصه بالتكليف والعقاب، بل يعم كلما كان عرفاً من سنخ التبعة، نظير ما تقدم في حديث رفع القلم، وتقدم أيضاً في شروط المتعاقدين من كتاب البيع.

مضافاً إلى قصور بناء العقلاء على نفوذ الإقرار عما يصدر عن إكراه. ويؤيده ما تضمن سقوط حد السرقة، بل مطلق الحد مع الإكراه^(١).

ثم إنه قد تقدم في كتاب البيع الكلام في كثير من فروع الإكراه تجري هنا، كما يظهر بمراجعتها.

(ومنها): الرشد. وقد تقدم في كتاب الحجر أنه يتوقف على أمرين الأول:

نضوج الإنسان وكمال عقله في مقابل البله وإن لم يبلغ حد الجنون.

الثاني: إصلاح المال في مقابل التبذير. ويقتضيه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلََّ هُوَ فَلْيُمْلََّ لَهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٢)،

وصحيح هشام بن أبي عبد الله: «قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشد. وإن احتلم ولم يؤنس منه رشد وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله»^(٣)، وموثق

عبد الله بن سنان عنه عليه السلام: «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾. قال: الاحتلام. قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها.

فقال: لا. إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً. فقال: وما السفيه؟ قال: الذي يشتري

الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعف؟ قال: الأبله»^(٤) وغيرهما.

ويظهر منهم بل هو صريح غير واحد اشتراط الرشد من الجهتين في نفوذ

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٨ باب: ٧ من أبواب كتاب السرقة.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٩.

(٤) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٨.

الإقرار، بل يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه. غايته أنه في الجهة الثانية يختص بالمال كالحجر عليه.

ولم يتضح الوجه فيه، فإن الحجر في الجملة وعدم نفوذ التصرف لا يستلزم عدم نفوذ الإقرار، لما سبق في إقرار الصبي من أن عدم نفوذ الإقرار ليس لعدم السلطنة، بل لحديث الرفع وعدم اعتداد العقلاء بقصده، ومن الظاهر قصور حديث الرفع في المقام بعد البلوغ والعقل الكافي في التكليف.

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الشرط في نفوذ الإقرار هو بالرشد المقابل للضعف المساوق للبله. لعدم اعتداد العقلاء بالقصد منه، دون المقابل للتبذير، لأن التبذير بنفسه وإن كان ناشئاً عن نحو الضعف، إلا أنه لا يمنع من الاعتداد بالقصد، وترتيب الأثر على الإقرار الذي هو من سنخ الإخبار، فإن عدم القابلية على إصلاح المال لا يستلزم عدم القابلية على تشخيص الكذب وتبعاته والتحفظ منها.

هذا ولكن تقدم في كتاب الحجر عند الكلام في الحجر على السفه أن نفوذ الإقرار على المقر ليس بملاك قبول الخبر - كالبنية وخبر الثقة أو صاحب اليد - الذي قد يتحقق مع السفه المالي، بل بملاك تحمل الإنسان تبعه ما حمل نفسه، نظير نفوذ العقد الذي التزم به عليه. وعليه بيتني ما سبق من نهوض حديث رفع القلم بعدم نفوذ إقرار الصبي وإن كان مميزاً.

وحيث كان السفه المالي موقوفاً على نحو من الضعف في إدراك أهمية المال، لا على مجرد إنفاقه بوجه غير عقلائي مع إدراك أهمية المال، فلا مجال لنفوذ إقراره فيه، لأن نفوذ الإقرار مشروط عند العقلاء بتكامل إدراك المقر لأهمية الجهة التي يتعلق إقراره بها.

ويناسب ذلك ما تضمنته الآية الشريفة من أن الذي يملل عند كتابة الدين هو الولي إذا كان المدين سفياً، كما يكون هو المملل إذا كان المدين ضعيفاً، حيث تدل على عدم قبول الإملال من السفه بهما هو مخبر، فضلاً عن إلزامه به بما هو مقر.

والحرية (١) فلا ينفذ إقرار الصبي والمجنون، ولا إقرار العبد بالنسبة إلى ما يتعلق بحق المولى بدون تصديقه (٢) مطلقاً ولو كان بما يوجب الجناية على

هذا وفي التذكرة وظاهر المسالك أن الوجه في عدم قبول إقرار السفية بالمال وهو التهمة. وكأنه بلحاظ احتمال اتفاهه مع المقر له على الإقرار له كاذباً على أن يرجع إليه ما يأخذه بالإقرار، ليستقل به بالتصرف فيه من دون إذن الولي. وفيه: أن التهمة - مع عدم اطرادها - لا تمنع من قبول الإقرار.

مع أنه لا يناسب ما ذكره من عدم إلزامه بإقراره حال الحجر عليه حتى بعد ارتفاع الحجر عنه، حيث لا موضوع للتهمة حينئذ لو طالبه المقر له بما أقر به. وأشكل منه ما عن التذكرة من أنه لو حصل بيده مال باختيار صاحبه لم يضمه، لأن الحجر منع من معاملته. لظهور أن المنع من معاملته راجع إلى عدم نفوذها، لا إلى عدم صلوحه للضمان.

نعم قد يتجه ذلك في الأبله ببعض مراتبه، لأن تسليطه على المال تفريط به وتعريض له للتلف، بحيث ينسب الاتلاف معه عرفاً لمن سلطه عليه. فلاحظ. وبقيت هناك بعض الشروط ليست هي في الحقيقة شروطاً في نفوذ الإقرار، بل في ترتب بعض آثاره، لمنافاتها لحق الآخرين، يأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

(١) فلا يقبل إقرار العبد بهال ولاحد ولا جناية توجب أرشاً أو قصاصاً، كما في المبسوط والكافي وأكثر ما تأخر عنهما، كما في مفتاح الكرامة. ونفى الخلاف فيه في المسالك ومحكي الكفاية، وادعي الإجماع عليه في التذكرة وظاهر المبسوط والسرائر. كما ادعى الإجماع في الخلاف على عدم قبول إقراره بما يوجب حداً، وادعى الإجماع في الغنية على عدم قبول إقراره فيما يوجب جناية على بدنه إلى غير ذلك من كلماتهم. واستدلوا على ذلك بأنه مملوك عيناً ومنفعة، فيكون إقراره بلحاظ الاستيفاء منه منافياً لحق المولى، فلا ينفذ عليه، لعدم نفوذ الإقرار في حق غير المقر.

(٢) يعني: فينفذ الإقرار بالإضافة إلى حق المولى، كما صرح به غير واحد،

العبد نفساً أو طرفاً (١). وأما بالنسبة ما يتعلق به نفسه مالاً كان أو جناية فيتبع به بعد عتقه (٢).

ونفى الخلاف فيه في الغنية والسرائر. لعدم المانع، بل تصديق المولى راجع إلى إقراره، فينفذ الإقراران معاً عليهما ويترتب أثرهما فيما ينافي حق المولى من الحد والقصاص ويتعلق حق الجناية برقبته، كما لو قامت بذلك البينة.

وبذلك يظهر أنه لو رضي المولى باستيفاء الحق منه من دون تصديق له، نفذ الإقرار عليه، لمشاركته للتصديق في منشأ النفوذ، وهو ارتفاع المانع من جهة المولى، وإن أعثر عاجلاً على من ذكر ذلك.

(١) بيان لمقتضى الاطلاق. وهو مقتضى إطلاقهم. وفي مفتاح الكرامة: «وربما احتمل ضعيفاً لعدم، لعدم الأهلية له. ولأن المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه».

ويندفع بمنع عدم أهليته للإقرار بعد تمامية القصد منه والاعتداد به عند العقلاء. ومجرد قصور سلطنته لا يقتضي عدم أهليته للإقرار، لما سبق من عدم كون نفوذ الإقرار من سنخ التصرف الممنوع منه، غاية الأمر أن منافاته لحق المولى تمنع من نفوذه، فمع ارتفاع المانع بتصديق المولى له يتعين نفوذه.

كما أنه يكون إثبات الحد والقصاص عليه بإقراره لا بإقرار المولى، ليرد ما سبق من أنه لا يملك إثباتها عليه.

(٢) صرحوا بأنه إذا حصل سبب ضمان المال من العبد لم يلزم بأدائه حال رقبته من كسبه أو ماله حتى لو صدقه المولى، لعدم تحمل المولى لضمائه، فلا وجه لأدائه منهما بعد سلطنة المولى عليهما، للملكه لمنفعته، وأولويته منه بهاله حتى لو قلنا بملك العبد للمال. فيتعين حينئذ أن يتبع به بعد عتقه.

وقد يوهم كلام سيدنا المصنف عليه السلام إرادة ذلك بقوله: «ما يتعلق به نفسه». لكن لا مجال لحملة عليه بعد تعميمه عليه السلام للجناية، لأن الجناية تستوفي منه حال رقبته لو

صدقه المولى، كما سبق منه تَبَيَّنَ.

فلا بد من حمل كلامه على أن ما يكون استيفاءً منافياً لحق المولى لا ينفذ فيه إقراره من دون تصديق المولى إلا بعد عتقه، كما صرح به غير واحد. وتنظر فيه في حجر القواعد. وهو في غير محله بعد ما سبق من أهليته للإقرار في نفسه، وإن عدم نفوذه لمنافاته لحق المولى، فمع ارتفاع المانع بعتقه يتعين نفوذه عليه، بنحو يجوز استيفاءً، بل يلزم في الحد.

لكن يظهر من الدروس التوقف في الحد والتعزير والجنائية، وظاهر التحرير عدم القبول في الحد، بل هو صريح جامع المقاصد، معللاً بابتناؤه على التخفيف ودرئه بالشبهة.

وهو كما ترى، إذ لو تم عموم درء الحد بالشبهة فهو مختص بالشبهة في إقدام من عليه الحد على موجب، لتخيل حليته أو الغفلة عن حرمة، دون مثل شبهات الفقهاء المدفوعة بالأدلة.

هذا وإذا كانت الجنائية مما يتعلق برقبة العبد تعين عدم صحة عتقه، لمنافاته لحق الجنائية الثابت لصاحبه وحيثئذٍ فالعتق وإن كان نافذاً ظاهراً في حق المولى، لكنه لا ينفذ في حق العبد بمقتضى إقراره، لمنافاته لحق الجنائية المتعلق برقبته، فيجوز لصاحب الجنائية استرقاقه إلزاماً له بإقراره، كما يجوز له الاقتصاص منه. وإن لم أعثر عاجلاً على من تعرض لذلك. والأمر سهل بعد عدم الابتلاء بذلك في عصورنا أو ندرته.

بقي شيء. وهو أنه قد صرح في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها بقبول الإقرار بالمال من العبد الماذون في التجارة، وفي المسالك وعن غيره أنه المشهور. وهو في محله إذا كان الإذن يشمل الاستدانة لقبول قول الوكيل والأمين فيما وكل فيه واستؤ من عليه.

واستشكل فيه في التذكرة، وأقره بل قرب المنع في جامع المقاصد والمسالك. وكأنه للاشكال في اقتضاء الإذن في التجارة للإذن في الاستدانة. وهو راجع للاشكال

ويشترط في المقر له أهلية التملك (١). ولو أقر للعبد فهو له لو قيل بملكه،

في الصغرى.

وكيف كان فليس قبول قوله فيما يتعلق بالملك بملاك الإقرار المصطلح، بل بلحاظ ما سبق، ولذا تسمع البينة ونحوها من الطرق المعتمدة في تكذيبه، ولا تسمع في مقابل الإقرار. أما في حقه بلحاظ الرجوع عليه بعد العتق فهو بملاك الإقرار، وتترتب عليه أحكامه.

ومن جميع ما سبق يظهر أن الحرية ليست شرطاً في نفوذ الإقرار، بل في ترتيب آثاره المتعلقة بالغير، كما هو شأن الإقرار دائماً. ومثلها في ذلك عدم الفلس، حيث لا ينهض الإقرار بمزاحمة المقر له لبقية الغرماء في وفاء ديونهم، كما سبق.

وكذا عدم المرض بناء على الحجر على المريض فيما زاد على الثلث، الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في فصل منجزات المريض من آخر كتاب الوصايا. (١) كما طفحت بذلك عباراتهم. وكأن المراد به ما يعم الاختصاص، كالوقف والزكاة ونحوها من الأموال العامة غير المملوكة لأحد. بل يعم الحق كالرهن وحق الجناية والقصاص ونحوها لتقوم الإقرار بكون الأمر المقر به مخالفاً، لصالح المقر من دون دخل لكونه مالاً تحت يده أو عليه.

بل لا يعتبر في الإقرار اشتماله على مقر له، كما لو أقر أن في ذمته ديناً، أو أن العين التي هي تحت يده ليست له من دون تعيين الدائن والمالك، حيث لا يقبل منه الإنكار بعده للدين، أو دعوى ملكية العين، لو كان هناك مدع للدين أو لملكية العين لكفاية ذلك في صدق الإقرار، كما يظهر مما سبق. غاية الأمر أنه لا تقبل من المدعي المذكور دعواه إلا بعد إثباتها.

وكان مراد سيدنا المصنف رحمته وغيره ممن عبر بذلك صورة الإقرار بملكية شخص لشيء، حيث لا بد في نفوذه من قابليته للتملك المقر به بخصوصه، ضرورة

كما هو الظاهر (١). وفي كونه لمولاه لو قيل بعدم ملكه (٢) إشكال

أن الإقرار طريق لإثبات مفاده، وهو متفرع على إمكانه تفرع مقام الإثبات على مقام الثبوت. فلو أقر بملكية عبده المسلم للكافر بسبب بيعه له لم ينفذ، ويتعين البناء على بطلان البيع. ولو أقر لامرأة يحرم عليه زواجها بملكها في ذمته مهراً، لتزوجه منها لم ينفذ، وتعين البناء على بطلان الزواج.

نعم لو كان وضوح تعذر الأمر المقر به قرينة عرفاً على حمله على إرادة معنى آخر ممكن في نفسه نفذ الإقرار في ذلك المعنى، لأنه هو الأمر المقر به عرفاً. ولا ضابط لذلك.

(١) على ما تقدم منه رَبُّهُ ومنا في المسألة الحادية عشرة من الفصل الثالث عشر في بيع الحيوان من كتاب البيع.

(٢) كما صرح به جماعة كثيرة، بل عن بعضهم نفي الخلاف فيه، مع أن القول بعدم ملكية العبد معروف بين الأصحاب. قال في المبسوط: «لأن العبد يجوز أن يثبت له مال، وإذا ثبت له باكتساب أو غيره ثبت لسيده».

لكن ثبوت المال له بناء على ذلك راجع إلى أهليته للتصرف - كما هو صريح الشرايع - وإن كانت ثمرته لملكه. وهو أمر غير المقر به فلا بد من دعوى: أن امتناع حمل الأمر على حقيقته ملزم بحمله على غيره مجازاً.

وهو إنما يتم مع كون امتناع الحقيقة قرينة عرفاً على المجاز المذكور، ليصح نسبة الإقرار إليه. وهو غير ظاهر في المقام.

ولا وجه لما في مفتاح الكرامة والجواهر من قياسه على صحة نسبة البيع والهبة وسائر الانشاءات إليه. إذ فيه: أن بعض الإنشاءات يشيع نسبتها للوكيل والولي، كالبيع والشراء والتزويج ونحوها بلحاظ مباشرته لها. لكن لا يصح نسبة نتائجها له، كالنكاح والتملك، والملك في المقام.

نعم قد يصح نسبة البيع مثلاً لمباشر السبب مع قيام القرينة الحالية على ذلك،

كما لو قال رجل لصاحب المحل: بعني المتاع الفلاني. فقال: هو لفلان. لبيان أنه قد باعه له وكالة عن غيره. ولا يطرد في جميع موارد الإقرار بالملك. وكأن هذا هو منشأ الإشكال في كلام سيدنا المصنف رحمته.

بقي شيء: وهو استفاد من المسوط والشرايع والجامع أنه يعتبر في نفوذ الإقرار عدم تكذيب المقر له بل جعله شرطاً في نفوذ الإقرار في التذكرة والقواعد والتحريم والإيضاح والدروس والمسالك وجامع المقاصد وحكي عن غيرها. ولعل عدم ذكر غيرهم له لوضوحه لظهور قصور دليل حجية الحجج عن المتعارضين. ويظهر منهم البناء على عدم ملك كل منهما له وإن اختلفوا أو ترددوا في أخذ الحاكم له أو إبقائه عند الأول.

والذي ينبغي أن يقال: يمكن تصور الإقرار في المقام بوجهين الأول: أن يرجع إخبار المقر إلى إخبارين إخبار بأن الأمر المقر به ليس له، أو أنه مشغول الذمة به. وإخبار بأنه لمن عينه، وحينئذ يكون الإقرار هو الأول، دون الثاني، لأن الأول هو المخالف لصالحه، وقد سبق أن ذلك هو قوام الإقرار^(١).

أما الثاني فهو بسبب الأول إخبار عما ليس له، وإنما يقبل منه، لقبول خبر الإنسان فيما تحت يده لو كان عيناً أو فيما لا يعلم إلا منه قبله لو كان ديناً أو حقاً. نعم لو كان الشيء مضموناً - كالدين والعين المغصوبة - فحيث لا يبرأ من الضمان إلا بتسليمه لصاحبه، ولصاحبه المطالبة بالخروج عن ضمانه له كان إخباره بأنه صاحب الحق إقراراً له، فلو أقام غيره البينة على أنه صاحب الحق وألزمه الحاكم

(١) لا إشكال في قبول الخبر المذكور منه، لكن في كونه بملاك الإقرار بحيث يلزم به ولا يقبل منه التراجع عنه، أو بملاك قبول قول صاحب اليد فيما تحت يده الذي يقبل منه تراجعه عنه، إشكال، لأن كون الخبر في خلاف صالح المخبر وإن كان مقوماً للإقرار، لكن لم يتضح كونه كافياً في صدق الإقرار بعد أن لم يتضمن إقراراً لجهة تستحق عليه مضمون الخبر وإلزامه به، وإن كانت إجمالية محصورة الأطراف، كما لو أقر بأن المال لأحد شخصين معينين أو أكثر. ولا بد من مزيد التأمل مع التنبيه للفرق بين مجرد قبول الخبر، والالتزام به الذي هو من شؤون الإقرار. ولا سيما بعد أن لم يكن تحديد الإقرار تابعاً لدليل تعبدية، بل للمرتكزات العقلية التي كثيراً ما يصعب تحديدها سعة وضيقاً (منه عفي عنه).

بدفعه له، فدفعه له، كان للمقر له المطالبة بالخروج عن ضمانه له.

بخلاف ما إذا لم يكن مضموناً، كالوديعة، فإن دفعه لصاحب البيئة لما لم يكن تعدياً ولا تفريطاً لم يكن مضموناً.

وكيف كان فتكذيب المقر له في إخباره بأنه له وإن أوجب سقوط حجية الخبر المذكور، إلا أنه لا يوجب سقوط خبره الأول - وهو الإقرار بأنه ليس له - عن الحجية، لعدم التنافي بينهما، فيكون ملزماً بدفعه لصاحبه عند معرفته والوصول إليه. لكن ليس للحاكم أخذه، بل لا يجوز له دفعه إليه ولا تبرأ ذمته بذلك، كما في سائر موارد مجهول المالك عيناً كان أو ديناً. غاية الأمر أنه قيل بوجود استئذان الحاكم في التصديق به لو انتهى الأمر إلى ذلك. وإن كان الظاهر عدمه، على ما ذكرناه في محله.

الثاني: أن يتمحض إخبار المقر بأن الأمر المقر به لمن عينه، فيلزمه أنه ليس له من دون أن يتضمن الإخبار بذلك. وظاهرهم أن ذلك هو محل الكلام في المقام. ومع تكذيب المقر له في ذلك لا مجال للبناء على أن المقر به ليس ملكاً للمقر بعد سقوط إقراره عن الحجية بسبب المعارضة بناء على التحقيق من أن سقوط الخبر عن الحجية في مدلوله بسبب المعارضة يقتضي سقوطه عن الحجية في لازمه، على ما ذكرناه في مبحث التعارض من الأصول عند الكلام في حجية المتعارضين في نفي الثالث. وإن شئت قلت: لكل منهما إلزام الآخر بإقراره، المستلزم لعدم نفوذ إقراره على نفسه وعلى ذلك لا موضوع للكلام في أخذ الحاكم له.

هذا والظاهر أن لكل منهما الرجوع عن إقراره أو إنكاره ما دام الآخر مصراً على دعواه، لأن عدم قبول الإنكار بعد الإقرار يختص بالإقرار النافذ فعلا دون المقام مما فرض فيه عدم نفوذه. وحينئذ ينفذ على الآخر قوله إذا استمر عليه بعد عدول صاحبه، لارتفاع المانع.

وليس له الرجوع عن قوله بعد نفوذه عليه. لعدم قبول الرجوع عن الإقرار

ولو قال له علي مال ألزم به. فإن فسره بما لا يملك لم يقبل (١). ولو قال هذا

بعد نفوذه. وإن رجعا معاً في وقت واحد فكما لو لم يكن إقرار في البين. وقد أطلال في مفتاح الكرامة تبعاً للقواعد في نقل أقوالهم ومناقشتها بما لا يسعنا تعقيبه بعد وضوح ما تقتضيه القواعد في المقام، ومطابقته لما ذكرنا. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) لظهور اللام في الملك، فيكون التفسير منافياً للإقرار. وكذا لو فسره بما لا يعد مالاً عرفاً وإن كان قابلاً للملك.

هذا وقد صرح الفاضلان وغيرهما بأنه يلزم بالتفسير، وعن الحواشي نسبتة للمشهور، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». ولم يتضح الوجه فيه.

غاية الأمر أنه يجب عليه أداء ما، وللمقر له مطالبته بذلك مع قدرته. ومع جهله يجب عليه أداء أقل ما يصدق عليه العنوان المقر به.

أما مع عجزه فلا يجب عليه شيء. وتفسير الإقرار ليس حقاً للمقر له، ليلزم بأدائه، وإنما حقه في الأمر المقر به المفروض عجزه عن أدائه. بل لو ادعى الجهل بمقدار الحق المقر به فلا موضوع للمطالبة بالتفسير.

هذا وفي المبسوط: «وإن لم يفسر قلنا له: إن فسرت وإلا جعلناك ناكلاً ورددنا اليمين على المقر له فيحلف على ما يدعيه، ويلزمك، فإن لم يفسر جعلناه ناكلاً وحلف المقر له وثبت له ما يدعيه...» ونحوه في الغنية والسرائر.

وهو كما ترى! فإن التفسير ليس موضوعاً للنكول، بل موضوعه امتناع المنكر عن اليمين عند طلب المدعي له وفقده للبينة، وحينئذٍ مع عدم دعوى المقر له بشيء، لا وجه لجعل المقر ناكلاً بامتناعه عن التفسير، لعدم الموضوع له، وهو الدعوى. ومع دعواه شيئاً معيناً لم يقربه المنكر يتعين - مع فقد المدعي للبينة وطلبه اليمين منه - توجيه اليمين عليه لنفي المدعى حتى لو فسر إقراره بغيره، ولا يحكم بنكوله إلا بامتناعه عن اليمين على نفي ما يدعيه عليه، لا عن التفسير لما أجهم.

لفلان بل لفلان كان للأول وغرم القيمة للثاني(١). ويرجع في النقد والوزن

(١) كما هو المعروف بينهم، وفي مفتاح الكرامة أنه لم يختلف فيه اثنان إلا ما يأتي من أبي علي والدروس، وفي الجواهر: « بلا خلاف معتد به أجده». وفي الإيضاح: «لأن من قواعدهم أن كل اقرارين متساويي الدلالة على الإقرار صدرا من شخص واحد أهل للإقرار حكم عليه لا على غيره بموجب كل منهما لولا الآخر، ويقدم الأول فيما يتعارضان فيه، ويكون تفويتاً منه على الثاني».

ولا يسمع من المقر دعوى الخطأ أو الكذب في أحد الإقرارين، لابتناء حجية الإقرار عند العقلاء على الالتزام وعدم قبول الرجوع من المقر، وأنه لا إنكار بعد إقرار، كما تضمنه النبوي المتقدم.

ودعوى: أن قصور حجية الإقرار كسائر الحجج عن صورة التعارض يقتضي سقوط الإقرارين معاً عن الحجية نظير ما تقدم. مدفوعة بأن الخبرين وإن كانا متعارضين مفاداً بلحاظ المدلول الالتزامي لكل منهما، لأن الأخبار بملكية كل منهما يقتضي نفي ملكية الآخر، بضميمة امتناع ملكية الشيء الواحد لأكثر من واحد، إلا أن حجية كل من الخبرين في المقام لما كانت لكونه إقراراً فعنوان الإقرار لا يصدق على المدلول الالتزامي، وهو نفي ملكية الآخر، لأن الإقرار هو إثبات الحق على المقر لا نفيه عنه. فكل من الخبرين ليس حجة في نفي ملكية الآخر، ليلزم تعارض الحجيتين بخلاف ما سبق من فرض تكذيب المقر له للإقرار، لأنه إقرار في حقه أيضاً، وما إذا كانت حجة كل منهما على استحقاقه للعين البينة، لأن بينة كل منهما حجة في نفي مفاد بينة الآخر.

غاية الأمر أنه يلزم في المقام العلم إجمالاً بكذب أحد الإقرارين. وهو لا يمنع من حجية كل منهما في حق صاحبه، فله أن يلزم المقر به، لعدم ابتلائه بأثر الإقرار للآخر، نظير واجدي المنهي في الثوب المشترك، حيث لا يمنع من رجوع كل منهما لاستصحاب الطهارة.

كما أن وظيفة الحاكم في كل مرافعة الحكم بما تقتضيه الحجة في حق المترافعين، وليس مكلفاً بلحاظ الحجج في حق غيرها.

نعم لو كان لكلا الإقرارين أثر في حق شخص واحد لزم التوقف والاقتصار عملاً على مقتضى اعتراف واحد، كما لو أقر للوارث والمورث، ثم مات المورث وانتقل ما يملكه للوارث، فإنه لا يكون له المطالبة إلا بالعين، إما لاستحقاقه لها بالأصل وعدم استحقاق المورث للبدل أو لاستحقاق المورث لها بالأصل وعدم استحقاق الوارث للبدل.

والحاصل: أن تنافي الإقرارين لا يمنع من إلزام المقر بهما في حق المقر لهما وترتيب كل منهما الأثر في حقه. وحيث كان الإقرار للأول يقتضي ثبوت حقه في العين ظاهراً فلا ينهض الإقرار للثاني بإثبات حقه فيها بنحو يتزعمها من الأول، لمنافاته حق الأول، ولا ينفذ الإقرار في حق غير المقر، غاية الأمر أن يكون الإقرار للأول سبباً في تفويت العين على الثاني، فيكون المقر ضامناً لها، كما سبق من الإيضاح. نعم يختص ذلك بما إذا كان الأمر المقر به مما تشغل به الذمة، ولا تفرغ إلا بأدائه لصاحبه، كالدين والعين المضمونة. أما في مثل الوديعة مما لا تشغل به الذمة بنفسه فالإقرار به لا يقتضي الضمان إلا مع التفريط وعدم العذر في التسليم للغير، كما لو كان مفراطاً في الإقرار به أو في تسليمه لغير من أقر له به.

ولا ضمان في غير ذلك، كما لو أقر به للأول لاعتقاد ذلك، ثم انكشف له خطؤه فأقر به للثاني. فغنه لا يضمن للثاني لو ألزمه الحاكم بدفعه للأول، عملاً بإقراره، أو لقيام البينة مثلاً عنده بأنه له. كما لا يضمن للأول لو ألزمه الحاكم بدفعه للثاني عملاً بإقراره، أو لقيام البينة عنده بأنه له. لعدم الموجب للضمان في صورتين.

هذا كله في فرض تعدد الإقرار عرفاً. لكن قد يشكل الأمر في المثال المتقدم، لأن الإضراب بـ (بل) فوراً كما يكون للنسيان مع استكمال القصد إلى ما أخبر به أولاً أو التذكر سريعاً يكون للسهو وعدم استكمال القصد إلى ما أخبر به أولاً، بل لعل

والكيل إلى عادة البلد (١)،

الثاني هو الأظهر.

ولا أقل من عدم جريان أصالة استكمال القصد معه، الذي سبق أنه يعتبر في صدق الإقرار، فلا يجرز معه صدق الأقرار للأول، بل المتقين معه تحقق الإقرار للثاني لا غير، فيترتب الأثر عليه لا غير، وذلك بتسليم العين له من دون ضمان للأول. ولعله لذا استشكل في القواعد فيما سبق منهم.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما عن ابن الجنيد من أنه إن كان حياً سئل عن مراده، وإن كان ميتاً كان زيد وعمر بمنزلة متداعيين لشيء واحد في يد غيرهما. وفي الدروس: «وليس بذلك [بذاك] البعيد».

إذ فيه: أنه إن بني على تعدد الإقرار - كما سبق من المشهور - فلا مجال للتراجع عن أحد الإقرارين، ولا تسمع دعوى النسيان والخطأ، وإلا جرى ذلك في الإقرار لشخص واحد من دون إضراب، وسقطت خصوصية الإقرار في الالتزام.

وإن بني على وحدة الإقرار قطعاً أو احتمالاً فالأخير هو المتيقن، ولا مجال للتردد فيه. بحيث يسأل عن مراده في حياته، ويكونان متداعيين لو عاجله الموت. ولذا حكى عنه أنه لو قال: له علي دينار، بل قفيز حنطة. كان عليه قفيز حنطة. ولم يتضح وجه الفرق بين الإضراب في المقر له والإضراب في المقر به.

(١) كما صرح به جماعة، ونفى في الجواهر الخلاف والإشكال فيه. لأنه المفهوم من الإطلاق. هذا وقد صرح في الشرايع أن المعيار بلد الإقرار، وقد يظهر من إطلاق غيره، بل هو كالصريح من بعضهم.

لكن في الروضة ومفتاح الكرامة والجواهر وحكي عن غيرها أن المعيار بلد المقر. وهو قد يتجه إذا كان غير عارف بما في بلد الإقرار، أو غير منسجم معه، كما لو كان عابراً فيه، أما مع معرفته به فلا يبعد الحمل عليه.

ولا أقل من التوقف والرجوع إليه في تفسيره، ومع عدمه يقتصر على الأقل.

ومع التعدد إلى تفسيره (١). ولو أقر بالمظروف لم يدخل الظرف (٢). ولو أقر بالدين المؤجل ثبت المؤجل (٣)

لأنه المتيقن من الإقرار. وكثيراً ما تتحكم قرائن الأحوال في ذلك.

(١) كما صرح به الفاضلان والشهيدان في غير واحد من كتبهم وجامع المقاصد وغيرها وفي غير واحد منها أن ذلك مع التساوي في التعامل. ولعل الأولى جعل المعيار التساوي في الاستعمال كما في الشرايع، بحيث يحتاج التعيين إلى القرينة. أما مع شيوع بعضها استعمالاً، بحيث يفهم من الإطلاق ويحتاج الآخر للقرينة، فالظاهر الحمل عليه وإن شاع التعامل بغيره. كما أن الكلام في إلزامه بالتفسير يظهر مما سبق في صورة الإجمال في المقر به. (٢) بلا إشكال ظاهر كما هو الحال في العكس أيضاً، وإن لم يشع بينهم التعرض لهما لوضوح التباين بين الظرف والمظروف. نعم كثيراً ما يراد الظرف تبعاً في الإقرار بالمظروف وكثيراً ما يراد المظروف تبعاً للظرف.

وإن كان ذلك وحده لا يكفي في الإلحاق، بل لابد من بلوغه حداً يصلح للقرينة ولو كانت هي التعارف في خصوصيات الموارد، ولا ضابط لذلك. (٣) كما في المبسوط والمهذب وجامع الشرايع والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الشرايع والتذكرة والتحرير وعن غيرها. لأن الإقرار إنما يثبت مضمونه بعد تمامية الكلام، والمفروض عدم تماميته إلا بذكر الأجل، كما لو أخذ وصفاً مخالفاً للأصل كالعيب. ولأنه لولا ذلك لانسد باب الإقرار بالمؤجل، خوفاً من الإلزام بالتعجيل، وهو مناف لفائدة الإقرار.

وعن ابن الجنيد وفي الخلاف والسرائر والارشاد والإيضاح وعن غيرها أنه لا يثبت الأجل ويلزمه في الحال، ونسبه في التذكرة والمسالك للأكثر، لأن التأجيل خلاف الأصل. وفي القواعد وعن غيره الإشكال، وعدم الترجيح بين القولين.

والذي ينبغي أن يقال: إن التأجيل لما كان في صالح المقر لم ينهض الإقرار بإثباته، كما لا ينهض بنفيه، بحيث يلزم بالتعجيل ولا يقبل منه دعوى التعجيل أو بيئته، لأن الأمر المقر به والذي لا تسمع دعواه أو بيئته بنفيه هو الأمر المقر به، وهو أصل الحق الأعم من المعجل المؤجل، لا المطلق الذي يكون مقتضى الأصل فيه التعجيل. بل لا بد من الرجوع فيه للأصل أو الطريق المتيسر لهما إقامته.

كما لا إشكال في أن مقتضى أصل البراءة عدم وجوب التعجيل تكليفاً. ولا يخرج عن ذلك إلا بأصل حاكم، كما لو ادعى المقر أنه اشترى بثمان نسيئة، أو باع سلفاً أو نحو ذلك مما يتوقف فيه التأجيل على شرط مدفوع بالأصل. ولعل ما في المبسوط ومن تبعه منصرف عن ذلك.

وبذلك يظهر الفرق بينه وبين دعوى الوصف المخالف لمقتضى الوضع الطبيعي كالغيب، لوضوح أن بيع الصحيح مثلاً أو الشراء به ليس مقتضى الأصل بل مقتضى الإطلاق في المعاملة، فمع فرض عدم إحرازه حين البيع من الإقرار، لفرض الإقرار بالغيب، لا مجال لإحراز استحقاق الصحيح.

وكذا الحال في جميع موارد عدم الأصل الحاكم على أصل البراءة من وجوب التعجيل تكليفاً، فإنه يتعين عدم وجوب التعجيل ما لم يشبه المقر له، كما لو احتمل كون الدين المؤجل المقر به من دية خطأ حكمها شرعاً التأجيل أو ثمن فيما لو باع معجلاً بثمان ومؤجلاً بأكثر منه، حيث تقدم في فصل بيع النقد والنسيئة من كتاب البيع أنه يقع مؤجلاً بالأقل، أو كان جواز تأخير تسليم الثمن لامتناع البائع من تسليم المبيع لا للشرط ونحو ذلك. بل حتى لو احتمل كونه من قرض مؤجل لكنه لم يقر بالقرض، ليكون مقتضى الإطلاق فيه التعجيل. وقد ذكر ذلك في الجملة في الجواهر.

وهذا يجري في غير الإقرار من طرق إثبات الحق، فإن البينة إن شهدت بثبوت حق يجب التعجيل بأدائه كانت دليلاً على التعجيل، وكذا لو شهدت بثبوت الحق على الإطلاق، لأن إطلاق الحق يقتضي تعجيله.

ولم يستحق المقر له المطالبة به قبل الأجل (١).

أما لو شهدت بثبوت الحق في الجملة مصرحة بأنها لا تعلم بوجوب تعجيله أو لا. فإن المرجع حينئذٍ أصالة البراءة من وجوب التعجيل ما لم يكن هناك أصل حاكم على الأصل المذكور، على نحو ما سبق.

(١) مما سبق يظهر أنه لا يحق له المطالبة به قبل الأجل بلحاظ نفس الإقرار، غاية الأمر أنه قد يكون هناك أمر يقتضي جواز المطالبة بالتعجيل من أصل أو غيره. بقي شيء وهو أنه لا ينبغي الإشكال في أنه إذا تم الإقرار، ثم عقبه بعد انقطاع كلامه بما ينافيه لم يقبل قوله، كما إذا أقر له بمائة دينار مثلاً، ثم قال: تنقص عشرة، أو هي من ثمن خمر أو خنزير، أو من بيع وقد تلف المبيع قبل قبضه أو نحو ذلك. لا بتناء حجية الإقرار على الإلزام وعدم سماع المنافي حتى لو ادعي الخطأ أو الجهل أو النسيان. وليس هو كالبينة تستقط عن الحجية بعدول الشاهد عن شهادته لدعوى الخطأ أو نحوه، بل حتى لدعوى عروض الشك له فيما شهد به.

أما لو وصل الإقرار بما ينافيه فلا إشكال أيضاً ولاخلاف في قبوله إن كان الوصل عرفاً بياناً للمراد الجدي من الإقرار على خلاف الظهور الأول، كالاستثناء وما يلحق به، كما لو قال: له علي مائة تنقص خمسة. وكذا الوصف المخالف لمقتضى الإطلاق، مثل العيب أو إضافة العملة لغير البلد ونحو ذلك.

أما لو وصل بما يبطل الإقرار بحيث يلزم منه عدم الاستحقاق، كما لو قال: له علي مائة ثمن خمر أو خنزير، فالمعروف بينهم عدم القبول، ونفي في الجواهر الخلاف فيه، بل ظاهر ما عن نهاية المرام الاجماع عليه، لدعوى عدم سماع إبطال الإقرار.

لكن ظاهر الدروس التوقف. والظاهر عدم تمامية الإقرار، لأن الإقرار لا ينعقد إلا بتام الكلام، والكلام بمجموعه لا يقتضي الاستحقاق. غاية الأمر أنه يلزم تدافع الكلام بدواً، وهو أمر آخر غير ابطال الإقرار. فإن أمكن رفع التدافع بحمله على الجهل أو الغفلة عن الحكم الشرعي أو بالتشريع فيه، وإلا استحکم التدافع.

ولو أقر بالمردد بين الأقل والأكثر ثبت الأقل (١).

لكن استحكامه لا يقتضي تمامية الإقرار بأوله، وغض النظر عن الآخر، لما سبق من عدم تمامية الإقرار إلا بإنهاء المتكلم لكلامه.

ومثله ما لو قال: له علي عشرة دراهم إلا عشرة، لأن عدم صحة الاستثناء المستوعب لا ينافي عدم نفوذ الإقرار بل عدم صدقه بالمستثنى منه وحده، لعدم تمامية الكلام.

وكذا لو قال: له عشرة دراهم ثمن مبيع تالف. إلا أن يفهم منه أنه كان له علي عشرة ثمن بيع ثم سقطت بتلفه، أو صرح بذلك ابتداء. فيرجع إلى دعوى سقوط الحق بعد ثبوته، لا دعوى ما يبطل الحق، كما لو ادعى الوفاء أو الإبراء، حيث لا إشكال في نفوذ الإقرار حينئذٍ وتحتاج دعواه حصول المسقط إلى إثبات.

غايته أنه في المثال المفروض لا يكفي في إلزامه بدفع الدين يمين المقر له على عدم تلف المبيع بعد تعذر إثبات تلفه على المقر، بل لابد من تسليم المبيع له، أو إثباته من قبل المقر له، ومع تعذرهما يكفي في عدم وجوب تسليم الدين يمين المقر على عدم تسليم المبيع.

وبذلك الحال في نظائر الفروض المذكورة مما قد لا يسهل حصره، ولا ينبغي إطالة الكلام فيه. فلاحظ.

(١) الظاهر عدم الخلاف فيه، بل يظهر من كلماتهم في الموارد المختلفة المفروغية عنه. ولا ينبغي الإشكال فيه، لأن الإقرار إنها هو بالأقل، ولا إقرار بالزائد، بل الحاصل هو بيان احتماله، وليس هو إقرار. هذا إذا كان التردد من المقر نفسه، كما لو قال: له علي عشرة أو عشرين.

أما لو كان التردد في مفاد المقر به، كما لو أقر بصاع وتردد الصاع بين الأقل والأكثر فلا إقرار بالأقل معلوم وبالأكثر مشكوك، فلا يترتب أثره حتى يجز الإقرار به.

ولو أبهم المقر ففي إلزامه بالبيان (١) نظر. فإن عين قبل (٢). ولو ادعاه الآخر كانا خصمين (٣). وللآخر على المقر اليمين على عدم العلم إن ادعى عليه العلم (٤).

نعم يكفي قيام الحجة على إرادة المشكوك، كظهور الكلام ولو كان مستنداً لقرائن الأحوال، مثل ما تقدم من حمل الكيل والوزن والنقد على ما يتعارف في البلد، حيث يحرز بضميمة الحجة المفروضة - وهو ظهور الكلام - تحقق الإقرار به.

(١) ففي المبسوط أنه لو أقر لاحد رجلين ألزم بالبيان، وتبعه في الشرايع والقواعد والتحرير والإرشاد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

ويظهر الإشكال فيه مما سبق في صورة إبهام الأمر المقر به. غاية الأمر أن أياً منها ادعاه كان عليه البيئته. وليس له لو فقدتها أن يطالبه باليمين عليه لأن المقر لا يدعى الملك ليكون منكراً من أجل أنه صاحب يد.

نعم لهما الاتفاق على تسليمه لأحدهما أو لثالث من أجل انتزاعه من يده. كما يجب عليه واقعا تسليمه لصاحبه لو علمه، لا بيان صاحبه.

(٢) كما صرحوا به من دون خلاف ظاهر. لقبول قول صاحب اليد فيما تحت يده من الأعيان، ومنه إثبات ملكيتها لشخص ونفي ملكيتها عن آخر. ولكونه مقراً له في الذميات، وكذا في الأعيان المضمونة، لأن الضمان نحو من الحق للمضمون له على الضامن.

(٣) والمنكر هو الذي عينه صاحب اليد، لأن قوله مطابق للحجة، كصاحب اليد. كما أنه لو كان الأمر المقر به ذمياً أو مضموناً - كالمغصوب - أمكن للثاني أن يخاصم المقر نفسه.

(٤) كما صرحوا بذلك. وقد استدل عليه بعموم أن على المدعي البيئته وعلى المنكر اليمين. لكن ذلك إنما يتجه في الحقوق، والعلم بصاحب الحق ليس حقاً آخر

ولو أبهم المقر به ثم عين فإن أنكره المقر له ففي أنه للحاكم انتزاعه أو إقراره في يده إشكال (١). ولو ادعى المواطأة على الإشهاد كان له الإحلاف (٢)

زائداً على الحق المعلوم، ليكون موضوعاً للتداعي.

وأما الاكتفاء باليمين من الوارث على نفي العلم بالحق على المورث فهو تخفيف من الشارع الأقدس عليه في حسم الدعوى في الحق نفسه، لا في العلم به. نعم لو تمت الحجة في حق أي منهما على أنه صاحب الحق المقر به كان له دعواه بنفسه على المقر، فيكون المقر طرفاً في الدعوى معه، لاستحقاق تسليمه عليه، أو لضمانه له بعد تسليمه لخصمه لو كان مما يضمن، فتجري أحكام الدعوى بينهما. (١) بل منع، كما سبق عند الكلام في اشتراط عدم تكذيب المقر له في حجة الإقرار.

(٢) كما في المبسوط والشرائع وجملة من كتب العلامة والشهيد وغيرها. ونسبه في الجواهر للشيخ ومن تأخر عنه إلى الكفاية، ونسبه في المسالك للأكثر، وعن الكفاية أنه المشهور.

ومقتضاه وجود قول بعدم سماع دعواه، كما هو صريح الشرائع وغيره. لكن في الجواهر: «لم نتحقق هنا قائلة من العامة، فضلاً عن الخاصة». وقريب منه في مفتاح الكرامة. لكن صريح المبسوط وجود القائل به في الجملة من العامة. وكيف كان فقد استدل له في كلام غير واحد - كالمبسوط والشرائع والتذكرة - بأنه ادعى أمراً جرت العادة به، وزاد في مفتاح الكرامة أنه لو لم تسمع حينئذٍ لزم الضرر.

وهو كما ترى! لأن العادة ليست معياراً في الخروج عن مقتضى القواعد المعول عليها، ومنها إلزام المقر بإقراره.

وأما الضرر فهو إنما يلزم على تقدير صدقه في دعوى المواطأة. ولزومه حينئذٍ مستند إليه، لأنه أوقع نفسه فيه بسبب تعمد الإقرار الكاذب. وإلا فالضرر مقطوع به

مع الإقرارين المتنافيين، كالإقرار لشخصين بعين واحدة، ولم يمنعهم ذلك من إلزام المقر بهما معاً.

ومثله ما في الجواهر من الاستدلال بعموم أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. إذ فيه: أن ذلك يختص بالحقوق، والمواطأة بنفسها ليست حقاً، وإنما الحق هو الثمن الذي يجب على المشتري إقباضه. ومرجع دعوى البائع ونحوه المطواطأة إلى تكذيب الإقرار بقبضه، ومن المعلوم عدم سماع دعوى كذب الإقرار من المقر.

لكن صرح في الشرايع والتحرير وغيرهما بعدم رجوع ذلك إلى تكذيب الإقرار. وأوضح ذلك سيدنا المصنف رحمته في المسألة الثانية والخمسين من كتاب المضاربة بدعوى: أن مرجع الدعوى المذكورة ليس إلى تكذيب الإقرار رأساً، ونفي مفاده، بل إلى بيان خلل فيه، وأنه صادر لا لبيان الواقع.

قال رحمته: «هذا ولا يخفى أن قاعدة عدم سماع الإنكار بعد الإقرار تختص بما إذا كان الإنكار وارداً على ما ورد عليه الإقرار، بحيث يكون معارضاً له، كما إذا قال: لك علي درهم. ثم قال: ليس لك علي درهم. أما إذا كان الإنكار وارداً على أمر آخر غير الواقع الذي ورد عليه الإقرار - كما في المقام - لم يكن وجه للرد.

فإن قوله: اشتبهت أو غلطت، أو ما قصدت الواقع، بل كان إخباري تورية، أو قصدت الواقع لا بقصد بيان الواقع، بل بقصد التخلص من الضرر، ونحو ذلك مما لا يكون القول الثاني وارداً على ما ورد عليه الأول ولا معارضاً له، فلا يكون من الإنكار بعد الإقرار». وقريب منه ما ذكره بعض مشايخنا رحمته.

لكن مقتضى ذلك سماع دعوى كذب الإقرار، لأنها شرح لحال الإقرار، لا مناقضة له. ولا يظن بأحد البناء على ذلك. ومجرد ذكر السبب لذلك لا يبرر السماع. لظهور أن تكذيب الإقرار لا بد أن يرجع إلى أحد الأمور المذكورة أو نحوها، وإذا بني على قبول مثل هذه الأعذار لم يبق للإلزام بالإقرار مورد معتد به.

بل هو لا يناسب ما سبق منهم من أن الإقرار مع الأضرار بمثل (بل) يقتضي

الإقرار بالأمرين المتنافيين والإلزام بها، مع وضوح كون المفهوم منه عرفاً أن ذكر الأول منه اشتباه، لنسيان أو غلط من دون استكمال قصد أو نحوهما.

كما لا ما سبق منهم من حمل الإقرار على ما يقتضيه إطلاقه من إرادة الصحيح دون المغيب والمعجل دون المؤجل وما يقتضيه عادة البلد دون غيره ونحو ذلك، وعدم قبول تفسيره منه بما يخالفه إذا كان منفصلاً بعد انعقاد الظهور في الإطلاق. مع وضوح رجوع التفسير إلى بيان مراده من كلامه من دون تكذيب له، وكثيراً ما يكون أقرب من التورية عرفاً.

بل قوله تَبَيَّنَ: «أو قصدت الواقع لا بقصد بيان الواقع، بل بقصد التخلص من الضرر» عبارة أخرى عن قصد بيان الواقع كذباً لدفع الضرر.

وبالجملة: دعوى المواطأة ترجع إلى دعوى الإقرار كذباً لغرض خاص. وهو عبارة أخرى عن تكذيب الإقرار. ومجرد بيان الغرض الداعي للكذب لا يخرج عنه كونه تكديباً له.

ومما سبق يظهر الإشكال فيما ذكره بعض الأعاظم تَبَيَّنَ في حاشيته على المسألة المذكورة من العروة الوثقى من سماع دعوى الاشتباه والخطأ ونحوهما في الإقرار، وأنه لا يكون رجوعاً عنه، بل دعوى خلاف ظاهره.

نعم يتجه سماع دعوى المقر إذا رجعت إلى بيان خلل في الإقرار مانع من صدقه عرفاً، مثل عدم القصد لما أقر به لجنون أو نوم أو سهو راجع إلى عدم استكمال القصد، أو من التعويل عليه شرعاً أو عرفاً، كالصبا والإكراه وخوف الضرر.

لأن الدعوى المذكورة ترجع إلى عدم حجية الكلام الصادر منه، فيكون دليل ثبوتها - من أصل أو أمارة - وارداً على عموم نفوذ الإقرار والإلزام به، ورافعاً لموضوعه ظاهراً، من دون أن ينفيه.

ومثله ما إذا صدقه المقر له في المواطأة وادعى الإقباض بعد ذلك جرياً عليها. لرجوع التصديق المذكور إلى تكذيبه للإقرار، وقد سبق سقوط حجية الإقرار بذلك.

على نفي القبض (١).

ودعوى التسليم بعد ذلك تحتاج إلى إثبات.
ودعوى: أن ظهور الاتفاق على سماع دعوى المواطأة كاف في البناء عليه والخروج عن دليل نفوذ الإقرار والإلزام به.
مدفوعة بأنه لا مجال للتعويل على الاتفاق المذكور - لو تم - لحدوثه في عصر تدوين الفتاوى من دون ظهور سيرة أو نصوص تناسبه، كما تكرر منا في نظائر المقام. ولا سيما مع عدم تعرض كثير للمسألة، واستدلال كثير ممن تعرض لها بالغلبة. ومن هنا يتعين عدم سماع الدعوى المذكورة، والإلزام المقر بإقراره. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) لما كان المقر قد أقر بالقبض وادعى المواطأة، فعدم إلزامه بالإقرار بنحو يحتاج للاحلاف المتعلق بالقبض، يقتضي إما أن يحلف هو على عدم القبض، خلافاً لإقراره. أو يحلف هو المقر له على القبض أو الإقباض تأكيداً لإقراره، لعدم كفاية الإقرار بآبائه، بل لا بد من تميمه باليمين، ولا معنى لاحلاف المقر له على نفي القبض، لأن الذي يدعيه المقر له هو القبض أو الإقباض لا عدم القبض. وعلى ذلك يتعين خطأ ما في المتن.

والذي يظهر من بعضهم، بل هو صريح غير واحد، الثاني، وهو إحلاف المقر له بحصول القبض. وكأنه للبناء على أن الإقرار مع دعوى المواطأة كاليد حجة للمقر له غير ملزمة للمقر، بحيث تمنعه من الدعوى، فيكون المقر له منكراً، ويحتاج لليمين لإسقاط الدعوى.

وأما الأول وهو حلفه على القبض فهو يبتني على سقوط الإقرار عن الحجية رأساً، فيكون المقر هو المنكر بالإضافة إلى القبض، لموافقة قوله للأصل، ويحتاج إسقاط الدعوى ليمينه.

لكن لا يظن بأحد البناء على الأول، إذ لا ريب في أن المواطأة خلاف الأصل

وقيل: على نفي المواطأة (١). لكنه ضعيف.

في الإقرار، وسقوطه عن الحجية رأساً بمجرد دعواها لا يناسب ذلك.
كما أن الثاني تفصيل في حجية الإقرار لا شاهد له بعد كون دليل حجية الإقرار يقتضي الإلزام بالأمر المقر به - وهو في المقام القبض - من دون حاجة إلى بينة أو يمين. (١) كما هو محتمل الشرايع والتحرير في كتاب الإقرار، والقواعد فيه وفي كتاب الهبة، وصریح التحرير والمسالك في كتاب الهبة، وجامع المقاصد في الكتابين. وبناء الشهيد في حاشيته على كتاب الهبة من القواعد على سماع دعوى الإقرار. وهو المتعين، بناء على ما سبق منهم من أن دعوى المواطأة لا ترجع إلى تكذيب الإقرار بالقبض، بل إلى دعوى خلل في الإقرار مخالف للأصل يمنع من الالتزام به كالإكراه، فيتعين الاكتفاء بيمين المقر له على نفيه، ليحرز به أن الإقرار تام ملزم للمقر بالقبض من دون حاجة إلى بينة أو يمين.
ولا سيما مع ما سبق من الإشكال في الدليل على لزوم يمين المقر على عدم القبض، وفي الدليل على لزوم يمين المقر له على القبض. بل لما كان الخلاف في المواطأة هو المثير للمشكلة فلا وجه لسقوطها باليمين على القبض، لخروجه عن موضوع الدعوى.
نعم لو كانت دعوى المواطأة بنفسها مسقطة لحجية الإقرار رأساً، من دون أن تكون طرفاً للخصومة - نظير ما لو صدقه المقر له - وبسبب ذلك تنتقل الخصومة للقبض، تعين فصل الخصومة حينئذ بينة المقر له على القبض أو بيمين المقر على عدمه. كما أنها لو كانت مسقطة للإلزام بالإقرار مع حجيته في الجملة - كاليد - تعين الاكتفاء بيمين المقر له على القبض، كما ذكرناه آنفاً. لكنه خلاف ظاهرهم كما أنه يتجه عليه ما سبق منا في بيان ضعف الوجهين معاً.

مسائل ..

(الأولى): يشترط في الإقرار بالولد (١) إمكان البنوة (٢) والجهالة (٣)

(١) محل الكلام هو الإقرار بنحو يثبت النسب وتترتب جميع أحكامه من الحقوق المتبادلة في الحياة - كوجوب الإنفاق على الطرفين - وبعد الوفاة - كالتوارث - وغيرها، كالمحرمة بينهما وبين من يتصل بينهما نسباً أو مصاهرة وغيرها. ومن الظاهر أن ذلك ليس على حد الإقرار الذي هو محل الكلام المتمحض في إثبات حق للمقر له على المقر، دون ما زاد على ذلك. فالإقرار في المقام كالإقرار بمثل البيع والنكاح والطلاق وغيرها، يبتني على قبول قول المخبر، نظير قبول البينة، والشروط الآتية، نظير اشتراط العدالة في البينة، ويكون التعرض له في كتاب الإقرار استطرادياً.

أما ما يتمحض من الإقرار بالنسب في ثبوت الحق على المقر - كوجوب الإنفاق على المقر له - فمقتضى عموم نفوذ الإقرار نفوذه فيه مع احتمال صدق الإقرار وعدم تكذيب المقر له، ولو مع وجود المنازع، كما لو كان المقر له صغيراً أو مغمى عليه أو شاكاً، فيكون له ولوليه مطالبة المقر بالحق الذي يقتضيه الإقرار. كما أنه لو تنازع شخصان بنوة شخص واحد كان له مطالبة من شاء منهما. ولا يجوز مطالبتها والأخذ منهما معاً، للعلم إجمالاً بعدم استحقاق أحدهما المستلزم لحرمة وضع اليد عليه وحسبه عن صاحبه، كما يظهر مما تقدم في أول الكلام في حجية الإقرار.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، بل الظاهر عدم الخلاف في اعتبار ذلك، وبه صرح في الجواهر. ولا ينبغي الإشكال فيه. لظهور أن الإقرار في المقام طريق لثبوت البنوة، لا سبب لها كالأستلحاق في الجاهلية. ولا بد في حجية الطريق من احتمال مطابقته للواقع. وبذلك يظهر أن الإمكان في المقام احتمالي، لا حقيقي، ليجتاز إلى إثبات.

(٣) كما صرحوا به أيضاً على نحو سابقه. ويظهر الوجه فيه مما سبق. ويكفي

وعدم المنازع (١)

في رفع الجهالة هنا قيام الطريق الشرعي، كالفراش.

ومنه ما إذا سبق ادعاء غيره له من دون منازع، بناء على ما يأتي من كفاية ذلك في الإلحاق، حيث يكون ادعاء السابق من دون منازع وارداً على دليل الإلحاق بادعاء الولد بالإضافة إلى اللاحق.

(١) كما صرحوا به أيضاً على نهج الشرطين السابقين. إذ مع المنازع يلزم تعارض الإقرارين المانع من حجيتها معاً، ومع تساقطها يتعين التوقف أو الرجوع لطريق آخر.

واقصر على البينة في المبسوط والجامع واللمعة، بل خصه بها في السرائر والشرايع. وأضاف إليها القرعة في التذكرة والتحرير والقواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها، ونفي في الرياض الخلاف فيه، وقال: «بل لعله مجمع عليه. ويساعده الاعتبار».

ولا مجال للاستدلال عليه - كما في الجواهر - بعموم الرجوع للقرعة لكل أمر مشكل. لما تكررنا من عدم تمامية العموم المذكور. ولو تم فلا موضوع له في المقام، حيث لا إشكال مع إمكان عدم الحكم بانتسابه لكل منهما وإجراء حكم غير معروف الأب عليه، كولد الملاعنة واللقيط ونحوهما ممن لا يدعيه أحد.

نعم لو كانت دعويهما حجة في نفي كونه لغيرهما كان المقام من المشكل. لكن لا مجال للبناء على ذلك، لأنه - مع ابتناؤه على حجية المتعارضين في نفي الثالث، الذي تكررنا المنع عنه - موقوف على حجية الإخبار بنفي الولد عن الغير، ولا دليل عليه، لأختصاص أدلة المقام - لو تمت - بقبول ادعائه لنفسه، ولا عموم فيه لغير ذلك. وليست هي كدليل حجية خبر الثقة تنهض بإثبات عموم حجيته في كل شيء.

نعم استدل له بالنصوص الكثيرة الواردة في وقوع أكثر من رجل واحد على الجارية في طهر واحد وتنازعهم في ولدها، كصحيح الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي

ولا يشترط تصديق الصغير (١).

عبد الله: «قال: إذا وقع الحر والعبد والمشارك بامرأة في طهر واحد، فادعوا الولد، أقرع بينهم، فكان للذي يخرج سهمه»^(١).

ويظهر من مفتاح الكرامة ابتناء الاستدلال المذكور على إلغاء خصوصية موارد هذه النصوص، وفهم العموم منها لما نحن فيه، بل في الجواهر أن الاستدلال بفحوى النصوص المذكورة، التي كثيراً ما يراد منها في كلماتهم الأولوية.

لكن لا مجال لإلغاء خصوصية موارد النصوص المذكورة وفهم العموم منها للمقام، فضلاً عن دعوى الأولوية، لانحصار الواقعة المفروضة فيها التي هي منشأ تكون الولد بهم، بخلاف المقام، حيث لا يفرض فيه اختصاص الواقعة بالمتنازعين.

ومن هنا لا مجال للرجوع للقرعة، ولعله لذا لم يذكرها من سبق. بل عدم

التعويل عليها كالصريح من بعضهم.

نعم مما تقدم يظهر اختصاص ذلك بما إذا كانا متقاربين في الدعوى أما إذا سبق أحدهما، بحيث تم له استلحاق الولد، لعدم المنازع، تعين تقديمه، وعدم سماع الآخر، لصيرورة الولد معلوم النسب باستلحاق الأسبق إذا تم الحكم المذكور.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب من دون ظهور خلاف منهم، بل بنحو

يظهر منهم التسالم عليه، بل الإجماع عليه صريح المسالك وظاهر جامع المقاصد أو صريحه، وفي الجواهر أنه عمدة الدليل في المسألة.

مضافاً إلى موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إذا أقر الرجل بالولد

ساعة لم ينف عنه أبداً»^(٢)، ومعتبر يونس عن رجل عن أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن رجل ادعى ولد امرأة لا يعرف له أب، ثم انتفى من ذلك. قال: ليس له ذلك»^(٣)،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب ميراث ولد الملائنة واشباهه حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب ميراث ولد الملائنة واشباهه حديث: ٣.

وصحيح الحلبي عنه : «قال: إذا أقر رجل بولده ثم نفاه لزمه»^(١).

لكن الظاهر ورود هذه النصوص لبيان عدم مشروعية الانتفاء وعدم قبوله من المقر بعد حقوق الولد به بسبب سبق إقراره به بعد الفراغ عن ترتب الإلحاق على الإقرار السابق، لا لبيان ترتب الإلحاق شرعاً على الإقرار، ليكون له إطلاق ينفع في المقام.

والمتيقن من ذلك ما إذا كانت أم الولد فراشاً للمقر بالولد، لأصالة انتساب الولد لصاحب الفراش وتوقف انتفائه عنه إلى نفيه له من أول الأمر مع الملاعنة أو بدونها. وكذا إذا كانت دعوى ولد المرأة راجعة إلى دعوى كونها زوجة وفراشاً له مع تصديقها له في دعواه لرجوع ذلك إلى تصادقهما على الزوجية الكافي في ثبوتها، أو ترتب أثرها، ومنه أصالة حقوق الولد به ما لم ينفه من أول الأمر. ولا مجال لاستفادة العموم من هذه النصوص لغير ذلك.

ولا سيما صحيح الحلبي، حيث فرض فيه كون الولد المدعى ولدًا للمدعي، الظاهر في انتسابه له في رتبة سابقة على ادعائه له ولو ظاهراً، وما ذلك لأصالة كونه ولدًا له بسبب الفراش.

ويؤكد ذلك صحيحه الآخر عنه عليه السلام : «قال: أيما رجل وقع على وليدة رجل حراماً ثم اشتراها ثم ادعى ولدها، فإنه لا يورث منه شيء، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر. ولا يورث ولد الزنا، إلا رجل يدعي ابن وليدته. وأيما رجل أقر بولده ثم انتفى منه فليس ذلك له ولا كرامة، يلحق به ولده إذا كان من امرأته أو وليدته»^(٢). وروى مثله في التهذيب بطريق معتبر عن علي بن أبي حمزة عنه عليه السلام ^(٣). بل ذيله كالصريح في اشتراط ترتب الأثر على الإقرار - بحيث لا يقبل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب ميراث ولد الملاعنة واشباهه حديث: ٢.

(٢) الكافي ٧: ١٦٣، من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٠، تهذيب الأحكام ٩: ٣٤٦، الاستبصار ٤: ١٨٥.

وأخرج ذيله في وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب ميراث ولد الملاعنة وما أشبهه حديث: ١.

(٣) التهذيب ج: ٩، ص ٣٤٦.

يشترط في الإقرار بالولد إمكان البتة والجهالة وعدم المنازع..... ٣٧١

الإنكار بعده - على ما إذا كان الولد من زوجة المقر أو وليدته، فلا بد من إحراز ذلك في رتبة سابقة على ترتيب الأثر على الإقرار.

على أن المرتكزات العقلائية والمشرعية تأبى جداً قبول دعوى بنوة مثل اللقيط من كل أحد، بحيث يجب تسليمه له على الملتقط، ويرأى من عهده بذلك. ولا سيما مع تكذيب غيره له وإن لم يناعه في بنوته، فضلاً عن قبول دعوى بنوة من هو تحت يد امرأة تكذب المدعي في دعواه. وكذا دعوى بنوة من يكذبه الصبي المقر به إذا كان مميزاً لم يبلغ حد التكليف. ومن هنا لا وثوق بإطلاق معقد الإجماع المدعى، لقرب ابتناؤه على هذه النصوص بضميمة فهم الإطلاق منها.

نعم إذا ادعى بنوة من لا يد لأحد عليه - كالمنبوذ والطفل الضال قبل التقاط أحد له - ولم يمانع الطفل في ذلك - مع تمييزه أو بدونه - فالسيرة على عدم مزاحمته من دون قرينة على كذبه، وما يثير الريب فيه أو يثير خوف الخطر على الطفل، وحمل دعواه على الصحة بدواً. نظير ما ورد فيمن يدعي مالاً لا يد لأحد عليه ولا مزاحم له فيه. وكذا الحال في بقية أنحاء النسب، كالأخوة والعمومة وغيرها. مما يقتضي نحواً من الأولوية به.

بل حتى لو كان أجنبياً عنه، إلا أنه أراد التقاطه أو إيصاله إلى أهله لدعواه معرفته بهم أو اهتمامه بالفحص عنهم.

وأظهر من ذلك ما إذا كان الطفل غير المدرك تحت يد المدعي بنوته، أو أي نسب بينه وبينه.

بل هو مما يشيع الابتلاء به في عصور المعصومين (صلوات الله عليهم) بسبب السبي في الحروب، ولو لم يكن البناء على تصديق صاحب اليد فيه لكثير السؤال عن ذلك.

ويشهد به في الجملة صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحميل: فقال: وأي شيء الحميل؟ قال: قلت: المرأة تسبى من أرضها ومعها

الولد الصغير، فتقول: هو ابني. والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخي، وليس لهم بينة إلا قولهم. فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت: لا يورثونهم، لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينة، وإنما هي ولادة الشريك. فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بابتها، ولم تزل مقرة به، وإذا عرف أخاه وكان ذلك في صحة منهما، ولم يزا إلا مقرين بذلك، ورث بعضهم من بعض»^(١). وقريب منه سعيد الأعرج في الأخوين إذا تعارفا وبقيا على ذلك^(٢).

نعم في معتبر طلحة بن زيد عنه عليه السلام: «قال: لا يرث الحميل إلا بينة»^(٣)، ورواه الصدوق بطريق فيه ضعف، وزاد فيه: «قال: والحميل الذي تأتي به المرأة حبلى قد سببت وهي حبلى، فيعرفه بذلك بعد أبوه أو أخوه»^(٤).

لكن الأول قد يحمل على ما إذا لم يكن تحت يد من يدعيه، وأما الثاني فلو كان التفسير فيه من الإمام عليه السلام لا من الراوي لم يبعد حملة على ما إذا لم يثبت كون الأم الحبلى به فراشاً لمن يدعي أبوته أو لأب من يدعي أخوته، لعدم مصادقتها على ذلك، ولو لموتها قبل أن يدعيه الشخص المذكور. وإلا فليحملا على التقية، كما ذكره الشيخ قده، لما سبق في صحيح عبد الرحمن.

والحاصل: أنه لا إشكال بملاحظة الصحيح والسيرة المشار إليها في الحاق المدعى بمن يدعيه إذا كان تحت يده أو تصادقا على ذلك من دون خصوصية للبنوة، فضلاً عن بنوة الأب.

هذا وقد صرح جمهور الأصحاب باختصاص الحكم بولد الصلب، دون ولد الولد، فضلاً عن بقية أنحاء النسب. بل توقف بعضهم في إقرار الأم بالبنوة. ومما سبق يظهر لزوم التفصيل بين ما إذا كان منشأ قبول الإقرار النصوص

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة واشباهه حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة واشباهه حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة واشباهه حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة واشباهه حديث: ٤.

ولا يلتفت إلى إنكاره بعد البلوغ (١)

السابقة، وما إذا كان منشؤه اليد. فالأول يختص بالأبوة المباشرة، دون أبوة الأب والأمومة فضلاً عن غيرهما من أنحاء النسب. لما سبق من حملها على ما إذا كان مرجع الإقرار إلى الإقرار بما يقتضيه الفراش، وهو يختص بالأب المباشر، دون غير المباشر، لعدم دخله بما يقتضيه فراش ولده. ودون الأم، لأن انتسابه لها تابع لولادتها له المخالفة للأصل، لا للفراش المفروض تحققه.

والثاني يعم جميع أنحاء النسب، كما سبق ولا يسعنا تعقب كلماتهم، لظهور حالها بعد ما ذكرنا من الضابط. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وعن نهاية المرام أن الظاهر عدم الخلاف فيه، وعن الكفاية: «لا أعرف فيه خلافاً». إذ بعد ثبوت انتسابه له بمقتضى النصوص المتقدمة فانتفاؤه عنه بذلك أو غيره يتوقف على البيان، فيكون مقتضى إطلاقها المقامي عدمه، بل هو كالصريح من قوله في موثق السكوني: «لم ينف عنه أبداً».

نعم سبق اختصاص النصوص بما إذا أحرز أن أم الولد المدعى فراش للمدعي، ولولتصادقها على ذلك. وأن الإلحاق في غير ذلك موقوف على عدم إدراك المدعى وعدم كونه تحت يد أحد مسؤول به، للسيرة على عدم منازعته. أو كان المدعى تحت يد المدعي وتابعاً له خارجاً. لقبول قول صاحب اليد فيما تحت يده، ولحديثي عبد الرحمن بن الحجاج وسعيد الأعرج.

والمتيقن من قبول دعواه في الصورتين ما إذا لم يكذبه المدعى بعد إدراكه، واستقلاله بنفسه.

فيكون المرجع مع تكذيبه أصالة عدم ثبوت النسب المعول عليها في سائر موارد الشك فيه. ولا سيما مع قوله عليه السلام في صحيح ابن الحجاج المتقدم: «ولم تزل مقربة به... ولم يزا الا مقربين بذلك» فإن قبول إنكار النسب ممن أقر به وهو بالغ يناسب جداً قبول إنكاره له من الصغير بعد بلوغه.

ويشترط في الكبير (١)

هذا وقد ألحق بالصغير في عدم الحاجة لتصديقه المجنون والميت في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس واللمعتين وجامع المقاصد وظاهر المسالك وغيرها، ونفي الخلاف فيه في جامع المقاصد، وقد يستفاد المفروغية عنه من المبسوط.

نعم استشكل في التذكرة والمسالك في الميت فيمن جن بعد بلوغه وفي الميت الكبير، بل عن حاشية الإرشاد للمحقق الكركي أن عدم القبول فيمن جن بعد بلوغه أقرب.

ومقتضى ما سبق منا نفوذ الإقرار، بل لزومه وعدم قبول الرجوع عنه مع إحراز كون الأم فراشاً. واما اليد فحيث كانت تجري في المجنون تعين القبول معها. وأما في الميت فاشكال لخروجه عنها بالموت. نعم تقدم قبول قول المقر فيما إذا لم يكن المقر به تحت يد أحد فيما يكون حقاً لازماً عليه فيجري ذلك في الميت. هذا ولو أفاق المجنون فأنكر جرى فيه ما سبق في إنكار الصبي بعد بلوغه. فلاحظ.

(١) كما في المبسوط وجمهور من تأخر عنه عدا السرائر على اضطراب في كلامه يظهر منه السقط فيه، كما يناسبه ما في المختلف من نسبة الاشتراط إليه. وعن ابن الجنيّد أنه لا يعلم فيه خلافاً.

لكن مقتضى إطلاق النهاية عدم اشتراطه، وعن ظاهر التلخيص التوقف. وينبغي أن يقال: إذا كان الإلحاق مع إحراز كون الأم فراشاً فلا يعتبر قبول الولد، لقاعدة إلحاق الولد بالفراش المفروض أحرازه.

غاية الأمر أن له نفيه ابتداءً بالملاعنة أو بدونها خروجاً عن القاعدة المذكورة، فإذا لم ينفه وأقر به فلا مخرج عنها، واحتاج توقف الإلحاق على قبول الولد إلى دليل. بل لا يبعد نهوض إطلاق حديثي الحلبي وابن أبي حمزة بذلك، لأنهما وإن ورد لبيان

وفي غير الولد (١). ومع التصديق ولا وارث يتوارثان (٢).

عدم قبول النفي بعد الإقرار، إلا أنها يدلان بالالتزام على نفوذ الإقرار مع الفراش، ومقتضى إطلاقهما عدم توفقه على تصديق الولد.

أما إذا لم يجرز كون أم الولد المدعى فراشاً فالمتعين توقف نفوذ الإقرار في الكبير على تصديقه، لقيام النسب بهما، ولا دليل على الاكتفاء بإقرار مدعي الأبوة في ثبوته. ولا سيما مع ذهاب المشهور إلى اعتبار تصديقه، كما سبق، فإن ذلك متيقن من مورد كلامهم. فلاحظ.

(١) حتى ولد الولد، كما تقدم منا التعرض له عند الكلام في عدم اعتبار التصديق في ادعاء الولد الصغير.

وتقدم هناك اختصاص ذلك بما إذا كان منشأ قبول دعوى النسب النصوص السابقة، لاختصاصها بتفرع الدعوى على إحراز الفراش المختص بادعاء ولد الصلب. أما إذا كان منشأ قبول دعوى النسب اليد فهي تجري في مطلق النسب. غاية الأمر أن للصغير الرد إذا كبر، كما يظهر مما سبق أيضاً.

(٢) كما في المبسوط وكثير مما تأخر عنه، وفي الرياض وعن غاية المرام والكفاية أنه لا خلاف فيه.

ويشهد به في الجملة صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين حميلين جيء بهما من أرض الشرك، فقال أحدهما لصاحبه: أنت أخي، فعرفا بذلك، ثم اعتقا ومكثا مقرين بالانحاء. ثم إن أحدهما مات. قال: الميراث للأخ، يصدقان»^(١). وقريب منه ما في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم في الإقرار بالولد. والظاهر إلغاء خصوصية موردهما عرفاً وهو الأخوان - وفهم العموم لسائر أنحاء النسب. ولا سيما بلحاظ ما يأتي.

وتقدم في معتبر طلحة بن زيد أن الحميل لا يرث إلا بيئته. ولا بد من حمله

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة وما أشبهه حديث: ٤.

على غير صورة التصادق بين الطرفين ولو لموت الحميل قبل دعوى الآخر النسب واستحقاق الميراث، أو على التقية، لما سبق في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج من فتوى العامة بذلك.

هذا ويؤيد ما سبق من التوارث أو يعضده أن النسب لما كان قائماً بهما فالمناسب ارتكازاً قبول قولهما فيه، كما قد يشير إليه قوله عليه السلام في صحيح عبد الرحمن المتقدم في مقام الرد على فتوى العامة: «سبحان الله...». المشعر أو الظاهر في استغراب الحكم بعدم التوارث.

بل من القريب قيام السيرة على ذلك، لشيوع الابتلاء في عصور المعصومين صلوات الله عليهم بذلك بسبب السبي في الحروب.

ثم إن ما ذكره من اعتبار عدم الوارث إن أريد به عدم الوارث الأقرب فوضوحه يغني عن التعرض له. وإن أريد به عدم الوارث المتحد طبقة أو الأبعد فهو لا يناسب الصحيحين، ولا سيما مع قوله عليه السلام في الصحيح المتقدم: «يصدقان»، لظهوره في أن التوارث نتيجة ثبوت النسب بقولهما، لا تعدي مع الشك في نسبهما، كميراث الإمام عليه السلام لمن لا وارث له. بل هو المفهوم من صحيح عبد الرحمن، لأن ترتيب الميراث على استمرارهما على الإقرار بالأخوة ظاهر في أن منشأ تصديقيهما في إقرارهما. ومجرد اختصاص صحيح سعيد بعدم الوارث المتحد في الطبقة - للحكم فيه بأن الميراث للأخ - لا ينافي التعدي عن مورده بعد ترتب الحكم فيه بالميراث على تصديقيهما، ومع إطلاق صحيح عبد الرحمن للحكم فيه بأصل التوارث. ولا سيما مع ما أشرنا إليه من الجهة الارتكازية.

نعم من القريب جداً انصراف أو اختصاص الصحيحين بما إذا انحصر أمر النسب المدعى بالمتصادقين من دون تكذيب لهما ممن هو أجنبي عنهما، فضلاً عما يرتبط بهما في النسب المدعى، إما لقبوله لقولهما بطبعه تبعاً للمرتكزات المتقدمة، أو لعدم تعلق مدعاهما به، فإن التأكيد فيهما على اعتبار استمرارهما على الإقرار ظاهر

ولا يتعدى التوارث إلى غيرهما (١)

في الاهتمام بعدم وجود ما ينقض دعواهما، وهو لا يناسب العموم لصورة وجود المكذب لهما، خصوصاً ممن هو معني بالنسب المدعى مثلها، حيث لا منشأ ارتكازاً لترويجها عليه. وذلك هو المتيقن من المرتكزات المتقدمة.

وعلى ذلك لا مجال مع وجود الكذب لهما لترتيب آثار النسب وأحكامه عملاً بإطلاق الصحيحين. وبذلك يترتب عليها تمام أحكام ميراث النسب، كموانع الميراث المعهودة وغيرها.

(١) كما في الشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة والشهيدين وجامع المقاصد وغيرها، وعن نهاية المرام والكفاية أن الظاهر عدم الخلاف فيه، ونفاه جزماً في الرياض وإن كان ذلك لا يناسب ما يأتي من المبسوط وغيره.

وكيف كان فقد استدلوا له بأن الإقرار لا يقتضي ثبوت الحكم في غير المقر. وهو كما ترى! لأن الميراث ليس حقاً على المورث المقر ليثبت بإقراره للمقر له، بل على الوارث المساوي للمقر به طبقة أو الأبعد منه ولو كان هو الإمام عليه السلام، لأنه يشارك الأول ويجرم الثاني.

فلا بد من كون منشأ ثبوت التوارث بينها أمراً آخر، ولم نعثر على غير ما تقدم، وهو يقتضي ثبوت النسب مع الفراش، وباتفاقها المقتضي لترتب أحكامه. حتى مثل المحرمية في النكاح، ومنها تفاصيل الميراث.

ومثله دعوى: أن ثبوت النسب في الصحيحين حيث كان مبتنياً على تصادقهما فلا مجال لتعميمه في حق غيرهما ممن لم يصادقهما على دعواها، كوارث أحدهما، بل يتوقف ثبوته في حقه على مصادفته لهما فيه.

إذ فيها: أن تصادقهما لما أثبت نسبهما بمقتضى الصحيحين يتعين ثبوت فروع النسب الذي تصادقا عليه، فإذا تصادقا على الأخوة كان أحدهما عمّاً لولد الآخر، وإذا تصادقا على بنوة أحدهما للآخر كان الابن أخاً لولد الآخر والأب جدّاً لولد الآخر

مطلقاً (١). ولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل إقراره في النسب (٢).

وهكذا، وحيث تترتب أحكام الفروع المذكورة في الميراث وغيره.

(١) كأنه إشارة إلى ما ذكره غير واحد. قال في المبسوط: «ولا يتعدى منها إلى غيرهما إلا إلى أولادهما فقط»، ونحوه في السرائر والجامع والتحرير وعن التخليص. وقد استشكل فيه غير واحد بعدم وضوح الفرق بين الأولاد وغيرهم ولا دافع للإشكال المذكور بعد الاقتصار في الصحيحين على التوارث بينهما القاصر عن غيرهما، واشتغالها على تصديقهما المقتضي لترتب جميع أحكام النسب الذي يتصادقان عليه. إذ بملاحظة الأول يتعين الاقتصار عليهما دون أولادهما، وبملاحظة الثاني يتعين التعميم لجميع فروع الميراث.

(٢) كما في الشرايع والنافع والقواعد والتحرير وغيرها. وفي مفتاح الكرامة: «هذا تأكيد لعدم التعدي وبيان له». لكنه موجود في التحرير مع ما سبق من حكمه بالتعدي لأولادهما.

وكيف كان فوجود الورثة المشهورين لا ينافي إطلاق دليل الإلحاق. بل لا يظن منهم البناء على عدم الإلحاق بالمقر وترتب آثار النسب مع وجود الوارث فيمن أقر بولد من زوجته أو وليدته، لصراحة النصوص في نسبه له.

ومن هنا لا مجال لهذا الشرط، بل المتبع ما يقتضيه دليل الإلحاق عموماً أو خصوصاً من دون أن يمنع منه وجود الوارث، حيث يكون حاكماً على دليل إرثه. وبذلك يظهر ضعف استدلالهم له بأن الإقرار لا ينفذ في حق الغير، وهو الورثة المشهورون في المقام.

لاندفاعه بأن ذلك إنما يتم لو لم يكن في المقام إلا عموم نفوذ الإقرار، ولا يجري في مفروض المقام من وجود الدليل الخاص على قبول قولها إذا استفيد منه العموم للميراث. حيث يكون الدليل المذكور هو الحاكم بالإرث لا الإقرار بمجرده.

ثم إنه لم يتضح وجه خصوصية الشهرة في النسب، بل الأمر يجري في كل نسب

(الثانية): لو أقر الوارث بأولى منه دفع ما في يده إليه (١)، ولو كان

ثابت شرعاً ولو بالبينة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما هو مقتضى إطلاق الكافي وصريح السرائر والشرايع والنافع وجامع الشرايع وأكثر ما تأخر عنها. لعموم نفوذ الإقرار على المقر. وقيده في الوسيلة بما إذا صدقه المقر له.

ولم يتضح الوجه فيه، فإن نفوذ الإقرار يقتضي جواز تعويل المقر له عليه وإن جهل الحال. نعم تقدم أنه يعتبر عدم تكذيب المقر له، مع الكلام في الحكم حينئذ. وهو أمر آخر غير اعتبار التصديق.

هذا وفي المبسوط بعد أن ذكر ثبوت النسب بإقرار رجلين عدلين من الورثة أو رجل وامرأتين قال: «وإذا ثبت هذا فكل موضع ثبت النسب بالإقرار ثبت المال، إلا في موضع واحد، وهو إذا كان إثبات الميراث يؤدي إلى إسقاطه، مثل أن يقر الأخوان بابن للمورث، فإن نسبه يثبت ولا يثبت له الميراث، لأنه لو ورث حجب الأخوين، وخرجا عن كونها وارثين. ويبطل الإقرار بالنسب، لأنه إقرار ممن ليس بوارث، وإذا بطل النسب بطل الميراث، فلما أدى إثبات الميراث إلى إسقاطه أسقط، فيثبت النسب دونه. ولو قلنا إنه يثبت الميراث كان قوياً، لأنه يكون قد ثبت نسبه بشهادتهما فتبعه الميراث، لا بالإقرار».

ومقتضى ذيله أن إقرار الوارث إذا لم يثبت النسب - لعدم تمامية البينة به - لا يثبت الميراث بنحو يمنع من ميراث المقر، كما في محل الكلام.

وهو غير ظاهر، لأنه يكفي في نفوذ الإقرار كون المقر به حقاً للمقر ظاهراً لولا الإقرار. ولذا لو كانت هناك عين ليست تحت يد زيد محكومة بأنها له، فأقر بها لعمرو، نفذ إقراره، مع أنها لو لم تكن محكومة بأنها له لم ينفذ إقراره ولم يقبل قوله بعد أن لم تكن تحت يده وكان أجنبياً عنها، ومن الظاهر أن الوارث المتأخر مع عدم ثبوت الوارث الأقدم طبقة هو المالك، فينفذ إقراره له بالنسب بالإضافة إلى الميراث.

مساوياً دفع بنسبة نصيبه من الأصل (١) ولو أقر بإثنين فتناكرا (٢) لم يلتفت إلى تناكرها (٣) فيعمل بالإقرار

ونظير ذلك ما إذا أقر الوارث بدين مستغرق للتركة، حيث ينفذ إقراره عليه في عدم الميراث، كما تضمنته بعض النصوص في الزوجة وتضمنت أنه لا ميراث لها. وفي بعضها: «لأن إقرارها على نفسها بمنزلة البينة»^(١). فراجع.

هذا وإذا كان الميراث منحصراً بالمقر دفع تمامه للمقر له. وإذا لم ينحصر به دفع للمقر له حصته لا غير، ولا ينفذ الإقرار على غيره من الورثة، لعدم نفوذ الإقرار على غير المقر. إلا أن ينهض الإقرار بإثبات النسب بين المورث والمقر له، على ما يأتي الضابط لذلك في المسألة الثالثة إن شاء الله تعالى.

(١) كما ذكره في الجملة في القواعد، ويستفاد من المبسوط والتذكرة، بل يستفاد من جميع الأصحاب في الفروع المختلفة المفروغية عنه. لعموم نفوذ الإقرار في حق المقر.

وأما النسب بينها فلا مجال لثبوته على الإطلاق. بل يجري فيه ما سبق في الإقرار بالنسب من التفصيل، وما يأتي في المسألة الثالثة من الضابط.

هذا ولا فرق بين كون المقر به واحداً وكونه أكثر في فرض عدم التناكر وتصديقهم له أو قبولهم منه، فتكون حصته بينهم مع كونهم أولى منه، ويشاركونه في حصته مع مساواتهم له. ووضوحه يغني عن بيانه. وإنما نبه فيما يأتي لصورة التعدد مقدمة لفرض التناكر الذي لا يكون بدونه.

(٢) بأن أنكر كل منهما كون الآخر وارثاً على خلاف ما أقربه الأول.

(٣) كما في النهاية. لأن كلامها لا ينكر ما أقربه الأول له، ليجري عليه ما سبق في تكذيب المقر له بالإقرار، بل ينكر ما أقربه الأول لصاحبه، فيبقى الإقرار له حجة على الأول.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٨، ٩.

ولكن تبقى الدعوى قائمة بينهما (١). ولو أقر بأولى منه في الميراث ثم أقر بأولى من المقر له قبل، كما إذا أقر العم بالأخ ثم أقر بالولد، فإن صدقه (٢)

مثلا إن مات الأب عن ولد واحد معروف، فحكم له بتمام التركة، ثم أقر الولد بأخوين له، كان مرجع إقراره إلى أنه لا يستحق ثلثي التركة، بل هما بين من أقر بأبهما أخوين له.

فإذا أنكر كل منهما أخوة الآخر فإنكاره لا يرجع إلى تكذيب الأول فيما أقر له من الثلث، بل فيما أقره للآخر، ويبقى إقرار الأول نافذاً في عدم زيادة حقه عن الثلث، وكون الثلثين الآخرين بينهما.

نعم إنما يتجه ذلك فيما أقر بهما معاً دفعة، بحيث لا ينعقد ظهور كلامه في الإقرار بواحد منهما. أما إذا أقر بهما على التعاقب. فمقتضى إقراره بالأول بضميمة الأصل كون حصته بينه وبين المقر له بالتناصف، فإذا أقر بعد ذلك بالثاني فمقتضى إقراره له مشاركته لهما معاً في حصتها، فينفذ إقراره في حصته، دون حصة المقر له الأول، بل هو إقرار في حق الغير، فلا ينفذ إلا بتصديقه. وذلك يجري في الإقرار بأكثر من واحد أولى منه، كما لو أقر الأخ بولدين للميت دفعة أو بنحو التعاقب، فينفذ إقراره بهما معاً دفعة، ولا ينفذ إقراره بنحو التعاقب بالثاني، لعين ما سبق من أنه إقرار في حق الغير، كما لعله ظاهر.

(١) فإن ثبتت بنوتها معاً فلا إشكال، لمطابقة ذلك لقول المقر، وتقسيم التركة أثلاثاً. وإن ثبتت بنوة أحدهما دون الآخر ثبت استحقاقه النصف فيأخذه والنصف الآخر بين المقر والمقر له الآخر، فيدفع المقر ثلثه وهو سدس التركة للمقر له الآخر إلزاماً له بإقراره. وإن لم تثبت بنوة أحدهما وبقيتا متناكرين كان الثلثان بينهما بمقتضى الإقرار من دون مخرج عنه من دليل أو تكذيب من المقر له.

(٢) يعني: صدق الثاني - وهو الأخ في المثال المتقدم - الأول - وهو العم في

المثال المذكور - في وجود الولد للمورث.

دفعه إلى الثالث (١)، وإلا في الثاني ويغرم للثالث (٢).

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، عملاً بإقرارهما في حقه من دون معارض.
(٢) كما في القواعد قال في مفتاح الكرامة: «أما أن التركة للأخ فلا أنه استحقها بالإقرار، فلا يلتفت إلى رجوع المقر».

وفيه: أنه لم يقر له بالتركة ولا بسبب استحقاقها، وإنما أقر بمقتضى استحقاقها، الذي لا يستلزم فعلية الاستحقاق إلا إذا لم يكن هناك وارث أسبق منه طبقة، والمفروض أنه قد أقر بوجود الوارث المذكور - وهو الثالث - وأنه هو المستحق لها فعلاً من دون رجوع عن الإقرار الأول، بل بنحو يجتمع معه، فيتعين عليه دفعها إليه. غاية الأمر أن الثاني - وهو الأخ في المثال - إن استطاع أن يثبت كذبه وعدوانه - ولو ظاهراً بمقتضى الأصل بعد الترافع للحاكم الشرعي - في دفع التركة للثالث كان له الغرم عليه.

نعم لو منعه من دفع التركة للثالث ورافعه للحاكم وألزمه الحاكم بدفعها للثاني لزمه دفعها إليه.

ويشكل حينئذٍ ضمانه للثالث، لأنه ملزم به شرعاً، فلا يكون مفترطاً في حقه. وكذا لو رافع الثاني الثالث بعد دفع الأول التركة إليه، فالزمه الحاكم بدفعها للثاني، حيث لا منشأ للضمان له بعد براءته منه بدفعها إليه.

كما أنه لو أقر الأول للثاني ودفع التركة إليه، ثم أقر بالثالث بعد دفعها، كان دفعه التركة للثاني إقراراً منه بعدم الثالث، فيكون إقراره بالثالث رجوعاً عن إقراره الأول غير مسموع منه، فليس له استرجاع التركة من الثاني، كما صرح به في النهاية وغيره.

وكذا لو صرح حين اعترافه بالثاني بنفي وارث أولى منه، حيث يجب عليه دفع التركة له، ويكون اعترافه بالثالث رجوعاً عن إقراره الأول غير مسموع منه. وعليه يتعين أن يغرم في كلتا الصورتين للثالث، كما صرح به بعضهم.

ولو أقر الولد بآخر ثم أقر بثالث وأنكر الثالث الثاني كان للثالث النصف (١) وللثاني السدس (٢).

نعم تقدم منا فيما إذا قال: هذا لفلان بل لفلان الكلام في الضمان للثاني. وقد تضمنت كلماتهم في المقام التعرض لما ذكرنا أو لبعضه مع بعض الملاحظات لايسعنا التعرض لها.

هذا كله إذا كانت التركة تحت يده، أما إذا لم تكن تحت يده فلا موجب لضمانه، بل يتمحض اعترافه بعدم استحقاقه الميراث من دون أن يرجع إلى ثبوت حق عليه لمن أقر بنسبه، ليجب خروجه عنه بدفع التركة له أو غرامتها له، بل تتمحض الدعوى بينهم، ويكون المرجع فيها ما يراه الحاكم.

(١) كما ذكر ذلك غير واحد لعدم نفوذ إقرار الأول للثاني في حق الثالث، ومقتضى الأصل عدم أخوة الثاني، وانحصار الميراث بالمقر والمقر له الثاني، فيكون للمقر له الثاني النصف نظير ما سبق منا في عكسه - وهو إنكار المقر له الأول للمقر له الثاني - عند الكلام في تعاقب الإقرارين.

(٢) كما ذكروه أيضاً وتقدم وجهه منا عند الكلام في الإقرار لأكثر من واحد بنحو التعاقب. وكذا في فرض عدم تصديق المقر به، بل شكه، حيث لا إشكال في عدم ثبوت النسب حينئذٍ، وينحصر الأمر بالإقرار، بناء على ما سبق من أن للمقر له إلزام المقر بإقراره ولو مع شكه، إلا أن يكذبه.

هذا والفروض المذكورة تبتني على عدم حجية التعارف بين اثنين في إثبات النسب مع وجود المنكر، كما تقدم منا عند الكلام في إثبات نسب غير الولد، فينحصر الأمر بالإقرار الملزم للمقر وحده.

نعم يختص ذلك بما إذا أقر المقر له الأول ببنة المقر له الثاني للميت. أما إذا أنكرها كان إنكاره مانعاً من نفوذ الإقرار للثاني في حقه، لما سبق.

ويتعين انعكاس القسمة، فيكون النصف للمقر له الأول، والسدس للمقر له

ولو كان معلومي النسب لا يلتفت إلى إنكاره (١).

(الثالثة): يثبت النسب (٢) بشهادة عدلين (٣)، لا برجل وامرأتين (٤)،

الثاني، لما سبق هناك أيضاً.

كما أن له التمسك بمقتضى الإقرارين من دون إقرار مستقل منه بالثالث، ليلزمه بنوته. ويتعين التثليث حينئذٍ، عملاً بالإقرار.

(١) قطعاً، إذ لا شيء مع العلم حتى الإقرار على خلافه. وكذا إذا ثبت النسب بغير العلم كالفراش والبينة. لكن هذا كله خروج عن محل الكلام من كون المثبت للحق هو الإقرار.

(٢) يعني: بنحو تترتب جميع آثاره ولوازمه التكليفية والوضعية.

(٣) بلا خلاف ظاهر ولا إشكال. لعموم حجية البينة، على ما تقدم في المسألة

التاسعة عشرة من مباحث الاجتهاد والتقليد.

(٤) كما هو المشهور. لأن المستفاد من غير واحد من النصوص عدم عموم

قبول شهادة النساء، كما يناسبه السؤال في النصوص الكثيرة عن شهادتهن، والجواب بجواز شهادتهن في بعض الموارد^(١).

بل حتى النصوص التي تتعرض ابتداءً من دون سؤال لقبول شهادتهن في

بعض الموارد ظاهرة في المفروغية عن عدم عموم قبول شهادتهن^(٢).

وأظهر من ذلك موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه كان

يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا

يستطيع الرجال النظر إليه»^(٣). لظهور الاستثناء فيه في عموم عدم قبول شهادتهن في

غير المستثنى وصحيح محمد بن مسلم قال: «قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات حديث: ٤٢.

ولا برجل ويمين (١). ولو شهد الأخوان بابن للميت وكانا عدلين كان أولى منهما، ويثبت النسب، ولو كانا فاسقين (٢).

في الطلاق. وقال: سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال: نعم في العذرة والنفساء^(١) لظهور الجواب بعد إطلاق السؤال في اختصاص القبول بما تضمنه الجواب. وعلى ذلك يتعين عدم قبول شهادة رجل وامرأتين في النسب لعدم ورود النص الخاص به، ليخرج به عن الأصل الحاكم بعدم حصوله، أو العموم المستفاد من بعض هذه النصوص، كموثق السكوني وصحيح محمد بن مسلم المتقدمين لخروجه عن موضوع الحصر المستفاد منها. وبذلك يظهر ضعف ما سبق في أوائل المسألة الثانية من المبسوط من ثبوت النسب بها.

(١) كما هو ظاهرهم، بل لم أعر على مخالف في ذلك، لأنهم ذكروا اختصاص القضاء بهما في الدين أو مطلق الحقوق. وهو الذي تضمنته النصوص، كموثق أبي بصير أو صحيحه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد، قال: فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق. وذلك في الدين»^(٢)، ومعتبر القاسم بن سليمان: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده»^(٣). مضافاً إلى ما استفاد من مجموع نصوص الشاهد واليمين من عدم عموم حجيتها، فيكون المرجع في مورد الشك الأصل، وهو يقتضي في المقام عدم ثبوت النسب.

(٢) يكفي في الحكم الآتي عدم ثبوت عدتها، كما هو الظاهر.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات حديث: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم والدعوى حديث: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم والدعوى حديث: ١٠.

يثبت الميراث (١) إذا لم يكن لهما ثالث (٢) دون النسب.

(١) إلزاماً لهما بإقرارهما، وإن لم يكن قولهما حجة في إثبات النسب، نظير ما سبق في إقرار الواحد بمن هو أولى منه بالميراث.

(٢) حيث ينحصر الميراث بهما وينتقل للمقر له بتمامه بمقتضى إقرارهما. أما مع وجود غيرهما، فإن صدقهما فالأمر كذلك. وإلا لم يلزم بإقرارهما بعد عدم ثبوت النسب به، وينفذ إقرارهما في خصوص حصتها.

هذا ما تيسر لنا في تعقيب كلمات سيدنا المصنف رحمته في كتاب الإقرار. وقد أطال بعض الأصحاب في كثير من الفروع بما لا يسعنا متابعتهم فيه، لكفاية ما سبق في بيان الضوابط التي عليها المعول في هذا المقام.

وكان الفراغ من ذلك ليلة الأحد السابع من شهر جمادى الأولى سنة ألف وأربعمائة وخمس ثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلوات وأزكى التحيات. والحمد لله رب العالمين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

ولابد فيها من الإيجاب والقبول (١)

(١) كما طفحت بذلك كلماتهم، حيث لا إشكال عندهم في أنها من العقود. ويستفاد منها أو من أكثرها أن مضمون عقدها الاستنابة في التصرف. ومن الظاهر أن المراد بهيئة الاستفعال في المقام ليس هو طلب المادة كالاستغاثة والاستغفار، لظهور أن ذلك سابق على الوكالة، بل تحقيقها، كاستعمال الشيء والاستكثار من الخير. وعليه يكون مفاد عقد الوكالة هو جعل الوكيل نائباً.

ولا مجال للبناء على ذلك، لأن النيابة في العمل إنما تكون حين العمل، لا قبله بمجرد وقوع عقد الوكالة. كما لا تتوقف على التوكيل، بل تتحقق من المتبرع. وأما مجرد التسليط على العمل نيابة عن الموكل وبتسليط منه فهو مضمون إيقاعي، يكفي فيه التزام المسلط كما يكفي في إبرازه الإذن والطلب ونحوهما، ولا يتضمن التزام المسلط بشيء، ليحتاج فيه لقبوله.

وأما فعل المأذون فيه والمطلوب فهو ليس قبولاً عقدياً، بل جري على مقتضى التسليط المستفاد من الإذن أو الطلب، نظير ما ذكرناه في السبق والرماية وفي الجمالة. وكذا الحال في كل ما يدل على الرضا أو العزم على فعله، فإنه لا يدل إلا على البناء على الجري على ما اراد الموكل من دون أن يكون التزاماً عقدياً، ل يتم به العقد.

نعم قد تبتني الوكالة - زئداً على ذلك - على جعل الوكيل بمنزلة الموكل وقائماً بمقامه في تحمل مسؤولية الأمر الموكل فيه، بحيث يتعهد بإيقاعه في الوقت المحدد في الوكالة الخاصة، أو إذا رآه صلاحاً في حق الموكل في الوكالة التفويضية العامة. وهي حينئذٍ نظير الولاية المبنية على المسؤولية برعاية المصلحة في المولى عليه،

وإن كان فعلاً (١)

لا مجرد جواز التصرف في شؤونه. غايته أن الولاية مجعولة من الشارع الأقدس، أو من المالك في ظرف خروج المولى عليه عن ملكه أو سلطنته، كما في الوصية والوقف، والوكالة مجعولة من صاحب السلطنة في طول سلطنته.

ومن الظاهر أن هذا المضمون مناف لسلطنة الوكيل لما فيه من الكلفة والمسؤولية، فيحتاج إلى التزامه به، كالموكل، وبه تكون الوكالة مضموناً عقدياً يحتاج لالتزام الطرفين به.

أما مجرد سلطنة الوكيل على القيام مقام الموكل والنيابة عنه فيما وكل فيه فهو غير مناف لسلطنته، ولا يحتاج لالتزامه به على نفسه كالموكل.

هذا والذي يظهر من جملة من كلماتهم تقوم الوكالة بما يساوق الإذن من الموكل في فعل الشيء أو طلبه والرضا من الوكيل بفعله، كما يناسبه جعلهم من الوكالة الأمر بفعل الشيء واستجابة الأمور لذلك.

بل لا يبعد شيوع إطلاق لفظ الوكالة عليه حتى قد يفهم من إطلاقها ما يعم ذلك، وإن لم يكن هنالك تبادل الالتزام من الطرفين بتحميل وتحمل مسؤولية ما وكل غير الذي هو المقدم للعقد. وهذا بمجرد ليس عقداً، ولا يحتاج إلى قبول، كما سبق. وبالجمل: الوكالة بالمعنى الأعم، التي يكفي فيها مجرد إذن الشخص أو الطلب من الغير في الفعل نيابة عنه، ليست عقداً وإن رضي الطرف الآخر بذلك أو جرى عليه ونفذه. ولا تكون عقداً إلا إذا تضمنت زائداً على ذلك الالتزام بتحميله مسؤولية الفعل، والتزام الطرف الآخر بتحملها، وابتناء أحد الالتزامين على الآخر، وحينئذٍ لا بد فيها من القبول، كسائر العقود.

(١) كما صرحوا بذلك من المبسوط وما تأخر عنه. بل في جملة منها الاكتفاء به في الإيجاب أيضاً. وهو متجه على ما تكرر منا من كفاية ذلك في جميع العقود حتى اللازمة.

أو متأخراً (١)، والتنجز (٢). فلو علقها على شرط غير حاصل حال العقد

وعليه في الجملة جروا في العقود الجائزة، ومنها الوكالة، كما يأتي. وإن توقف بعضهم في بعض الموارد. ولا ينبغي إطالة الكلام في تعقب كلماتهم بعد ما سبق منا. (١) بحيث لا تحصل الموالة العرفية، كما صرح به جمهور الأصحاب في المبسوط وما بعده، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، وعن مجمع البرهان أنه لا شك فيه. وقد استدلوا عليه بما هو المعلوم من صحة توكيل الغائب مع تأخر قبول الوكيل حينئذٍ. وهو جيد. وإن كنا في غنى عن ذلك بناء على ما هو الظاهر من عدم توقف صدق العقد وخصوصيات أنواعه - من البيع والإجارة والوكالة وغيرها - على الموالة، فيكون مقتضى عموم أدلة النفوذ صحتها مع التراخي. نعم لا بد من عدم عدول الموجب قبل القبول عن التزامه بالمضمون العقدي الذي أوجبه على نفسه. وأظهر من ذلك ما إذا أريد من الوكالة المعنى الأعم الذي يكفي فيه تسليط الموكل للوكيل على الفعل. نيابة عنه، حيث سبق أنه لا يحتاج إلى قبول الوكيل، وليس رضاه بالقيام به إلا جرياً على مقتضى التوكيل المذكور، ولا منشأ لاحتمال اعتبار الموالة فيه.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب وظاهر التذكرة وصريح جامع المقاصد الإجماع عليه، وفي الجواهر: « بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه». وهو الذي صرحوا به في جميع العقود، وعن الفخر في شرح الإرشاد أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية. وكذا سائر العقود جائزة أو لازمة.

وعن الأردبيلي التأمّل فيه. وقد يستدل له بأن مقتضى الإطلاقات المقامية لأحكام الوكالة الإيكال في تشخيصها للعرف بعد أن لم تتكفل الأدلة الشرعية ببيان كيفية حصولها ونفوذها حتى بنحو الإطلاق اللفظي لدليل نفوذها، لعدم تصدي النصوص لبيان نفوذها، بل لأحكامها بعد الفراغ عن حصولها ونفوذها، فيكون مقتضى إطلاقها المقامي الإيكال للعرف في كيفية تحققها، ومن الظاهر أن العرف

لا يرى مانعية التعليق من صحة الوكالة ونفوذها فيكون مقتضى الإطلاق المقامي المذكور نفوذ الوكالة المعلقة. بل لو صارت عقداً - كما سبق - أمكن التمسك بعموم نفوذ العقود.

وبذلك كله يخرج عن الأصل القاضي بعدم النفوذ، والذي أشار إليه في الخلاف والمبسوط وصرح به غيرهما.

ودعوى: أن المعهود في العقود، عند العرف ترتب مضامينها مباشرة. وبذلك ينصرف عموم نفوذ العقود عن صورة التعليق في العقد على أمر غير حاصل، كما تقصر الإطلاقات المنافية لأحكامها عنه.

مدفوعة - مضافاً إلى قصور ذلك عن صورة التعليق على أمر حالي مجهول الحصول - بأن المضمون التعليقي له نحو من الوجود الاعتباري. ولذا وقع التعليق في التدبير والوصية التمليكية.

فلم يبق في المقام إلا الإجماع الذي سبق منهم. وقد يشكل التعويل عليه لظهوره في عصر تدوين الفتاوى، واحتمال استناده لبعض الوجوه الاعتبارية التي ذكرها غير واحد. والتي لا ترجع إلى محصل ينهض بالاستدلال، كما يظهر بمراجعتها في كتاب البيع لشيخنا الأعظم رحمته الله وغيره. ولا سيما مع عدم الاستدلال بالإجماع في المبسوط والخلاف، مع كثرة استدلاله به في الثاني.

نعم قد يعضد الإجماع شيوع الابتلاء بذلك في عصور المعصومين (صلوات الله عليهم)، حيث كان من الأيمان الشائعة عند العامة للتوثيق في العهود على الوفاء بها الحلف بالاطلاق والعناق وصدقة ما يملك، وذلك لا يناسب خفاء حكمها وخطأ الأصحاب فيه. ومن هنا يقرب كشف مذهبهم عن مانعية التعليق. وربما يأتي في كتاب الوقف ما ينفع في المقام.

هذا وقد يشكل الأمر في خصوص الوكالة بلحاظ ما تعارف من نصب أمراء الجيوش والعساكر بنحو الترتيب أو التعليق، مثل: فلان أمير الجيش، فإن قتل فالأمير

أو مجهول الحصول حينه بطلت (١). ويصح تصرف الوكيل حينئذ بالإذن

فلان، أو كل منكما أمير علي عسكريه، فإن اجتمعتما فأمر الجميع فلان، ونحو ذلك. حيث لا مجال لاحتمال رجوعه إلى فعلية الوكالة وتعليق التصرف الموكل فيه، لظهور أن أمير الجيش وكيل عمن يبعث الجيش ينصبه عليه. وعليه يتني استدلال بعض العامة على جواز التعليق في الوكالة بفعل النبي ﷺ في جيش واقعة مؤتة. ومن الغريب أنه في التذكرة تعرض لهذا الوجه في استدلالهم ولوجه آخر - وهو عدم الفرق بين تعليق الوكالة وتعليق الموكل فيه - وأجاب عن الثاني، وأهمل الجواب عن الأول.

اللهم إلا أن يقال: مرسل الجيش ومعين القائد له لما كان هو النبي ﷺ أو الإمام أو من ينصبانه من ولاية المدن أو الجيوش، وكان لهم الولاية ووجوب الطاعة، نفذ نصبهم للولاية ولو بنحو التعليق ووجب الجري عليه على المنصوب من دون حاجة إلى قبوله. فتعيينهم الولاية لا ينفذ بملاك نفوذ العقد، ليدخل في محل الكلام، ويصح النقض به، بل بملاك وجوب الطاعة. ومن هنا يصعب الخروج عما عليه الأصحاب من اشتراط التنجز.

هذا كله في الوكالة العقدية المبنية على تحمل الوكيل مسؤولية العمل الموكل فيه. أما المتمحضة في الإذن والتسليط على التصرف فلا مانع من التعليق فيها، لأن الإذن أمر واقعي يقبل التعليق قطعاً. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) هذا هو المتيقن من الإجماع، أما التعليق على أمر حاصل عند العقد يعلم حينه بحصوله فلا مانع منه، لخروجه عن المتيقن من الإجماع، بل التعليق حينئذ لاغ عرفاً، لعدم الأثر له. ومثله التعليق على أمر مشكوك الحصول يتوقف عليه موضوع العقد أو صحته، كتعليق الوكالة على سلطنة الموكل على ما وكل فيه - كبلوغه - أو على تحقق موضوعه، كتعليق الوكالة على طلاق المرأة على زوجيتها للموكل.

المستفادة من التوكيل (١). وهي جائزة من الطرفين (٢) ولكن يعتبر في عزل

(١) كما احتمله في القواعد، وجعله الأقرب في التذكرة. وظاهر من أطلق بطلان الوكالة ولم يبنه لذلك هو عدم جواز التصرف، بل هو صريح الايضاح والمسالك، لارتفاع الإذن المستفاد من الوكالة وعدم وجود إذن آخر يصحح التصرف. وقريب منه في جامع المقاصد احتياطاً في التصرف في ملك الغير. وإن كان هو لا يناسب ما فيه - كالمختلف - من أنه لو عزل الوكيل نفسه انعزل، وجاز له التصرف بالإذن المستفاد من التوكيل.

وكيف كان فالإذن أمر واقعي قابل للتعليق، ولا يبطل به، والوكالة المتمحضة فيه ليست عقداً، كما سبق. وأما المبتنية على تحمل الوكيل مسؤولية الأمر الموكل فيه فهي وإن كانت عقداً، ويقرب بطلانه بالتعليق، إلا أن الإذن المستفاد منه باق، وهو كاف في جواز التصرف. ودعوى: أنه مقيد بالوكالة، فيرتفع ببطلانها. ممنوعة، بل هو أمر واقعي مقارن لها غير مقيد بها.

ولا مجال لقياسه بالإذن في القبض في ضمن البيع أو الإجارة الفاسدين، وغيرهما، حيث لا مجال لترتيب الأثر عليه، بل يجب المبادرة بإرجاع المبيع والعين المستأجرة ونحوهما.

إذ فيه: أن مرجع الإذن المذكور إلى البناء على استحقاقه لاستحقاق العين أو منفعتها أو غير ذلك مما يقتضيه العقد، فهو ليس إذناً في التصرف في ماله، بل هو راجع لاعتقاد أن المال مال القابض يجوز له التصرف فيه شرعاً، ومع خطأ الاعتقاد المذكور لا إذن في التصرف في المال، بخلاف المقام، حيث يتمحض الإذن في التسليط على العمل الموكل فيه من دون أن يؤخذ فيه ترتب أثر الوكالة.

(٢) قال في مفتاح الكرامة: « كما طفحت بذلك عباراتهم تصریحاً في المبسوط والغنية... واقتضاءً من كلامهم في العزل، والبطلان بالموت والجنون والاعفاء. وقد يظهر من الغنية الإجماع على ذلك».

وفي التذكرة: «ولا نعلم خلافاً من العلماء في أن الوكالة عقد جائز من الطرفين». ومراده حتى العامة. بل ادعى في بعض فروعه إجماع أصحابنا صريحاً في مقابل خلاف بعض العامة. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه». بل يظهر منهم المفروغية عنه، كما يظهر من النصوص أيضاً.

وهو المناسب لطبيعة الوكالة. أما المتمحضة في الإذن فظاهر، لظهور أن مقتضى سلطة الموكل على الأمر الموكل فيه أن له العدول عن الإذن لغيره في إيقاعه، كما يكون له العدول عن إذنه في سائر الموارد.

كما أن مقتضى سلطة الوكيل على نفسه الامتناع عن إيقاع ما وكل فيه. بل حيث لم يكن رضاه بإيقاعه قبولاً عقدياً - كما سبق - لم يكن ملزماً له، ليكون امتناعه فسخاً للوكالة، ويحتاج نفوذ سلطنته عليه للاستدلال.

وأما الوكالة المبنية على تحمل الوكيل مسؤولية العمل فهي وإن كانت عقداً، إلا أن ابتناءها نوعاً على عدم الاستمرار مانع من فهم الإلزام بالاستمرار من إطلاقها، ويكون قرينة نوعية على أن المراد بها تحقق مضمونها ما دام راضيين بذلك، نظير ما تقدم في المضاربة.

ومرجع ذلك إلى أن عدولها عنها ليس فسخاً لها، بل إنهاء لها. ولذا لا مجال له إلا مع بقاء ما وكل فيه، لعدم قيام الوكيل به، لو كان امراً واحداً، كطلاق زوجته المعينة، أو لابتنائه على الاستمرار، كإدارة محله تجاري. ولو كان فسخاً حقيقة راجعاً إلى بطلانها بعد صحتها لأمكن مع إيقاع الوكيل ما وكل فيه، فينقلب إلى تصرف من فضولي بعد أن كان نافذاً، وهو غير مراد لهم قطعاً.

كما أنه حيث كان جواز إنهاؤها لكل منها مقتضى القرينة العامة المشار إليها أمكن الخروج عن ذلك بقرينة حالية تمنع أحدهما أو كلاهما إنهاؤها، كما لو كان الزوج مصراً على طلاق زوجته ولم يسعه طلاقها قبل سفره، لعدم تمامية شرط الطلاق، فتعهد له الوكيل بطلاقها عند تمامية شروطه، فوكله على ذلك. فإنه ليس للوكيل

الموكل له إعلامه، به فلو تصرف قبل علمه به صح تصرفه (١).

حينئذ فسخ الوكالة بعد سفره وترك الطلاق.

وكذا لو أراد صاحب المحل التجاري مثلاً أن يوكل شخصاً في إدارة محله، فاشتراط الوكيل أن يبقى وكيلاً عنه إلى سنة، لأن الإسراع بعزله يفوت عليه فرصة التعرف على الزبائن والاندماج في العمل، أو يوهنه، لأنه قد يوهم خيانتته أو فشله في إدارة المحل، أو غير ذلك. فإنه لو قبل الموكل بالشرط المذكور وأجرى عقد الوكالة لم يكن له عزله.

كل ذلك لعموم نفوذ الشروط والعقود بعد كون المتيقن من معقد الإجماع هو الوكالة غير العقدية والعقدية غير المبنية على الشرط المذكور. وقد تقدم منا نظير ذلك في المضاربة.

ويناسبه ما ذكره من أن المرتهن إذا شرط الوكالة لنفسه في بيع العين المرهونة عند حلول الدين نفذ، ولم يكن للراهن عزله، حيث يرجع ذلك إلى أن الوكالة قد تلزم بالشرط.

(١) كما قد يظهر من المبسوط، وبه صرح في الخلاف والشرايع والنافع وجامع الشرايع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتذكرة واللمعتين والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك، وحكي عن ابن الجنيد والمقتصر وإيضاح النافع، كما قال في الخلاف: «وقد رجحناه في الكتابين» يعني: التهذيبيين. وكأنه لذكره فيهما بعض الرويات الشاهدة به. وفي المسالك أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرين.

وكيف كان فعمدة الدليل عليه النصوص، كصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور، وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة. فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل كره الموكل أم رضي. قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل

في اعتبار إعلام الوكيل بالعزل فلو تصرف قبل ذلك صح تصرفه ٣٩٧

أن يعلم [أن يعزل] العزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم... إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة أبداً حتى يبلغه العزل عن الوكالة ثقة يبلغه أو يشافه [يشافهه] بالعزل عن الوكالة^(١).

ومعتبر معاوية بن وهب - وروي عن جابر بن يزيد أيضاً - عنه عليه السلام: «أنه قال: من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»^(٢).

ومعتبر العلاء بن سبابة الطويل المتضمن الرد على العامة في استثنائهم النكاح من هذا الحكم، وحكمهم فيه بكفاية العزل في انعزاله، وقد تضمن حديثاً عن أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة وكلت أختها في تزويجها، ثم أشهدت على عزله، ولكنه زوجها، فسأل عليه السلام الشهود فشهدوا أنها عزلته، وفيه: «فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟ فقالوا: لا. فقال: تشهدون أنها أعلمته بالعزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا. قال: أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقعاً...»^(٣). ويعضدها أو يؤيدها معتبر أبي هلال الرازي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت وطهرت وخرج الرجل، فبداله فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به، وأنه قد بداله في ذلك. قال: فليسلم أهله وليعلم الوكيل»^(٤).

ويظهر من القواعد القول أو احتمال الانعزال بالعزل وإن لم يبلغ الوكيل. لكن قال في مفتاح الكرامة: «لم يوافق أحد، بل تسالم الناس على خلافه».

نعم ذكر في المبسوط والخلاف أن في رواياتنا ما يدل على القول المذكور، وفي الخلاف أنه ذكرها في التهذيبيين. لكن ذكر غير واحد أنه لم يعثر على رواية بذلك. ومن ثم لا مجال للبناء عليه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الوكالة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الوكالة حديث: ١.

وفي النهاية أنه يكفي في نفوذ العزل مع تعذر الإعلام بالإشهاد على العزل، وأنه لا ينعزل مع عدم الإشهاد ولا مع الإشهاد إذا أمكن الإعلام. ووافقه على ذلك في الكافي والوسيلة والغنية والسرائر والتنقيح وحكاه فيه عن القطب. وقد يظهر من الغنية الإجماع عليه، وفي السرائر أنه مقتضى الجمع بين النصوص.

لكن لا مجال لدعوى الإجماع عليه بعد ما سبق. كما أن الجمع بين الأخبار فرع العثور على الأخبار الأخرى، وقد عرفت أنه لم يعثر عليها. ومثله ما في المختلف من أنه لا بأس به، لأنه توسط بين الأقوال.

إذ فيه: أن التوسط بين الأقوال ليس في نفسه من الأدلة، فضلاً عن أن يخرج به عن ظاهر النصوص.

هذا وقد نسب في الايضاح وغيره لمن سبق إطلاق الاكتفاء بالإشهاد. وهو لا يناسب صريح غير واحد وظاهر آخرين من اعتبار تعذر الاعلام معه. فلاحظ.

بقي أمران الأول: أن مقتضى صحيح هشام بن سالم الاكتفاء في إبلاغ الوكيل بالعزل اخبار الثقة وإن لم يكن عدلاً، كما هو ظاهر جامع المقاصد. ولا وجه لما يظهر من المسالك والروضة من اعتبار عدالته، ولا لما هو مقتضى الجمود على كلام غير واحد من اعتبار إبلاغه أو علمه بالعزل بنحو قد يظهر في اعتبار العلم، بل هو كالصريح من بعضهم.

الثاني: صرح في المبسوط وكثير ممن بعده بانعزال الوكيل بعزل نفسه، ومقتضى إطلاقه عدم توقفه على حضور الموكل وإعلامه، بل هو صريح أو كالصريح منهم. وعن مجمع البرهان تارة: كأنه لا خلاف فيه، وأخرى: كأنه مجمع عليه. وفي مفتاح الكرامة: كأنه ضروري.

وذلك لما هو المعلوم عندهم من جواز الوكالة، فإن مقتضاه أن لكل منهما فسحها، وتوقف نفوذ عزل الموكل للوكيل على بلوغه للنص الخاص، وهو غير موجود في المقام.

هذا ولا ينبغي الإشكال في عدم توقف عزل الوكيل نفسه على إعلام الموكل في الوكالة الإذنية، إذ لا يجب على المأذون الإتيان بالعمل المأذون فيه وإن استفيد الإذن من الطلب، إلا أن يكون الطالب واجب الطاعة على المطلوب منه.

بل هو ليس عزلاً في الحقيقة، ولا إنهاء للوكالة، لعدم اقتضاء الوكالة المذكورة معنى في الوكيل ليرتفع بعزل نفسه، حتى لو استفيد الإذن من الطلب وكان الطالب واجب الطاعة، لأن وجوب الإتيان بالعمل المطلوب ليس لنفوذ الوكالة وبقائها، بل لوجوب الطاعة.

أما الوكالة العقدية المبنية على تحمل الوكيل مسؤولية العمل الموكل فيه فحيث سبق أن جواز إنهاؤها لكل من الطرفين مقتضى القرينة العامة على عدم ابتناء الوكالة على الاستمرار، وأنه قد يخرج عنها بقرينة حالية أو مقالية فالقرينة كما يمكن أن تقتضي لزوم الوكالة - كما سبق - يمكن أن تقتضي توقف إنهاؤها على الإعلام.

بل لا يعد كونه كذلك نوعاً، لأن تحميل الموكل الوكيل مسؤولية العمل الموكل فيه تقتضي نوعاً الاتكال عليه في إنجازه، وذلك يوجب لزوم إنجازه عليه ما لم يعلمه بتخليه عن مسؤوليته، ليتصرف بما يناسب ذلك.

وقد يجري ذلك حتى في الوكالة الإذنية إذا ظهر من الوكيل العزم على الإتيان بالعمل المطلوب منه. غاية أن لزوم الإعلام حيث لا لزوم الوكالة، لأنها لا تصلح لأن تكون موضوعاً للزوم، بل تجنباً للخديعة من الوكيل والغش أو تجنباً للإضرار المتوقع بالموكل.

هذا وفي المبسوط والتحرير أن عزل الوكيل نفسه مع جهل الموكل يمنعه من العمل الموكل فيه، بل لا بد من تجديد الوكالة. واحتمل في التذكرة جواز العمل المذكور بلحاظ بناء إذن الموكل، وجزم به في المختلف وجامع المقاصد.

والذي ينبغي أن يقال: لا ينبغي الإشكال في جواز التصرف للوكيل في الوكالة الإذنية لعدم ارتفاع الإذن بعدوله عن تنفيذه وكذا في الوكالة العقدية، لأن سقوط

وتبطل بالموت (١)

المسؤولية عنه بعزله نفسه - لو تم - لا ينافي بقاء الإذن، لأن تحمل المسؤولية أمر زائد على الإذن مقارنة له، لا قيد فيه، وبقاء الإذن يكفي في جواز العمل المأذون فيه ونفوذه، نظير ما سبق في الوكالة التعليقية.

وذلك يجري فيما إذا بلغ الموكل ولم يرض بعزله لنفسه، لأن عدم رضاه وإن لم ينفذ في بقاء الوكالة، لكنه يستلزم بقاء الإذن.

نعم لو لم يرفض وسكت أشكل بقاء الإذن - وإن احتمله في المسالك - لقوة احتمال تبدل موقفه من الوكيل بذلك. ومعه يشكل بناء العقلاء على عدم عدوله الذي هو العمدة في ترتيب أثر الإذن بعد العلم بعدم فعليته لانقطاعه بالغفلة أو النوم أو نحوهما. فتأمل جيداً.

(١) كما طفحت بذلك عباراتهم من دون خلاف ظاهر، بل صرح بعدم الخلاف فيه في موت الموكل في المبسوط والغنية، ولا يبعد كون مرادهما نفيه بين المسلمين. وإن كان الأمر أظهر من ذلك. لظهور ابتناء الوكالة على سلطنة الوكيل في طول سلطنة الموكل، فمع سقوط سلطنته بالموت لا موضوع لسلطنة الوكيل.

وأما سلطنته على الثلث فهي في حياته، وله إعمالها بنصب الوصي، ليكون مستقلاً في السلطنة عليه بعد وفاته، لا في طول سلطنة الوصي، ولا يجري ذلك في الوكيل. ومن هنا كان غريباً جداً ما في الحدائق من التشكيك في اقتضاء القاعدة البطلان.

نعم استدل بموثق عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله: «في رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب، فأنكحوا الغائب وفرض الصداق، ثم جاء خبره أنه توفي بعد ما سيق الصداق. فقال: إن كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث. وإن كان قد أملك قبل أن يتوفي فلها نصف الصداق، وهي وارثة وعليها

العمدة»^(١)، ونحوه معتبر أبي ولاد عنه عليه السلام^(٢) وإن لم يذكره.

لكن بطلان النكاح في المقام لا يتوقف على بطلان الوكالة، بل يكفي فيه امتناع تزويج الميت، وإنما يظهر أثر بطلان الوكالة فيما إذا أمكن صحة العمل الموكل فيه ذاتاً، كما إذا وكل الأب رجلاً في شراء شيء لآولاده، أو وكل ولي الوقف رجلاً في بيع نساء الوقف، فمات الموكل قبل الشراء أو البيع المذكورين فالعمدة ما سبق.

هذا وأما ما هو المعلوم من سيرة المعصومين صلوات الله عليهم ومن ولاية الجور من بقاء عمالهم في البلاد بعد وفاتهم يتصرفون في إدارتها حتى يأتي ممن يخلف المتوفى إبقاؤهم أو عزلهم.

فهو أجنبي عما نحن فيه، لما سبق عند الكلام في اعتبار التنجيز من أن ولاية العمال والجيش ليست من سنخ الوكالة، بل هو حكم إداري إلزامي، وهو يبتني على هذا النحو من الاستمرار، حرصاً على إدارة البلاد، وحفظاً للنظام.

كما يبتني على أن الوالي المنصوب إذا تعرض للموت نصب من يخلفه مؤقتاً إذا لم يعين له من يخلفه، مع عدم الإشكال ولا الخلاف ظاهراً في أنه ليس للوكيل أن يعين وكيلاً لموكله يخلفه عند موته أو عجزه عن القيام بها وكل فيه.

ومثله ما هو المعلوم من بقاء الأمانة بعد موت المستأمن حتى يرى الوارث رأيه فيها، مع أن الأمين وكيل عن المالك في حفظها.

إذ فيه: أنها ليست أمانة مالكية لاستمرار استئمان المالك المتوفى، بل هي أمانة شرعية، ولذا يجب المبادرة بإبلاغ الوارث أو تسليمه الأمانة، مع أن ذلك لا يجب في الأمانة المالكية بالإضافة إلى المالك المودع، بل يكفي عدم مطالبته بإرجاع العين.

هذا كله في موت الموكل. وأما بطلان الوكالة بموت الوكيل فهو أظهر، لارتفاع الموضوع، لعدم قابلية الميت لأن يكون وكيلاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ٢.

والجنون والإغماء (١)

(١) كما في المبسوط والشرايع والنافع وجامع الشرايع وجملة من كتب العلامة واللمعتين وغيرها، ونفي في الجواهر وجدان الخلاف فيه، وفي المسالك أنه موضع وفاق.

قال: «ولا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والأدوار. وكذا لا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه»، ونحوه في الروضة. وهو مقتضى إطلاق المبسوط والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة واللمعة وغيرها. لكن اقتصر في جامع الشرايع على الجنون المطبق، وصرح بعدم بطلانها بالإغماء ساعة.

وقد علل البطلان في المبسوط بأن الجنون والإغماء يثبت الولاية، فيكون المتصرف بهما محجوراً والحجر مانع من الوكالة.

وهو في الموكل راجع إلى ما سبق منا عند الكلام في بطلان الوكالة بالموت من أن سلطة الوكيل في طول سلطة الموكل، فإذا فقد الموكل السلطة يرتفع موضوع سلطة الوكيل، وهو راجع إلى بطلان وكالته.

لكن لم يتضح سقوط السلطة بالإغماء الموقت، بحيث لا يعتد برأيه وإذنه السابقين، فإنه نظير النوم والسكر عرفاً، خصوصاً مع التفات صاحب السلطة لتوقع حصوله، كما تعارف في عصورنا حين التخدير وقد يحصل في غيره، حيث يغفل جداً عن بطلان الوكالة والعارية والوديعة ونحوها مما يبتني استمرار آثارها على استمرار الرأي والإذن حكماً وإن لم يكن فعلياً لفقد الإحساس.

ودعوى: أنه يحتاج في التصرف المضطر إليه حال إغمائه وإن قصر لمباشرة الولي لذلك. ومقتضاه قصور سلطنته. مدفوعة بأن ذلك يجري في النائب لو اضطر لتصرف في شؤونه حال نومه ولم يتيسر إيقاضه، من دون أن ينافي بقاء الرأي له عرفاً وبقاء وكالته لغيره، بحيث ينفذ تصرف وكيله، نظير الغائب الذي يحتاج في التصرف المتعلق

بشؤونه المستعجلة للولي فيما إذا لم يكن له وكيل منصوب من قبله لذلك التصرف.
نعم إذا استحکم الإغماء وطال أمده - كما يشيع في زماننا في مثل الجلطة
الدهاغية - سقط صاحبه عن قابلية الرأي عرفاً، ويبنى معه على عدم الاعتداد بإذنه
السابق.

ويجري ذلك في النوم لو استمر لمرض ونحوه بحيث لا يتوقع من صاحبه
الانتباه في المستقبل المنظور، فإنه يحتاج معه لنصب ولي على صاحبه ولا يعتد برأيه
السابق وإذنه، فتسقط وكالته لغيره.

وأما الجنون فإن كان مؤقتاً لطارئ من فزع أو نحوه، بحيث يفقد صاحبه
اتزانه وسيطرته على تصرفاته مؤقتاً فالظاهر أنه كالإغماء المؤقت. بل لعله لا يصدق
عليه الجنون عرفاً.

أما إذا كان مستحكماً فالظاهر سقوطه عن قابلية الرأي عرفاً، ولا يعتد برأيه
وإذنه السابقين، ولا تجري معه أصالة عدم عدول صاحب الرأي والإذن عنهما الذي
هو المصحح لتصرف الوكيل والمأذون مع عدم فعلية الرأي والإذن لطروء الغفلة.
نعم إذا علم هو بطروء العارض عليه أو توقعه، فنصب على نفسه أو ماله ولياً
عليه عند الحاجة، فالظاهر نفوذ ذلك، وألوية المنصوب به تبعاً لألويته بنفسه من
غيره ارتكازاً.

ودعوى: أن سلطنته لما كانت تسقط عند فقد عقله فلا مجال لسلطنة منصوبه
حينئذٍ، لأنها في طول سلطنته.

مدفوعة بأن سلطنة منصوبه في المقام ليست متفرعة على سلطنته حين فقد
عقله، بل على سلطنته حين ثبوت عقله، فإنه حينئذٍ كما يتسلط على حاضره يتسلط على
مستقبل أمره. ولذا له أن يؤجر نفسه بلحاظ منافعه الاستقبالية. فإذا أعمل سلطنته
بنصب غيره على إدارة أمره حينئذٍ كانت سلطنة المنصوب تابعة لتلك السلطنة، لا
لسلطنته الفعلية حين فقد عقله. فالمقام نظير سلطنة الموصي على نصب الموصي. فتأمل

جيداً.

هذا وقد قال بعض مشايخنا (قده) في منهاجه: «كما أنها تبطل بجنون الموكل وإغماؤه حال جنونه وإغماؤه. وفي بطلانها مطلقاً حتى بعد رجوع العقل والإفاقة اشكالاً».

ولم يتضح الوجه في ذلك. إذ بعد فرض بطلان الوكالة حال الجنون والإغماء مطلقاً أو إذا كان مستحكما، لما سبق من قصور سلطنة الموكل، فما هو الوجه في رجوعها بعد بطلانها؟!.

نعم لو التفت الموكل بعد استكمال عقله وإفاقته للوكالة السابقة، ورضي باستمرارها، رجع رضاه المذكور إلى فعلية الإذن للوكيل بالتصرف، فيصح تصرفه لذلك، لا لسبق وكالته بعد فرض سبق بطلانها.

هذا كله بالإضافة إلى جنون أو إغماء الموكل. أما جنون الوكيل وإغماؤه فلا موجب لبطلان الوكالة بهما، ليمتنع ترتب الأثر عليها بعد ارتفاعها. غاية الأمر أنه لا مجال لنفوذ تصرف الوكيل حال الجنون، لعدم اعتداد العقلاء برأيه، كالنائم لو تكلم حال نومه، ويتعذر تصرفه حال الإغماء عليه لعدم إحساسه، كالمستغرق في نومه.

وأما ما في المبسوط من أن الجنون والمغمى عليه يثبت عليهما الولاية، فيصير محجوراً عليه مثل الصبي، فلا يكون موكلاً ولا وكيلاً.

ففيه أن مجرد الحجر على الشخص لا يمنع من أن يكون وكيلاً، ولذا يصح توكيل الصبي المميز وكالة عقدية بإذن وليه وكذا العبد بإذن سيده. كما يمكن توكيلهما وكالة إذنية ولو مع عدم إذن الولي والسيد.

ومثله ما في بعض كلماتهم من بطلان العقود الجائزة - ومنها الوكالة - بالموت والجنون والإغماء. إذ فيه: أنه لا دليل على ذلك، بل الدليل على خلافه في الجملة، كما لعله ظاهر، وذكره في الجواهر.

وأما الإجماع المدعى فلا مجال للتعويل عليه في نفسه، لعدم دعواه قبل المسالك

وتلف متعلقها (١) وفعل الموكل (٢). وتصحح فيما لا يتعلق غرض الشارع

وقلة المصرحين بذلك قبله. ولما تكرر منا من عدم وضوح كون الإجماعات المنعقدة في عصور تدوين الفتاوى تعبدية تنهض بالحجية.

ولا سيما مع قرب مخالفتها للسيرة في بعض الفروض، مثل الإغماء القصيرة الأمد، للغفلة عن بطلان الوكالة به عرفاً، كما سبق.

ومع ظهور المبسوط وغيره في عدم الاستدلال بالإجماع، بل بغيره مما سبق الإشكال فيه.

نعم لو بلغ الموكل عروض الجنون والإغماء المستحكم على الوكيل بنحو غير محتسب له حين التوكيل أشكال البناء على بقاء الإذن منه وعدم عدوله عن التوكيل نظر ما سبق منا فيما لو بلغه عزل الوكيل نفسه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

ثم إنه مما سبق في وجه بطلان الوكالة بجنون الموكل وإغمائه يظهر بطلانها بالحجر عليه في الجهة وكُل فيها، كالفلس في الماليات - بناء على كونه موجباً للحجر - والسفه فيها، وعدم استكمال العقل بمثل البله مطلقاً، كما ذكره في الجملة في المبسوط وغيره.

لما سبق من أن سلطنة الوكيل حيث كانت في طول سلطنة الموكل تعين ارتفاعها وبطلان الوكالة بقصور سلطنة الموكل بأحد الأسباب المذكورة. ولعله لظهور ذلك لم ينه له سيدنا المصنف رحمته، وإلا فلا يظن به الخلاف فيه.

(١) كما في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها. لارتفاع موضوع الوكالة ولو كان التالف مضموناً لم يقدّم بدله مقامه، لخروجه عن موضوع الوكالة، كما نبه له غير واحد. إلا أن يستفاد من الوكالة بقريئة حالية أو مقالية العموم للبدل، ولا ضابط لذلك.

(٢) يعني: ما وكل فيه. كما في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها. ولا

بإيقاعه مباشرة (١). ويعلم ذلك ببناء العرف والمشرعة عليه (٢). ولا

ينبغي الإشكال فيه. لعدم خروج الفعل المذكور عن سلطنة الموكل، ومع فعله له يرتفع موضوع الوكالة.

وكذا تحقق ما ينافيه قهراً على الموكل أو بفعله، كما إذا وكله على طلاق زوجته يوم الجمعة وكانت في طهر لم يواقعها فيه فحاضت قبل الطلاق، أو واقعها فيه. أو وكله في بيع المتاع على زيد فباعه الموكل على عمرو، أو وقفه أو أعتق العبد الذي وكله على بيعه. وقد ذكر ذلك في الجملة في القواعد والتذكرة وغيرها. لأن نفوذ فعل الموكل وترتب الأثر عليه يمنع من تحقق ما وكل فيه.

بل لو كان الموكل ملتفتاً للوكالة حين الإقدام على التصرف المنافي فمن القريب ظهور حاله عرفاً في الإعراض عن الوكالة، الراجع لعزل الوكيل، فينزل لو بلغه ذلك وإن صادف عدول الموكل عنه بعد اقدمه عليه، أو فساده لفقده لبعض الشروط المعتبرة في نفوذه، بحيث لم يحصل المانع من التصرف الموكل فيه. ولا تخلو كلمات بعضهم عن الاختلاط بين الانعزال قهراً لوجود المانع والعزل بالإقدام على المانع وإن لم يتحقق. فراجع.

(١) مراده حصر الحصّة بذلك، كما ذكره. ولا ينبغي الإشكال فيه، لأن اعتبار المباشرة راجع إلى عدم مشروعية فعل الوكيل له. ومعه لا موضوع للوكالة. (٢) وكذا مع قيام الأدلة الخاصة عليه. ثم إن هذا لا يكفي في مشروعية التبرع، لظهور الأدلة في اعتبار نسبة الفعل للأصيل، وهذا إنما يقتضي السعة في تحقيق النسبة، لرجوع الوكالة في فرض مشروعيتها إلى أن فعل الوكيل ينسب للأصيل، وأن الوكيل كالألة له.

أما مشروعية التبرع فهي تبثني على الاكتفاء بفعل الغير عنه وإن لم ينسب له، لعدم دخله فيه أصلاً. والاكتفاء به يتوقف على بناء العرف، كما في مثل وفاء الدين، أو الأدلة الشرعية، كما في مثل التبرع بالعبادات البدنية عن الحي أو الميت.

يتعدى الوكيل المأذون حتى في تخصيص السوق (١)، إلا إذا علم أنه ذكره من باب أحد الأفراد. ولو عمم التصرف صح (٢)

(١) بلا خلاف ظاهر ولا إشكال. لقصور الوكالة عن غيره. كما أنه لو كان متعلق الوكالة مجملًا لا إطلاق فيه يلزم الاقتصار على المتيقن، لأصالة عدم الوكالة فيما زاد عليه. كما هو ظاهر.

(٢) كما هو ظاهر أو صريح المقنعة والنهية والوسيلة والمراسم والكافي والغنية وجامع الشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة وعن غيرها. وفي المسالك أنه مذهب الأكثر. ويقتضيه عموم سلطنة الموكل على نفسه وماله، فإنه كما يقتضي سلطنته على التوكيل فيهما بنحو التخصيص والتقييد، يقتضي سلطنته على التوكيل فيهما بنحو العموم. مضافاً إلى عموم نفوذ العقود في الوكالة العقدية.

ومنع منه في الخلاف والمبسوط والإيضاح وظاهر القواعد. للزوم الغرر العظيم، وعدم الأمن من الضرر. وأجيب عنه في كلام غير واحد ممن سبق بأنه يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة.

ويظهر من الشرايع بأن ذلك خروج عن فرض العموم في كلام من سبق منه المنع. وعليه يكون الخلاف لفظياً، وأنه مع مراعاة المصلحة فالكل يصحح الوكالة، لعدم الغرر والأمن من الضرر، ومع عدم مراعاتها فالكل يمنع منها، للزوم الغرر وعدم الأمن من الضرر.

لكن من الظاهر أن مرادهم من مراعاة المصلحة مراعاتها بنظر الوكيل، وقد يختلف عن نظر الموكل، فيكون الإقدام على التوكيل اعتماداً على نظر الوكيل في تشخيص المصلحة غرراً في حق الموكل إلا مع وثوقه بنظره كوثوقه بنظر نفسه أو أكثر. وكلما كانت الوكالة أوسع كان الغرر أعظم مع عدم الوثوق بالنحو المذكور. ولا يختص ذلك بالوكالة المطلقة، وإن كانت هي تستلزم أعلى مراتب الغرر.

نعم لا دليل على عموم مانعية الغرر، خصوصاً في الوكالة التي هي ليست من

صح مع المصلحة (١) إلا في الإقرار (٢)، والإطلاق يقتضي البيع حالاً بثمن

المعاوضات، كما تكرر منا.

(١) الظاهر أن مراده (قده) ليس هو اشتراط المصلحة في صحة التعميم، بل اشتراطها في صحة التصرف من الوكيل مع التعميم، كما سبق منهم. ولا إشكال في أن مقتضى إطلاق الوكالة مع عدم تشخيص الموكل لمتعلقها مراعاة المصلحة في حق الموكل بنظر الوكيل.

لكن ذلك ليس شرطاً مانعاً من سعة الوكالة ثبوتاً، بل يمكن الخروج عنه بقرينة حالية أو مقالية تقتضي تعميم الوكالة لغيره وإن أضر بالموكل، إذ لا محذور في إقدام الموكل على احتمال الضرر عليه، بل اليقين به، لبعض الدواعي العاطفية وغيرها. (٢) كما في النافع. وظاهره جواز التوكيل في الإقرار، ونفوذ إقرار الوكيل على الموكل، غايته أنه لا يدخل في إطلاق الوكالة وعمومها، بل يحتاج للتنصيص عليه بالخصوص.

إذ لو لم يكن التوكيل عليه جائزاً لم يحتج لاستثنائه، كما لم يستثن كثيراً مما لا يجوز التوكيل فيه، كإقامة الفرائض - في الجملة - والأيمان والنذر وأسباب الضمان والقصاص والحدود.

وكيف كان فالظاهر عدم قبول الإقرار للنيابة عرفاً فلا يصح التوكيل فيه، لأن الإقرار من الأمور الخارجية وقوامه إخبار الإنسان على نفسه بحق عليه، والوكيل في المقام يخبر عن غيره.

نعم يقبل قوله بملاك قبول قول الوكيل فيما وكل فيه وإن استلزم ثبوت حق على الموكل، لا بملاك الإقرار الملزم للموكل، بحيث ليس له حق الدعوى على خطئه ولو مع البينة.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا (قده) في منهجه من أن التوكيل في الإقرار بهال معين بنفسه إقرار بذلك المال.

المثل بنقد البلد(١)،

فهو - لو تم - خروج عن محل الكلام من التوكيل في الإقرار، حيث لا يترتب حينئذ أثر الإقرار على إقرار الوكيل، بل على نفس توكيله وإن لم يقر. مع أن كون التوكيل في الإقرار إقراراً بنفسه لا يطرد، بل يختلف باختلاف القرائن المحيطة بالكلام، حيث قد يصدر لا بداعي بيان ثبوت الحق على الموكل، بل لداعٍ آخر، كأستدفاع شر استمرار الخصومة وتبعاتها. ويجري ذلك في الإشهاد أيضاً، كما لو قال: اشهدوا أنني مدين لفلان مائة دينار، حيث قد يصدر بداعي بيان ثبوت الحق عليه، فيكون إقراراً، كما قد يصدر بداعٍ آخر، فلا يكون إقراراً.

هذا ولو فرض قبول الإقرار للتوكيل فلم يتضح الوجه في عدم دخوله في عموم الوكالة واحتياج التوكيل فيه للتنصيص عليه. ودعوى: أنه مع ما سبق من ابتناء التوكيل العام على التقييد بالمصلحة فلا مصلحة في الإقرار، لتضمنه الخسارة على الموكل.

مدفوعة أولاً: بأنه لا حاجة لاستثناء الإقرار حينئذ، بل يكفي التقييد بالمصلحة وثانياً: بأنه قد يكون الإقرار صلاحاً دفعاً لمحدور استمرار الخصومة، أو لبيان مبدئية الموكل، واهتمامه ببيان الحقيقة وإن كانت في غير صالحه. فلاحظ.

(١) كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرايع والجامع وجملة من كتب العلامة واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، ونفى الخلاف فيه في جامع المقاصد، وفي التذكرة أن عليه إجماع علمائنا.

والمتيقن من مرادهم بثلث المثل ما إذا لم يتيسر البيع بالأكثر، حيث قد صرح بعضهم بجواز أو وجوب البيع به مع عدم المحدور فيه.

وقد علل في كلام غير واحد بانصراف الإطلاق إلى ما تقتضيه العادة. لكن العادة قد تقتضي الخروج عن ذلك من دون ضابط، بل يختلف باختلاف الظروف

وابتباع الصحيح (١)،

والمقارنات.

ولعل الأولى الاكتفاء بالتقييد بالمصلحة بنظر الوكيل، لأن ذلك هو المنصرف من إطلاق الوكالة، وإن كانت في جهة خاصة، كالبيع والشراء والإجارة وغيرها. نعم مع تقييد الموكل يتعين الوقوف عنده وعدم تجاوزه إلا إلى الأفضل. إلا مع القرينة على اهتمام المالك بخصوصيته، فيتعين عدم تجاوزه حتى إلى الأفضل، كما نبه له بعضهم.

(١) كما ذكروه أيضاً. وفي التذكرة أن عليه إجماع علمائنا. لكنه يختلف باختلاف الموارد، وقد يتم فيما إذا كان شراء الشيء للانتفاع به بعينه. أما إذا كان لاستبضاعه والاتجار به فهو غير ظاهر. والأولى الاكتفاء بمراعاة المصلحة مع ملاحظة خصوصيات الموارد.

وذلك يجري فيما ذكروه أيضاً من أن مقتضى إطلاق الوكالة في الشراء الشراء بثمان المثل حالاً بنقد البلد على نحو ما سبق في الوكالة بالبيع. هذا وقد ذكر في القواعد أن مقتضى الإطلاق أيضاً عدم شراء الوكيل من نفسه للموكل، كما ذكروا ذلك في البيع أيضاً. ويظهر من مساق كلامهم أن مرادهم انصراف الإطلاق عن ذلك، كما في القيود السابقة.

لكن لم يتضح ثبوت الإطلاق بدواً، ليحتاج المنع للانصراف، فإنه قد يفهم من طلب شراء الشيء من الشخص هو شراؤه من غيره. أما شراؤه من نفسه فهو بيع منه له. كما أن طلب بيع الشيء من الشخص هو بيعه لغيره. أما بيعه على نفسه فهو شراء منه له.

نعم قد يدعى إلغاء خصوصية ذلك وفهمه من الإطلاق تبعاً، لعدم الفرق في حق الطالب وتحقق غرضه. لكنه لا يخلو عن إشكال.

ولا سيما مع تضمن بعض النصوص المنع، كصحيح هشام بن الحكم عن أبي

وتسليم المبيع (١)،

عبد الله عليه السلام: « قال: إذا قال لك الرجل: اشتري لي فلا تعطه من عندك وإن كان الذي عندك خيراً منه»^(١)، وموثق إسحاق بن عمار: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له: ابتع لي ثوباً، فيطلب له في السوق، فيكون عنده مثل ما يجد في السوق، فيعطيه من عنده فقال: لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه. إن الله عز وجل يقول: (إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا). وإن كان عنده خير مما يجد في السوق فلا يعطيه من عنده»^(٢). وقد ورد نحو ذلك فيمن وكله غيره في بيع متاعه^(٣) علي شيء من الغموض فيه.

نعم في خبر ميسر أو معتبره: «إن أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك. وإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق»^(٤).

لكن ظاهر النصوص السابقة المنع وحملها على الكراهة تجنباً للتهمة يحتاج إلى قرينة، بل هو لا يناسب لسان الموثق جداً. وربما يكون المنع احتياطاً لمنع تسويل النفس في الوقوع في الشبهة أو الحرام بتخيل كون ما عنده صالحاً أو خيراً. على أن احتمال التهمة ملازم لاحتمال عدم الإذن بنحو يمنع من فهمه من الإطلاق تبعاً.

نعم مع العلم بعدم التهمة لا يبعد الجواز، كما تضمنه حديث ميسر، لإحراز الإذن من الإطلاق ولو تبعاً بعد تحقق الغرض الداعي للوكالة. فلاحظ.

(١) كما في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها لأنه من شؤون

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب آداب التجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب آداب التجارة حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب آداب التجارة حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب آداب التجارة حديث: ٤.

وتسليم الثمن بالشراء (١)، والرد بالعيب (٢).

البيع فيفهم الإذن فيه من إطلاق التوكيل في البيع.
نعم وقع الكلام بينهم في جواز تسلم الثمن أو يستلمه الموكل، إذ قد لا يستأمنه عليه. وذكر بعضهم أنه لا يسلم المبيع إلا مع تسلم الثمن أو تسلم الموكل له.
كل ذلك للكلام في مقتضى إطلاق التوكيل في البيع وما يفهم الإذن فيه تبعاً له. والظاهر اختلاف الحال باختلاف خصوصيات الموارد بلحاظ اختلاف القرائن المحيطة بالتوكيل، ومنها التعارف. ولا يسهل بيان الضابط فيه. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

(١) يعني في التوكيل بالشراء، كما في الشرايع. والكلام فيه على نهج الكلام المتقدم في تسليم المبيع عند التوكيل في البيع، كما في الجواهر.
قال فيه: «لكن ظاهرهم الاتفاق على أنه لا يقتضي إطلاق الإذن في البيع الإذن في قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض. وكذا إطلاق الإذن في الشراء لا يقتضي الإذن في قبض المبيع، لأنه قد لا يؤمن عليه أيضاً». لكن ظاهر المبسوط التوقف في قبض الثمن، لأنه اقتصر فيه على بيان الوجهين من دون ترجيح لأحدهما.
بل الانصاف أن الإذن في البيع من دون قبض الثمن، وفي الشراء من دون قبض ما يشتره، يحتاج إلى عناية خاصة وتنبية خاص خارج عن وضع التعامل طبعاً.
نعم هو المتعين مع التوكيل في إيقاع صيغة البيع خاصة.

(٢) كما في المبسوط والشرايع والتحرير والإرشاد والقواعد. وهو يتني على أن ما سبق منهم من أن مقتضى الإطلاق الاقتصار على الصحيح لا يراد به الصحيح الواقعي، بل الصحيح ظاهراً، بمعنى عدم تعمد شراء العيب، كما قد يظهر من بعض كلماتهم. إذ لو كان المراد الصحيح الواقعي تعين عدم نفوذ البيع، ليشرع له الرد بخيار العيب.

وقد استدل عليه في المبسوط (تارة): بأن الموكل أقام الوكيل مقامه، فكما يكون

له الرد يكون للوكيل (وأخرى): بأن الوكيل لا يأمن فوات الرد لموت البائع أو غيبته. لكن الثاني إنما ينهض بإثبات أن له التعجيل في الرد بعد الفراغ عن سلطنته عليه، ولا ينهض بإثبات سلطنته عليه، بل ينحصر دليله بالأول. على أنه غير مطرد، فقد يتيسر له مراجعة المالك قبل فوات الرد.

وأما الأول فيشكل بأن سلطنة الموكل على الرد لا تكفي في سلطنة الموكل عليه إلا بضميمة توكيله عليه أو إذنه له به، وهو غير ظاهر بعد اختصاص الوكالة بالشراء، والرد بالعيب أمر مبين له مترتب عليه.

ولذا منع منه في التذكرة بل يظهر منه الإجماع على ذلك، وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوة، وفي المسالك أنه الأجود.

ويزيد الإشكال في جواز الرد له بناء على ما عليه المشهور من التخيير مع العيب بين الرد والأرش، فإن الاستقلال باختيار الرد دون الأرش يحتاج إلى إذن خاص من المالك.

اللهم إلا أن يقال: في فرض أن مقتضى الإطلاق الاقتصار على الصحيح وعدم شراء المعيب ولو بدون ثمن الصحيح، فالجهة الموجبة لذلك ارتكازاً كما تقتضي تجنب تعمد شرائه تقتضي رده لو صادف الوقوع فيه خطأ، دون الأرش.

ومن هنا يفهم جواز الرد تبعاً من الإطلاق، بل وجوبه لو خاف تعذره بانتظار الرجوع للمالك. وكأنه إلى ذلك يرجع ما في مفتاح الكرامة والجواهر.

أما لو لم ينصرف الإطلاق لخصوص الصحيح وفهم منه التفويض في تشخيص المصلحة على ما سبق فرضه، فالنتجه استقلال الوكيل في تشخيص المصلحة في الرد والأرش، كما يستقل بذلك في أصل الشراء.

هذا ولو كان الموكل فيه شراء شيء معين، فظهر للوكيل قبل شرائه أنه معيب، أشكل الإقدام على شرائه قبل مراجعة المالك إلا بشرط الخيار، لعدم وضوح عموم إطلاق التوكيل في شرائه بنحو يلزم الموكل به مع العيب. وكذا يشكل الاستقلال

ولا يقتضي وكالة الخصومة عند القاضي الوكالة في القبض (١). وكذلك العكس (٢).

بالرد قبل مراجعة المالك لو ظهر بعد شرائه أنه معيب، لعدم وضوح استفادة التوكيل في الرد تبعاً من إطلاق التوكيل في الشراء حينئذ. فلاحظ.

(١) يعني قبض الحق الذي وكل في إثباته عند الخصومة. وقد صرح بعدم اقتضاء التوكيل في الخصومة التوكيل في قبض الحق في المبسوط والشرايع والجامع وجملة من كتب العلامة وجامع المقاصد وغيرها. لوضوح التباين بين الأمرين من دون تلازم بين الوكالتين ولو عرفاً. بل ربما لا يجرز الموكل أمانة الوكيل، كما قد لا يريد تعجيل قبض الحق، إلى غير ذلك.

(٢) يعني: أن التوكيل في قبض الحق لا يقتضي التوكيل في الخصومة لو امتنع من عليه الحق من أدائه. كما صرح به من سبق. لعين ما سبق. نعم ظاهر المبسوط التوقف، حيث اقتصر على بيان الوجهين. وقد استدلل للثاني وهو استفادة الإذن في الخصومة من الوكالة في قبض الحق بأن قبضه يتوقف على إثباته والإذن في الشيء يستلزم الإذن فيما يتوقف عليه.

لكن ذلك لا يكفي في استفادة الإذن في الخصومة، إذ لعل صاحب الحق إذا علم بإنكار من عليه الحق يعرض عن المطالبة بحقه ترفعاً عن الخصومة، أو يحاول إقناع خصمه بالعدول عن الإنكار، أو يرغمه على تسليم حقه ولو مع الإنكار من دون تخاصم، أو يختار للخصومة شخصاً آخر غير من وكله بقبض الحق.

نعم إذا علم صاحب الحق بإنكار من عليه صاحب الحق، وبإصراره على الإنكار، ولم يكن في مقام الإرغام خروجاً عن الميزان الشرعي في التخاصم، يتجه ظهور توكيله في قبض الحق في إذنه بالتخاصم مقدمة لتحصيله، لظهوره في الإصرار على المطالبة بالحق من طريق الوكيل، وانحصار تحصيل الوكيل للحق بالوجه الشرعي بذلك. كما ذكر ذلك في الجملة في مفتاح الكرامة.

ويشترط أهلية التصرف فيها (١) الوكيل والموكل، فيصح توكيل الصغير فيما جاز له مباشرة (٢)، كالوصية إذا بلغ عشرين (٣). وكذا يجوز أن يكون الصغير وكيلاً (٤) بإذن وليه (٥).

(١) كما صرحوا بذلك، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ولا الإشكال. أما الوكيل فلأنه المباشر للتصرف، فلا بد من قابليته لأن يصدر منه، فلا يصح توكيل المحرم في التزويج مثلاً. وأما الموكل فلأن سلطنة الوكيل في طول سلطنته، فلا بد من تمامية سلطنته على ما وكل فيه. فلا يصح مثلاً توكيل البكر البالغة في تزويجها من دون إذن أبيها، بناء على عدم صحة تزويجها إلا بإذنه.

وبذلك يظهر أن معيار الأهلية في الوكيل غيره في الموكل، فالأول قابليته لمباشرة الأمر الموكل فيه، والثاني سلطنته عليه.

(٢) الأولى أن يقول: فيما كان له السلطنة عليه، ليستقل بالتوكيل ويستغني عن إذن الولي فيه. أما مجرد جواز المباشرة للشيء فهو لا يكفي في الاستقلال في التوكيل. (٣) بناء على ما هو الظاهر من صحة وصيته. وبه صرح غير واحد. لكنه موقوف على قابلية الوصية للنيابة، وهو غير ظاهر، لعدم وضوح بناء العرف ولا المتشعبة عليه.

فالأولى إبدالها بالصدقة إذا وضعها في موضعها. إذ الظاهر سلطنته عليها أيضاً، ولا إشكال ظاهراً في قابليتها للوكالة. كما ذكر بعضهم الوكالة على الطلاق بناء منهم على صحته من ابن عشر سنين. لكنه غير ظاهر.

(٤) لما تكرر منا من الاعتداد بتصرفه في نفسه وعدم إلغاء قصده وإنشائه، وإن كان هو خلاف المشهور.

(٥) إنما يحتاج إلى إذن الولي في الوكالة العقدية، لمنافاتها لسلطنة الوكيل، فلا بد من تتميم سلطنة الصبي بإذن وليه. أما الوكالة الإذنية فحيث لاتنافي سلطنة الوكيل

ولو وكل العبد أو توكل بإذن مولاه صح (١). ولا يوكل الوكيل بغير إذن الموكل (٢)،

على نفسه ولذا لا تحتاج إلى قبوله، فلا حاجة فيها بالإضافة للصبي لإذن وليه.

(١) الكلام فيه هو الكلام في الصبي من حيثية عدم الحاجة لإذن الولي أن يكون وكيلًا وكالة إذنية. غاية الأمر أنه يحرم عليه تكليفاً إيقاع التصرف الموكل فيه بغير إذن مولاه، وهو لا يستلزم بطلان التصرف إذا لم يؤخذ فيه قصد التقرب. نعم لا إشكال في اعتبار إذن الولي في توكيل الصبي والعبد في توكيلها لغيرها حتى في الوكالة الإذنية، لعدم استقلالهما بالسلطنة على ما يوكلان فيه.

(٢) الظاهر عدم الخلاف فيه، بل يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه، مثل ما ذكره من أنه إذا كان للوكيل أن يوكل عن نفسه فلا يوكل إلا أميناً، وأنه إذا أذن الموكل للوكيل أن يوكل عن نفسه كان للوكيل عزله وينعزل بموته.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال فيه. لظهور التوكيل في شيء في مباشرته له بنفسه. ولا يخرج عن ذلك إلا بقريئة عامة أو خاصة من عادة أو غيرها. ومن ذلك ما إذا كان الأمر الموكل فيه ليس من شأن الوكيل مباشرته له بنفسه. وأظهر من ذلك ما إذا صرح له الموكل بذلك.

كما أنه قد يأذن له في أن يوكل عن الموكل نفسه فينفذ. والفرق بينهما أن سلطنة وكيل الوكيل في طول سلطنة الوكيل، وبخلاف سلطنة وكيل الموكل فإنها في عرض سلطنة الوكيل الذي نصبه.

ويترتب عليه أن وكيل الوكيل ينعزل بعزل الوكيل الذي نصبه وبانتهاء وكالته بالعزل أو الموت أو غيرهما. أما وكيل الموكل فلا ينعزل بانتهاء وكالة الوكيل الذي نصبه ولا بعزله له، بل لا بد من عزل الموكل له، ولو بتوكيله الوكيل الذي نصبه في عزله كما وكله في توكيله.

هذا ولا بد في القسمين مع الإطلاق من مراعاة الأمانة في القيام بما يوكل فيه

وللحاكم التوكيل عن السفهاء والبله (١). ويستحب لذوي المروءات

بنظر الوكيل - كما صرحوا به - مع حسن التصرف، لأن ذلك مقتضى المصلحة التي يجب مراعاتها مع الإطلاق، كما تقدم في الجملة.

هذا وفي جامع المقاصد: «المراد بالأمين العدل. وإنما وجب كونه أميناً لأن الواجب على الوكيل مراعاة الغبطة للموكل، ولا غبطة في توكيل الفاسق».

لكنه غير ظاهر، بل معيار الغبطة مراعاة ما سبق من الأمانة وحسن التصرف، من دون دخل للعدالة في ذلك، كما نبه له في الجملة في مفتاح الكرامة ومحكي مجمع البرهان وهو مقتضى إطلاق الأمانة في غير واحد من كتب العلامة.

هذا كله مع الإطلاق أما لو عين الموكل شخصاً خاصاً جاز توكيله وإن لم يحرز الوكيل أمانته، كما ذكروا ذلك أيضاً. نعم لو علم الوكيل بخيانتته واحتمل غفلة الموكل عن ذلك وتوهمه أمانته أشكل توكيله له بدون مراجعة الموكل وتنبهه. فلاحظ.

(١) كما في المقنعة والنهاية وكثير مما تأخر عنهما، على خلاف منهنم بين من اقتصر عليهما ومن أضاف إليهما نواقص العقول أو المجانين، ومن اقتصر على الحكومة - عند الحاجة للتحاكم - ومن عمم لغيرها إطلاقاً أو صريحاً. ولعله مراد الموكل. ولذا قال في التذكرة: «ولا نعلم فيه خلافاً»، بل نفى الخلاف فيه في جامع المقاصد.

ومقتضى الجمود على كلامهم كون الوكيل وكيلاً عن القاصر نفسه، لا عن الحاكم الذي نصبه. ولازمه عدم انعزاله بسقوط الحاكم عن الولاية بموت أو غيره، نظير ما سبق في توكيل الوكيل عن الموكل.

وكأن منشأه بناؤهم على ولاية الحاكم على المذكورين. ولازمه جريان ذلك في كل من للحاكم الولاية عليه.

لكنه يشكل بأنه حيث كانت سلطنة الوكيل في طول سلطنة الموكل، والمفروض عدم سلطنة القاصر، فيمتنع التوكيل عنه. وغاية ما يمكن هو توكيل الحاكم عن نفسه، للعلم بعدم لزوم مباشرته لإدارة شؤون القاصر، بل هو كسائر الأولياء له أن يستعين

التوكيل في مهماتهم (١).

غيره. لكنه هذا يقتضي انعزاله بعزل الحاكم الذي وكله أو سقوط ولايته بموت أو غيره.

نعم تقدم من سيدنا المصنف (قده) في المسألة الرابعة والعشرين من مباحث الاجتهاد والتقليد أن للحاكم نصب القيم على القاصر، وأنه لا ينزل بموت الحاكم. ومراده بالقيم الولي، نظير ولي الوقف المنسوب من قبل الواقف.

لكن تقدم منا الإشكال في ذلك بأنه لو تم الدليل على ولاية للحاكم فالمتيقن من ذلك ولايته على تولي شؤون القاصر بنفسه مباشرة أو توكيلاً، لا علي نصب الولي والقيم عليه، إلا على بعض وجوه الاستدلال الضعيفة، كما يظهر بمراجعة المسألة المذكورة ولا مجال لإطالة الكلام في ذلك هنا.

ثم إن هذا كله مبني على ولاية الحاكم على القاصر. وقد سبق منا في المسألة المذكورة المنع من ذلك، على تفصيل لا مجال للتعرض له في المقام. فراجع.

(١) الموجود في المقنعة والنهاية وكثير مما تأخر عنها كراهة مباشرة ذي المروءات الخصومة. مستدلين عليه بما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام من قوله: «إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان يحضرها. وإني أكره أن أحضرها»^(١).

وذكروا أنه لا ينافيه مباشرة النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام لها في بعض الموارد^(٢). إذ قد يكون لهم دواع ومصالح تراحم الكراهة. لكن الحديث لو تم الاستدلال به لا يختص بذوي المروءات.

وأما التعميم لجميع المهمات - كما في المتن - فلم أعر عاجلاً على من تعرض له

(١) المغني لابن قدامة ج: ٥ ص: ٢٠٥، المجموع ج: ١٤ ص: ٩٨. واقتصر في نهج البلاغة على صدر الحديث وهو قوله عليه السلام: «إن للخصومة قحماً» ج: ٤ ص: ٥٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٢ من أبواب كتاب الأيمان، حديث: ١، ج: ١٨ باب: ١٤، ١٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى من كتاب القضاء.

ولا يتوكل الذمي على المسلم على المشهور (١).

لا في كتاب الوكالة ولا في كتاب التجارة.

هذا وفي خبر الأرقط: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تكونن دوراً في الأسواق، ولا تلِّ دقائق الأشياء بنفسك، فإنه لا ينبغي للمرء المسلم ذي الحسب والدين أن يلي دقائق الأشياء بنفسه، ما خلا ثلاثة أشياء فإنه ينبغي لذي الحسب والدين أن يليها بنفسه: العقار والرقيق والإبل»^(١)، وفي مرسل يونس عنه عليه السلام: «قال: ضرب أشرية العقار وما أشبهها»^(٢). وهما - كما ترى - لا يدلان على التعميم المذكور في المتن.

(١) حيث ذكر ذلك الشيخان في المقنعة والنهاية وجمهور من تأخر عنها. وظاهر المسالك وعن غيره الإجماع عليه، كما هو صريح التذكرة والتنقيح وجامع المقاصد ومحكي المفاتيح. ومقتضى إطلاقهم، بل صريح غير واحد، عدم الفرق بين كونه وكيلاً لمسلم وكونه وكيلاً لذمي له حق على مسلم، كما لو وكل مسلم أو ذمي ذمياً على استيفاء الدين من مسلم. نعم نسبه في الشرايع للمشهور، وقد يستظهر منه وجود المخالف فيه. لكنه لم يعرف لأحد منا.

وقد تكرر في كلامهم الاستدلال عليه بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾^(٣). لكن تكرر منا أيضاً عدم نهوضه بالاستدلال، وأفضنا الكلام في ذلك في المسألة الثالثة من فصل بيع الحيوان من كتاب البيع.

على أن سلطة الوكيل لما كانت في طول سلطة الموكل لم يبعد انصراف السبيل عنها لو كان في نفسه شاملاً لامثال المقام. وإلا فجواز مطالبة الذمي للمسلم بدينه بنفسه وعدم جواز مطالبته به بتوسط وكيله الذمي مما تأباه المرتكزات العرفية جداً. فلم يبق في المقام إلا الإجماع المدعى. ويشكل التعويل عليه بعد ما سبق منه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٥ من أبواب مقدمات التجارة حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٥ من أبواب مقدمات التجارة حديث: ١.

(٣) سورة النساء: آية ١٤١.

ولا يضمن الوكيل إلا بتعد أو تفريط (١). ولا تبطل وكالته به (٢). والقول قوله - مع اليمين وعدم البينة - في عدمه (٣)،

الشرايع من نسبة الحكم للمشهور، بل قد يظهر منه التوقف فيه. ولا سيما مع تضمن كلام بعضهم التعويل على الآية الشريفة، وقوة احتمال ذلك في غيره، لكثرة تعويلهم عليها في نظائر المقام.

ومع ما تكرر منا من عدم التعويل على الإجماعات الحاصلة في عهد تدوين الفتاوى في المسائل غير المنصوصة وغير الشائعة الابتلاء في عصر المعصومين (صلوات الله عليهم). ولا سيما مع ما سبق من إباء المرتكزات ذلك. ولعله لذا أو نحوه استظهر بعض مشايخنا عليهم السلام في منهاجه الجواز.

(١) كما طفحت بذلك كلماتهم، ونفى في الخلاف فيه في المبسوط والسرائر، وظاهره بين المسلمين، وفي الروضة أنه موضع وفاق. ولا ينبغي الإشكال في ذلك، لأنه أمين. وبذلك يظهر عدم الفرق بين كون الوكالة في التصرف مجاناً وكونها بأجر، كما صرح به غير واحد. وقد سبق في الإجارة ما ينفع في المقام.

(٢) يعني بالتعدي أو التفريط كما في الشرايع والتذكرة والمختلف والمسالك وغيرها، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده بين من تعرض له إلا ما يحكى عن أبي علي واحد وجهي الشافعية». كما يستفاد بناء الأصحاب على عدم البطلان من عدم ذكرهم له في المبطلات مع ظهور حال غير واحد منهم في استقصائها.

وقد حكى البطلان عن أبي علي في المختلف. ولا يتضح وجهه بعد عدم الملازمة بين الأمرين. فلا مخرج عن استصحاب الوكالة.

(٣) كما في الشرايع والنافع والتذكرة والقواعد والتحرير واللمعتين وغيرها، بل الظاهر عدم الخلاف فيه. لظهور كونه منكرراً. نعم لو أقام الموكل البينة حكم له. كما أن الوكيل باليمين مع عدمها إنما يتجه إذا ادعى الموكل العلم بكذب الوكيل. أما بدونه فليس له أن يتهمه، فضلاً عن أن يكلفه باليمين، لما ورد من النهي

وفي العزل (١)، والعلم به (٢) والتلف (٣) والتصرف (٤). وفي الرد إشكال،

عن اتهام الأمين، على ما يظهر مما تقدم في المسألة السادسة من كتاب الودیعة.
(١) یعنی: إذا ادعاه الموكل بعد قيام الوكيل بما وكل فيه، وأنكره الوكيل. لأن قول الوكيل موافق للأصل.

(٢) فيقبل قول الوكيل إذا ادعى عدمه. لموافقة قوله للأصل. والمراد بالعلم ما يعم قيام الحجة عليه. ولعل عدم تعرض كثير منهم لهذا وما قبله لوضوحه.
(٣) كما صرح به جمهور الأصحاب. وادعى الإجماع عليه في المسالك. وحكاه في مفتاح الكرامة عن المبسوط والسرائر وجامع المقاصد. وبذلك أنكر على صاحب الحدائق، حيث رد على المسالك بأن الإجماع على حكم التلف لم يدعه أحد. لكن لم أعر في الكتب الثلاثة المذكورة على دعوى الإجماع.

وكيف كان فالعمدة في الدليل عليه هو بناء العقلاء على قبول قول الإنسان فيما هو تحت يده، على ما تقدم في الودیعة وغيرها.
نعم تقدم في الإجارة تضمين الأجير ظاهراً إذا لم يكن ثقة، كما تقدم ذلك في الرهن وفي المسألة الثانية من كتاب العارية، للنصوص الخاصة. لكن لا مجال للتعدي منها للمقام بعد عدم المخرج فيه عن القاعدة.

(٤) یعنی التصرف الموكل فيه إذا ادعى الوكيل إيقاعه وأنكر الموكل ذلك. كما في الشرايع والقواعد والإرشاد واللمعتين، والمسالك. وعليه جرى في المبسوط في غير قبض الدين، على ما يأتي. وذلك منهم للبناء على قبول قول الوكيل فيما وكل فيه، كسائر من يكون له تولي إيقاع الأمر الذي يدعيه، كالولي وغيره.

وإليه ترجع قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به التي لا يراد بها الإقرار الملزم المقدم على سائر الحجج والمسقط للدعوى، لاختصاص ذلك بإقرار الإنسان نفسه، ولذا سبق أنه لا يقبل التوكيل. بل يراد بها الإقرار الحجة عند الخصومة، الذي يكون موافقه منكرًا عليه اليمين.

وبذلك يظهر أن المقام لا يبتني على إلزام الموكل بإقرار الوكيل، ليشكل بأنه لا مجال لإلزام الإنسان بإقرار غيره، بل على حجية خبر الوكيل في حق الموكل، كحجية البينة عليه.

وعليه يظهر ضعف ما في التذكرة من أن القول قول الموكل قبل العزل فضلاً عما بعده، لأن الوكيل يدعي عليه ما هو مخالف للأصل، بخلاف ما إذا ادعى الرد أو التلف، فإنه يبغى رفع الضمان عن نفسه، لا التزام [إلزم. ظ] الموكل شيئاً. إذ فيه: أن مخالفة قول الوكيل للأصل لا ينافي حججته بملاك حجية قول من يناط به الشيء الذي يدعيه. ولولا ذلك لم يقبل قوله في دفع الضمان عن نفسه إذا كان ما يدعيه مخالفاً للأصل، كالتلف.

على أنه لم يتضح فرض الفرق بين العزل وعدمه، لأن ما يدعيه الوكيل من إيقاع الأمر الموكل فيه ملازم لامتناع الوكالة وبطلانها فيه بأرتفاع موضوعها. هذا ولو وكله في قبض دينه فادعى قبضه وأنكر الموكل، فقد حكم في المبسوط بتقديم قول الموكل، وهو مقتضى ما سبق من التذكرة، وبه صرح في المقام أيضاً، كما صرح به في الشرايع على تردد، وفي القواعد والتحرير على إشكال. ويظهر من المبسوط في بيان الفرق أن الدعوى هنا على المدين، لا على الوكيل، ولذا يكون المدين هو الغارم على تقدير الحكم لصالح الموكل.

وفيه: أن ذلك وحده لا ينافي حجية قول الوكيل في حق المدين بملاك قبول قول الوكيل فيما وكل فيه، فيكون المدين منكرًا لمطابقة قوله للحجة، ولا يكلف إلا باليمين. مع أن كثيراً من التصرفات ترجع الدعوى فيها للطرف الآخر للتصرف، كالمشتري من الوكيل والبايع له وغيرهما.

ومن هنا مال لتقديم قول الوكيل في جامع المقاصد، وفي الإيضاح أنه الأصح، وفي المسالك أنه الأقوى. وهو مقتضى من أطلق تقديم قول الوكيل في التصرف، لأن قبض الدين من أفراد.

والأظهر العدم (١). والقول قول منكر الوكالة (٢)

(١) كما في السرائر والشرايع والتذكرة والمختلف والإيضاح واللمعتين والمسالك وغيرها. وفي التحرير أنه لو قيل به كان حسناً. لمخالفة قول الوكيل للأصل. وقبول قول الأمين فيما استؤمن عليه يختص بما إذا لم يكن متعلقاً بالغير، دون ما إذا تعلق به وأنكر.

وخص ذلك في المبسوط بما إذا كانت الوكالة بجعل أما إذا لم تكن بجعل فيقبل قول الوكيل. وعليه جرى في النافع وجامع الشرايع وكشف الرموز والتنقيح وجامع المقاصد وعن جواهر القاضي وغيره، وفي الشرايع أنه قول مشهور. وظاهر الإرشاد التوقف فيه مع الجزم بتقديم قول الموكل إذا كانت الوكالة بجعل، وظاهر القواعد التردد فيهما.

ويظهر منهم أن الوجه فيه أنه محسن كالداعي. لكن تقدم في المسألة السادسة من كتاب الوديعة الإشكال في الاستدلال المذكور.

نعم تقدم هناك عدم جواز اتهام الأمين بأقسامه الملزم بقبول المستأمن قوله مع احتمال صدقه، من دون أن ينافي جواز خصومته له مع علمه بكذبه، وتقديم قول المستأمن في مقام التداعي والخصومة.

كما تقدم في المسألة المذكورة، وفي المسألة الخامسة من كتاب المضاربة، الكلام في الوظيفة الشرعية لو حكم الحاكم في الخصومة لصالح المستأمن، وهو الموكل في المقام. فراجع.

(٢) كما في الشرايع والنافع والقواعد والتحرير والإرشاد واللمعتين وغيرها وبه صرح في المبسوط والتذكرة في فرض إنكار الموكل لها. وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف فيه، كما صرح به في الرياض. لموافقة قوله للأصل.

قال قي مفتاح الكرامة: «ويتصور إنكار الوكيل فيما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع، كما إذا شرط إيقاعه في أمر معين وقد مضى،

وقول الموكل لو ادعى الوكيل الإذن في البيع بثمن معين (١). فإن وجدت العين استعيدت (٢)،

أو اشترى منه جارية وشرط أن يوكله في بيع عبد ومات العبد، فادعى البائع حصول التوكيل المشروط، ليستقر العقد وأنكره المشتري ليتزلزل ويتسلط على الفسخ». وأظهر من ذلك بناء على ما سبق منا من إمكان لزوم الوكالة العقدية، حيث قد يدعي الموكل الوكالة من أجل إلزام الوكيل بالقيام بالعمل الذي وكل فيه، وينكر الوكيل الوكالة من أجل أن لا يكون ملزماً به.

(١) قال في القواعد: « الثاني أن يختلفا في صفة التوكيل، بأن يدعي الوكالة في بيع العبد أو البيع بألف أو نسيئة أو شراء عبد أو بعشرة، فقال الموكل: بل في بيع الجارية أو بألفين أو نقداً أو في شراء جارية بخمسة، قدم قول الموكل مع اليمين». ونحوه ما ذكره غيره في هذه الفروض أو نظائرها. والظاهر عدم الخلاف في ذلك. لمخالفة قول الوكيل للأصل المقتضي عدم ترتب الأثر على تصرفه الذي ادعى الوكالة فيه. ولا يعارضه أصالة عدم الوجه الآخر الذي يدعيه الموكل، لعدم الأثر له بعد عدم حصوله.

نعم لو اتفقا على تحقق ما يقتضي عموم التوكيل للوجه الذي ادعاه الوكيل وادعى الموكل عدم إرادته من الإطلاق أو نفيه عن العمل عليه لم يسمع قوله، لمخالفة الأول لظاهر الإطلاق، والثاني للأصل، كما هو ظاهر. والظاهر عدم الخلاف فيه أيضاً.

(٢) هذا هو المتعين مع إقرار المشتري أو قيام البينة بأن العين كانت للموكل، وأن شراءها من الوكيل لدعواه الوكالة عنه. لأنه وإن كان له الاعتماد على دعوى الوكيل في الشراء، لجواز تصديق الإنسان على ما تحت يده وإن كان متعلقاً بغيره، كالوكالة - في المقام - والاستيهاب والشراء وغيرها، إلا أن قوله يسقط عن الحجية مع تكذيب ذلك الغير له، كما ذكرناه عند الكلام في قاعدة اليد، ومع سقوطه عن

وإن فقدت أو تعذرت (١) فالمثل أو القيمة (٢) إن لم يكن مثلياً. ولو زوجه
فأنكر الموكل الوكالة حلف (٣)،

الحججة يكون مقتضى الأصل في حق المشتري عدم صحة البيع، وبقاء العين على ملك
صاحبها، فيجب إرجاعها له.

أما بدون ذلك فلا مجال للإلزامه ببطلان البيع وبقاء العين على ملك الموكل،
لأصالة الصحة في البيع بعد وقوعه ممن له السلطنة عليه ظاهراً، لكون العين تحت يده.
ولا يكفي في إلزامه بذلك إقرار الوكيل أو دعوى الموكل بعد البيع، لعدم حجيتها في
حقه بعد مخالفتها لظاهر حال البيع من وقوعه من أصله في محله.

(١) يعني: تعذر إرجاعها، لتعذر الوصول للمشتري، أو تعذر إقناعه بدعوى
الموكل، لعدم الحججة عليها - كما سبق - أو لعصيانه وتمرده مع قيام الحججة عليها.
(٢) على كل من الوكيل، لدفعه العين للمشتري بغير إذن من المالك ظاهراً،
والمشتري، لأخذه العين بالوجه المذكور. نظير تعاقب الأيدي فيما إذا تمت حجة
المالك على المشتري.

فإن رجع الموكل على المشتري لم يرجع المشتري على الوكيل، إلا إذا كان مغروراً
من قبله وقد خدعه فأوجب خسارته.

أما إذا رجع على الوكيل فلا يرجع الوكيل على المشتري، لإقراره بصحة البيع
وعدم ضمان المشتري، وأن رجوع الموكل عليه بلا حق.

غاية الأمر أن له حسب دعواه أن يُغفل الموكل، ويدفع له الثمن في الخروج
عن الضمان أو بعضه لو رجع الموكل عليه ببدل العين. كما أن له أن يأخذه أو يأخذ منه
مقاصة عما أخذه الموكل منه إن علم من الموكل الكذب وتعمد الغصب.

أما إذا علم صدق الموكل في نفي الوكالة المستلزم لبطلان البيع، فالثمن
للمشتري يجب عليه إيصاله إليه أو حل مشكلته معه بصلح أو نحوه.

(٣) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، لأنه منكر لموافقة قوله للأصل،

وعلى الوكيل نصف المهر لها (١)،

نظير ما سبق.

(١) كما يظهر من الفقيه. وهو صريح جامع الشرايع والتذكرة والإيضاح واللمعة وغيرها ونسب للمبسوط. ولعله لنسبته ذلك لرواية أصحابنا. وفي المسالك أنه المشهور بين الأصحاب، وفي الروضة انه مذهب الأكثر. وقد استدل عليه في التذكرة بأنه أئلف عليها البضع. وهو - كما ترى - لا يرجع إلى محصل ينهض بالاستدلال.

فالعمدة في الدليل على ذلك معتبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة، فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا، وهو لازم لي. ولم يشهد على ذلك. فذهب فخطب له، وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه. فلما رجع إليه أنكر ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها. فلما [إذا. فقيه. أن. يب] لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها أن تتزوج. ولا يجل للأول فيما بينه وبين الله عزوجل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾. فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عزوجل. وكان [الحكم. يب] الظاهر حكم الإسلام. وقد أباح الله عزوجل لها أن تتزوج»^(١).

وصحيح أبي عبيدة عنه عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم. قال: خالف أمره. وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة. ولا عدة عليها، ولا ميراث بينهما. فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة، ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه. فقال: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر. وإن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب الوكالة حديث: ١.

لو زوجه وأنكر الموكل الوكالة والفروع في ذلك..... ٤٢٧

ميراث بينهما ولا عدة عليها. ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً، وإن لم يكن سمي لها صداقاً فلا شيء لها»^(١).

واضطراب ذيل الصحيح للحكم فيه مع عدم البيّنة بثبوت الصداق لأهل المرأة، ثم الحكم فيه بثبوت نصفه لها، قد يسهل بحمل الصداق لأهل المرأة على إرادة الصداق في الجملة، وذكر أهلها بلحاظ أنهم أولياؤها المطالبون عنها. ولا أقل من الاستدلال بالحديث الأول الخالي عن ذلك.

هذا وقد حكم بثبوت تمام المهر على الوكيل في النهاية والسرائر في آخر كلامه - بعد أن صرح بالنصف في أوله معترفاً بأن الأخبار قد وردت به - والشرائع والنافع وكشف الرموز والقواعد والتحرير والإرشاد، وحكاها في الإيضاح عن القاضي والكيدري.

وقد استدل عليه بوجوه الأول: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب. قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك. فإن ترك تزويجه فالمهر لازم لأمه»^(٢)، بناء على أن المراد بلزومه لأمه لزومه عليها للمرأة، لا لزومه لها على المرأة أو على ابنها بعد أن كانت قد دفعته للمرأة. لأن الأول مبني على دفعها المهر للمرأة، وهو غير مفروض في الحديث، والثاني لا يناسب حقه في رد النكاح. مضافاً إلى ما سبق من أنه لم يفرض في الحديث أنها قد دفعت المهر للمرأة.

وفيه: أنه لو تم ذلك، وغض النظر عن سند الحديث، فلزوم تمام المهر على المباشر المقدم على كونه فضولياً لا يقتضي لزومه مع الإقدام بناء على الوكالة التي لم يشهد عليها، كما هو مورد الحديثين المتقدمين، أو للخروج عن حدودها الذي قد يكون لتخيل رضا الموكل، لعدم أهمية القيد بنظره، كما هو مورد الحديث الثاني المتقدم.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٢٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث: ٣.

الثاني: ما في السرائر وغيره من أن المهر إنما يسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول، والمفروض عدم حصوله. وهو كما ترى! لأن ذلك إنما يكون في حق الزوج، والمفروض عدم ثبوت الزواج في حقه، وعدم لزوم شيء، عليه وجواز الزواج لها ظاهراً، كما تضمنه الحديثان في الجملة، وتقتضيه القواعد، والمدعى ثبوت نصف الصداق لها على الوكيل واقعاً تعبداً للتضييع أو نحوه، ولا ينهض الوجه المذكور بنفي ذلك.

الثالث: أنه أقر أنه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم لها بتفريطه، فيضمنه.

وفيه: بـ أولاً: أنه قد لا يكون مفراطاً، لاعتقاده عدم إنكار الموكل بعد توكيله، أو لإشهاده على التوكيل من لم يتيسر ثبوت الوكالة بشهادته عند الحاكم، لموت أو نسيان أو غير ذلك.

وثانياً: أنه لا دليل على الضمان بمثل هذا التفريط ولذا ليس بناؤهم على ذلك في غير المقام من موارد تصرف مدعي الوكالة من دون إشهاد كالبيع والهبة وبذل الخلع وغيرها.

وثالثاً: أن الإقرار دليل ظاهري، ولو كان هو الحجة في المقام لم يجز لها الزواج، ولا أخذ المهر، للعلم الإجمالي بكذب الإقرار المذكور أو بحرمة الزواج عليها مع ظهور مفروغيتهم عن جوازه لها ظاهراً، وإنما الكلام في ثبوت شيء على الوكيل واقعاً تعبداً.

على أن ذلك كله لو تم في نفسه لا ينهض برفع اليد عن الحديثين السابقين، خصوصاً ممن يعمل بخبر الواحد.

هذا وفي الشرايع بعد أن اختار أن لها المهر كاملاً على الوكيل، وأشار للرواية المتضمنة للنصف قال: «وقيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر. ويجب على الموكل أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل وأن يسوق لها نصف المهر. وهو قوي».

ومقتضى مقابله القول المذكور للقولين أو الاحتمالين السابقين رجوع البناء

على بطلان العقد للقول بعدم استحقاقها على الوكيل شيئاً، لدعوى: أن استحقاقها المهر فرع تحقق الزواج، ومع بطلان العقد لا زواج، فلا مهر لها على الوكيل، كما لا مهر لها على الزوج، فيكون عدولاً منه عما ذكره أولاً من وجوب تمام المهر على الوكيل. وهو الذي فهمه غير واحد منه، وفي الإرشاد أنه جيد، فيكون ذلك من الإرشاد أيضاً عدولاً عما سبق منه من ثبوت تمام المهر على مدعي الوكالة، وفي المختلف أن فيه قوة، واختاره في جامع المقاصد، وفي المسالك أنه قوي، وفي الروضة أنه أقوى.

هذا ولا ريب في أن مقتضى القاعدة ذلك، إلا أنه لا بد - معه - من الحكم بثبوت نصف المهر على الوكيل تبعداً، من أجل الحديثين المتقدمين.

نعم لو قام الموكل بما عليه لم يبعد سقوط نصف المهر عن الوكيل، لقرب انصراف الحديثين المتقدمين إلى ما إذا أصر الموكل على الإنكار. ولا سيما بلحاظ قوله عليه السلام: التعليل في معتبر عمر بن حنظلة « يغرم لها نصف الصداق عنه » الذي هو كالصريح في بدلية الوكيل عن الموكل في الغرم. مضافاً إلى التعليل فيه بتضييعه حقها. حيث لا تضييع مع قيام الزوج بما عليه.

ثم إنه قد صرح غير واحد ممن تقدم منه البناء على عدم ثبوت شيء على الوكيل، عملاً بالقاعدة، أنه لو ضمن الوكيل المهر أو نصفه لزمه، وحملوا عليه معتبر عمر بن حنظلة. ولا شاهد على ذلك. بل هو لا يناسب التعليل فيه بالتضييع. وأما قوله فيه: «فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك أرضا لي» فالمراد به الضمان عن الموكل، لا ضمانه بنفسه.

وكيف كان فإن أرادوا به الضمان المصطلح الذي هو عبارة عن نقل الدين من ذمة إلى ذمة، لم يصح إلا بعد إيقاع العقد وانشغال ذمة الزوج بالمهر ولزم فراغ ذمة الزوج بعد الضمان، مع أنه لا إشكال عندهم ظاهراً في ثبوت المهر على الزوج لو قامت البينة على الوكالة.

نعم تقدم في كتاب الضمان أنه يمكن تعهد الضامن بالدين في طول انشغال ذمة

المدين به، نظير الكفالة المتعارفه في عصورنا. ولو كان ذلك هو المراد في المقام تعين إلزام الوكيل به إذا ادعى الوكالة، لإقراره بانشغال ذمته في طول انشغال ذمة الزوج بالمهر، لصحة النكاح باعترافه بسبب الوكالة.

لكن من الظاهر أن الإقرار سبب لالزم المقر بالحق الذي أقر به ظاهراً. كما أن أصالة عدم حصول الزواج بالموكل بعد عدم قيام البينة على الوكالة محرز ظاهراً جواز الزواج لها، مع العلم إجمالاً بعدم ثبوت أحد الأمرين في الواقع، وأنها إما أن لا تستحق على الوكيل الضامن شيئاً، لبراءة ذمة الزوج وعدم نفوذ التزويج عليه، فلا موضوع لضمان الوكيل، أو يجرم عليها الزواج لنفوذ الزواج على الموكل وانشغال ذمته بالمهر. وهذا يجري أيضاً لو أريد بالضمان الضمان الاصطلاحي الذي هو نقل الدين من ذمة لأخرى مع أنه يظهر مفروغيتهم عن جواز التزويج لها، كما سبق.

نعم لو اشترطت عليه أن لا يجري عقد النكاح معها إلا إذا تعهد لها بتدارك مقدار المهر أو نصفه لها لو لم يدفعه الموكل لها ولو لعدم ثبوت الوكالة في حقه، فوافق على ذلك وأجرى العقد عليها اتجه ضمانه للمهر أو نصفه مطلقاً ولو لم ينفذ الزواج، لعدم تحقق الوكالة، وجاز لها الزواج، لأصالة عدم الوكالة المحرز لعدم نفوذ تزويج مدعيها وكونها خلية.

هذا ومع فرض صحة ضمان تمام المهر لا وجه لما في القواعد من احتمال ثبوت نصفه، ولا لما في مفتاح الكرامة من توجيهه بأن انتفاء النكاح ظاهراً باليمين بمنزلة الفسخ، فيتصف به المهر. لفرض أن الثابت بالضمان - بأي وجه فرض - هو تمام المهر أو تمام مقداره. والتوجيه المذكور للتنصيف غير تام في نفسه، لعدم الدليل على كون انتفاء النكاح ظاهراً باليمين أو غيره بمنزلة الفسخ، بل هو لا يناسب حكم الإمام عليه السلام بأن على الموكل فيما بينه وبين الله الطلاق. كما لا دليل أيضاً على عموم انتصاف المهر بالفسخ قبل الدخول، بل مقتضى الفسخ سقوط المهر إلا فيما استثني، وليس هذا منه. مع أن المعنى الأخير من الضمان أجنبى عن المهر، لأنه ثابت بالشرط لا بعقد

إلا أن تعترف بعلمها بترك الإشهاد(١). وعلى الموكل إن كان كاذباً في إنكاره الزوجية طلاقها(٢).

النكاح، كما لعله ظاهر.

ثم إن صدر صحيح الحذاء قد تضمن ثبوت نصف المهر أيضاً مع مخالفة الوكيل شرط الموكل في فرض حصول أصل الوكالة. غاية الأمر أنه قد تضمن ثبوته لأهل المرأة.

ومن القريب حملة على ثبوته لهم بما أنهم المتولون لأمرها، فيرجع إلى ثبوته لها. ولا سيما بملاحظة ذيله. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) لم أعر عاجلاً على استثناء ذلك في كلماتهم. وكأنه بلحاظ تعليل ضمان نصف المهر بالتضييع في معتبر عمر بن حنظلة، إذ مع علمها بعدم الإشهاد تكون هي المضیعة بإقدامها على الزواج، ولا يستند التضييع للوكيل.

لكنها قد تكون اعتمدت على ظهور حال الوكيل في ثقته بالموكل وأمنه من إنكاره لما صدر منه، فلا يصدق التضييع في حقها.

ولا سيما أن الحديث لم يتضمن بيان منشأ التضييع من الوكيل. وأما ما تضمنه من ذكر عدم الإشهاد فهو من أجل بيان عدم قيام الحجة عندها على صحة التزويج، ليترتب عليه جواز تزويجها، لا لبيان منشأ التضييع. ومن هنا يشكل الاستثناء المذكور.

(٢) كما صرحوا به، ونفى الخلاف فيه في مفتاح الكرامة، وفي جامع المقاصد

أنه لا ريب فيه. ويشهد به معتبر ابن حنظلة.

نعم من الاستدلال فيه بالآية الشريفة يظهر أن وجوبه ليس حقيقياً، بل عرضياً، لأن الواجب حقيقة على الزوج هو إمساكه للمرأة بالمعروف، بإنفاقه عليها، والقيام ببقية حقوقها. ووجوب طلاقها مع عدم ذلك ليس حقيقياً، بل عرضياً لرفع موضوع الوجوب الذي هو مستمر على عصيانه. وبذلك يظهر ثبوت الوجوب المذكور حتى

لو لم تكن في مقام الزوج من غيره.

وأما وجوب الطلاق لو كانت في مقام التزويج، دفعاً لوقوعها في الحرام، فالحديث لا ينهض به. وينحصر الدليل عليه بمرتكزات المشرعة القاضية بالمنع من إيقاع الغير في مثل هذا المحرم ولو بنحو يعذر عليه، فإنها قريبة جداً. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل.

ثم إن مقتضى القاعدة وجوب إيصال نصف المهر إليها مع الطلاق، لأنه طلاق في محله من دون دخول. نعم قد يقال: إن ما تضمنه معتبر ابن حنظلة من أن الوكيل يدفع للمرأة نصف المهر عن الموكل يقتضي اجتزاء الموكل به عن نصف المهر اللازم عليه بالطلاق، كما لو كان قد دفعه إليها قبل الطلاق ثم طلقها. ويؤيد ذلك أو يعضده اقتصار المعتبر في حق الموكل على الطلاق.

لكن من القريب أن يكون الاقتصار المذكور لأهمية تخلية سبيلها من دون كلفة عليه بعد كونه في مقام التمرد تخلصاً من تبعه الزواج. كما أن دفع الوكيل عنه لأنه ضيع حقها عليها لا ينافي بقاءه في ذمته لكون ضمان الزوج في طول ضمانه، بل حرمة امتناعه من دفع حقها وإلجاء الوكيل لتداركه، فلا مخرج عما تقتضيه القاعدة من وجوب دفع نصف المهر عليه. فإن أذعن للحكم الشرعي ودفعه وجب عليها إرجاع ما أخذته من الوكيل، لما سبق من انصراف دليل استحقاقه إلى ما إذا أصر الزوج على الإنكار، وهضم حقها.

هذا وقد صرح في القواعد بأنه لا يجبر الموكل على الطلاق، ونفى الريب فيه في جامع المقاصد. وعليه جرى غير واحد. وهو المتعين لعدم ثبوت التزويج في حقه. ولو ثبت لم يلزم بالطلاق، بل بأداء حقوق الزوجية.

لكن في التذكرة: « وهل يلزم الموكل طلاقها؟ الأقوى الإلزام. لإزالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه، فأشبهه النكاح الفاسد».

وهو غريب جداً، لأنه بإنكاره للوكالة ينفي الاحتمال. وحتى مع الاحتمال

ولو لم يفعل وقد علمت بكذبه رفعت أمرها إلى الحاكم (١) ليطلقها بعد

مثلاً له أو لغيره لا يجب عليه رفعه، بل مقتضى الأصل عدم الزواج، فلا موضوع للطلاق.

ووجوب الطلاق في النكاح الفاسد في غاية المنع. نعم مع الشبهة الملزمة للاحتياط يجب الاحتياط بالطلاق أو تجديد النكاح خروجاً عن الشبهة المنجزة، وأين ذلك مما نحن فيه من فرض جريان الأصل النافي للنكاح، والمؤمن من تبعته؟! ويأتي إن شاء الله ما ينفع في المقام.

(١) ولا يجوز لها الزواج بدون ذلك، كما صرح به غير واحد. لعلمها بأنها ذات زوج. ومجرد عدم ثبوت زواجها عند الحاكم، أو حكمه بعدمه في مقام الخصومة، لعدم الإشهاد، لا يكفي في جواز تزوجها، لأن حكمه طريق ظاهري في مقام الشك، لا موضوع له مع العلم. ومثله استصحاب كونها خلية، كما هو ظاهر.

وأما معتبر ابن حنظلة فهو منصرف عن ذلك، كما يناسبه التعبير فيه عن حكم الإسلام لها بالزواج بالحكم الظاهر، لوضوح أن الحكم الظاهر إنما يكون مع الجهل، وأما الحكم الثابت مع العلم فهو الحكم الواقعي. ويناسبه أيضاً ما تضمنه من تكليف الموكل بالطلاق مع علمه بالتوكيل، فإن مقتضى إطلاقه وجوب ذلك عليه حتى بعد تزويجها مع أنه لو شرع لها التزويج واقعاً كان تزويجها مخرجاً لها عن عصمة الأول، لا امتناع تزوج المرأة بزوجين واقعاً، فلا يبقى معه موضوع للطلاق. بل الأمر أظهر من ذلك.

هذا وفي التذكرة تعليل جواز التزويج لها إذا لم يطلقها الموكل في فرض عدم الإشهاد بأنه لم يثبت عقده. وقد يتوهم أن مقتضى إطلاقه جواز التزويج لها حتى مع علمها بصدق الوكيل، فيكون مخالفاً في المسألة.

لكن لم يتضح الإطلاق المذكور، لأنه قد ثبت العقد في حقها بالعلم، فيخرج عن مورد التعليل. ولا سيما مع ما سبق منه من إلزام من زوجه مدعي الوكالة

أمر الزوج بالانفاق عليها وامتناعه (١).

بالطلاق لإزالة الاحتمال والضرر عنها إذ لو جاز لها الزواج واقعاً فلا ضرر من الاحتمال المذكور.

ثم إن علمها بصدق الوكيل لا يمنع من ثبوت نصف المهر لها عليه. لإطلاق الحديثين. ولا سيما مع ما في معتبر ابن حنظلة من أن الوكيل يغرم نصف الصداق عن الموكل، لظهوره في أن معيار الضمان ثبوته في ذمة الموكل واقعاً.

(١) فقد ثبت في محله أنه يجب على الزوج الإنفاق على الزوجة مع تمكينها له من نفسها وعدم نشوزها. وأنه مع امتناعه من ذلك يفرق بينهما بأن يؤمر بالطلاق، فإن لم يفعل طلق عنه الحاكم.

ومقتضى إطلاقه جريان ذلك في المقام في حق المرأة. ومجرد عدم اعتراف الزوج بالزوجية وعدم ثبوتها عند الحاكم لا يوجب خروجه عن الإطلاق المذكور على تقدير تحقق الزوجية، فيجوز للحاكم الشرعي الطلاق في هذا الحال إن امتنع هو من الطلاق على تقدير الزوجية.

وبذلك يظهر جريان ذلك مع عدم علم الموكل بكذبه، كما لو كان شاكاً أو ناسياً لمشروعية الطلاق مع امتناعه من الإنفاق على تقدير الزوجية. بل حتى مع عدم علم المرأة بصدور الوكالة منه لو أرادت الاحتياط لنفسها، لعين ذلك.

نعم في وجوب استجابة الحاكم لها إشكال بعد عدم ثبوت حقها في النفقة عنده، لفرض عدم البينة على تحقق الزواج. إلا أن يعلم هو بثبوت الزوجية من غير طريق البينة، أو يبلغ حالها حدّاً يعلم معه بوجوب إغايتها وحل مشكلتها.

بل قد يقال: إن امتناع الحاكم كتعذر الرجوع إليه لا يقتضي سقوط حقها في التفريق والطلاق، فيتولاه غيره على الترتيب المذكور في ولاية الحسبة، حتى قد ينتهي الأمر إليها فتتولاه بنفسها. فتأمل جيداً.

(١) قال في التذكرة: «يجوز تعدد الوكيل في الشيء الواحد ووحدته. ولا نعلم

ولو وكل اثنين (١) لم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف (٢)

فيه خلافاً». بل ذكرهم لفروع ذلك ظاهر في مفروغيتهم عنه.
ولا ينبغي الإشكال فيه من دون فرق بين الوكالة الإذنية والعقدية. لعموم نفوذ العقود في الثانية، وعدم الإشكال في جواز تعدد المأذون في الأول. كما لا فرق بين توكيل كل منهما بنحو الانفراد وتوكيلهما معاً بنحو الاجتماع، لعين ذلك.
(٢) كما في المبسوط والشرايع والقواعد والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك. لدعوى ظهور توكيلهما في عدم الرضا بانفراد أحدهما بالتصرف.
لكنه لا يخلو عن إشكال، بل القرائن الحالية والمقالية هي التي تتحكم في تعيين أحد الوجهين. غاية الأمر أنه مع الشك يجب الاقتصار على صورة اجتماعهما اقتصاراً على المتيقن في التوكيل.

نعم إذا كان التوكيل بمثل الأمر بالفعل كان توجيهه لأكثر من واحد ظاهراً في اشتراكهم فيه، بحيث يستند لهم جميعاً، لأن الفاعل في فعل الأمر هو المخاطب، فإذا كان الفعل واحداً تعين اشتراكهم فيه.

وعلى ذلك يجري مرسل دعائم الإسلام عن أبي جعفر عليه السلام: « قال: وإن أمر رجلين أن يبيعا له عبداً فباعه أحدهما لم يجز بيعه، إلا أن يجعل البيع لكل واحد منهما على الانفراد إن انفردا، أو لهما معاً إذا اجتمعا»^(١). وإن كان الإنصاف أن قرائن الأحوال قد تقتضي جواز الانفراد، نظير الواجب الكفائي.

أما إذا سئدت الوكالة لكل منهما على انفرده، كما لو قال: زيد وكيلى، وعمرو وكيلى كان ظاهره جواز انفرد كل منهما بالتصرف لإطلاق وكالته، كما أشار لذلك في الجملة في الجواهر، وإن حكى عن بعض الخلاف في ذلك.

ثم إنه في فرض البناء على اعتبار اجتماعها يتعين عدم انفرد أحدهما بالتصرف حتى لو غاب الآخر، لأن تعذر مراجعته لا يقتضي إطلاق وكالة الحاضر، إلا أن تقوم

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٤ باب: ٢٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

إلا إذا كانت هناك دلالة على توكيل كل منهما على الاستقلال. ولا تثبت إلا بشاهدين عدلين (١).

القرينة الخاصة على ذلك. كما يتعين بطلان الوكالة رأساً ببطلان وكالة أحدهما بموته أو عزل نفسه أو غير ذلك.

ولا مجال لنصب الحاكم بدلاً عنه، كما صرح بذلك أكثر من سبق. لعدم ولاية الحاكم على الموكل، لينصب وكيلاً عنه.

نعم لو غاب الموكل واحتيج للتصرف الموكل فيه بحيث لا يمكن انتظار عودته، تكون الولاية على الموكل الغائب للحاكم فله أن يستقل بالتصرف أو ينصب وكيلاً عن الموكل. والأحوط إشراك الوكيل الذي نصبه المالك كما لم يستبعده في مفتاح الكرامة، لعدم وضوح ولاية الحاكم بانفراده حينئذٍ. إلا أن يرى الحاكم محذوراً في ذلك، فيستقل بالولاية. فلاحظ.

(١) أما ثبوتها بشاهدين عدلين فهو الذي صرح به جمهور الأصحاب بل قد يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه، وعن مجمع البرهان الإجماع عليه، كما هو صريح التذكرة في دعوى الوكالة عن الغائب في مقابل المانعين منه من العامة بنحو يظهر منه عدم الإشكال في حجيتها مع حضوره.

ويقتضيه عموم حجية البينة الذي تقدم الاستدلال عليه في المسألة التاسعة عشرة من مباحث الاجتهاد والتقليد، وخصوص بعض النصوص، مثل ما تقدم في الوكالة على التزويج.

وأما عدم ثبوتها بغير ذلك فهو ظاهر الأصحاب. بل صرح غير واحد بعدم ثبوتها بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين. وفي المسالك: «هذا هو المذهب، ولا نعلم فيه مخالفاً». وادعى الإجماع عليه في التذكرة. وفي جامع المقاصد: «لا خلاف عندنا في عدم ثبوت الوكالة بما يثبت به المال».

اختصاص ثبوت الوكالة بإخبار الموكل إذا لم يناف حق الغير ٤٣٧

ويكفي في الدليل عليه الأصل بعد اختصاص ما دل على الثبوت بالأمر المذكورة بحقوق الناس أو في خصوص الدين، وفي القتل وفي بعض الحدود وفيها ليس من شأن الرجال الاطلاع عليه. والوكالة نحو من الولاية خارجة عن ذلك كله. وأما ترتب الحق أو الدين عليها في مثل الوكالة على أن يستدين، أو يشتري بنسيئة أو نحو ذلك، أو في مثل الوكالة بعوض. فهو لا يجعل موضوع الشهادة بها حقاً مالياً، لأن ثبوته بها فرع ثبوتها فإذا لم تثبت بهذه الأمور، لعدم كونها حقاً مالياً تعين عدم ثبوته.

نعم لو ثبتت الوكالة بينة أو إقرار، ثم وقع الكلام في ابتنائها على العوض وعدمه أمكن إثبات ابتنائها على العوض بالأمور المذكورة.

بقي في المقام أمران الأول: أنه لا إشكال في ثبوت الوكالة بإخبار الموكل، كما صرح به غير واحد، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وأن عدم ذكر الأكثر له لوضوحه، كما في مفتاح الكرامة. لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

لكن ذلك يختص بها إذا لم يناف حق الغير، كما لو أوقع شخص عقد الزواج لآخر على امرأة، ثم لم يثبت وكالته عنه، فتزوجت من شخص آخر، ثم ادعى الأول بعد ذلك توكيله لموقع العقد له عليها، لعدم حجية إقراره المذكور بعد أن كان منافياً لحق الزوج، لأنه حين الإقرار لا سلطان له على التوكيل ولا يملكه، ليملك الإقرار عليه، فهو نظير ما إذا دعى الوكيل بعد عزله إيقاع الأمر الموكل فيه، وما إذا ادعى المطلق رجعيّاً بعد انتهاء مدة العدة الرجوع في العدة.

ثم إن حجية إخبار الموكل بالوكالة في موردها ليست كحجية البينة، بل هي حجية بدوية تقتضي العمل عليه مع عدم الخصومة، وتقديم قول موافقه مع الخصومة، بحيث يكون هو المنكر الذي يكلف باليمين. من دون أن ينافي تقديم البينة عليه، كما تقدم على اليد. لأن ذلك هو المتيقن من بناء العقلاء الذي هو الدليل على حجية إخبار الموكل بالوكالة بملاك أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو أقر الوكيل التسليم مع القدرة والمطالبة ضمن (١).

وهذا بخلاف حجية البينة، فإن عموم دليل حجيتها، وعموم تكليف المدعي بها بحيث تفصل بها الخصومة، يقتضي تقديمها على إخبار الموكل.
 الثاني: تثبت الوكالة بدعوى صاحب اليد الوكالة على ما تحت يده، ويجوز لغيره ترتيب أثرها بشرائه منه ونحوه، لما هو المرتكز من قبول قول صاحب اليد فيما تحت يده.

لكن لو أنكر صاحب العين توكيله قبل قوله، ولا يترتب الأثر على قول مدعى الوكالة كما يقبل قول كل من ينكر قول صاحب اليد إذا كان متعلقاً به، كالبيع والهبة والإجارة وغير ذلك، ويحتاج قول صاحب اليد حينئذٍ إلى الإثبات بالبينة أو غيرها على ما ذكرناه عند الكلام في قاعدة اليد في خاتمة مبحث الاستصحاب من الأصول. والظاهر عدم توقف تقديم قول منكر الوكالة حينئذٍ على حكم الحاكم بعد الترافع إليه. بل يجري في حق كل من يبلغه ذلك.

كما أنه في مقام الخصومة مع غير الموكل يكون قول صاحب اليد حجة لمن يكون قوله لصالحه يجعله منكرًا يكتفى منه باليمين مع عدم البينة لخصمه. أما مع البينة للخصم فالعمل على البينة. نظير ما تقدم في الأمر الأول. وقد تحصل من جميع ما سبق أن البينة هي الحجة في مقام الخصومة وغيرها. ولا يقدم عليها إلا الإقرار. وأنه يمكن الاستغناء عن البينة في غير مقام الخصومة بإخبار الموكل وإن لم يكن إقراراً، لعدم اقتضائه ثبوت حق عليه. كما تثبت الوكالة بإخبار صاحب اليد. ولا تثبت بغير ذلك إلا مع العلم الذي هو فوق كل شيء. فلاحظ.

(١) كما صرح بذلك جمهور الصحاب، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وفي الجواهر دعوى الإجماع عليه. ولا ينبغي الإشكال فيه، لارتفاع الاستئمان بالمطالبة، فيجب التسليم بعد عدم الإذن في التأخير، حرمة حبس الحق عن صاحبه، لمنافاته لسلطنته عليه. ومعه يكون قبضه عدوانياً، فيضمن. بل يلزم ذلك حتى لو لم يكن المال

(مسألة): الوكيل المفوض إليه المعاملة بحكم المالك يرجع إليه البائع بالثمن ويرجع عليه المشتري بالثمن وترد عليه العين بالفسخ بعيب ونحوه ويؤخذ منه العوض (١).

تحت يده، لكونه بالتأخير متعدياً خارجاً عن مقتضى الاستئمان. والتعدي مضمن في الأمانة.

نعم المعيار في ذلك على القدرة العرفية، بحيث لا يعذر عرفاً في التأخير، ولا يكفي القدرة الحقيقية، كما لو توقف تسليم العين على قطع الصلاة، أو الاستحمام، أو الخروج في الوقت غير المناسب، لشدة برد أو إغلاق السوق أو نحوهما، كما صرحوا بذلك في الجملة. لابتناء الاستئمان نوعاً على ذلك. فيكون شرطاً ضمناً لا يكون العمل عليه تعدياً، ليكون محرماً وموجباً للضمان في الأمانة.

وقد أطال الأصحاب في المقام واضطربت كلماتهم في كثير من الصغريات، لاستحكام عموم حبس الأمانة مع مطالبة المالك وعدم إذنه في وضع اليد على ماله، والغفلة عن الشرط الضمني المذكور الحاكم على العموم المذكور. نعم مع القرينة الخاصة حين الاستئمان المخرجة عن الشرط الضمني المذكور يجب العمل على مقتضاها. فلاحظ.

(١) يعني: بعد الفسخ. وكذا يؤخذ منه أرش العيب. وكذا الحال في غير البيع من المعاملات. كل ذلك لعموم الوكالة لجميع ذلك مع التفويض.

كما أنه لا يبعد ظهور التفويض المذكور في عدم العزل مع الشروع في المعاملة حتى تكمل، ولذا يكون ظاهر تصدي الوكيل لها التعهد بتمام شؤونها، بنحو يكون مسؤولاً عنها، وليس له الاعتذار بالعزل أو غيره. ولو لا ذلك لاضطرب نظام السوق، لكثرة تصدي الوكلاء للمعاملات، فلو كان للوكيل الاعتذار عن إكمال شؤون المعاملة بعزله لنفسه أو عزل الموكل له أو بامتناع الموكل عن الجريان على أحكام المعاملة أو غير ذلك، لضاعت على الناس أموالهم، وذلك يمنعهم عن التعامل مع

الوكلاء وإن ظهر منهم تفويضها إليهم. ولا يتجه ظهور حالهم في تعهدهم المذكور إذا لم يكن هناك بناء على عدم العزل والاعتزال. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين.

وبذلك ينتهي الكلام في كتاب الوكالة. وكان ذلك صباح الأحد السابع والعشرين من شهر جمادى الآخرة سنة ألف وأربعمائة وخمس وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية. في النجف الأشرف ببركة الحرم المشرف على مشرفه الصلاة والسلام. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه خلف المرحوم آية الله (السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم رحمته). ونسأله سبحانه وتعالى قبول الأعمال وصلاح الأحوال وحسن المآل إنه أرحم الراحمين وولي المؤمنين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

المحتويات

كتاب الرهن

٨	اعتبار الإيجاب والقبول
٩	الكلام في شرطية الإقباض
١١	بقي في المقام أمران: الأول: الكلام في اعتبار استدامة القبض
١٢	الثاني: بناء على عدم اعتبار شرطية القبض هل يستحق المرتهن قبضه
١٦	اعتبار كون العين المرهونة مما يمكن قبضه
١٦	اعتبار كون العين المرهونة مما يمكن بيعه على حق ثابت في الذمة
٢٣	اعتبار وقوف رهن غير المملوك على الإجازة
٢٥	الكلام في رهن الحاصل
٢٧	بقي في المقام أمران: الأول: الكلام في دخول النماء المتصل في الرهن
٢٧	الثاني: جواز اشتراط دخول فوائد العين المرهونة في الرهن
٢٨	في أن فوائد الرهن للمالك
٢٨	الكلام في الرهن على أحد الدينين
٢٨	لو استدان آخر وجعل الرهن على الأول
٣٠	الكلام في رهن الولي
٣٠	الكلام في منع كل من الراهن والمرتهن من التصرف بغير إذن صاحبه
٣٣	بقي في المقام أمران: الأول: في غلة الرهن
٣٥	الثاني: في استعمال الظهر وشرب الدر ومقابلته بالنفقة
٣٦	في اشتراط استيفاء المنافع في مدة الرهن مجاناً
٣٧	في اشتراط استيفاء المنافع في مدة الرهن بالأجرة
٣٧	في اشتراط استيفاء المنافع إلى نهاية المدة
٣٨	في اشتراط وكالة المرتهن أو غيره بالبيع
٤٢	الكلام فيما لو أوصى إلى أحد بها

٤٤٢ مصباح المنهاج

- ٤٣ الكلام في أن حق الرهانة موروث
- ٤٤ الكلام في أن المرتهن أمين لا يضمن بدون التعدي
- ٤٦ في ضمان المثل أو القيمة مع التعدي يوم التلف
- ٤٦ في أن القول قول المرتهن في تحديد القيمة
- ٥٠ في أن القول قول الراهن في قدر الدين
- ٥١ في أن الراهن أحق من باقي الغرماء مع التفليس
- ٥٤ الكلام في الفاضل من الدين
- ٥٥ لو أذن الراهن في البيع
- ٥٦ بقي في المقام أمران: الأول: لا بد من مراعاة مصلحة مالك الرهن
- ٥٧ الثاني: لو تعذر الرجوع للراهن
- ٥٩ الكلام في جواز استيفاء الدين لو خاف المرتهن جحود الوارث
- ٦٠ قيل القول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الآخر الرهن
- ٦٥ فروع.. الأول: في رهن المجهول
- ٦٥ الثاني: في أخذ الرهن في مدة الخيار المتفق عليه
- ٦٦ الثالث: في اشتراط ضمان الرهن
- ٦٦ الرابع: في بدل الرهن بالتلف وتحوله إلى عين مرهونة
- ٦٧ بقي في المقام أمران.. أحدهما: لو تعذر أخذ البديل
- ٦٧ ثانيهما: لو كان الضامن للرهن هو المرتهن
- ٦٩ الخامس: لو رهن ما يسرع إليه الفساد
- ٧٠ السادس: لا ينفك الرهن إلا ببراءة الذمة من جميع الدين
- ٧١ السابع: الكلام في جواز ابتياع المرتهن الرهن وفاء لدينه
- ٧٢ الثامن: لو اختلط المال المرهون بهال الميت وجواز معاملته معاملة الملك

كتاب الحجر

- ٧٧ في أسباب الحجر
- ٧٧ الأول: الصغر
- ٨٠ الكلام في علامات البلوغ... انبات الشعر الخشن على العانة
- ٨١ والمهم الكلام في أمور.. الأول: المراد من الشعر
- ٨١ الثاني: الكلام في الحاق شعر اللحية بالعانة
- ٨٣ الثالث: عدم الفرق في ذلك بين الذكر والأنثى
- ٨٤ من علامات البلوغ الاحتمام
- ٨٦ من علامات البلوغ الحيض في النساء

٤٤٣	المحتويات
٩١	من علامات البلوغ بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر
٩٨	من علامات البلوغ بلوغ تسع سنين في الأنثى
١٠٠	بقي في المقام أمور.. الأول: ارتفاع الحجر في الصبية بالبلوغ
١٠١	الثاني: ورود نصوص في المقام لم يعرف القول بمضمونها
١٠٢	الثالث: الاستفادة من نصوص المقام حصول البلوغ بنحو العموم لجميع الأحكام
١٠٣	في المراد من الابتلاء
١٠٤	بقي في المقام أمران: الأول: دعوى ملازمة الرشد للعدالة
١٠٩	الثاني: اعتبار كمال العقل في الرشد
١١٠	يثبت الرشد في الرجال بشهادة الرجال والنساء بشهادة النساء على اشكال فيها
١١٢	بقي شيء.. في أن الحاجة إلى البينة مختصة بحال التنازع
١١٣	الثاني من أسباب الحجر: الجنون
١١٤	الثالث من أسباب الحجر: السفه
١١٤	بقي في المقام أمران: الأول: الكلام في اشتراط عدم السفه بالعدالة
١١٥	الثاني: تحقق السفه بالضعف الذي تضمنته الآية
١١٥	في أن السفه يحجر على ماله فقط
١١٧	بقي في المقام أمور.. الأول: عدم الحاجة لحكم الحاكم في تحديد السفه
١١٩	الثاني: في نفوذ إقرار السفه وعدمه
١٢١	الثالث: في نفوذ إقرار السفه في غير المال وعدمه
١٢١	الرابع: الكلام في السفه الذي يكون غير مميز
١٢٢	الرابع من أسباب الحجر: الملك
١٢٤	الخامس من أسباب الحجر: الفلاس
١٢٩	يثبت الفلاس بشروط أربعة
١٣٣	إذا حجر الحاكم على المفلس بطل تصرفه مع عدم إجازة الديان
١٣٥	إذا أقر المفلس بدين سابق
١٣٩	الكلام في إجازة بيع الخيار وفسخه
١٤٠	الكلام فيما لو وجد الغريم عين ماله
١٤٣	بقي في المقام أمور.. الأول: عدم الفرق بين ما ذكره الأصحاب وما ذكرناه
١٤٤	الثاني: الظاهر اختصاص الغريم بعين ماله
١٤٤	الثالث: ما ذكره الأصحاب من شروط اختصاص الغريم بعين ماله
١٤٧	الكلام في تبعية الناء للعين والتفصيل بين الناء المتصل والمنفصل
١٥٠	بقي في المقام أمران.. الأول: لو وجد الغريم متاعه ناقصاً

٤٤٤ مصباح المنهاج

- الثاني: لو كان الغريم قد دفع بعض ثمن العين ١٥٤
- لو خلط عين المال بجنسه أو بالأجود منه ١٥٤
- لو خلط عين المال بالارداً منه ١٥٦
- خروج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص بعين المال ١٥٩
- حكم الشفيع وأخذ الشقص ١٦٠
- إذا كان في التركة عيز زكوية ١٦٣
- مسائل ..
- الأولى: لو أفلس بثمان أو الولد ١٦٤
- الثانية: في مطالبة المعسر ١٦٨
- عدم لزوم مطالبته بالتكسب إذا لم يكن من عادته وكان عسراً عليه ١٦٨
- إلزام المعسر ببيع داره ١٧٢
- بقي في المقام أمور ..
- الأول: الكلام في بيع دار السكن المرهونة ١٧٤
- الثاني: لو كانت الدار عين مال الغريم لم يكن له استرجاعها ١٧٥
- الثالث: تعقيباً على قول التذكرة (وكل ما يترك له إذا لم يوجد في ماله اشترى له) ١٧٦
- عدم لزوم بيع عبد خدمته ولا غيره مما يعسر عليه بيعه ١٧٨
- الثالثة: عدم حلول الدين المؤجل بالحجر ١٨١
- عدم حلول الدين المؤجل بالموت ١٨٣
- الرابعة: في لزوم الإنفاق عليه وعلى عياله إلى يوم القسمة ١٨٤
- الخامسة: في كيفية تقسيم المال على الديون ١٨٦
- السادسة: في ولاية الطفل والمجنون للأب والجد له ١٩٠
- في ولاية مال السفه والمجنون إذا عرض عليهما السفه والمجنون للحاكم ١٩١

كتاب الضمان

- في معنى الضمان ١٩٥
- اعتبار رضا الضامن والمضمون له ١٩٦
- بقي في المقام أمور: الأول: الكلام في اشتراط علم الضامن بالمضمون له ٢٠٤
- الثاني: الكلام في اشتراط علم الضامن بالمضمون عنه ٢٠٤
- الثالث: الكلام في عدم اعتبار رضا المضمون عنه في الضمان ٢٠٥
- في براءة ذمة المضمون عنه مع الضمان ٢٠٨
- في انتقال المال إلى ذمة الضامن ٢٠٩
- الكلام في صحة الضمان مؤجلاً إذا كان الدين حالاً وبالعكس ٢١١

٤٤٥	المحتويات
٢١٥	بقي في المقام أمور: الأول: جريان الكلام في أمد التأجيل
٢١٥	الثاني: انتقال العين إلى ذمة الضامن على النحو الذي كان عليه
٢١٥	الثالث: إذا كان العين حالاً وضمنه بإذنه مؤجلاً
٢١٨	في رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه
٢٢٥	بقي في المقام أمور.. الأول: لو احتسب الدائن على الضامن الدين حقاً شرعياً
٢٢٦	الثاني: إذا باع الضامن للمضمون له ما قيمته دون الدين
	الثالث: الكلام فيما ذهب إليه الأصحاب <small>عليه السلام</small> من عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه
٢٢٦	قبل الأداء
٢٢٧	الكلام في اعتبار العلم بمقدار المال
٢٣٢	بقي في المقام أمور.. الأول: في كفاية الشاهد مع يمين المدعي
٢٣٣	الثاني: في نفوذ الإقرار من طرف المقر دون الضامن
٢٣٦	الثالث: في ضمان ما تقوم به البينة
٢٣٩	الكلام في اعتبار الثبوت في الحق أو الأول إلى الثبوت
٢٤٠	في ضمان عهدة الثمن
٢٤٨	فروع.. الأول: في اعتبار التنجيز بالضمان وعدمه
٢٥١	الثاني: في ضمان الشرط
٢٥٥	الثالث: في الضمان عند الإمامية
	في الحوالة..
٢٦١	في معنى الحوالة
٢٦٣	ما يشترط في الحوالة
٢٦٨	الكلام في اعتبار المحال عليه بريئاً أو لا
٢٧٢	في لزوم الحوالة إذا كان المحال عليه مالياً
٢٧٤	بقي في المقام أمور.. الأول: في ارتفاع الخيار بتجدد اليسار
٢٧٤	الثاني: في كون الخيار فورياً أو لا
٢٧٥	الثالث: في معيار جواز الرجوع وعدمه
٢٧٥	فروع.. الأول: عدم اعتبار البلوغ وكمال العقل في جميع ما يعتبر رضاه
٢٧٦	الثاني: يشترط في الحوالة ثبوت الدين في ذمة الحيل
٢٧٧	الثالث: هل يشترط العلم بقدر الدين؟
٢٧٨	الرابع: في جواز اقتراض ما يمكن ضبطه
٢٧٩	الخامس: في جواز اشتراط الخيار في عقد الحوالة
٢٨٠	إذا اختلف المحال عليه والمحيل

٤٤٦ مصباح المنهاج

- ٢٨١ لو احال المشتري أو البائع ثم فسخ البيع .
في الكفالة ..
- ٢٨٦ في معنى الكفالة
- ٢٨٦ في شرط الكفالة
- ٢٨٩ في جواز اشتراط الأجل
- ٢٩٣ بقي في المقام أمور .. الأول: الكفالة لأحد الشخصين بنحو الواجب التخييري
- ٢٩٣ الثاني: الكلام في التنجيز في الكفالة
- ٢٩٤ الثالث: عموم حكم الكفالة لكل من يجب إحضاره
- ٢٩٥ الرابع: حكم الكفالة الشائعة في المحاكم المدنية
- ٢٩٧ وجوب دفع المكفول أو ما عليه على الكافل
- بقي في المقام أمور .. الأول: الاكتفاء بالمال الذي تعهد الكفيل إحضاره ولو كان أقل من الدين
- ٢٩٩
- ٣٠٠ الثاني: إطلاق الكفالة يقتضي تدارك الخسارة على المكفول
- ٣٠١ من أطلق غريباً من يد صاحبه قهراً
- ٣٠٢ إذا كان الغريم قاتلاً
- ٣٠٣ بقي أمور .. الأول: لو تعذر استيفاء الحق
- ٣٠٣ الثاني: لو قدر على القاتل بعد تخلصه من يد الولي
- ٣٠٣ الثالث: جريان الحديث المتقدم في غير القتل من موارد المطالبة بالحق
- ٣٠٤ الكلام فيما لو مات المكفول
- ٣٠٦ الكلام فيما لو دفعه الكفيل أو سلم نفسه أو أبرأه المكفول له
- ٣٠٨ الكلام فيما لو عين موضع التسليم
- فروع ..

- ٣٠٩ الأول: في لزوم عقد الكفالة
- ٣١٠ الثاني: في اعتبار كون المال مما يصح ضمانه وعدمه
- ٣١١ الثالث: لزوم السعي لإحضار المكفول
- ٣١١ الرابع: اشتراط اليأس من القدرة على إحضار الكفيل في لزوم أداء المال

كتاب الصلح

- ٣١٥ في تعريف الصلح
- ٣١٧ بقي في المقام أمران .. الأول: إمكان استفادة لزوم الصلح ونفوذه من أدلة الشروط
- ٣١٧ الثاني: كون الصلح عقداً برأسه أو تابع لأحد العقود
- ٣١٩ جواز الصلح مع الإقرار والإنكار

٤٤٧	المحتويات
٣٢١	عدم نفوذ الصلح إذا حلل حراماً أو بالعكس
٣٢٢	عدم اشتراط علم المصطلحين بالمقدار والكلام فيه
٣٢٧	لو ادعى أحدهما درهمن في يدهما والآخر أحدهما أعطي الآخر نصف درهم
٣٢٨	صورة تلف أحد الدرهمين
٣٣٠	في اشتباه العينين
٣٣٣	عدم كون الصلح إقراراً

كتاب الإقرار

٣٣٥	في معنى الإقرار
٣٣٧	في كفاية الإشارة فيه
٣٤٢	في اشتراط التكليف في المقر
	بقي شيء ..
٣٤٣	شروط المقر منها عدم الإكراه
٣٤٤	ومنها: الرشد
٣٤٦	في اعتبار الحرية والبلوغ والعقل
	بقي شيء ..
٣٤٨	قبول الإقرار بالمال من العبد المأذون في التجارة والكلام فيه
٣٤٩	ما يشترط في المقر له وهو أهليته للتملك
٣٥٣	لو قال: علي مال
٣٥٤	لو قال: هذا المال لفلان، بل لفلان
٣٥٦	في تحديد الكيل أو الوزن إلى عادة البلد
٣٥٧	لو أقر بالمظروف
٣٥٧	لو أقر بالدين المؤجل
٣٦٠	لو أقر بالمردد بين الأقل والأكثر
٣٦١	لو أبهم المقر له
٣٦٢	لو أبهم المقر به
	مسائل ..
٣٦٧	(الأولى): يشترط في الإقرار بالولد إمكان البتة والجهالة وعدم المنازع
٣٧٣	عدم الإنتفاف إلى إنكار الولد بعد البلوغ
٣٧٥	في أحكام التوارث
٣٧٩	(الثانية): لو أقر الوارث بأولى منه
٣٨١	لو أقر الوارث بأولى منه ثم أقر لآخر أولى منه

٣٨٣ لو أقر الولد بآخر

٣٨٤ (الثالثة): يثبت النسب بأمر

٣٨٥ لو شهد الأخوان بابن للميت

كتاب الوكالة

٣٨٩ الكلام في اعتبار الإيجاب والقبول فيها

٣٩١ الكلام في اعتبار التنجز

٣٩٤ في كون عقد الوكالة جائزاً

٣٩٦ في اعتبار إعلام الوكيل بالعزل فلو تصرف قبل ذلك صح تصرفه

٣٩٨ بقي أمران .. الأول: كفاية إخبار الثقة بالعزل

٣٩٨ الثاني: اعتبار حضور الموكل وإعلامه وعدمه

٤٠٠ بطلان الوكالة بالموت

٤٠٢ بطلان الوكالة بالجنون والإغماء

٤٠٦ صحة الوكالة فيما لاغرض للشارع في إيقائه بالمباشرة

٤٠٧ عدم جواز تعدي الوكيل عن مورد الوكالة

٤٠٨ ما يقتضيه إطلاق الوكالة

٤١٤ عدم اقتضاء وكالة الخصومة وكالة القبض

٤١٥ في اشتراط أهلية التصرف في الوكيل والموكل

٤١٧ للحاكم التوكيل عن السفهاء والبله

٤١٨ استحباب التوكيل لذوي المروءات في مهامهم والكلام فيه

٤١٩ في توكيل الذمي على المسلم

٤٢٠ في ضمان الوكيل

٤٢١ في أن القول قوله في موارد موافقته للأصل

٤٢٣ في أن القول قوله منكر الوكالة

٤٢٤ في صورة الاختلاف بين الوكيل والموكل في الإذن في البيع وعدمه

٤٢٥ لو زوجه وأنكر الموكل الوكالة وفروع ذلك

٤٣٥ الكلام فيما لو وكل اثنين

٤٣٧ بقي في المقام أمران .. الأول: اختصاص ثبوت الوكالة بإخبار الموكل إذا لم يناف حق الغير

٤٣٨ الثاني: تثبت الوكالة بدعوى صاحب اليد الوكالة وتقديم إنكار صاحب العين عليه

٤٣٩ الوكيل المفوض إليه حكم المعاملة بحكم المالك